



COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

PREMIÈRE SECTION

AFFAIRE NEULINGER ET SHURUK c. SUISSE

(Requête n° 41615/07)

ARRÊT

STRASBOURG

8 janvier 2009

**CETTE AFFAIRE A ÉTÉ RENVOYÉE DEVANT LA
GRANDE CHAMBRE, QUI A RENDU SON ARRÊT LE
06/07/2010**

Cet arrêt peut subir des retouches de forme.

En l'affaire Neulinger et Shuruk c. Suisse,

La Cour européenne des droits de l'homme (première section), siégeant en une chambre composée de :

Christos Rozakis, *président*,

Anatoly Kovler,

Elisabeth Steiner,

Dean Spielmann,

Sverre Erik Jebens,

Giorgio Malinverni,

George Nicolaou, *juges*,

et de Søren Nielsen, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 4 décembre 2008,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 41615/07) dirigée contre la Confédération suisse et dont deux ressortissants de cet Etat, M^{me} Isabelle M. Neulinger et son fils M. Noam Shuruk (« les requérants »), ont saisi la Cour le 26 septembre 2007 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Les requérants sont représentés par M^e M. Lestourneaud, avocat à Thonon-Les-Bains (France). Le gouvernement suisse (« le Gouvernement ») est représenté par son agent suppléant, M. A. Scheidegger.

3. Les requérants allèguent en particulier qu'en ordonnant le retour de Noam Shuruk en Israël, le Tribunal fédéral a violé leur droit au respect de la vie familiale au sens de l'article 8, pris isolément et en combinaison avec les articles 3 et 9 de la Convention. Ils invoquent également une violation de l'article 6, dans la mesure où, en adoptant une interprétation selon eux trop restrictive des exceptions à l'obligation de la Suisse d'ordonner le retour du requérant, le Tribunal fédéral n'aurait pas pris en compte les intérêts supérieurs de celui-ci.

4. Le 27 septembre 2007, le président de la chambre a décidé d'indiquer au Gouvernement, en vertu de l'article 39 du règlement de la Cour, de ne pas procéder au retour de Noam Shuruk.

5. Le 22 novembre 2007, la Cour a décidé de communiquer au Gouvernement la partie de la requête concernant le grief tiré de l'article 8. Comme le permet l'article 29 § 3 de la Convention, elle a en outre décidé que seraient examinés en même temps la recevabilité et le bien-fondé de l'affaire. Elle a également décidé de la traiter en priorité, en vertu de l'article 41 du règlement.

6. La chambre ayant décidé après consultation des parties qu'il n'y avait pas lieu de tenir une audience consacrée au fond de l'affaire (article 59 § 3 *in fine* du règlement), les parties ont chacune soumis des commentaires écrits sur les observations de l'autre.

7. Des observations ont été reçues de M. Shai Shuruk, le père du requérant, admis comme tiers intervenant conformément à l'article 44 § 2 du règlement de la Cour.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

8. Les requérants sont nés respectivement en 1959 et en 2003 et résident à Lausanne (canton de Vaud).

9. Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par les parties, peuvent se résumer comme suit.

10. La requérante, de confession juive, décida en 1999 de s'établir en Israël. Elle y fit la connaissance d'un ressortissant israélien, également de confession juive. Ils se marièrent le 23 octobre 2001 en Israël, et eurent un enfant, Noam, de nationalités israélienne et suisse, qui naquit à Tel Aviv le 10 juin 2003.

11. Selon les dires des requérants, le père de l'enfant adhéra à l'automne 2003 au mouvement juif « Loubavitch », qu'ils décrivent comme ultra-orthodoxe, radical et pratiquant un prosélytisme intense.

12. Des difficultés conjugales surgirent alors, et la requérante, redoutant que son mari emmène son fils dans une communauté « Loubavitch-Habad » à l'étranger pour lui inculquer ses préceptes religieux, demanda au tribunal des affaires familiales de la région de Tel Aviv de rendre une ordonnance d'interdiction de sortie du territoire israélien visant Noam. Le 20 juin 2004, le tribunal prononça une interdiction de sortie prenant fin à la majorité de l'enfant, c'est-à-dire le 10 juin 2021, à moins d'être annulée par le tribunal entre-temps.

13. Par une ordonnance provisoire du 27 juin 2004, le même tribunal attribua la garde provisoire (*temporary custody*) de l'enfant à la mère et demanda aux services sociaux de Tel Aviv de procéder à une enquête d'urgence. L'autorité parentale (*guardianship*) devait être exercée conjointement par les deux parents.

14. Par une décision du 17 novembre 2004, le tribunal, suivant les recommandations d'une assistante sociale, confirma l'attribution de la garde provisoire de l'enfant à la requérante. Il fixa un droit de visite pour le père.

15. Le 10 janvier 2005, les services sociaux israéliens durent intervenir. Ils ordonnèrent aux parents de vivre séparément dans l'intérêt de l'enfant. Le même jour, la requérante déposa plainte contre son mari auprès de la police pour agression simple.

16. Par une ordonnance provisoire rendue le 12 janvier 2005, le juge compétent du tribunal des affaires familiales de la région de Tel Aviv, faisant suite à une requête urgente déposée par la requérante le même jour, interdit au père de pénétrer dans l'école maternelle où l'enfant était inscrit et dans l'appartement de la requérante, d'importuner ou de harceler la requérante de quelque manière que ce soit, et de porter ou détenir une arme. Des restrictions furent également apportées au droit de visite de l'intéressé, qui ne fut plus autorisé à voir l'enfant que deux fois par semaine, sous la surveillance des services sociaux, dans un centre de contact de Tel Aviv.

17. Le divorce des époux fut prononcé le 10 février 2005, sans modification de l'attribution de l'autorité parentale.

18. Le père de l'enfant ne s'étant pas acquitté du paiement d'une pension alimentaire au profit de la requérante, un mandat d'arrêt fut délivré à son encontre le 20 mars 2005.

19. Par une décision du 27 mars 2005, le juge compétent du tribunal des affaires familiales de la région de Tel Aviv rejeta la requête déposée par la requérante en vue de l'annulation de l'ordre judiciaire d'interdiction de sortie du territoire israélien visant le requérant.

20. Le 24 juin 2005, la requérante quitta clandestinement le territoire israélien et s'installa en Suisse avec le requérant.

21. Le 27 juin 2005, le père de Noam s'adressa à l'autorité centrale israélienne. Celle-ci ne fut pas en mesure de localiser l'enfant avant le 21 mai 2006, date à laquelle Interpol Jérusalem lui fit parvenir une note d'Interpol Berne indiquant que la requérante se trouvait en Suisse.

22. Le 22 mai 2006, le ministère israélien de la Justice adressa à l'Office fédéral suisse de la justice une requête tendant au retour de l'enfant, en application de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 25 octobre 1980 (ci-après : « Convention de La Haye »). A l'appui de sa requête, il indiqua notamment qu'Interpol Berne ne lui avait signalé que la veille que Noam et sa mère vivaient à Lausanne et que celle-ci avait demandé le renouvellement de son passeport suisse.

23. Dans une décision du 30 mai 2006, rendue sur requête du père de l'enfant, le tribunal des affaires familiales de la région de Tel Aviv constata que l'enfant avait sa résidence habituelle à Tel Aviv et qu'au 24 juin 2005, date du départ des requérants, les parents détenaient conjointement l'autorité parentale sur leur fils, la mère ayant la garde provisoire et le père bénéficiant d'un droit de visite. Le tribunal conclut que le déplacement de l'enfant hors du territoire israélien sans l'accord du père constituait un acte illicite au sens de l'article 3 de la Convention de La Haye.

24. Par une requête du 8 juin 2006, le père de l'enfant saisit la Justice de paix du district de Lausanne, en vue de voir ordonner le retour de son fils en Israël. Il demanda notamment, par voie de mesures d'extrême urgence, qu'il soit ordonné au Bureau des passeports de la commune de Lausanne de retenir les passeports suisses des requérants.

25. Le 12 juin 2006, le juge de paix rendit une ordonnance admettant la requête d'extrême urgence du père de Noam.

26. Pour faire suite à une nouvelle requête d'extrême urgence télécopiée le 27 juin 2006 par le père de l'enfant, le juge de paix, par une ordonnance de mesures provisoires rendue le même jour, ordonna à la requérante de remettre immédiatement au greffe de la Justice de paix son passeport et celui de Noam, sous peine de sanctions pénales pour insoumission à une décision de l'autorité.

27. La requérante, assistée de son conseil, et le conseil du père, représentant son client qui était dispensé de comparaître personnellement, furent entendus par le juge de paix le 18 juillet 2006.

28. Par une décision du 29 août 2006, rendue après audience, le juge de paix du district de Lausanne rejeta la requête du père. Il estima que le déplacement de l'enfant était effectivement illicite aux termes de l'article 3 de la Convention de La Haye, mais que l'on se trouvait dans un cas d'application de l'article 13 alinéa premier, lettre b) de ladite convention, étant donné qu'il existait un risque grave que le retour de l'enfant l'exposât à un danger psychique ou physique, ou le plaçât de toute autre manière dans une situation intolérable.

29. Le 25 septembre 2006, le père déposa un recours contre cette décision auprès de la chambre des tutelles du tribunal cantonal du canton de Vaud, qui ordonna une mesure d'expertise et désigna à cet effet le Dr. B., pédiatre et pédopsychiatre. Celui-ci rendit le 16 avril 2007 un rapport d'expertise d'où il ressortait que le retour de l'enfant en Israël avec sa mère l'aurait exposé à un danger psychique dont l'intensité ne pouvait être évaluée sans connaître les conditions de cet éventuel retour, en particulier celles qui seraient réservées à la mère et les répercussions qu'elles pourraient avoir sur l'enfant ; que le retour de l'enfant sans sa mère l'aurait exposé à un danger psychique majeur ; et que le maintien de la situation qui prévalait alors aurait également représenté pour l'enfant un risque psychique majeur à long terme.

30. Le 30 novembre 2006, la requérante ayant quitté le pays, le juge compétent de Tel Aviv classa la plainte pénale pour violences familiales qu'elle avait déposée en janvier 2005.

31. Par un arrêt du 22 mai 2007, la chambre des tutelles du tribunal cantonal du canton de Vaud rejeta le recours du père. Ayant procédé à une instruction complémentaire et se fondant sur le rapport d'expertise du Dr. B. en date du 16 avril 2007, elle estima que le retour de l'enfant comporterait un risque grave sur le plan psychique, qu'il soit ou non

accompagné de sa mère, mais également de le placer dans une situation intolérable. Elle considéra dès lors que les conditions de l'article 13 alinéa premier, lettre b) de la Convention de La Haye étaient réunies. Estimant cependant que l'on ne pouvait pas priver l'enfant de toute relation avec son père, elle prescrivit la prise de mesures destinées à rétablir des relations personnelles entre l'un et l'autre.

32. Le père saisit le Tribunal fédéral d'un recours en matière civile aux fins de l'annulation de l'arrêt cantonal et du retour de l'enfant en Israël. Il invoqua une mauvaise application de l'article 13 alinéa premier, lettre b) de la Convention de La Haye principalement et de l'article 3 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant subsidiairement.

33. Par une ordonnance du 27 juin 2007, le président de la cour compétente du Tribunal fédéral admit la demande d'effet suspensif présentée par le père.

34. Par un arrêt du 16 août 2007, notifié à l'avocat de la requérante le 21 septembre 2007, le Tribunal fédéral admit le recours du père. Les passages pertinents de cet arrêt sont ainsi libellés :

« 3. L'objectif de la CEIE est d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans un Etat contractant (art. 1 let. a CEIE). Est considéré comme illicite le déplacement ou le non-retour d'un enfant lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, seule ou conjointement, par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou non-retour (art. 3 let. a CEIE). Le « droit de garde » comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence (art. 5 let. a CEIE). En l'espèce, il n'est pas contesté que le déplacement de l'enfant en Suisse est illicite, dans la mesure où le père détenait conjointement avec l'intimée l'autorité parentale (*guardianship*), ce qui comprend selon le droit israélien le droit de déterminer la résidence de l'enfant. Par ailleurs, dès lors que la demande de retour a été présentée dans le délai d'un an à partir du déplacement, l'intimée ne remet pas non plus en question qu'en principe, en application de l'art. 12 CEIE, le retour immédiat de l'enfant devrait être ordonné. La seule question litigieuse est donc de savoir s'il peut être fait exception au retour en vertu de l'art. 13 al. 1 let. b CEIE.

4. Selon le recourant, en refusant d'ordonner le retour de l'enfant en Israël, les juges cantonaux ont fait une fausse application de l'art. 13 al. 1 let. b CEIE.

4.1 En vertu de l'art. 13 al. 1 let. b CEIE, dont le Tribunal fédéral examine librement le respect (art. 95 let. b LTF), l'autorité judiciaire de l'Etat requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant lorsque la personne qui s'oppose à son retour établit qu'il existe un risque grave que ce retour n'expose l'enfant à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable.

