

Prawo dziecka do kontaktów z obojgiem rodziców (Neulinger i Shuruk przeciwko Szwajcarii)
Wyrok
Europejskiego Trybunału Praw Człowieka
z dnia 6 lipca 2010 r.
41615/07

Nietezowane

- www.echr.coe.int, *Legalis*
- *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Artykuł 8, Artykuł 41*
- *Konwencja dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę, sporządzona w Hadze dnia 25 października 1980 r., Artykuł 7, Artykuł 11, Artykuł 12, Artykuł 13*
- *Karta praw podstawowych Unii Europejskiej, Artykuł 24*

Numer 241863

Uzasadnienie w języku angielskim

1. The case originated in an application (no. 41615/07) against the Swiss Confederation lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention") by two Swiss nationals, Ms Isabelle Neulinger and her son Noam Shuruk ("the applicants"), on 26 September 2007. The first applicant also has Belgian nationality and the second applicant also has Israeli nationality.

2. The applicants were represented by Mr A. Lestourneaud, a lawyer practising in Thonon-les-Bains (France). The Swiss Government ("the Government") were represented by their Agent, Mr F. Schürmann, of the Federal Office of Justice.

3. The applicants alleged in particular that by ordering the return of Noam Shuruk to Israel, the Federal Court had breached their right to respect for their family life as guaranteed by Article 8, taken separately and in conjunction with Articles 3 and 9 of the Convention. They also claimed that there had been a violation of Article 6, alleging that the Federal Court had adopted an excessively restrictive interpretation of the exceptions to the Swiss authorities' obligation to order the second applicant's return and in doing so had failed to take account of his best interests.

4. The application was allocated to the First Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). Within that Section, the Chamber that would consider the case (Article 27 § 1 of the Convention) was constituted as provided in Rule 26 § 1.

5. On 27 September 2007 the President of the Chamber decided to indicate to the Government, under Rule 39, that it was desirable, in the interest of the parties and for the proper conduct of the proceedings before the Court, not to enforce the return of Noam Shuruk.

6. On 22 November 2007 the Court decided to give notice to the Government of the part of the application concerning the complaint under Article

8. It further decided that the admissibility and merits of the case

would be examined at the same time (Article 29 § 3 of the Convention).

It also decided to give the application priority under Rule 41.

7 The

Chamber having decided, after consulting the parties, that no hearing on the merits was required (Rule 59 § 3 in fine), the parties replied in writing to each other's observations.

8. Written

comments were received from Mr Shai Shuruk, the second applicant's father, who had been granted leave under Rule 44 § 2 to intervene as a third party.

9. On

8 January 2009 a Chamber composed of Christos Rozakis, President, Anatoly Kovler, Elisabeth Steiner, Dean Spielmann, Sverre Erik Jebens, Giorgio Malinverni and George Nicolaou, judges, and Soren Nielsen, Section Registrar, delivered a judgment. Unanimously, it declared the complaint under Article 8 of the Convention admissible and the remainder of the application inadmissible. By four votes to three it found that there had been no violation of Article 8. The separate dissenting opinions of Judges Kovler, Steiner and Spielmann were appended to the judgment.

10. On

31 March 2009 the applicants requested that the case be referred to the Grand Chamber under Article 43 of the Convention and Rule 73. The panel of the Grand Chamber granted the request on 5 June 2009. It moreover confirmed the application of the interim measures that had been indicated under Rule 39.

11. The

composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 27 §§ 2 and 3 of the Convention and Rule 24.

12. The

applicants and the Government each filed written observations on the merits.

13. Observations

were also received from Mr Shuruk. However, as they did not comply with the conditions laid down in Rule 44 §§ 2 and 4 of the Rules of Court, in conjunction with Article 36 § 2 of the Convention, they were not added to the case file.

14. A

hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 7 October 2009 (Rule 59 § 3).

There

appeared before the Court:

(a) for the Government

Mr F. Schürmann, Head of European law and international human

rights section, Federal Office of Justice, Agent,

Mr D. Urwyler, acting head of

private international law section,

Federal Office of Justice, Counsel,
Mrs C. Ehrich, technical adviser,
European law and international
human rights section, Federal Office of Justice, Adviser;

(b) for the applicants

Mr A. Lestourneaud,
lawyer,

Mrs P. Lestourneaud, lawyer,

Mr M.-E. Favre,

Mr Y. Zander, Counsel

Ms M. Marquez-Lestourneaud, Adviser.

The first applicant was also present.