Les exceptions au retour prévues à l'art. 13 de la CEIE doivent être interprétées de manière restrictive; le parent auteur de l'enlèvement ne doit tirer aucun avantage de son comportement illégal (arrêt 5P.71/2003 du 27 mars 2003 consid. 2.2 in : FamPra.ch 2003 p. 718). Seuls des risques graves doivent être pris en considération, à l'exclusion de motifs liés aux capacités éducatives des parents, dès lors que la CEIE

n'a pas pour but d'attribuer l'autorité parentale (ATF 131 III 334 consid. 5.3; 123 II 419 consid. 2b p. 425). Une exception au retour en vertu de l'art. 13 al. 1 let. b CEIE n'entre donc en considération que si le développement intellectuel, physique, moral ou social de l'enfant est menacé d'un danger sérieux (arrêt 5P.65/2002 du 11 avril 2002 consid. 4c/bb in : FamPra.ch 2002 p. 620 et la réf. citée). Le fardeau de la preuve incombe à la personne qui s'oppose au retour de l'enfant (arrêt précité consid. 4b in : FamPra.ch 2002 p. 620 et la réf. citée).

4.2 La cour cantonale a observé qu'il s'agit d'un enfant très jeune qui est sous la garde de la mère, laquelle a toujours pourvu à son entretien. De son côté, le père vit dans une communauté religieuse où il est nourri et ne tire de son activité de professeur de sport et d'art dramatique qu'un revenu mensuel de 300 fr. La garde de l'enfant lui a été retirée en raison du climat de peur qu'il faisait régner au domicile familial. Pour cette même raison, les tribunaux israéliens lui ont ordonné de se constituer un domicile séparé et lui ont interdit de s'approcher de l'appartement de la mère. Avant le déplacement de l'enfant en Suisse, le père ne disposait que d'un droit de visite restreint, à savoir deux fois deux heures par semaine, sous la surveillance des services sociaux israéliens. Concernant les conditions d'un éventuel retour de l'enfant sans la mère, selon les éléments fournis par le Ministère israélien de la justice le 12 mars 2007, le père qui partage actuellement un appartement avec un colocataire et travaille toujours dans une institution d'enseignement religieux, serait disposé à prendre soin de l'enfant. Se fondant sur le caractère lacunaire et peu rassurant de ces renseignements ainsi que sur l'expertise judiciaire menée par le Dr [...], médecin psychiatre, la cour cantonale a considéré qu'un retour en Israël impliquait un risque de danger psychologique pour l'enfant et pouvait le placer dans une situation intolérable, qu'il soit accompagné ou non de sa mère. Elle a ajouté que, vu les faibles ressources financières du père, un retour en Israël de l'intimée porterait également atteinte à la sécurité économique de l'enfant dont la mère devrait retrouver un emploi afin de subvenir à leurs besoins.

En l'occurrence, le recourant ne critique pas l'appréciation de la cour cantonale selon laquelle il existe un risque grave que l'enfant soit exposé à un danger psychique en cas de retour sans l'intimée. En revanche, il est d'avis que ce danger est inexistant si la mère accompagne l'enfant en Israël, ce que l'on peut raisonnablement attendre de celle-ci. Or, concernant ce dernier cas de figure, on cherche en vain dans le jugement cantonal la preuve d'un risque grave de danger ou de situation intolérable pour l'enfant. L'expert psychiatre ne s'est en particulier pas prononcé sur cette question, mais a expliqué que ce danger ne pouvait être évalué sans connaître les conditions d'un éventuel retour. S'agissant du comportement violent du recourant à l'encontre de l'intimée, il ne ressort pas du jugement cantonal que l'enfant soit menacé directement ou indirectement, à savoir par le fait d'être témoin de cette violence à l'encontre de la mère. Celle-ci a précisé que le père respectait les modalités fixées pour le droit de visite qui se passait bien. L'assistante sociale mandatée pour surveiller le droit de visite a qualifié de merveilleuse la relation père-fils telle qu'elle s'était établie juste avant l'enlèvement de l'enfant par sa mère. Cette dernière ne prétend pas que le recourant enfreignait les ordres judiciaires qui lui interdisaient d'approcher de l'appartement ainsi que de l'importuner et/ou de la harceler. Quant aux considérations tirées de l'absence de revenu du père et à ses liens avec la communauté religieuse « Loubavitch », en l'état, elles ne démontrent pas l'existence d'un risque grave de danger pour l'enfant au sens de l'art. 13 al. 1 let. b CEIE. Si ces indications sont utiles pour déterminer lequel des deux parents dispose des meilleures capacités éducatives afin de décider de l'attribution du droit de garde - question qui est tranchée par les autorités judiciaires du lieu de la résidence habituelle (art. 16 CEIE) - , elles ne sont en

revanche pas pertinentes pour décider du retour de l'enfant après un enlèvement illicite (cf. consid. 4.1 supra).

S'agissant de la menace de la mère de ne pas rentrer en Israël, le jugement cantonal ne traite pas du tout des motifs de ce refus alors qu'il appartenait à celle-ci d'établir l'existence de circonstances objectives justifiant cette attitude. Les magistrats cantonaux citent l'expert psychiatre qui évoque les « risques judiciaires » encourus en cas de retour en Israël, sans qu'il soit précisé si l'intimée risque concrètement une peine de prison ferme comme conséquence de l'enlèvement. A supposer que ce risque soit avéré, on ne pourrait attendre de celle-ci qu'elle rentre en Israël avec l'enfant - ce qui exclurait par conséquent le retour de [l'enfant] au vu du danger psychique majeur auquel l'exposerait la séparation d'avec sa mère. Celle-ci ne s'est pas exprimée à ce sujet dans sa réponse adressée au Tribunal fédéral; en particulier elle ne prétend pas être menacée d'une peine de prison ferme ni même d'une sanction pénale. Elle ne soutient pas non plus qu'en cas de retour en Israël, il lui serait impossible ou très difficile de s'y intégrer, en particulier de trouver un nouvel emploi. En conséquence, on ne discerne pas davantage d'éléments de nature économique qui rendraient insupportable le retour de la mère et, par conséquent, de l'enfant. Ainsi, faute pour l'intimée d'avoir établi l'existence de motifs qui justifieraient objectivement un refus de rentrer en Israël, il faut admettre que l'on peut raisonnablement attendre de celle-ci qu'elle retourne dans l'Etat de provenance en compagnie de l'enfant. Dans ces circonstances, le caractère peu rassurant des renseignements fournis par l'Autorité centrale israélienne (cf. consid. 4.2 supra) sur lesquels s'est notamment fondée la cour cantonale pour justifier l'exception au retour prévue par l'art. 13 al. 1 let. b CEIE n'est pas déterminant car ces informations ne tiennent compte que de l'hypothèse d'un retour de l'enfant sans sa mère.

En conséquence, les magistrats cantonaux ont enfreint l'art. 13 al. 1 let. b CEIE en considérant qu'il y avait lieu de faire exception au retour de l'enfant dans son pays de résidence habituelle. Le recours doit donc être admis et l'arrêt attaqué annulé, sans qu'il soit nécessaire d'examiner le grief relatif à la violation de l'art. 3 CDE. Il appartiendra à l'intimée d'assurer le retour de l'enfant [...] en Israël d'ici à la fin septembre 2007. (...)

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1. Le recours est admis et l'arrêt attaqué est annulé.
2. Il est ordonné à l'intimée d'assurer le retour de l'enfant [...] en Israël d'ici à la fin septembre 2007.

(...)»

35. Le 20 août 2007, le père de l'enfant, par l'intermédiaire de son conseil, saisit la Justice de paix du district de Lausanne, chargée d'exécuter la décision de retour, d'une requête tendant à la nomination d'un curateur *ad hoc* pour l'enfant, chargé d'organiser son départ. La Cour ayant décidé le 27 septembre 2007 d'indiquer au Gouvernement des mesures provisoires, le 1^{er} octobre 2007, le père retira sa requête du 20 août 2007.

II. LE DROIT INTERNE ET INTERNATIONAL PERTINENTS

36. Les dispositions pertinentes de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 25 octobre 1980, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 1984, sont ainsi libellées :

« Préambule :

Les Etats signataires de la présente Convention,

Profondément convaincus que l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde,

Désirant protéger l'enfant, sur le plan international, contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites et établir des procédures en vue de garantir le retour immédiat de l'enfant dans l'Etat de sa résidence habituelle, ainsi que d'assurer la protection du droit de visite,

Ont résolu de conclure une Convention à cet effet, et sont convenus des dispositions suivantes :

Article premier :

La présente Convention a pour objet :

- a. d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout Etat contractant ;
- b. de faire respecter effectivement dans les autres Etats contractants les droits de garde et de visite existant dans un Etat contractant.

(...)

Article 3 :

Le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite :

- a. lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement, par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour, et
- b. que ce droit était exercé de façon effective seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus.

Le droit de garde visé en a) peut notamment résulter d'une attribution de plein droit, d'une décision judiciaire ou administrative, ou d'un accord en vigueur selon le droit de cet Etat.

Article 4 :

La Convention s'applique à tout enfant qui avait sa résidence habituelle dans un Etat contractant immédiatement avant l'atteinte aux droits de garde ou de visite. L'application de la Convention cesse lorsque l'enfant parvient à l'âge de 16 ans.

(...)

Article 5 :

Au sens de la présente Convention:

a. le «droit de garde» comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence;

b. le «droit de visite» comprend le droit d'emmener l'enfant pour une période limitée dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle.

Article 11 :

Les autorités judiciaires ou administratives de tout Etat contractant doivent procéder d'urgence en vue du retour de l'enfant.

Lorsque l'autorité judiciaire ou administrative saisie n'a pas statué dans un délai de six semaines à partir de sa saisine, le demandeur ou l'Autorité centrale de l'Etat requis, de sa propre initiative ou sur requête de l'autorité centrale de l'Etat requérant, peut demander une déclaration sur les raisons de ce retard. (...)

Article 12 :

Lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement au sens de l'article 3 et qu'une période de moins d'un an s'est écoulée à partir du déplacement ou du non-retour au moment de l'introduction de la demande devant l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat contractant où se trouve l'enfant, l'autorité saisie ordonne son retour immédiat. (...)

Article 13 :

Nonobstant les dispositions de l'article précédent, l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant, lorsque la personne, l'institution ou l'organisme qui s'oppose à son retour établit :

(...)

b. qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable.

L'autorité judiciaire ou administrative peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion.

Dans l'appréciation des circonstances visées dans cet article, les autorités judiciaires ou administratives doivent tenir compte des informations fournies par l'Autorité centrale ou toute autre autorité compétente de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant sur sa situation sociale.

Article 14 :

Pour déterminer l'existence d'un déplacement ou d'un non-retour illicite au sens de l'article 3, l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat requis peut tenir compte directement du droit et des décisions judiciaires ou administratives reconnues formellement ou non dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, sans avoir recours aux procédures spécifiques sur la preuve de ce droit ou pour la reconnaissance des décisions étrangères qui seraient autrement applicables. »

37. Le 21 décembre 2007, le Parlement fédéral suisse adopta la « Loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes », qui a pour but de clarifier et de préciser certaines notions, notamment relatives à l'application de la Convention de La Haye de 1980. Cette loi n'est, à l'heure actuelle, pas encore entrée en vigueur. Les articles invoqués par les requérants sont libellés comme suit :

« Article 5 : Retour et intérêt de l'enfant »

Du fait de son retour, l'enfant est placé dans une situation intolérable au sens de l'article 13, alinéa 1, lettre b, de la Convention de La Haye notamment lorsque les conditions suivantes sont remplies :

- a. le placement auprès du parent requérant n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant ;
- b. le parent ravisseur, compte tenu des circonstances, n'est pas en mesure de prendre soin de l'enfant dans l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement ou que l'on ne peut manifestement pas l'exiger de lui ;
- c. le placement auprès de tiers n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant.

Article 6 : Mesures de protection

Le tribunal saisi de la demande de retour de l'enfant règle, au besoin, les relations personnelles de l'enfant avec ses parents et ordonne les mesures nécessaires pour assurer sa protection.

Si la demande a été déposée auprès de l'autorité centrale, le tribunal compétent peut ordonner la représentation de l'enfant, une curatelle ou d'autres mesures de protection, sur requête de cette autorité ou de l'une des parties, quand bien même la demande n'est pas encore pendante devant lui. »

38. Dans le cadre de l'adoption de l'arrêté fédéral concernant cette loi, le Conseil fédéral rédigea un message (Feuille Fédérale 2007, pp. 2433-2682) dont les passages pertinents en l'espèce sont libellés comme suit :

« 6.4 Retour et intérêt de l'enfant (article 5)

Afin d'assurer une application de la Convention de La Haye de 1980 mieux adaptée aux intérêts de l'enfant, il est nécessaire que le législateur définisse un ensemble de cas dans lesquels le retour de l'enfant ne peut plus entrer en ligne de compte parce qu'il placerait celui-ci dans une situation manifestement intolérable. La réglementation prévue à l'article 5 n'est pas censée remplacer celle qui figure à l'art. 13, § 1, lettre b, de la Convention de La Haye de 1980. Le terme «notamment» signifie que ne sont énumérés que quelques cas de figure qui – bien qu'essentiels – n'empêchent pas que l'on se prévale de la clause prévue dans la convention.

Tout d'abord la let. a se réfère aux cas dans lesquels l'hébergement de l'enfant chez le parent qui a demandé le retour ne répond manifestement pas à l'intérêt de l'enfant. Si tel n'est pas le cas, notamment parce que le parent qui a introduit la demande est le seul à exercer le droit de garde ou le seul à pouvoir être investi d'une telle responsabilité, il n'y a en principe pas lieu de craindre que l'enfant soit placé dans une situation intolérable à son retour, de sorte qu'il n'y a aucune raison de refuser celui-ci. Il en va autrement lorsque, aux yeux du tribunal, il apparaît manifeste que la partie qui a introduit la demande n'est pas en mesure de prendre en charge l'enfant.

La lettre b règle les cas dans lesquels l'opportunité du retour de l'enfant ne peut être appréciée que sous l'angle de sa relation avec le parent auteur de l'enlèvement. Lorsque l'hébergement de l'enfant chez le parent qui a fait la demande de retour n'entre manifestement pas en ligne de compte, le problème de son retour dans l'Etat de provenance se présente de manière différente selon que la personne qui a enlevé l'enfant ou l'a retenu illicitement (il s'agit très souvent de la mère) est en mesure ou non de retourner dans cet Etat. Si elle n'est pas en mesure de le faire parce que, par exemple, elle y encourt une peine de prison qui entraînera une séparation d'avec l'enfant ou parce qu'elle entretient en Suisse un lien familial très étroit (par exemple par suite d'un remariage ou en raison de la situation de détresse dans laquelle se trouve un autre membre de la famille vivant en Suisse), il peut y aller de l'équilibre psychique et physique de l'enfant parce qu'à son retour il serait contraint de vivre séparé de ses deux parents. Une telle séparation n'est tolérable que dans des cas exceptionnels et doit constituer une *ultima ratio*.

Second cas de figure: celui dans lequel, compte tenu de l'ensemble des circonstances, on ne saurait raisonnablement exiger du parent ravisseur qu'il prenne soin de l'enfant dans l'Etat dans lequel celui-ci avait sa résidence habituelle immédiatement avant l'enlèvement (art. 5, let. b). Il ne suffit pas que le parent qui a enlevé l'enfant ou qui le retient illicitement déclare qu'il se refuse à retourner dans cet Etat. Il faut encore qu'il soit dans une situation de détresse telle qu'on ne saurait raisonnablement attendre de lui qu'il retourne dans son lieu d'existence antérieur pour y attendre avec l'enfant la décision définitive du tribunal portant sur l'attribution du droit de garde. Dans ce contexte, nous songeons d'abord aux cas dans lesquels on ne peut assurer à la mère qu'elle trouve un lieu d'accueil sûr et financièrement supportable en dehors du logement de son ancien partenaire. Entrent ensuite en ligne de compte les cas dans lesquels le parent qui a demandé le retour de l'enfant ne reprendra pas l'exercice du droit de garde ni ne l'obtiendra par voie judiciaire, alors que l'auteur de l'enlèvement est manifestement la personne qui s'occupe en premier lieu de la prise en charge de l'enfant. En pareille occurrence, l'enfant ne serait reconduit dans l'Etat de provenance que pour y attendre l'attribution définitive du droit de garde au parent auteur de l'enlèvement, avant de retourner à nouveau en Suisse avec ce dernier. Or un tel aller-retour ne servirait en définitive qu'à soumettre

l'affaire à la compétence des autorités de l'ancien lieu de résidence. Il s'agit là d'une solution qui n'est pas admissible selon l'esprit et au regard du but de la Convention de La Haye, car elle est incompatible avec l'intérêt de l'enfant. Encore faut-il que la situation soit indubitable pour le tribunal qui a été saisi en Suisse de la demande de retour. Si l'état de fait ne peut pas être établi de manière limpide, le tribunal devra statuer que le retour dans l'Etat de provenance du parent auteur de l'enlèvement est supportable et que, partant, il n'en résultera pas pour l'enfant de situation intolérable, laquelle justifierait une décision négative de retour en vertu de l'article 13, § 1, lettre b, de la Convention de La Haye.

La let. c se réfère au placement auprès de tiers. En effet, si le retour de l'enfant devait entraîner une séparation du parent qui l'a enlevé ou retenu illicitement (parce que le retour est impossible à ce dernier ou ne saurait être raisonnablement exigé de lui), il ne pourrait être exécuté dans des conditions convenables que si l'enfant pouvait être placé chez des tiers dans son Etat de provenance. Toutefois, une telle solution ne doit être recherchée et, partant, amener le tribunal suisse compétent à ordonner le retour de l'enfant que si le placement auprès de tiers n'est pas manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant. Cette troisième condition ne peut être remplie que si la séparation du parent resté en Suisse est supportable pour l'enfant – ce qui peut être le cas lorsqu'il entretient avec ce parent une relation conflictuelle – et si la famille nourricière disposée à accueillir l'enfant offre toute garantie quant à la protection et au développement normal de ce dernier. En tout état de cause, une telle solution ne doit être envisagée qu'à titre d'*ultima ratio*.

Notons encore que pour que le retour soit conforme aux intérêts de l'enfant et, notamment, pour que les conditions visées à l'article 13 Convention de La Haye soient remplies, il faut que l'autorité qui statue soit au fait de la situation qui règne dans l'Etat de provenance et du régime juridique qui y est en vigueur. Aussi, les parties et, en particulier, les parents ont le devoir de participer à l'établissement des faits. Leur audition en personne par le tribunal (article 9, al. 1 et 2) revêt donc une grande importance. Les nouvelles dispositions relatives à la procédure et à la coopération avec les autorités compétentes dans l'Etat de provenance jouent également un rôle essentiel. Le tribunal doit pouvoir vérifier si et de quelle manière il est possible d'assurer le retour de l'enfant (article 10, al. 2). S'il n'y parvient pas ou n'y parvient que partiellement, il ne sera pas en mesure de peser toutes les conséquences que pourrait avoir un retour pour l'enfant. Il en sera de même s'il ne parvient pas à obtenir de la part des autorités locales des assurances fiables quant à l'accueil et à la protection de l'enfant, en particulier lorsque l'on est en droit de douter de la capacité du parent demandeur de s'occuper correctement de l'enfant. Sous ce rapport, l'article 10 est donc directement lié à l'application pratique de l'article 5. »

39. Les dispositions pertinentes de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997, sont libellées comme suit :

Préambule :

« (...) Convaincus que la famille, unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres, et en particulier des enfants, doit recevoir la protection et l'assistance dont elle a besoin pour pouvoir jouer pleinement son rôle dans la communauté,

Reconnaissant que l'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, doit grandir dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension, (...)

Article 7 :

1. L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci (...) le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux (...).

Article 9 :

1. Les Etats parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré (...).

Article 14 :

1. Les Etats parties respectent le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion.

2. Les Etats parties respectent le droit et le devoir des parents ou, le cas échéant, des représentants légaux de l'enfant de guider celui-ci dans l'exercice du droit susmentionné d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités (...).

Article 18 :

1. Les Etats parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant (...). »

40. La Recommandation 874 (1979) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à une Charte européenne des droits de l'enfant énonce parmi les premiers principes généraux :

« a. Les enfants ne doivent plus être considérés comme la propriété de leurs parents, mais être reconnus comme des individus avec leurs droits et leurs besoins propres ; (...). »

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

41. Les requérants, qui rappellent que le tribunal israélien compétent a attribué le droit de garde à la requérante, allèguent une violation du droit au

respect de leur vie familiale au sens de l'article 8, pris isolément et en combinaison avec les articles 3 et 9 de la Convention. L'article 8 est ainsi libellé :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

42. Plus concrètement, les requérants soutiennent que, contrairement aux instances inférieures, le Tribunal fédéral a méconnu le risque grave de danger psychique et la situation intolérable auxquels serait confronté le requérant en cas de retour en Israël avec ou sans sa mère. Ils lui reprochent d'avoir écarté radicalement des arguments pourtant étayés par un rapport d'expertise en date du 16 avril 2007 établi par un pédopsychiatre. Ils font valoir par ailleurs qu'ils sont parfaitement intégrés à Lausanne, où la requérante exerce une activité rémunérée.

A. Sur la recevabilité

43. Pour les raisons exposées aux paragraphes 54-69 ci-après, le Gouvernement soutient que le grief tiré de l'article 8 doit être déclaré irrecevable pour défaut manifeste de fondement.

44. La Cour ne partage pas ce point de vue. Elle considère que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 de la Convention. Elle relève par ailleurs qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de le déclarer recevable.

B. Sur le fond

1. Les thèses des parties

a. Les requérants

45. Les requérants contestent d'abord que l'éloignement de Noam du territoire israélien par sa mère ait été illicite au sens de la Convention de La Haye. Ils estiment que le Gouvernement commet une erreur manifeste d'appréciation en indiquant que la décision rendue le 17 novembre 2004 par le tribunal israélien instituait au profit de la mère une mesure de garde provisoire (*temporary custody*).

46. Les requérants estiment licite le déplacement de l'enfant en Suisse, notamment pour les raisons suivantes : le comportement et les menaces de mort du père à l'égard de la requérante auraient justifié une mesure spéciale de protection en sa faveur, accordée le 12 janvier 2005 ; le père, par un fanatisme religieux qu'il afficherait publiquement, serait désireux d'imposer unilatéralement à son fils en bas âge un style de vie et une éducation religieuse radicale ultra-orthodoxes au mépris de l'intérêt de l'enfant et du désaccord manifesté par la mère ; il aurait fait l'objet d'un mandat d'arrêt le 20 mars 2005 pour non-paiement de la pension alimentaire et aurait vu son droit de visite restreint et soumis à la surveillance des services sociaux en raison de son comportement irresponsable ; la plainte pénale déposée contre lui en Israël en janvier 2005 aurait été inefficace, les juges l'ayant classée le 30 novembre 2006 ; enfin, le déplacement de l'enfant aurait été légal en vertu de la loi israélienne n° 5722-1962 (*Capacity and Guardianship Law*), dont l'article 25 prévoit *in fine* qu'en cas de désaccord entre les parents, l'enfant âgé de moins de six ans doit rester avec sa mère, et dont l'article 18 *in fine* autorise expressément un parent à agir seul en cas d'urgence, ce qui serait le cas *a fortiori* quand il a la garde de l'enfant.

47. Par ailleurs, les requérants sont convaincus que la mère s'exposerait à un risque certain de sanction pénale si elle retournait en Israël, et que l'infliction d'une telle sanction ferait incontestablement subir à l'enfant un traumatisme psychique majeur et une situation intolérable. Ils considèrent que les conséquences d'une séparation du requérant et de sa mère, qui se verrait sans aucun doute infliger une peine privative de liberté, seraient désastreuses. Ils voient une justification de leurs craintes dans l'avis de l'expert psychiatre, qui a évoqué les « risques judiciaires » encourus en cas de retour en Israël, sans toutefois préciser si la mère risquait concrètement une peine de prison ferme comme conséquence de l'enlèvement (voir l'arrêt du Tribunal fédéral, ci-avant, paragraphe 34).

48. Selon les requérants, les conséquences d'une incarcération de la requérante en Israël seraient dévastatrices pour l'avenir de la mère et de l'enfant. Précisant que le père, dont ils soulignent le caractère instable, s'est remarié en novembre 2005 puis a divorcé de sa nouvelle épouse alors qu'elle était enceinte, ils affirment que, séparé de sa mère emprisonnée, Noam ne serait certainement pas confié à son père, compte tenu des décisions précédemment rendues contre celui-ci, à moins d'un revirement qu'ils estiment tout aussi néfaste pour l'enfant. Selon eux, il serait donc probable que Noam serait placé dans un foyer, ce que refuse catégoriquement la mère. Les craintes des requérants sont d'autant plus fortes qu'ils estiment n'avoir reçu aucune garantie fiable de nature à mettre définitivement la requérante à l'abri de sanctions pénales et d'une séparation d'avec l'enfant dont elle a la garde au cas où elle retournerait avec lui en Israël, ni de la part des autorités israéliennes, ni dans la lettre produite par le Gouvernement suisse à l'appui de ses observations du 15 février 2008. Dans

une lettre du 30 avril 2007, le représentant du Bureau du ministère public de l'Etat d'Israël, se référant directement à la loi pénale de 1977, qui prévoit des peines d'emprisonnement pour ce type d'infraction, a informé la requérante que les directives du parquet ne prévoient des poursuites pénales que dans des circonstances très exceptionnelles. Les requérants considèrent néanmoins que même en supposant que le représentant du ministère public décide de ne pas engager de poursuites pénales contre la requérante, rien n'empêcherait le père de le faire.

49. Les requérants rappellent que le rapport d'expertise du Dr. B. souligne l'existence d'un danger d'une gravité exceptionnelle en cas de retour de l'enfant en Israël, et estiment que les deux instances cantonales ont mieux apprécié ce danger que ne l'a fait le Tribunal fédéral. Ils observent par ailleurs que le père n'a pas sollicité de contre-expertise devant les juges internes. Il ne serait donc pas dans l'intérêt supérieur de Noam de retourner en Israël, d'où il ne pourrait plus sortir avant sa majorité. A cet égard, les requérants soulignent qu'ils ont tous deux la nationalité suisse.