The

Court heard addresses by Mr Lestourneaud, Mrs Lestourneaud, Mr Favre,
Mr Zander and Mr Schürmann. It also heard the replies of the parties'
representatives to questions from judges.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

15. The

applicants were born in 1959 and 2003 respectively and live in Lausanne
(Canton of Vaud).

16. The

facts as submitted by the parties may be summarised as follows.

17. The

first applicant, who refers to herself as Jewish, decided to settle
in Israel in 1999. There she met an Israeli national, who is also Jewish,
and they were married on 23 October 2001 in Israel. They had a son,
Noam, who was born in Tel Aviv on 10 June 2003. He has Israeli and Swiss
nationality.

18. According

to the applicants, in the autumn of 2003 the child's father joined the
Jewish "Lubavitch" movement, which they have described as an ultra-orthodox,
radical movement that is known for its zealous proselytising.

19. Marital

difficulties then arose, and the first applicant, fearing that her husband
would take their son to a "Chabad-Lubavitch" community abroad for
religious indoctrination, applied to the Tel Aviv Family Court for a ne exeat order to prevent Noam's removal from
Israel. On 20

June 2004 the court made a ne exeat order that was to expire when the child attained his
majority, that is to say on 10 June 2021, unless annulled by the court
in the meantime.

20. In

an interim decision of 27 June 2004, the same court granted "temporary
custody" of the child to the mother and requested the Tel Aviv social
services to draw up an urgent welfare report. The "guardianship"
of the child was to be exercised jointly by both parents.

21. In

a decision of 17 November 2004, the court, on the recommendation of a social worker, confirmed the first applicant's custody of the child and granted a right of "visitation" to the father.

22. On

10 January 2005 the Israeli social services were obliged to intervene.

They instructed the parents to live apart, in the interest of the child.

The letter they sent to the parents read as follows:

"1. We take the view that to maintain a common home and live, as you have been doing, under the same roof is not in the child's interest – and that is an understatement. It appears to us that the environment of constant recrimination and invective created by Shai against Isabelle has caused her permanent stress that may prevent her from fulfilling her role as a mother, when she is already faced with the need to find a job in order to support herself and pay the rent. It should be noted that Shai pays neither the maintenance ordered by the court nor the rent.

We felt that some of Shai's recriminations verged on the absurd. He has decided that the child's illness, like the glandular fever and the epileptic fit that the child has suffered, are the mother's fault. Shai persists in asserting that Isabelle 'is not a good mother'; he does not accept the fact that the child attends nursery school, and claims that the medical certificates are insufficient. We advise Shai to speak to the doctors who are treating the child.

Although he is maintained by Isabelle, Shai demands that the food complies to a very strict degree with Jewish dietary laws, observing one dietary rule or another ...

There is no doubt that living apart will resolve some of these problems.

We find that Shai creates a hostile environment at home - an atmosphere of verbal aggression and threats that terrorise the mother.

In the light of the foregoing, we cannot but find that the mother is exposed to mental harassment and that the maintaining of a common home is harmful to the child.

2. Under the powers conferred on us by sections

19 and 68 of the Law on Legal Capacity, we reiterate our warning to Shai, calling on him not to take his child with him to engage in religious proselytising on the public highway, where he encourages passers-by to put on phylacteries and collects donations.

Likewise, the father is requested not to take the child with him to the synagogue for a whole day at a time.

We emphasise that the provisions on access in respect of the child are intended to bring father and child together for their common activities, and not for other purposes."

23. That

same day, the first applicant filed a complaint with the police accusing

her husband of assault.

24. In

an injunction of 12 January 2005 the competent judge of the Tel Aviv Family Court, upon an urgent application lodged earlier that day by the first applicant, prohibited the father from entering the child's nursery school or the first applicant's flat, from disturbing or harassing her in any manner whatsoever, and from carrying or possessing a weapon. Restrictions were also imposed on the access right granted to the father, who was now authorised to see the child only twice a week under the supervision of the social services at a contact centre in Tel Aviv.

25. The

couple's divorce was pronounced on 10 February 2005 with no change in the attribution of guardianship.

26. As

the father had defaulted on his maintenance payments to the first applicant, an arrest warrant was issued against him on 20 March 2005.

27. In

a decision of 27 March 2005 a judge of the Tel Aviv Family Court dismissed an application lodged by the first applicant for the annulment of the ne exeat order prohibiting the removal of the second applicant

from Israel. The judge found, in particular, that there was a serious risk that the mother would not return to Israel with the child after visiting her family abroad, in view of the fact that she had no ties in that country.