50. Les requérants estiment également que la position exprimée par le Tribunal fédéral et par le Gouvernement dans la présente affaire ne reflète pas celles que le Conseil fédéral et le Parlement ont exprimées à l'occasion de l'adoption de la loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes du 21 décembre 2007. Les requérants soulignent que cette loi place l'intérêt de l'enfant au cœur du débat (article 5) et impose des mesures de protection et de représentation de l'enfant (article 6). Ils estiment opportun et pertinent pour la présente affaire de rappeler quelques passages du message du Conseil fédéral concernant l'arrêté fédéral du 21 décembre 2007, qui portent plus spécifiquement sur le retour d'un enfant enlevé : selon le Conseil fédéral, « lorsque l'hébergement de l'enfant chez le parent qui a fait la demande de retour n'entre manifestement pas en ligne de compte, le problème de son retour dans l'Etat de provenance se présente de manière différente selon que la personne qui a enlevé l'enfant ou l'a retenu illicitement (...) est en mesure ou non de retourner dans cet Etat. Si elle n'est pas en mesure de le faire parce que, par exemple, elle y encourt une peine de prison qui entraînera une séparation d'avec l'enfant, (...) il peut y aller de l'équilibre psychique et physique de l'enfant parce qu'à son retour il serait contraint de vivre séparé de ses deux parents. Une telle séparation n'est tolérable que dans des cas exceptionnels et doit constituer une *ultima ratio* (...). Le tribunal doit pouvoir vérifier si et de quelle manière il est possible d'assurer le retour de l'enfant (...). S'il n'y parvient pas ou n'y parvient que partiellement, il ne sera pas en mesure de peser toutes les conséquences que pourrait avoir un retour pour l'enfant. Il en sera de même s'il ne parvient pas à obtenir de la part des autorités locales des assurances fiables quant à l'accueil et à la protection de l'enfant, en particulier lorsque l'on est en droit

de douter de la capacité du parent demandeur de s'occuper correctement de l'enfant. » (voir le message du Conseil fédéral, paragraphe 38 ci-avant).

51. Les requérants observent ensuite que l'arrêt du Tribunal fédéral du 16 août 2007 ne prévoyait aucune modalité d'exécution, ce que le Gouvernement ne conteste pas. Selon eux, le tribunal n'aurait pas dû se contenter de dire que l'on pouvait « raisonnablement attendre » de la mère qu'elle retourne en Israël avec son enfant, en dépit des risques encourus par elle et par Noam, sans rechercher les conséquences néfastes qu'un tel retour pouvait avoir pour l'enfant. Ils soutiennent qu'il appartient aux autorités de l'Etat requis de régler les modalités du retour éventuel de l'enfant, non pas après avoir pris la décision de retour, mais avant, car si aucune mesure n'est prise par le juge qui ordonne le retour de l'enfant, rien n'indique que ce retour non préparé ne l'exposera pas à des situations comportant des dangers psychiques ou ne le placera pas dans une situation intolérable au sens de l'article 13 alinéa premier, lettre b) de la Convention de La Haye.

52. S'agissant enfin de la possibilité, pour les parents, de déterminer d'un commun accord l'éducation religieuse de l'enfant, les requérants sont convaincus qu'un tel cas de figure est d'emblée exclu du fait même de la position radicale adoptée par le père, exprimée notamment dans ses écrits devant la Cour, que le Gouvernement ne peut, selon eux, ignorer. Ils soulignent à cet égard que l'intéressé ne conteste pas avoir rejoint le mouvement juif ultra-orthodoxe « Loubavitch », qu'ils décrivent comme un courant mystique et ascétique du judaïsme traditionnel dont les adhérents appartiennent au judaïsme hassidique et pratiquent un prosélytisme intense. Selon les requérants, le père reconnaît avoir tenté d'imposer à son épouse et à son enfant un mode de vie radical en vertu duquel, par exemple, les femmes doivent cacher leurs cheveux et les garçons doivent être envoyés dès l'âge de trois ans dans des écoles religieuses appelées « Heder » ; et il ne pourrait valablement contester que son changement soudain de comportement et ses exigences religieuses radicales ont fait naître entre les époux un conflit majeur ayant abouti à leur divorce et lui ont valu de sérieux déboires avec la justice de son pays, notamment un mandat d'arrêt pour non-paiement de la pension alimentaire. Compte tenu de ce qui précède, la requérante estime qu'il est de son devoir de soustraire son enfant à ce milieu, qu'elle considère comme fanatique. Elle souligne qu'aucune garantie judiciaire n'a été mise en place avant son départ ni n'est envisagée dans l'hypothèse de son retour, et que le Tribunal fédéral ne s'est pas posé cette question. Elle tient à préciser qu'elle est elle-même de confession juive et qu'elle n'entend pas couper son fils de ses racines. Ainsi celui-ci fréquente-t-il depuis fin 2006 une garderie laïque municipale un jour par semaine, ainsi qu'une garderie israélienne privée agréée par l'Etat où lui sont enseignés, en plus du cursus scolaire du canton de Vaud, les principes de base du judaïsme.

53. Pour ces raisons, les requérants considèrent que le retour de Noam en Israël constituerait une ingérence injustifiée, dans une société démocratique, dans l'exercice de leur droit au respect de la vie familiale tel qu'il est garanti par l'article 8.

b. Le Gouvernement

54. Le Gouvernement conteste les arguments des requérants. Dans la mesure où ceux-ci semblent mettre en doute l'illicéité de l'éloignement de l'enfant par sa mère, il soutient qu'il importe peu de savoir si la garde selon le droit israélien (*custody*) a été attribuée à la mère de manière provisoire ou définitive, mais qu'il faut déterminer à qui revient la garde de Noam au sens de la Convention de La Haye, et que cette notion correspond en droit israélien à celle de *guardianship*, qui comprend notamment le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, et dont les parents de Noam sont titulaires de manière conjointe.

55. Pour le Gouvernement, le litige porte en l'espèce sur la question de savoir si se trouvent réunies les conditions de l'article 13 lettre b) de la Convention de La Haye, qui prévoit une exception au principe du retour immédiat de l'enfant.

56. En réponse à l'argument des requérants, qui estiment que le Tribunal fédéral n'a pas suffisamment pris en compte le contexte juridique posé dans le message du Conseil fédéral en date du 28 février 2007, le Gouvernement relève que le projet de loi adopté sur le fondement de ce message date du 21 décembre 2007 et que la loi n'était donc pas encore en vigueur. Il considère que ni ce projet ni le message y relatif ne sont pertinents pour la résolution du présent litige et que l'arrêt du Tribunal fédéral ne se trouve aucunement en contradiction avec les principes qui y sont développés, car si le projet énonce, en son article 5 lettre b), que l'enfant est placé dans une situation intolérable en cas de retour notamment lorsque le parent ravisseur, compte tenu des circonstances, n'est pas en mesure de prendre soin de l'enfant dans l'Etat où celui-ci avait sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement ou que l'on ne peut manifestement pas l'exiger de lui, encore faut-il établir que ces conditions sont remplies, ce que rien ne permettrait d'affirmer en l'espèce. A cet égard, le Gouvernement renvoie au texte du message, selon lequel « il ne suffit pas que le parent qui a enlevé l'enfant ou qui le retient illicitement déclare qu'il se refuse à retourner dans [l'Etat d'origine]. Il faut encore qu'il soit dans une situation de détresse telle qu'on ne saurait raisonnablement attendre de lui qu'il retourne dans son lieu d'existence antérieur pour y attendre avec l'enfant la décision définitive du tribunal portant sur l'attribution du droit de garde. Dans ce contexte, [on songe] d'abord aux cas dans lesquels on ne peut assurer à la mère qu'elle trouve un lieu d'accueil sûr et financièrement supportable en dehors du logement de son ancien partenaire. » (voir le message du Conseil fédéral, paragraphe 38 ci-avant).

57. Le Gouvernement rappelle que dans l'affaire *Maumousseau et Washington c. France*, n° 39388/05, § 73 et suiv., CEDH 2007-...), la Cour a déclaré que le but de la Convention de La Haye étant d'empêcher le parent ravisseur de parvenir à légitimer juridiquement, par le passage du temps, une situation de fait qu'il a unilatéralement créée, les exceptions au retour immédiat de l'enfant devaient être interprétées strictement. Dans cette affaire, les autorités nationales, après avoir procédé à un examen approfondi du cas, n'avaient décelé aucun danger potentiel pour l'enfant. Elles avaient en outre souligné que, contrairement à ce qu'elle soutenait, la mère pouvait accompagner son enfant dans l'Etat où il avait sa résidence habituelle afin d'y faire valoir ses droits. La Cour a considéré que c'était là un élément essentiel, la mère disposant d'un libre accès au territoire de l'Etat en question, ainsi que de la faculté d'en saisir les juridictions compétentes. La procédure n'étant du reste pas critiquable au regard de l'article 8 de la Convention, la Cour a considéré qu'il n'y avait pas eu violation de cet article.

58. Le Gouvernement relève qu'en l'espèce, avant de rendre sa décision du 29 août 2006, la Justice de paix du district de Lausanne a entendu à deux reprises, le 18 juillet et le 29 août 2006, la requérante accompagnée de son conseil ainsi que le conseil du père de Noam ; que, saisie à son tour, la chambre des tutelles a ordonné des mesures d'instruction complémentaires, à savoir l'établissement d'une expertise pédopsychiatrique du requérant, et qu'elle a requis des autorités israéliennes, par l'intermédiaire de l'autorité centrale suisse, qu'elles la renseignent sur les conditions dans lesquelles s'opérerait un éventuel retour de Noam.

59. Par ailleurs, le Gouvernement soutient que la requérante n'a pas présenté devant les instances internes de raisons objectives et fondées s'opposant à son retour en Israël. Il est d'avis qu'il ressort des déclarations faites par l'intéressée dans le cadre de la procédure interne que le risque qu'elle allègue ne constitue pas la véritable raison de son refus de retourner en Israël, qui serait bel et bien un choix de sa part, motivé par son souhait de vivre en Suisse ; et il relève que ce n'est que plus tard, dans sa requête à la Cour du 25 septembre 2007, que la requérante a indiqué qu'elle ne retournerait pas en Israël en raison de la situation intolérable qui l'aurait précisément conduite à quitter ce pays en juin 2005. Le Gouvernement rappelle également que la situation familiale des requérants était suivie de près par les services sociaux de Tel Aviv et par le tribunal des affaires familiales de la région de Tel Aviv, lequel a notamment interdit au père de Noam de s'approcher de l'appartement de la requérante ou de l'école maternelle où se trouvait l'enfant, d'importuner ou de harceler la requérante de quelque façon que ce soit, y compris moralement, en tout lieu, de faire usage de l'appartement où vivait la requérante et de porter ou de détenir une arme (voir l'arrêt de la chambre des tutelles du 22 mai 2007, pp. 5 et suiv.). Il ne serait pas contesté que le père de Noam respectait ces mesures (voir le

protocole de la séance du 29 août 2006 devant la Justice de paix, p. 2). En outre, l'attitude des autorités israéliennes démontrerait un souci réel pour la sécurité et le bien-être des requérants (voir notamment la lettre du 10 janvier 2005 de deux assistantes sociales, reproduite dans l'arrêt de la chambre des tutelles, p. 4), et il n'y aurait donc pas de raison de craindre qu'elles ne réagissent pas de manière appropriée en cas de retour des requérants en Israël si le père de l'enfant devait tenter de les importuner.

60. Le Gouvernement relève encore que la requérante avait elle-même décidé en 1999 de s'établir en Israël et, plus tard, d'y fonder une famille, qu'elle y avait un emploi auprès d'une société multinationale, et que son fils y était pris en charge dans une école maternelle pendant la journée. Le Gouvernement présume qu'ayant vécu six ans en Israël, la requérante devait y avoir tissé un réseau de connaissances, d'autant plus que l'expertise du Dr. B. mentionne qu'elle avait décidé de s'établir dans ce pays après y avoir passé des vacances dans sa famille, ce qui tendrait à prouver qu'elle y aurait des attaches familiales.

61. En réponse aux craintes de la requérante face à de possibles déboires avec la justice israélienne, le Gouvernement observe qu'il ressort d'une lettre de l'autorité centrale israélienne remise à la chambre des tutelles par le père de l'enfant que, bien que le droit pénal israélien permette l'imposition d'une peine privative de liberté pour enlèvement d'enfant, des directives du ministère public israélien prévoient que la police, saisie d'une telle affaire, transfère le cas à l'autorité centrale israélienne selon la Convention de La Haye, et que celle-ci formule des recommandations sur la réponse à y apporter. Or, selon ces directives, une procédure pénale ne doit être engagée que dans des cas très exceptionnels. L'autorité centrale aurait ajouté qu'en l'espèce elle pourrait donner pour instruction à la police israélienne de clore l'affaire pénale si la requérante se montrait prête à coopérer avec les autorités israéliennes et à respecter le droit de visite accordé au père et si elle ne disparaissait pas à nouveau avec l'enfant (voir la lettre du 30 avril 2007 jointe aux observations du Gouvernement). Compte tenu de ces indications, le Gouvernement est d'avis que la requérante ne risque pas de se voir infliger de sanctions pénales et que, contrairement à ce qu'elle affirme, le risque d'être emprisonnée n'est pas avéré. Ainsi, au vu des assurances données par les autorités israéliennes, il n'y aurait pas lieu de craindre, en cas de retour des requérants, que la mère soit détenue et, de ce fait, séparée de son fils, car cette détention serait en contradiction avec l'attitude des autorités israéliennes, qui auraient à plusieurs reprises montré leur compréhension à son égard et leur souci de protéger l'intérêt de Noam.