28. On

24 June 2005 the first applicant secretly left Israel for Switzerland with her son.

29. On

27 June 2005 Noam's father contacted the Israeli Central Authority, which was unable to locate the child until 21 May 2006, when Interpol Jerusalem forwarded him a note from Interpol Berne indicating that the first applicant was in Switzerland.

30. On

22 May 2006 the Israeli Ministry of Justice transmitted to the Swiss Federal Office of Justice an application for the return of the child pursuant to the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction of 25 October 1980 (the "Hague Convention"; see paragraph 57 below). In support of its application it indicated, among other things, that Interpol Berne had notified it only the day before that Noam and his mother were living in Lausanne and that the latter had applied for the renewal of her Swiss passport.

31. In

a decision of 30 May 2006, delivered upon an application by the child's father, the Tel Aviv Family Court observed that the child was habitually resident in Tel Aviv and that, as of 24 June 2005, the date of the applicants' departure, the parents had been joint guardians of their son, with the mother having temporary custody and the father a right of access. The

court held that the child's removal from Israel without the father's consent had been wrongful within the meaning of Article 3 of the Hague Convention.

32. On

8 June 2006 the child's father lodged an application with the Lausanne District Justice of the Peace seeking an order for his son's return to Israel. He requested in particular, as an extremely urgent measure, that the Lausanne Passport Office be ordered to retain the applicants' Swiss passports.

33. On

12 June 2006 the Justice of the Peace made an order allowing the application by Noam's father for an extremely urgent measure.

34. Following

a new application for an extremely urgent measure, faxed by the child's father on 27 June 2006, the Justice of the Peace, in a provisional-measures order made that same day, ordered the first applicant to deposit her passport and that of Noam immediately with the registry of the Justice of the Peace Court, on pain of criminal sanctions for refusal to comply with the decision of an authority.

35. The

first applicant, assisted by counsel, and the legal representative of the father, whose obligation to appear in person had been waived, made representations to the Justice of the Peace on 18 July 2006.

36. In

a decision of 29 August 2006, after a hearing, the father's application was dismissed by the Lausanne District Justice of the Peace. The court took the view that, whilst the child's removal had been wrongful within the meaning of Article 3 of the Hague Convention, it had to apply Article 13, sub-paragraph (b), of that convention, as there was a grave risk that the child's return would expose him to physical or psychological harm or otherwise place him in an intolerable situation.

37. On

25 September 2006 the father appealed against that decision before the Guardianship Division (chambre des tutelles) of the Vaud Cantonal Court, which ordered an expert's report and for that purpose appointed Dr. B., a paediatrician and child psychiatrist. In his report, delivered

on 16 April 2007, he stated that the child's return to Israel with his mother would expose him to a risk of psychological harm whose intensity could not be assessed without ascertaining the conditions of that return, in particular the conditions awaiting the mother and their potential repercussions for the child; that the return of the child without his mother would expose him to a risk of major psychological harm; and that the maintaining of the status quo would also represent for the child a risk of major psychological harm in the long term.

38. On

30 November 2006 the competent court in Tel Aviv cancelled an indictment for domestic violence that the second wife of Noam's father had initiated,

as she had left the country.

39. In

a letter of 12 March 2007, in connection with the proceedings to secure the child's return, the Israeli Central Authority made the following observations to its Swiss counterpart:

"We acknowledge receipt of your letter dated 7 February, 2007. We wish to respond to the questions raised in that letter as follows:

Mr Shuruk states that in the event that the mother refuses to return to Israel, he will take care of the child. He currently lives in an apartment with a roommate, however if the child is returned to Israel, he states that he will immediately secure an apartment to live in with the child. He is currently working and studying at an institution for religious learning, from 9:00 AM to 3:00 PM. The child would be in daycare/nursery school during those hours. Mr. Shuruk points out that prior to the child's abduction to Switzerland, he was in daycare as the mother worked. Mr. Shuruk advises that his extended family would provide a back-up system for him in the event that he would need assistance from time to time.

The Appeal Court in Switzerland has raised a concern as to how Mr. Shuruk can care for the child when his right of access has been restricted. As we stated in our letter to your office dated 28 September 2006, it must be remembered that according to the report of the social worker in Israel, the father and child had a wonderful relationship. There were plans to expand the visitation, to include overnight visits, however these plans were interrupted as a result of the mother's abduction of the child. If the mother were to refuse to return to Israel with the child, she would in effect be agreeing to the father having de facto custody, and Mr. Shuruk could apply to the Israeli court to grant an order reflecting the new reality.

You further asked what steps could be taken to protect the mother should she return, given her allegations of violence on the part of Mr. Shuruk. Mr. Shuruk denies all such allegation. Furthermore, we are attaching a copy of the Decision of the Tel Aviv Magistrate's Court dated 30 November, 2006 together with a translation into English. This decision concerned an indictment filed against Mr. Shuruk for allegations of assault by his second wife. As you can see, the complainant apparently left Israel and could not be located, therefore the court canceled the indictment against Mr. Shuruk.

In any event, we wish to draw your attention to the law in Israel that provides protection in cases of allegations of family violence. That law is The Prevention of Family Violence Law 1991. We are attaching a translation of that law into English, and an unofficial translation into French. Section 2 provides for protection orders that can be made. Therefore, if the mother has any concerns for her safety, she can apply to the court in Israel and request any necessary

protection. Her allegations should not constitute a basis for the Swiss court to refuse to return the child to Israel.

You informed us that the court ordered a psychological evaluation of the child. We must express our concern in this respect.

Such evaluation was not ordered by the lower court, and we wish to inquire as to why it has been ordered at this late stage. It must be remembered

that the child was abducted by the mother in June 2005. The child has not seen his father in almost two years. During this period he has been subject to

the sole influence of the mother. We therefore question what can be

gained by a psychological evaluation of the child. It must be remembered that this is a Hague Convention proceeding,

and not a custody case. It seems that the mother is trying to

prove that the child will be psychologically damaged by being separated

from her if he is returned to Israel. However this can be avoided if

the mother will act in the child's best interests and return with him.

As we stated in our letter of 28 September, 2006, the mother does not

appear to have any justifiable reason under the Hague Convention to

prevent her return.”

40. In

a letter of 30 April 2007 to the lawyer acting for Noam's father, the

Israeli Central Authority made the following observations on the question

whether the first applicant would be prosecuted or imprisoned if she

returned to Israel:

“You have requested that we inform you as to

the legal consequences that would face the mother, Isabelle Neulinger,

should she return to Israel with the child, as a result of the act of

abduction of the child.

In terms of criminal consequences for the act

of abduction, abduction is an offence under Israel's Penal Law 1977

and carries a possible penalty of imprisonment. However, according to the guidelines of the State Attorney

of Israel, upon receipt of a criminal complaint of parental abduction,

the police are to forward the matter to the Central Authority under

the Hague Convention for guidelines as to how to proceed in the matter.

The State Attorney's guidelines provide that criminal proceedings should

be commenced only in very exceptional circumstances. In Ms. Neulinger's case, should

she comply with an order to return the child to Israel, not disappear

with the child upon her arrival to Israel, cooperate with the Israeli

authorities and comply with the existing court order for supervised

visitation by Mr. Shuruk (pending any further decision), the Central

Authority for Israel would positively consider instructing the Israel

Police to close the criminal file for lack of public interest, provided

that Ms Neulinger not commit further acts of abjection with respect to

the child.

In terms of civil consequences, we can inform

you that the sole consideration in both the Israeli civil courts and

Rabbinical courts, when deciding matters such as custody and access,

is the best interests of the child.”

41. In

a judgment of 22 May 2007 the Guardianship Division of the Vaud Cantonal Court dismissed the father's appeal. Having carried out an additional investigation, and taking into account the expert's report by Dr B. of 16 April 2007, it took the view that the child's return carried a grave risk of psychological harm, whether or not he was accompanied by his mother, and would also place him in an intolerable situation. It therefore considered that the conditions of Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention were met. Finding, however, that the child could not be deprived of all relations with his father, it prescribed measures with a view to rebuilding the personal relationship between them. Its judgment read as follows:

"4 (d) ... In response to the questions put to him, expert B. ... states in his conclusions that Noam's return to Israel with his mother would expose him to psychological harm, the intensity of which cannot be assessed without knowledge of the conditions of such return, in particular those awaiting his mother and the repercussions which they might have on the child; as regards the child's return to Israel without his mother, [the expert] is of the opinion that it would expose him to major psychological harm, as described in detail in the report. In the 'discussion' part of his report the expert emphasises that Noam's situation seems at present to be completely blocked. On the one hand, given his young age and his complete lack of recollection of his first years in Israel, including of his father, any visit to that country without his mother, even a brief visit, and even if the legal situation allowed it, would be psychologically highly traumatic, involving extreme separation-related anxiety and a major risk of severe depression. On the other hand, the possibility of the mother's return to Israel with Noam, even for a short period, is totally out of the question for the mother. In answer to the question whether Noam's return to Israel might place the child in an intolerable situation, the expert replied that it was 'clearly' the conditions of the child's possible return to Israel that would or would not render the situation intolerable. He observed that, likewise, it was the conditions of his continuing residence in Switzerland that would or would not render his situation there intolerable and that the maintaining of the status quo represented a long-term major psychological risk for the child, with the result that, if there were no understanding between his parents, an agreement would urgently be required between the child protection services of the States of the parents' residence in order to make up for their failure to act.