62. La requérante ayant par ailleurs déclaré que, dans la mesure où elle devait assumer seule la charge financière de l'enfant, elle n'aurait aucun intérêt à abandonner son emploi en Suisse, le Gouvernement souligne qu'elle travaille actuellement à Lausanne pour la même compagnie que celle qui l'employait déjà à Tel Aviv, et considère que cette situation est de

nature à lui conférer un certain avantage pour trouver rapidement un emploi satisfaisant en cas de retour. Elle pourrait par ailleurs prétendre à diverses aides de l'Etat pour la recherche d'un logement et pour subvenir à ses besoins en cas de nécessité.

63. Au vu de l'ensemble de ces circonstances, la requérante n'avancé pas de raisons pertinentes qui l'empêcheraient de regagner Israël, le Gouvernement estime que c'est à juste titre que le Tribunal fédéral a interprété l'article 13 lettre b) de la Convention de La Haye dans le sens d'un retour de l'enfant et de sa mère.

64. Le Gouvernement rappelle également que si l'expert B. a retenu dans son rapport que le retour de Noam en Israël avec sa mère l'exposerait à un danger psychique dont l'intensité ne pouvait être évaluée sans connaître les conditions de cet éventuel retour, en particulier celles qui seraient réservées à sa mère et les répercussions qu'elles pourraient avoir sur l'enfant, il a également estimé que le maintien du *status quo* représenterait pour Noam un risque psychique majeur à long terme (p. 7 du rapport). Au regard des éléments susmentionnés concernant la possibilité d'un retour de la requérante, le Gouvernement, rappelant que l'article 13, alinéa premier, de la Convention de La Haye (« lorsque la personne (...) qui s'oppose à son retour établit (...) ») impose le fardeau de la preuve à la requérante, considère que non seulement celle-ci n'a pas établi l'existence d'un risque grave pour l'enfant en cas de retour, mais encore que les mesures d'instruction supplémentaires menées par les autorités suisses ainsi que les autres éléments du dossier permettent d'exclure un tel risque avec une très haute probabilité.

65. En ce qui concerne l'hypothèse d'un retour de l'enfant sans la requérante, le Gouvernement relève que la chambre des tutelles s'est renseignée auprès de l'autorité centrale israélienne sur les conditions d'un tel retour et qu'il ressort de la réponse de l'autorité en date du 12 mars 2007 (annexe 4 aux observations du Gouvernement) que le père serait prêt à s'occuper de l'enfant et s'assurerait de disposer d'un appartement à cette fin ; que l'enfant pourrait fréquenter une crèche-garderie pendant les heures de travail ou d'étude du père ; et que la famille de celui-ci pourrait lui apporter un certain soutien. L'autorité israélienne aurait également précisé que si la mère devait refuser de retourner en Israël avec l'enfant alors qu'elle en a la possibilité, cela signifierait qu'elle accepte que le père en ait la garde. Le Gouvernement considère que compte tenu de l'attitude des autorités israéliennes dans cette affaire, il n'y a pas lieu de craindre qu'elles ne prennent pas les mesures nécessaires, dans une telle hypothèse, pour assurer qu'il soit pourvu aux besoins de l'enfant de la meilleure manière possible.

66. Le Gouvernement indique que, dans sa lettre du 12 mars 2007, l'autorité israélienne a appelé l'attention des autorités suisses sur la loi israélienne de 1991 pour la prévention de la violence familiale, qui prévoit

des mesures de protection en cas d'allégations de violences dans le cadre familial (annexe 4 aux observations du Gouvernement). L'attitude des autorités israéliennes et les mesures prises avant le départ de la requérante, dont il n'est pas contesté qu'elles étaient respectées par le père de l'enfant, démontrent aux yeux du Gouvernement qu'il est fait usage de manière efficace des dispositions de cette loi.

67. En outre, le Gouvernement indique que la loi israélienne de 1962 sur la capacité et le droit de garde parental, dont le père de l'enfant a remis un extrait à la Justice de paix avec sa requête du 8 juin 2006, prévoit que l'autorité parentale comprend le devoir et le droit de s'occuper des besoins du mineur, notamment de son éducation et de ses études, et qu'en cas de désaccord sur l'éducation religieuse d'un enfant, le tribunal attribuant l'autorité parentale tranche en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. La requérante détenant l'autorité parentale conjointe et la garde de son fils, rien ne porterait à craindre qu'elle ne puisse exercer une influence déterminante sur l'éducation religieuse de son fils en cas de retour en Israël avec lui.

68. En ce qui concerne l'argument des requérants selon lequel l'arrêt du Tribunal fédéral du 16 août 2007 ne prévoyait aucune modalité d'exécution, le Gouvernement argue premièrement que ce tribunal a ordonné le retour de l'enfant en partant du principe que l'on pouvait raisonnablement attendre de la mère qu'elle l'accompagne, dès lors qu'elle n'avait pas fait état de l'existence de circonstances justifiant objectivement son refus de se rendre en Israël, et deuxièmement que rien n'indique qu'un retour dans ces circonstances exposerait l'enfant à un danger physique ou psychique ou le placerait dans une situation intolérable. Par ailleurs, le Gouvernement estime que l'organisation du retour revient en premier lieu à la requérante, qui se trouve à l'origine de la situation créée par l'enlèvement de son fils. Il précise toutefois que si l'intéressée avait fait part de craintes concrètes liées à des aspects précis d'un retour en Israël à l'autorité compétente pour l'exécution de l'arrêt du Tribunal fédéral, à savoir la Justice de paix, cette dernière aurait pu examiner des mesures à même d'y remédier. Enfin, il explique qu'au vu des mesures provisoires arrêtées en l'espèce par la Cour, les modalités du retour de l'enfant n'ont pas été examinées plus en détail par les autorités suisses.

69. Compte tenu de ce qui précède, le Gouvernement estime que, vu le jeune âge de Noam, rien ne porte à craindre qu'un retour en Israël avec sa mère l'exposerait à des conséquences graves, et qu'ainsi la pesée des intérêts faite par le Tribunal fédéral ne constitue pas une violation de l'article 8 de la Convention.

c. Tierce partie

70. La tierce partie, c'est-à-dire le père de Noam, estime que l'objectif principal de la Convention de La Haye est de mettre à la disposition des

parties un mécanisme permettant de garantir le retour au *status quo* antérieur à l'enlèvement de l'enfant. Les procédures prévues par cet instrument international n'attribueraient pas à la Cour la compétence de déterminer quel est l'intérêt supérieur de l'enfant : cette question serait laissée entièrement à la discrétion des autorités internes, qui seraient mieux placées que la Cour à cet égard.

71. La tierce partie souligne également que l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale laisse place à des exceptions, si elles sont prévues par la loi et poursuivent un but légitime et nécessaire dans une société démocratique, et que les Etats sont tenus, en vertu du droit interne et du droit international, de réprimer le délit d'enlèvement d'enfant et de faire en sorte que l'un des parents ne puisse tirer avantage de son comportement illégal.

2. L'appréciation de la Cour

a. Les principes élaborés par la Cour dans les affaires portant sur l'enlèvement d'un enfant

72. La Cour a eu l'occasion d'élaborer et de développer les principes directeurs qui doivent la guider pour déterminer si, confrontées à l'enlèvement d'un enfant, les autorités d'un Etat partie à la Convention ont respecté les obligations qui leur incombaient en vertu de l'article 8 de la Convention (voir notamment *Maumousseau et Washington c. France*, n° 39388/05, §§ 58-83, CEDH 2007-..., *Bianchi c. Suisse*, n° 7548/04, §§ 76-85, 22 juin 2006, *Monory c. Roumanie et Hongrie*, n° 71099/01, §§ 69-85, 5 avril 2005, *Eskinazi et Chelouche c. Turquie* (déc.), n° 14600/05, CEDH 2005-XIII (extraits), *Karadžić c. Croatie*, n° 35030/04, §§ 51-54, 15 décembre 2005, *Iglesias Gil et A.U.I. c. Espagne*, n° 56673/00, §§ 48-52, CEDH 2003-V, *Sylvester c. Autriche*, nos 36812/97 et 40104/98, §§ 55-60, 24 avril 2003, *Paradis c. Allemagne*, (déc.), n° 4783/03, 15 mai 2003, *Guichard c. France* (déc.), n° 56838/00, CEDH 2003-X, *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, n° 31679/96, §§ 94-96, CEDH 2000-I, et *Tiemann c. France et Allemagne* (déc.), nos 47457/99 et 47458/99, CEDH 2000-IV).

73. Les principes qui se dégagent de la jurisprudence citée au paragraphe précédent peuvent être résumés comme suit :

i. L'article 8 de la Convention tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics ; il engendre, de surcroît, des obligations positives inhérentes à un « respect » effectif de la vie familiale. Dans un cas comme dans l'autre, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble ; de même, dans les deux hypothèses, l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation.

ii. La Cour n'a point pour tâche de se substituer aux autorités nationales compétentes pour réglementer les questions de garde et de visites, mais d'apprécier sous l'angle de la Convention les décisions que ces autorités ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation. Ce faisant, elle doit rechercher si les raisons censées justifier les mesures effectivement adoptées quant à la jouissance par le requérant de son droit au respect de sa vie familiale sont pertinentes et suffisantes au regard de l'article 8.

iii. S'agissant plus particulièrement de l'obligation pour l'Etat d'adopter des mesures positives, la Cour a déclaré à de nombreuses reprises que l'article 8 implique le droit, pour un parent, à ce que des mesures propres à le réunir à son enfant soient prises et l'obligation pour les autorités nationales de les prendre.

iv. Le point décisif consiste donc à savoir si les autorités nationales ont pris toutes les mesures que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elles pour faciliter l'exercice des droits de garde, de visite et d'autorité parentale reconnus à un parent par la législation applicable ou résultant de décisions judiciaires.

v. Toutefois, l'obligation, pour les autorités nationales, de prendre des mesures à cet effet n'est pas absolue. La nature et l'étendue de celles-ci dépendent des circonstances de chaque espèce, mais la compréhension et la coopération de l'ensemble des personnes concernées en constituent toujours un facteur important. Si les autorités nationales doivent s'évertuer à faciliter pareille collaboration, une obligation pour elles de recourir à la coercition en la matière ne saurait être que limitée : il leur faut tenir compte des intérêts et des droits et libertés de ces mêmes personnes, et notamment des intérêts supérieurs de l'enfant et des droits que lui reconnaît l'article 8 de la Convention. Dans l'hypothèse où des contacts avec les parents risquent de menacer ces intérêts ou de porter atteinte à ces droits, il revient aux autorités nationales de veiller à un juste équilibre entre eux.

vi. La Convention ne doit pas être interprétée isolément, mais il convient, en vertu de l'article 31 § 3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969), de tenir compte de toute règle pertinente de droit international applicable à la partie contractante.

vii. Les obligations que l'article 8 de la Convention fait peser sur les Etats en matière de réunion d'un parent à son enfant doivent, dès lors, s'interpréter à la lumière de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 et de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

viii. Le but de la Convention consiste à protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs (*Artico c. Italie*, 13 mai 1980, série A n° 37, § 33). Dans cette logique, un respect effectif de la vie familiale commande que les relations futures entre parent et enfant se règlent sur la seule base de l'ensemble des éléments pertinents, et non par le simple déroulement du temps.

ix. Dans ce contexte, l'adéquation d'une mesure se juge à la rapidité de sa mise en œuvre. Les procédures relatives au retour d'un enfant enlevé, y compris l'exécution des décisions rendues à leur issue, exigent un traitement urgent, car le passage du temps peut avoir des conséquences irrémédiables pour les relations entre les enfants et celui des parents qui ne vit pas avec eux.

b. L'« objet et le but » de la Convention de La Haye

74. La Cour relève d'emblée que depuis l'adoption de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, « l'intérêt supérieur de l'enfant » est au cœur de la protection de l'enfance, en vue de l'épanouissement de l'enfant au sein du milieu familial, la famille constituant « l'unité fondamentale de la société et le milieu naturel pour [sa] croissance et [son] bien-être », selon les termes du préambule de cette Convention. Comme la Cour l'a déjà jugé, cette considération primordiale peut revêtir plusieurs aspects (*Maumousseau et Washington*, précité, § 66 ; voir, pour le texte du préambule de ce traité, le paragraphe 39 ci-avant).

75. En matière de garde, par exemple, « l'intérêt supérieur de l'enfant » peut avoir un double objet : d'une part, lui garantir une évolution dans un environnement sain, et un parent ne saurait être autorisé à prendre des mesures préjudiciables à sa santé et à son développement ; d'autre part, maintenir ses liens avec sa famille, sauf dans les cas où celle-ci s'est montrée particulièrement indigne, car briser ce lien revient à couper l'enfant de ses racines (voir *Gnahoré c. France*, n° 40031/98, CEDH 2000 IX, confirmé dans *Maumousseau et Washington*, précité, § 67).

76. La Cour estime que la notion d'« intérêt supérieur » de l'enfant est également primordiale dans le cadre des procédures relevant de la Convention de La Haye. Parmi ses éléments constitutifs figure le droit, pour un mineur, de ne pas être éloigné de l'un de ses parents. A cet égard, il convient de rappeler la Recommandation n° 874 (1979) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, selon laquelle « les enfants ne doivent plus être considérés comme la propriété de leurs parents, mais être reconnus comme des individus avec leurs droits et leurs besoins propres » (voir le paragraphe 40 ci-avant). La Cour souligne en outre que dans le préambule de la Convention de La Haye, les parties contractantes expriment leur conviction que « l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde » et soulignent leur volonté de « protéger l'enfant, sur le plan international, contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites (...) » (voir, pour le texte intégral du préambule, le paragraphe 36 ci-avant).

77. La Cour souscrit entièrement à la philosophie sous-jacente à cette convention. Inspiré par le désir de protéger l'enfant, considéré comme la première victime du traumatisme causé par son déplacement ou son non-retour, cet instrument entend lutter contre la multiplication des enlèvements

internationaux d'enfants. Ces considérations doivent également guider la Cour dans l'interprétation de cet instrument international. A la lumière du vocabulaire très clair et strict employé à l'article premier de la Convention de La Haye (« assurer le retour immédiat », et « faire respecter effectivement »), il s'agit donc, une fois les conditions d'application de cet instrument réunies, de revenir au plus vite au *statu quo ante* en vue d'éviter la consolidation juridique de situations de fait initialement illicites, et de laisser les questions relatives au droit de garde et d'autorité parentale à la compétence des juridictions du lieu de résidence habituelle de l'enfant, conformément à l'article 19 de cette Convention (voir en ce sens et en particulier *Eskinazi et Chelouche*, précitée, confirmée par *Maumousseau et Washington*, précité, § 69).

78. La Cour constate qu'il n'existe pourtant pas d'application automatique du retour de l'enfant dès que la Convention de La Haye est invoquée, et en veut pour preuve la reconnaissance, par cet instrument, de plusieurs exceptions à l'obligation de retour (voir en particulier les articles 12, 13 et 20), qui reposent sur des considérations relatives à la personne même de l'enfant et à son environnement, ce qui montre qu'il incombe à la juridiction saisie d'adopter une approche *in concreto* de l'affaire (*Maumousseau et Washington*, précité, § 72). Cela étant, accueillir trop facilement les arguments du parent auteur de l'enlèvement reviendrait à vider la Convention de La Haye de son objet premier. Les exceptions susmentionnées doivent donc être interprétées strictement.

c. Application en l'espèce des principes précités

79. Pour en venir aux circonstances de l'espèce, la Cour constate d'emblée que, pour les requérants, la possibilité de continuer à vivre ensemble est un élément fondamental qui relève à l'évidence de leur vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention, lequel est donc applicable (voir parmi beaucoup d'autres *Maire c. Portugal*, n° 48206/99, § 68, CEDH 2003-VII).

80. Les requérants contestent que l'éloignement de Noam du territoire israélien par sa mère ait été illicite au sens de la Convention de La Haye et, dès lors, que le litige tombe dans le champ d'application de cet instrument. La Cour rappelle qu'en vertu de la Convention de La Haye, est considéré comme illicite le déplacement ou le non-retour d'un enfant lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, seule ou conjointement, par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou non-retour (article 3, alinéa premier, lettre a). Le « droit de garde », au sens de la Convention de La Haye, comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence (article 5 lettre a). La Cour estime qu'en l'espèce, le déplacement de l'enfant en Suisse est illicite, dans la mesure où, conformément à la décision du

27 juin 2004, le père détenait conjointement avec la mère l'autorité parentale (*guardianship*), qui comprend, dans le cadre juridique israélien, le droit de déterminer la résidence de l'enfant. De plus, le déplacement de Noam rend illusoire, en pratique, le droit de visite (article 4, alinéa premier) qui avait été accordé à son père par la décision du 17 novembre 2004. Partant, il est indubitablement illicite au sens de la Convention de la Haye.

81. Par ailleurs, il ne prête pas à controverse que le retour de l'enfant ordonné par le Tribunal fédéral constitue une « ingérence » dans le chef des deux requérants au sens du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention.

82. En l'espèce, la Cour relève que la décision de retour prise par le Tribunal fédéral était fondée sur les dispositions de la Convention de La Haye, dans le but de protéger les droits et libertés de Noam et de son père, but reconnu comme légitime au sens du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention (voir sur ce point *Tiemann c. France et Allemagne* (déc.), nos 47457/99 et 47458/99, CEDH 2000-IV).

83. La Cour s'efforcera donc de déterminer si l'ingérence susvisée était « nécessaire dans une société démocratique », au sens du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention, interprété à la lumière des instruments internationaux précités, le point décisif consistant à savoir si le juste équilibre devant exister entre les intérêts concurrents en jeu – ceux de l'enfant, des deux parents entre eux et ceux de l'ordre public – a été ménagé dans les limites de la marge d'appréciation dont les États jouissent en la matière.

84. Les requérants se plaignent des motifs finalement retenus par le Tribunal fédéral dans sa décision pour donner suite à la demande du père de Noam (voir, *mutatis mutandis*, *Maumousseau et Washington*, précité, §§ 58-81). La question centrale que doit trancher la Cour est donc celle de savoir si les conditions d'un cas d'exception au retour immédiat de l'enfant en vertu de l'article 13, alinéa premier, lettre b) de la Convention de La Haye sont réunies en l'espèce, ou si le Tribunal fédéral a interprété cette clause de manière trop restrictive, comme le soutiennent les requérants, qui se plaignent également de la manière dont le Tribunal a ordonné le retour de l'enfant en Israël, et en particulier du fait que l'arrêt du 16 août 2007 ne prévoyait aucune modalité d'exécution. Ces deux éléments seront examinés par la Cour l'un après l'autre.

i. Les motifs allégués contre le retour immédiat de l'enfant

85. Les requérants soutiennent qu'en cas de retour en Israël, Noam courrait un risque grave d'être exposé à un danger physique ou psychique au sens de l'article 13, alinéa premier, lettre b) de la Convention de La Haye. A cet égard, ils invoquent notamment le comportement et les menaces de mort du père à l'égard de la requérante, le fanatisme religieux publiquement affiché par celui-ci, sa volonté d'imposer unilatéralement à son fils en bas âge un style de vie et une éducation religieuse radicale ultra-orthodoxe au

mépris de l'intérêt de l'enfant et du désaccord manifesté par la mère, le mandat d'arrêt dont il a fait l'objet le 20 mars 2005 pour non-paiement de la pension alimentaire, les restrictions apportées à son droit de visite, qui ne peut s'exercer que sous la surveillance des services sociaux, en raison de son comportement irresponsable, ainsi que l'inefficacité de la plainte pénale déposée contre lui en Israël en janvier 2005 et classée le 30 novembre 2006.

86. S'agissant des allégations relatives aux menaces de mort et au fanatisme religieux, la Cour rappelle les différentes mesures prises par les autorités et juridictions israéliennes afin de protéger les requérants lorsque ceux-ci résidaient encore dans le pays. Le 20 juin 2004, le tribunal des affaires familiales de la région de Tel Aviv, à la demande de la requérante, a prononcé à l'égard de Noam une interdiction de sortie du territoire prenant fin à la majorité de l'enfant. Le 10 janvier 2005, les services sociaux israéliens ont ordonné aux parents de vivre séparément, dans l'intérêt de l'enfant. Le 12 janvier 2005, le juge compétent du tribunal des affaires familiales de la région de Tel Aviv a fait interdiction au père de pénétrer dans l'école maternelle où Noam était inscrit ou dans l'appartement de la requérante, d'importuner ou de harceler celle-ci de quelque manière que ce soit, et de porter ou détenir une arme. Des restrictions furent également apportées au droit de visite de l'intéressé, qui ne fut plus autorisé à voir son fils que sous la surveillance des services sociaux, dans un centre de contact de Tel Aviv. Enfin, un mandat d'arrêt fut délivré contre lui le 20 mars 2005 pour non-paiement d'une pension alimentaire. Par ailleurs, en ce qui concerne l'inefficacité alléguée de la plainte pénale dirigée contre lui, qui a été classée le 30 novembre 2006, la Cour constate que ce classement est dû au départ de la requérante. Par ailleurs, il apparaît que le père de Noam a respecté les mesures prononcées par les autorités internes. En bref, compte tenu des efforts déployés par celles-ci, l'on ne saurait admettre qu'elles ne pouvaient ou ne voulaient protéger les requérants contre d'éventuels agissements fanatiques ou agressifs du père. Rien n'incite à penser qu'il en serait différemment après le retour des intéressés en Israël (voir, dans ce sens, *Eskinazi et Chelouche*, précitée).

87. Les requérants estiment également que le Tribunal fédéral n'a pas suffisamment pris en compte le contexte juridique posé dans le message du Conseil fédéral du 28 février 2007. Ils semblent déduire de ce message qu'il est pratiquement hors de question de renvoyer un enfant si le parent auteur de l'enlèvement ne peut pas retourner dans l'Etat de provenance parce qu'il y encourt une peine de prison qui le séparerait de son enfant. Il doit en aller de même si le parent ne parvient pas à obtenir de la part des autorités locales des assurances fiables quant à l'accueil et à la protection de l'enfant. La Cour observe que le projet de loi correspondant à ce message n'est pas encore entré en vigueur. En tout état de cause, elle partage l'avis du Gouvernement selon lequel l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 16 août 2007 n'est en rien contraire au message ni au projet de loi.

88. Les requérants font valoir que, dans son rapport du 16 avril 2007, l'expert B. a indiqué que le retour de l'enfant en Israël sans sa mère l'exposerait à un danger psychique majeur. A cet égard, la Cour estime qu'il convient d'examiner si le retour en Israël est envisageable pour la mère. Elle rappelle que l'intéressée avait elle-même décidé, en 1999, de s'établir en Israël et, plus tard, d'y fonder une famille avec le père de son enfant. Elle y a vécu six ans, et doit donc y avoir tissé un certain réseau social. Par ailleurs, elle y exerçait un emploi auprès d'une société multinationale, et il apparaît qu'elle travaille actuellement dans la même société à Lausanne. La requérante n'invoquant pas d'autres motifs qui l'empêcheraient de vivre en Israël, la Cour estime que l'on peut raisonnablement attendre d'elle qu'elle regagne ce pays.

89. Par ailleurs, la Cour est persuadée qu'il en va de même s'agissant de l'enfant qui, né le 10 juin 2003, se trouve encore dans un âge parfaitement adaptable. En outre, il ressort de la réponse de l'autorité israélienne du 12 mars 2007 que si la mère devait décider de rester en Suisse, le père serait prêt à s'occuper de l'enfant et s'assurerait de disposer d'un appartement à cette fin, que l'enfant pourrait fréquenter une crèche-garderie durant les heures de travail et d'étude du père, et que la famille du père pourrait lui apporter un certain soutien.

90. Les requérants soutiennent également que la requérante s'exposerait à un risque important de sanction pénale en cas de retour en Israël. Ils considèrent qu'un emprisonnement n'est pas exclu, et que cette éventualité aurait des conséquences très graves pour l'enfant, qui serait probablement placé dans un foyer. A cet égard, ils estiment que les autorités israéliennes n'ont donné aucune garantie fiable de nature à mettre la requérante à l'abri de toute sanction pénale. La Cour ne partage pas ce point de vue. D'une part, elle observe que l'enlèvement d'un mineur est une infraction de droit commun, sanctionnée probablement dans tous les Etats membres du Conseil de l'Europe (voir, pour la Suisse, l'article 220 du code pénal). D'autre part, elle ne voit pas de raison de douter de la crédibilité des assurances données par les autorités israéliennes, à l'aune notamment de l'attitude dont elles ont fait preuve à l'égard de la mère et de l'enfant avant leur départ en Suisse.

91. Compte tenu de ce qui précède, si elle est consciente du fait que le retour des requérants en Israël peut s'accompagner d'un certain nombre de désagréments, la Cour estime que ceux-ci seraient dans une large mesure dus à la décision prise unilatéralement par la requérante elle-même. Or, il ne fait aucun doute qu'il est dans l'« intérêt supérieur » de tout enfant de grandir dans un environnement lui permettant d'entretenir des contacts réguliers avec ses deux parents (voir notamment le paragraphe premier des articles 7, 9 et 18 de la Convention relative aux droits de l'enfant, paragraphe 39 ci-avant). Aux yeux de la Cour, la responsabilité et les devoirs de la requérante envers sa famille auraient commandé qu'elle s'efforce de trouver un accord avec le père de l'enfant, notamment sur les

modalités de son éducation, sur son lieu de résidence, ainsi que sur le droit de garde et de visite.

92. Enfin, selon les requérants, le fanatisme religieux dont aurait fait preuve le père de Noam exclurait d'emblée toute participation de la mère dans l'éducation religieuse de l'enfant. Il serait du devoir de la requérante de soustraire son enfant au milieu fanatique du mouvement juif ultra-orthodoxe « Loubavitch », et il n'existerait aucune garantie judiciaire contre les influences du père de l'enfant. La Cour reconnaît que l'éducation religieuse des enfants incombe aux deux parents (voir, par exemple, l'article 14, § 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant, paragraphe 39 ci-avant). Néanmoins, elle rappelle que la requérante détient l'autorité parentale conjointement avec le père, conformément à une ordonnance du tribunal des affaires familiales de la région de Tel Aviv en date du 27 juin 2004. Comme le Gouvernement, elle considère qu'aucun indice ne porte à croire que la requérante ne pouvait pas exercer une influence sur l'éducation religieuse de son fils ou que les autorités et tribunaux israéliens ne pouvaient pas empêcher le père de l'envoyer dans une école religieuse « Heder ».