In accordance with Article 13, third paragraph, of the Hague Convention, this court also requested the Israeli Central Authority to provide information about the child's social background, by answering the following questions: 'in the event that, as she has stated, the mother does not return to Israel, who will take care of

the child and where will he stay? As the father does not appear to be in gainful employment, who will provide for the child's upkeep? As the right of access has been restricted by judicial decisions, what measures will be taken to ensure that the exercise of the right of access does not harm the child's physical and psychological welfare?' In its letter of 12 March 2007 the Israeli Central Authority did not really answer the questions put to it, so it is impossible to be satisfied about the interests of the child. The Central Authority merely mentioned the appellant's intentions concerning his son if his son should return to Israel without his mother, in the following terms: '[I]n the event that Noam's mother refuses to return to Israel, the father will take care of the child. He currently lives in an apartment with a roommate; however if the child is returned to Israel, he states that he will immediately secure an apartment to live in with the child. He is currently working and studying at an institution for religious learning, from 9 am to 3 pm. The child would be in daycare/nursery school during those hours. Mr Shuruk points out that prior to the child's abduction to Switzerland, he was in daycare as the mother worked. Mr Shuruk advises that his extended family would provide a back-up system for him in the event that he needs assistance from time to time.' As to the issue of how Shay Shuruk would be able to take care of the child, given that he has only a restricted right of access, the Israeli Central Authority emphasised: 'As we stated in our findings of 28 September 2006, according to the report of the social worker in Israel, the father and child had a wonderful relationship. There were plans to expand the visitation, to include overnight visits; however these plans were interrupted as a result of the mother's abduction of the child.' The Israeli Central Authority concluded that '[i]f the mother were to refuse to return to Israel with the child, she would in effect be agreeing to the father having de facto custody, and Mr Shuruk could apply to the Israeli court to grant an order reflecting the new reality'.

It should be noted that neither the conclusions of the child psychiatrist's report nor the information provided by the Israeli Central Authority are conducive to Noam's return to Israel. Not only would such a return entail a grave risk of exposure to psychological harm, whether or not he is accompanied by his mother, it would also place him again in an intolerable situation. First, the psychiatric expert observes that if the child returns to Israel with his mother, he will risk being exposed to psychological harm whose intensity cannot be assessed without knowledge of the conditions of that return. In that connection, the Guardianship Division is of the opinion that, since the child's removal to Israel, even if his mother accompanies him, may expose the child to psychological harm and since, unlike the 'classic scenario' envisaged by the Hague Convention, the respondent has custody of her son, she cannot reasonably be required to return to Israel. An additional factor is that the mother's return to Israel would also undermine the child's economic security, since the mother would be required to

find a job there, in order to provide not only for her own needs but also for those of her son. The fact that the appellant has never provided for his child's upkeep and that he is known to earn only 300 francs per month cannot be disregarded when the interests of the child are taken into consideration in that context. Lastly, it must be considered that the requirement of the mother's return is disproportionate to the reason for the return: the object of the Hague Convention is to put the child back into the legal situation in which he was before he was abducted. However, the present return is requested in order to allow the appellant to exercise his right to a personal relationship, a right which is shown to have been exercised before the child's departure under the supervision of the social services in the form of two weekly meetings of two hours each. To require a mother to uproot herself in order to permit the exercise of such a restricted right of access, when the child's return certainly entails a risk of grave psychological harm, in view of the conditions of insecurity in which the return will take place, constitutes an intolerable situation for the child within the meaning of Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention.

As to Noam's return to Israel without his mother, the expert is of the opinion that it would be psychologically highly traumatic, involving extreme separation anxiety and a major risk of severe depression, which can be explained by his young age and his total lack of recollection of his first years in Israel, including of his father. That element is sufficient for a finding that the condition laid down in Article 13, sub-paragraph (b), is satisfied. In addition, the information provided by the Israeli Central Authority about the arrangements envisaged in the event that the child returns without his mother are, at the very least, a matter for concern: although the appellant has, legally speaking, only a very restricted right of access, under supervision, it is envisaged, according to the information provided by the Central Authority, that the appellant will take his son home (without any guarantee that he will by then have an individual flat) and will thus have de facto custody. In that connection, the Israeli Central Authority claims that by refusing to return to Israel with her son, the respondent is implicitly acquiescing in that change of situation – a new reality of which the appellant will then seek validation by the Israeli judicial authorities. That does not correspond to the aim pursued by the Hague Convention, which provides for the immediate return of the unlawfully removed child in order to put it back in the status quo ante. Such a return cannot therefore be ordered on the basis of the Hague Convention, and it is emphasised that there is no doubt that Noam's return to Israel in such circumstances would definitely expose him to a risk of major psychological harm, owing not only to the fact that he would be abruptly separated from his mother, when she has been his principal parental reference since he was born and has been the only one to provide for his upkeep, but also to the fact that he will be just as abruptly faced

with a father of whose existence he has just learnt. In the light of the foregoing, the appeal on this point must be dismissed. ...

5. ... In the present case, it is apparent from the file that Noam Shuruk has lived with his mother, who has custody of him, for at least one year in Lausanne. Thus, the Justice of the Peace of the District of Lausanne had jurisdiction, *ratione loci* and *ratione materiae*, to take the disputed protective measure.

As to the merits, it is sufficient to state that, since the child has no recollection of his father, owing to the process of physiological amnesia attributable to his very young age, there are valid grounds for avoiding an abrupt reunion, as the welfare of the child requires that the resumption of a personal relationship with his father should take place calmly and gradually, after he has been properly prepared for that new situation, as may be seen from the expert's convincing submissions on that point. The ground of appeal is therefore ill-founded and must be rejected ...”

42. The father lodged a civil appeal with the Federal Court seeking the quashing of the Cantonal Court's judgment and the return of the child to Israel. He alleged that the court had misapplied Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention, principally, and Article 3 of the Convention on the Rights of the Child, secondarily.

43. In a decision of 27 June 2007, the President of the appropriate division of the Federal Court granted the father's request for immediate suspension of the judgment.

44. In a judgment of 16 August 2007, served on the first applicant's lawyer on 21 September 2007, the Federal Court allowed the father's appeal. The relevant passages of its judgment read as follows:

“3. The object of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction is to secure the prompt return of children wrongfully removed to or retained in any Contracting State (Article 1, sub-paragraph (a)). The removal or the retention of a child is to be considered wrongful where it is in breach of rights of custody attributed to a person, an institution or any other body, either jointly or alone, under the law of the State in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention (Article 3, sub-paragraph (a)). 'Rights of custody' include rights relating to the care of the person of the child and, in particular, the right to determine the child's place of residence (Article 5 (a)). In the present case it is not in dispute that the child's removal to Switzerland was wrongful, since the father retained, jointly with the respondent, the right of 'guardianship', which under Israeli law includes the right to decide on the child's residence. Moreover, since the application for return was presented within a period of one year after the removal, the respondent cannot deny either that, in principle, pursuant to Article

12 of the Hague Convention, the child's prompt return should be ordered. The only matter in dispute is therefore the question whether an exception to that return may be applied under Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention.

4. According to the appellant, by refusing to order the child's return to Israel, the Cantonal Court misapplied Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention.

4.1 Under Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention, in respect of which the Federal Court is entitled to examine matters of compliance freely (section 95(b) Federal Court Act), the judicial authority of the requested State is not bound to order the child's return when the person opposing that return establishes that there is a grave risk that his or her return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation.

The exceptions to return provided for under Article 13 of the Hague Convention must be interpreted restrictively; the parent who has abducted the child cannot take advantage of his or her unlawful conduct (Judgment 5P.71/2003 of 27 March 2003, recital 2.2, in FamPra.ch 2003, p. 718). Only grave risks must be taken into consideration, excluding any grounds relating to the parents' child-raising capacities, as the purpose of the Hague Convention is not to attribute parental authority (Federal Court Judgment 131 III 334, recital 5.3; 123 II 419, recital 2b, p. 425). An exception to return under Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention, is therefore not open to consideration unless the child's intellectual, physical, moral or social development is under serious threat (Judgment 5P.65/2002 of 11 April 2002, recital 4c/bb, in FamPra.ch 2002, p. 620 and the reference cited therein). The burden of proof lies with the person who opposes the child's return (ibid., recital 4b, in FamPra.ch 2002, p. 620 and the reference cited therein).