93. Dans ces conditions, la Cour estime que, eu égard à la marge d'appréciation des autorités en la matière, la décision de retour se fondait sur des motifs pertinents et suffisants aux fins du paragraphe 2 de l'article 8, lu à la lumière de l'article 13, alinéa premier, lettre b) de la Convention de La Haye, et qu'elle était proportionnée au but légitime recherché.

ii. Les conditions d'exécution de la mesure de retour

94. Les requérants observent que l'arrêt du Tribunal fédéral en date du 16 août 2007 ne prévoyait aucune modalité d'exécution du retour des requérants en Israël, ce que le Gouvernement ne conteste par ailleurs pas. Selon eux, le tribunal n'aurait pas dû se contenter de dire qu'il pouvait « raisonnablement attendre » de la mère qu'elle retourne en Israël avec son enfant sans rechercher préalablement les conséquences néfastes qu'un tel retour pouvait avoir pour l'enfant.

95. La Cour rappelle que les conditions d'exécution du retour d'un enfant enlevé n'échappent pas à son contrôle (voir notamment *Maumousseau et Washington*, précité, §§ 84 et suivants, où la Cour a conclu à l'absence de violation de l'article 8, estimant que les circonstances de l'espèce justifiaient même l'intervention des forces de l'ordre). Elle rappelle également l'obligation de célérité dans la mise en œuvre du retour d'un enfant enlevé, qui doit être prise en compte lors de l'adoption de mesures concrètes visant à assurer l'effectivité des décisions judiciaires (*ibid.*, § 84).

96. S'agissant de la présente affaire, la Cour considère que le Tribunal fédéral a estimé à bon droit que l'on pouvait raisonnablement attendre de la requérante qu'elle accompagne le requérant et que rien n'indiquait qu'un retour dans ces circonstances exposerait l'enfant à un danger physique ou

psychique ou le placerait dans une situation intolérable. Elle partage également l'avis du Gouvernement selon lequel l'organisation et les modalités du retour du requérant incombent en premier lieu à la requérante, auteur de l'enlèvement. Par ailleurs, la Cour ne considère pas comme dépourvu de fondement l'argument du Gouvernement selon lequel la requérante aurait pu s'adresser à l'autorité compétente pour l'exécution de l'arrêt du Tribunal fédéral, à savoir la Justice de paix du canton de Vaud, qui aurait pu l'assister dans la préparation du retour de l'enfant. Enfin, la Cour rappelle que l'exécution de ce retour a été suspendue à la suite de la demande en mesures provisoires en date du 27 septembre 2007. Dès lors, l'on ne saurait spéculer sur un éventuel manquement de la part de l'Etat défendeur s'agissant des mesures accompagnant le retour de Noam en Israël.

97. Dans ces circonstances, la Cour conclut que les conditions d'exécution de la mesure de retour n'ont pas violé l'article 8.

iii. Conclusion

98. Compte tenu de ce qui précède, il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DES ARTICLES 3, 6 ET 9 DE LA CONVENTION

Sur la recevabilité

99. Les requérants soutiennent que la décision ordonnant le retour de Noam viole d'autres dispositions de la Convention.

100. Tout d'abord, le départ forcé de l'enfant sans sa mère constituerait un traitement inhumain proscrit par l'article 3, dans la mesure où, comme il le reconnaît lui-même, le père soumettrait alors immédiatement et d'autorité son enfant aux préceptes de la communauté religieuse ultra-orthodoxe « Loubavitch ». Essentiellement pour les mêmes raisons, les requérants allèguent une atteinte à la liberté de religion garantie par l'article 9 de la Convention.

101. La Cour rappelle que la finalité du principe de l'épuisement des voies de recours internes est de ménager aux Etats contractants l'occasion de prévenir ou redresser les violations alléguées contre eux avant qu'elles ne lui soient soumises. Ainsi, le grief dont on entend saisir la Cour doit d'abord être soulevé, au moins en substance, dans les formes et délais prescrits par le droit interne, devant les juridictions nationales appropriées (*Ankerl c. Suisse*, précité, § 34). En l'espèce, la Cour doit constater que les requérants n'ont pas soulevé les griefs tirés des articles 3 et 9, même en substance, devant les juridictions nationales. Il s'ensuit que ceux-ci doivent

êtres rejetés pour non-épuisement des voies de recours internes, en application de l'article 35 §§ 1 et 4 de la Convention.

102. Les requérants invoquent également une violation de l'article 6. Ils estiment que, en adoptant une interprétation trop restrictive des exceptions à l'obligation de la Suisse d'ordonner le retour du requérant, le Tribunal fédéral n'a pas pris en compte les intérêts supérieurs de celui-ci.

103. La Cour est d'avis que ce grief est étroitement lié à celui portant sur l'article 8 en son volet procédural. A cet égard, elle réitère la différence de nature des intérêts protégés par l'article 6 § 1 et par l'article 8 respectivement. Ainsi, l'article 6 accorde une garantie procédurale, à savoir le « droit à un tribunal » qui connaîtra des « droits et obligations de caractère civil » d'un individu (*Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, série A n° 18, § 36), tandis que l'exigence procédurale inhérente à l'article 8 non seulement couvre les procédures administratives et judiciaires, mais va de pair avec l'objectif plus large consistant à assurer le juste respect, entre autres, de la vie familiale (voir, par exemple, *B. c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, série A n° 121-B, §§ 63-65 et 68, et *Bianchi*, précité, § 112). La différence entre l'objectif visé par les garanties respectives des articles 6 § 1 et 8 peut, selon les circonstances, justifier l'examen d'une même série de faits sous l'angle de l'un et de l'autre articles (voir *McMichael c. Royaume-Uni*, 24 février 1995, série A n° 307-B, § 91 ; voir, *a contrario*, *Golder* précité, §§ 41-45, *O. c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, série A n° 120-A, §§ 65-67, et *Bianchi*, précité, § 113).

104. En l'espèce, la Cour estime cependant que le grief tiré de l'article 6 § 1 de la Convention doit être considéré comme constituant l'un des points essentiels du grief tiré de l'article 8 (voir, dans ce sens, *Karadžić*, précité, § 67, *Sylvester*, précité, §§ 73-77, et *Bianchi*, précité, § 114). Dès lors, elle estime qu'il n'y a pas lieu d'examiner cette allégation séparément sous l'angle de l'article 6 de la Convention.

105. Il s'ensuit que ces griefs doivent être rejetés en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Déclare*, à l'unanimité, la requête recevable quant au grief tiré de l'article 8 de la Convention et irrecevable pour le surplus ;
2. *Dit*, par quatre voix contre trois, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention ;

Fait en français, puis communiqué par écrit le 8 janvier 2009, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Søren Nielsen
Greffier

Christos Rozakis
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées dissidentes suivantes :

- opinion de M. Kovler ;
- opinion de M^{me} Steiner ;
- opinion de M. Spielmann.

C.L.R.
S.N.

OPINION DISSIDENTE DU JUGE KOVLER

N'étant pas d'accord avec les conclusions de la majorité et souscrivant aux propos des juges Spielmann et Steiner, je voudrais faire part des raisons supplémentaires pour lesquelles j'ai voté contre l'avis de la majorité.

Dans les affaires aussi délicates que celle-ci, où ce sont avant tout les droits de l'enfant dans une famille désunie qu'elle considère traditionnellement comme prioritaires (je renvoie à cet égard à la jurisprudence abondante citée au paragraphe 72), la Cour met souvent l'accent sur les conditions (matérielles et psychologiques) dans lesquelles devrait vivre un enfant chez chacun des parents (voir notamment l'arrêt *Ismailova v. Russia*, n° 37614/02, 29 novembre 2007).

Dans le cas du petit Noam, il est d'une importance primordiale de noter que dès l'apparition des difficultés conjugales, la garde provisoire puis l'autorité parentale ont été attribuées par les autorités judiciaires israéliennes à la mère (voir les paragraphes 13 et 14). Ensuite, après l'intervention des services sociaux israéliens, il a été ordonné aux parents de vivre séparément dans l'intérêt de l'enfant ; puis le juge du tribunal des affaires familiales, par une ordonnance provisoire du 12 janvier 2005, a interdit au père de pénétrer dans l'école maternelle où l'enfant était inscrit et dans l'appartement de la requérante, et de *porter ou détenir une arme* (sic.). Enfin, les différentes décisions confiant la garde de l'enfant à la mère furent confirmées le 10 février 2005 par le prononcé du divorce des époux sans modification de l'attribution de l'autorité parentale, qui restait donc à la mère. Il n'y a aucune raison de douter du bien-fondé de toutes ces décisions, qui témoignent de l'existence d'un réel problème dans les rapports entre le père et le fils. De surcroît, on apprend que, le père de l'enfant ne s'étant pas acquitté du paiement d'une pension alimentaire au profit de la requérante, un mandat d'arrêt fut délivré à son encontre le 20 mars 2005 (paragraphe 18). A ces éléments, qui ne plaident pas en faveur du père, viennent s'ajouter les faits mentionnés aux paragraphes 48 et 49.

Dans ces conditions, on ne peut que s'étonner de la décision du juge du tribunal des affaires familiales de refuser à la requérante l'annulation de l'ordre judiciaire d'interdiction de sortie du territoire israélien visant le petit Noam, qui est ainsi devenu, en quelque sorte, l'otage de son père.

Il est inutile ici d'entrer dans les détails de la bataille judiciaire qui a suivi le départ de la mère avec son fils en Suisse, mais je dois dire que je comprends les raisons des décisions du juge de paix de Lausanne (paragraphe 28) et de la Chambre des Tutelles du tribunal cantonal de Vaud (paragraphe 31), qui ont estimé à juste titre que le retour de l'enfant auprès de son père l'aurait exposé à un danger psychique et même physique. En revanche, l'arrêt du 16 août 2007 du Tribunal fédéral me semble être manifestement trop formel et ne pas tenir pas compte de l'esprit de la Convention de la Haye, et en particulier de son article 13, dont le but

primordial est la défense des intérêts de l'enfant, l'intérêt des parents ne venant qu'ensuite. Rien n'empêche le père de venir en Suisse pour voir son fils ni de participer à son éducation par des moyens de communication modernes, jusqu'à ce que l'enfant soit majeur et décide lui-même de sa situation. En fin de compte, la recommandation 874 (1979) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe est toujours d'actualité : « Les enfants ne doivent plus être considérés comme la propriété de leurs parents, mais être reconnus comme des individus avec leurs besoins propres ... ». Je regrette que le Tribunal fédéral et notre Cour aient pris des décisions allant à l'encontre de cette recommandation.

OPINION DISSIDENTE DE LA JUGE STEINER

Je regrette de ne pas pouvoir suivre la majorité dans cette affaire.

Au-delà des problèmes d'ordre juridique dus au fait qu'elle s'inscrit dans un cadre international, l'affaire Neulinger et Shuruk soulève une question éthique de la plus haute importance : quel doit être le niveau de protection garanti à une personne au regard de la Convention européenne des droits de l'homme par rapport à un Etat tiers, dont le système juridique n'intègre pas nécessairement les garanties que la Convention assure à toute personne relevant de la juridiction d'un Etat partie à cet instrument.

Je note, d'emblée, qu'il s'agit en l'espèce d'un enfant, ayant aussi la nationalité suisse, résidant à Lausanne avec sa mère et menacé de « renvoi » dans un pays tiers, le pays de résidence de son père ; tout cela dans le cadre et à l'issue d'un contentieux de droit de la famille où se mêlent intérêts privés, dont la nature conflictuelle est évidente, et contraintes internationales.

La principale question que j'aimerais mettre en lumière, et qui a motivé de manière décisive mon opposition à l'opinion retenue par la chambre (à une très faible majorité), est celle de l'intérêt de l'enfant, intérêt qui, selon notre propre jurisprudence en matière de conflits familiaux relevant de l'article 8 de la Convention, doit prévaloir sur toute autre considération. Ensuite, je rappellerai quel peut être, selon moi, l'intérêt de la mère méritant considération et protection sous l'angle de la Convention.

A mon avis, en ce qui concerne la question fondamentale de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant, l'arrêt n'apporte pas de réponse convaincante. Outre le fait que, sur une question aussi importante, la chambre ne consacre qu'un paragraphe, et encore de manière subsidiaire, l'arrêt aborde le point central de l'affaire, qui est celui du contexte religieux dans lequel elle se situe, d'une façon on ne peut plus sommaire.

Un malaise est perceptible dans la façon dont cette question a été abordée et résolue dans l'arrêt. En considérant « qu'aucun indice ne porte à croire que la requérante ne pouvait pas exercer une influence sur l'éducation religieuse de son fils ou que les tribunaux israéliens ne pouvaient pas empêcher le père de l'envoyer dans une école religieuse 'Heder' » (paragraphe 92 *in fine* de l'arrêt), la chambre fait preuve d'un formalisme excessif et d'un optimisme théorique, que rien dans le dossier n'est susceptible de conforter.

Formalisme excessif, parce que la majorité de la chambre semble partir d'une vision « procédurale » faisant confiance, d'une manière abstraite, à un système juridique dont les principes en matière de droit de la famille, s'inspirant d'un droit religieux traditionnel qui règle les questions de statut personnel, diffèrent parfois sensiblement de ceux que nous connaissons en Europe.

Optimisme théorique, parce que la majorité semble ignorer qu'en l'occurrence, les contentieux relevant du droit de la famille de l'Etat tiers, et notamment les matières concernant le mariage, le divorce, les pensions alimentaires, la tutelle et l'adoption, ne sont justiciables que des tribunaux religieux, en l'espèce des tribunaux rabbiniques.