4.2 The Cantonal Court observed that the case concerned a very young child in the custody of his mother, who had always provided for him. The father, for his part, lived in a religious community where he was fed, and from his activity as a sports and art teacher he had a monthly income of only 300 [Swiss] francs. The custody of the child had been withdrawn from him on account of the atmosphere of fear that he had created at the family home. For the same reason, the Israeli courts ordered him to live separately and prohibited him from approaching the mother's flat. Before the child's removal to Switzerland he had only had a restricted right of visitation, limited to two hours twice a week, under the supervision of the Israeli social services. Concerning the conditions of a possible return of the child without his mother, according to the information provided by the Israeli Ministry of Justice on 12 March 2007, the father, who now shares a flat with one other tenant and still works in an institution for religious education, would be

prepared to take care of the child. Taking into account the laconic and not very reassuring nature of this information, together with the expert's report by Dr ..., a psychiatrist, the Cantonal Court considered that a return to Israel involved a risk of psychological harm for the child and might place him in an intolerable situation, whether or not he was accompanied by his mother. The court added that, in view of the father's low income, the return to Israel of the respondent would also undermine the child's economic stability and the mother would have to find a job in order to provide for them both.

In his appeal, the appellant does not criticise the Cantonal Court's finding that there was a grave risk that the child would be exposed to psychological harm if he returned to Israel without his mother. He is of the opinion, however, that such a risk would not exist if the child's mother accompanied him to Israel, as could be reasonably expected of her. As regards that latter hypothesis, the judgment of the Cantonal Court fails to provide any evidence of such a grave risk of harm, or of any intolerable situation for the child. The expert psychiatrist failed, in particular, to address that question, simply explaining that the risk could not be assessed without ascertaining the conditions of a possible return. As to the appellant's aggressive behaviour towards the respondent, it does not appear from the Cantonal Court's judgment that the child would be threatened directly or indirectly as a result of witnessing such violence against his mother. She stated that the father had complied with the arrangements for his right of visitation and that the visits had gone well. The social worker appointed to supervise the right of visitation had described as wonderful the father-son relationship as established just before the child's abduction by his mother. She has not claimed that the appellant breached the judicial instructions which required him not to approach her flat or to disturb and/or harass her. As to the considerations relating to the father's low income and his ties with the 'Lubavitch' religious community, as they stand they do not indicate a grave risk that the child would be exposed to harm within the meaning of Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention. Whilst such considerations may help to determine which of the two parents offers the best child-raising capacities for the purpose of deciding on the attribution of the right of custody – a matter that is decided by the judicial authorities of the place of habitual residence (Article 16 of the Hague Convention) – they are not pertinent, however, for a decision about the return of a child after a wrongful abduction (see recital 4.1 above).

As to the mother's threat not to return to Israel, the judgment of the Cantonal Court did not deal at all with the reasons for her refusal, whereas it should have established the existence of objective circumstances justifying that attitude. The Cantonal Court judges quoted the expert psychiatrist who had referred to the 'judicial risks' that would be entailed in the event of a return to Israel, without

any indication as to whether the respondent actually faced a prison sentence as a result of the abduction. Supposing that such a risk were proven, she could not be expected to return to Israel with the child – and that would accordingly rule out the return of [the child] in view of the major psychological harm that would be caused to him by the separation from his mother. She made no comment on that question in her reply to the Federal Court; in particular, she has not claimed that immediate imprisonment, or even any criminal sanction at all, would be imposed on her. Neither has she argued that in the event of her return to Israel it would be impossible or very difficult for her to integrate, or, in particular, to find a new job. Consequently, it cannot be said that the mother's return, and therefore that of the child, would be unbearable for economic reasons either. Therefore, as the respondent has failed to establish the existence of reasons that would objectively justify a refusal on her part to return to Israel, it must be accepted that she could reasonably be expected to return to that State of origin accompanied by the child. In these circumstances, it is of no import that the information provided by the Israeli Central Authority (see recital 4.2 above) on which the Cantonal Court based, in particular, its justification of the exception to the child's return as provided for by Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention, was deemed not very reassuring, because that information was based only on the hypothesis of the child's return without his mother.

Accordingly, the Cantonal Court judges breached Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention in finding that they were entitled to apply an exception to the child's return to the State of his habitual residence. The appeal must therefore be allowed and the judgment of the court below quashed, without it being necessary to examine the complaint concerning a violation of Article 3 of the Convention on the Rights of the Child. It is incumbent on the respondent to secure the return of the child ... to Israel by the end of September 2007. ...

The Federal Court therefore finds as follows:

1. The appeal is allowed and the judgment of the court below is quashed.
2. The respondent is ordered to secure the return of the child ... to Israel by the end of September 2007.