Or, lorsque l'on sait l'évolution qu'a connue le père et qui l'a amené à faire partie d'un mouvement religieux ultra-orthodoxe, on peut éprouver les doutes les plus sérieux sur les possibilités réelles pour la mère d'influer sur des choix dictés plus par des préceptes religieux que par l'intérêt de l'enfant.

Si j'ai bien compris le sens profond de l'argumentation de la requérante, elle souhaite que son fils, tout en n'étant pas coupé de ses racines et en recevant une éducation religieuse à cet effet, soit en fait éduqué dans le respect des principes de tolérance et de laïcité qui sont ceux des Etats parties à la Convention. S'il est vrai qu'il convient, comme le prévoit l'article 2 du protocole n° 1 à la Convention, de respecter les « convictions religieuses et philosophiques » des parents dans l'éducation des enfants, encore faut-il qu'en cas de désaccord, les conjoints soient placés sur un pied d'égalité, ainsi d'ailleurs que l'exige l'article 5 du protocole n° 7, aux termes duquel « les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de la dissolution ».

Or, pour les motifs que je viens d'indiquer, je n'ai pas la certitude que tel sera bien le cas si l'enfant est renvoyé, et rien dans le dossier ne le prouve non plus.

Dans ces conditions, en m'inspirant d'un principe de précaution qui rejoint tant l'intérêt de l'enfant que celui de la mère, je considère que l'Etat défendeur a dépassé sa marge d'appréciation. En effet, aucun motif impérieux ne saurait être invoqué pour justifier une ingérence aussi grave affectant la vie privée et familiale tant de l'enfant que de la mère, de sorte que cette ingérence ne s'avère pas nécessaire dans une société démocratique.

OPINION DISSIDENTE DU JUGE SPIELMANN

Je ne suis pas d'accord avec les conclusions de la majorité et j'estime qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.

1. Je considère d'abord qu'il n'y a pas eu déplacement illicite et que, par conséquent, la Convention de la Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 25 octobre 1980, et plus particulièrement son article 3, n'est pas applicable. Je voudrais insister à cet égard sur le fait que la requérante était investie du droit de garde de son fils¹. En effet, par une ordonnance provisoire du 27 juin 2004, la garde provisoire de Noam avait été attribuée à la mère de l'enfant (paragraphe 13 de l'arrêt). Sur recommandations d'une assistante sociale, l'attribution de la garde provisoire à la requérante fut confirmée par le tribunal en date du 17 novembre 2004 (paragraphe 14 de l'arrêt). Or « le droit dont la violation détermine l'existence d'un déplacement ou d'un non-retour illicites, au sens de la Convention [de La Haye est le] droit de garde »².

2. Le fait que l'autorité parentale devait être exercée conjointement avec le père et que, selon le droit israélien, le droit de déterminer la résidence de l'enfant fait partie des attributs de l'autorité parentale, est à mon avis dénué de toute pertinence. Ce qui compte, c'est le fait que la mère, et elle seule, était investie du droit de garde³. C'est d'ailleurs en cela que la présente

¹ Il résulte du *rapport explicatif* de la Convention de La Haye de M^{lle} Elisa Pérez-Vera (<http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28.pdf>), qu'« il est ...évident que le fait de qualifier d'illicite le déplacement ou le non-retour d'un enfant est *conditionné par l'existence d'un droit de garde* qui donne un contenu juridique à la situation modifiée par les actions que l'on se propose d'éviter. (...) dans toutes les hypothèses nous nous trouvons confrontés au déplacement d'un enfant hors de son milieu habituel, où il se trouvait confié à une personne physique ou morale *qui exerçait sur lui un droit légitime de garde*. (...)» (p. 428, n° 9 et 12, mise en exergue ajoutée par moi).

² *Rapport explicatif précité*, p. 444, n° 65. Le rapport ajoute qu'« en effet, bien qu'au cours de la Quatorzième session les problèmes pouvant dériver de la violation d'un droit de visite, surtout quand le titulaire de la garde déplace l'enfant à l'étranger, aient été soulevés, l'opinion majoritaire a été qu'on ne peut pas assimiler une telle situation aux déplacements illicites qu'on essaie de prévenir ». (*ibidem*, pp. 444 et 445, n° 65, note de bas de page omise).

³ Le *rapport explicatif* précité semble d'ailleurs distinguer le droit de garde de l'autorité parentale dans le contexte des enfants confiés à une institution ou à une organisation : « ...si un enfant a été confié, par une décision judiciaire ou administrative (c'est-à-dire, au cas d'un placement forcé de l'enfant), à tel organisme dans le pays de sa résidence habituelle, le parent qui prétend obtenir la jouissance effective d'un droit de garde sur celui-ci aura peu de chance de pouvoir invoquer la Convention. En effet, du fait que les organismes visés exercent en principe leurs compétences, *abstraction faite de l'éventuelle reconnaissance de l'autorité parentale*, une telle prétention ne rentrerait pas dans le domaine conventionnel, puisque la garde au sens de la Convention appartiendrait à l'organisme en question ». *Rapport explicatif précité*, p. 451, n° 82 (mise en exergue ajoutée par moi).

affaire se distingue des affaires *Maumousseau et Washington c. France* (où la garde de l'enfant avait été attribuée au père) ou *Eskinazi et Chelouche c. Turquie* (ou l'autorité parentale et le droit de garde étaient exercés conjointement).

3. La Convention de La Haye, qui, je le répète, est à mon avis inapplicable en l'espèce, précise dans son article 5 que le « « droit de garde » comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence »¹. L'interprétation faite par le tribunal fédéral², qui a intégré dans son raisonnement la notion d'autorité parentale au sens du droit israélien, aboutit au résultat absurde de priver la mère de l'enfant d'un des attributs du droit de garde, à savoir la possibilité de cohabiter avec l'enfant au lieu de résidence qu'elle estime le plus approprié et où elle a élu domicile³. Or cette cohabitation au lieu de résidence choisi est nécessaire pour satisfaire « de façon effective » à l'obligation de soins dans l'intérêt supérieur de l'enfant. A quoi s'ajoute qu'en l'espèce les services sociaux israéliens avaient ordonné aux parents de vivre séparément dans l'intérêt de l'enfant (paragraphe 15 de l'arrêt).

4. Au regard des exigences de l'article 8 de la Convention, la décision du tribunal fédéral selon laquelle on pouvait « raisonnablement attendre » de la mère qu'elle retourne avec son enfant en Israël est disproportionnée. D'ailleurs, aux paragraphes 74 à 76 de l'arrêt, la Cour rappelle que « l'intérêt supérieur de l'enfant » doit présider à toute décision en la matière et que « les enfants ne doivent plus être considérés comme la propriété de

¹ « ...en marge des mécanismes possibles de protection de ses biens ». *Rapport explicatif précité*, pp. 451 et 452, n° 84.

² Pour un commentaire critique de l'arrêt du 16 août 2007, voir la note de A. Bucher, *AJP/PJA*, (Aktuelle Juristische Praxis), 12/2007, pp. 1588 et suiv.

³ A. Bucher (*op. cit.*, p. 1588) critique l'arrêt du tribunal fédéral comme suit: « Das Urteil beginnt mit einem krassen Fehler. Der Ausgangspunkt für die Feststellung, dass das Haager Abkommen anwendbar ist, sei die Verletzung des « Sorgerechts » (« droit de garde » in der offiziellen Version) des in Israel verbliebenen Vaters » (« L'arrêt commence par une erreur grossière. Le point de départ pour la constatation de l'applicabilité de la Convention de La Haye serait la violation du droit de garde du père resté en Israël » (ma traduction). Selon cet auteur, l'erreur du tribunal fédéral aurait consisté à inclure le choix de résidence de l'enfant parmi les attributs du droit de garde sans prendre en considération le fait que, précisément, le père de l'enfant n'était plus investi du droit de garde. L'auteur ajoute que selon le tribunal fédéral, les relations de l'enfant avec son père se limitaient au droit de visite restreint, à savoir deux heures par semaine, sous la surveillance des services sociaux israéliens.

leurs parents, mais être reconnus comme des individus avec leurs droits et leurs besoins propres » (voir la Recommandation n° 874 (1979) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe)¹. Mais la majorité omet d'appliquer ces principes au cas d'espèce.

5. En effet, je voudrais simplement rappeler à cet égard que le comportement affiché par le père avait amené les services sociaux israéliens à ordonner aux parents de vivre séparément (paragraphe 15 de l'arrêt et paragraphe 3 de mon opinion). Le juge compétent du tribunal des affaires familiales de la région de Tel Aviv avait interdit au père de pénétrer dans l'école maternelle ou dans l'appartement de la requérante et de porter ou de détenir une arme (paragraphe 16 de l'arrêt). Un mandat d'arrêt avait été délivré à son encontre pour non-paiement de la pension alimentaire (paragraphe 18 de l'arrêt). Son droit de visite avait été restreint (paragraphe 16 de la l'arrêt). La mère avait même obtenu un ordre judiciaire d'interdiction de sortie du territoire (paragraphe 12 de l'arrêt), craignant que le père pût partir avec Noam pour intégrer à l'étranger une communauté religieuse. Concernant les énormes difficultés auxquelles l'enfant devrait faire face dans l'hypothèse de son retour en Israël, je me rallie par conséquent entièrement aux considérations formulées par le juge Kovler dans son opinion dissidente.

6. Je voudrais enfin ajouter pour être complet qu'à supposer que la Convention de La Haye s'applique pour les besoins de la discussion, l'ordre de retour ne cadre pas avec les exigences de l'article 13 de cette convention, dès lors que l'enfant, qui a vécu avec sa mère pendant plus de deux ans en Suisse, serait placé dans une « situation intolérable » au sens de cette disposition. Comme le relève le juge Kovler dans son opinion dissidente, le juge de paix de Lausanne et la chambre des tutelles du tribunal cantonal de Vaud avaient estimé à juste titre que le retour de l'enfant auprès de son père l'aurait exposé à un danger psychique et même physique (voir aussi les paragraphes 28 et 31 de l'arrêt).

7. Les raisons avancées par la majorité aux paragraphes 88 à 93 de l'arrêt ne me paraissent pas suffisamment convaincantes pour me faire conclure à la proportionnalité de la décision de retour.

8. Ces raisons n'emportent pas ma conviction, parce que :

- le retour de la mère avec son enfant n'est que très difficilement envisageable, dès lors que l'intéressée est socialement intégrée en Suisse, où elle travaille dans une société à Lausanne ;
- l'enfant vit maintenant en Suisse depuis plusieurs années ;

¹ Le *Rapport explicatif* de la Convention de La Haye se réfère également à la Recommandation 874 (1979) (voir le *Rapport explicatif* précité, p. 431, n° 24) et au « premier principe général » de celle-ci.

- le fait que le père serait prêt à s'occuper de l'enfant si la mère devait rester en Suisse est un argument dénué de toute pertinence à la lumière des antécédents particulièrement douloureux de l'affaire (voir les paragraphes 11 à 19 de l'arrêt et le paragraphe 5 de mon opinion) ;
- la mère court un risque de sanction pénale en cas de retour en Israël et une peine d'emprisonnement n'est pas exclue ;
- à la lumière des antécédents particulièrement douloureux de l'affaire (voir les paragraphes 11 à 19 de l'arrêt et le paragraphe 5 de mon opinion), toute tentative de la requérante de trouver un accord avec le père aurait été, et reste, très vraisemblablement vouée à l'échec ;
- toute tentative de la requérante pour exercer une influence sur l'éducation religieuse de son fils serait également, selon toute vraisemblance, vouée à l'échec.

9. Même si j'ai beaucoup d'hésitations à suivre les développements de l'opinion dissidente de ma collègue la juge Steiner concernant « le point central de l'affaire, qui est celui du contexte religieux dans lequel elle se situe », je partage son point de vue selon lequel « la chambre fait preuve d'un optimisme théorique, que rien dans le dossier n'est susceptible de conforter ».

10. Je ne peux donc me rallier à la conclusion, à laquelle la chambre arrive au paragraphe 93 de l'arrêt, que « [d]ans ces conditions, (...) eu égard à la marge d'appréciation des autorités en la matière, la décision de retour se fondait sur des motifs pertinents et suffisants aux fins du paragraphe 2 de l'article 13, alinéa premier, lettre b) de la Convention de La Haye, et qu'elle était proportionnée au but légitime recherché ».

11. En un mot, et dans une optique de droits fondamentaux jouissant de la primauté, y compris dans un contexte de droit international privé¹, je conclus à la violation de l'article 8 de la Convention.

¹ Voir Patrick Kinsch, *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tome 318 (2005), pp. 193-203, n° 151-155 (pour ce qui est de l'incidence du droit constitutionnel allemand) et pp. 204-209, n° 156-160 (pour ce qui est de la généralisation au regard des droits de l'homme).

La Convention de La Haye elle-même, dans son article 20 dispose que « [l]e retour de l'enfant conformément aux dispositions de l'article 12 peut être refusé quand il ne serait pas permis par les principes fondamentaux de l'Etat requis sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». La portée de cette disposition est cependant incertaine. Voir le *rapport explicatif* de M^{lle} Elisa Pérez-Vera, *op. cit.*, pp. 461 et 462, n° 118.