..."

45. On

20 August 2007 the child's father, through counsel, lodged an application with the Lausanne District Justice of the Peace, who was responsible for the enforcement of the return decision, seeking the appointment of an ad hoc administrator for the child who would be entrusted with the organisation of his departure. On 1 October 2007 he withdrew that application after the Court had decided, on 27 September 2007, to indicate interim measures to the Government.

46. Subsequently, the applicants transmitted to the Court a medical certificate issued on 23 February 2009 by Dr M.-A., a paediatrician in Lausanne, which reads as follows:

"I, the undersigned, certify that I have seen the child Noam Shuruk, born on 10 June 2003, on a number of occasions since 7 October 2005.

On each occasion Noam has been accompanied by his mother, with whom he has a very good relationship.

His behaviour is appropriate and his level of psychomotor development and language are above average. He does not appear to suffer from any psychological trauma or from any emotional or educational deficiencies.

He is a confident boy, capable of forming good relationships, in particular with adults.

He is in good physical health, with little trace of intercurrent infections.

An abrupt return to Israel without his mother would constitute a significant trauma and a serious psychological disturbance for this child."

47. In

a provisional-measures order of 29 June 2009 the President of the Lausanne District Court, at the request of the first applicant, decided that Noam should live at his mother's address in Lausanne, suspended the father's right of access in respect of his son and granted parental authority to the mother, so as to allow her to renew the child's identity papers. The decision was based on the following grounds in particular:

"[I]t is noted that the respondent was summoned to appear by court order served at his last known address in Israel.

The letter was returned marked 'gone away', which can be translated as 'parti sans laisser d'adresse' (gone without leaving a forwarding address).

... It appears that the mother has custody of the child while parental authority is still held jointly.

The father was apparently required to 'exercise a right of visitation' under the supervision of the social services

...

In the context of the proceedings, the respondent never appeared at the hearings but was represented by counsel, who is apparently no longer acting for his client ...

According to case-law, the wrongful removal of a minor does not in itself preclude the establishment of a new habitual residence for the child in the country to which it has been taken (see Federal Court Judgment 125 III 301, Journal des Tribunaux 1999 I 500).

In the present case, Noam has been living in Switzerland continuously since June 2005.

He attends school there.

He has family ties there on his mother's side.

He receives medical attention there.

He is also a national of Switzerland,
of which he speaks the language, in this case
French.

Interim measures in favour of the applicant were
decided by the European Court of Human Rights, which requested the Swiss
Government not to return Noam to Israel in spite of the Federal Court's
decision.

Despite his legal battle, the respondent has
never sought to see his child,
and his place of residence is unknown.
He appears to have lost interest in the present
case.

Consequently, the child now has a stable relationship
only with his mother.

It is therefore appropriate to allow her application
and to decide provisionally that Noam should reside in Lausanne, Switzerland,
at the place of his habitual residence, with his mother.

Article 273 § 1 of the Civil Code provides that
the father or mother not having parental authority or custody and the
minor are reciprocally entitled to maintain such personal relations
as may be appropriate in the circumstances.

The right to personal relations is intended to
preserve the bond between parents and children ...

The maintaining and development of this bond
is obviously beneficial to the child.

Personal relations must accordingly be fostered,
unless the child's welfare is endangered.

The scope of personal relations and the manner
in which they are carried on should be appropriate to the situation,
in other words taking fair account of the particular circumstances of
the case.

The child's welfare is the most important assessment
criterion (see Federal Court Judgment 127 III 295, ? 4a).

The entitled person's situation and interests
should also be taken into consideration: his or her relationship with
the child, personality, place of abode, free time and environment.

Special conditions for the exercise of access
rights may be imposed ...

The applicant has requested the withdrawal of
the respondent's access right in respect of their son Noam.

In the circumstances of the case, the respondent's
access right was already limited by decisions given by the Israeli authorities
before the child's departure for Switzerland.

The child has not seen his father since 2005.
They apparently have no common language.
In any event, the resumption of access rights,
if requested by the respondent, could only be gradual.
The respondent's place of residence is currently
unknown.

In the circumstances it appears appropriate to
order the provisional suspension of the respondent's access rights in
respect of his son Noam.

The applicant requests that 'parental authority
in respect of Noam, born on 10 June 2003, be exclusively and provisionally
granted to his mother Isabelle Neulinger in Lausanne for the purposes
of renewing his identity papers'.

The applicant has explained that her son, who
has dual Israeli and Swiss nationality, currently has no identity documents.
He had a Swiss passport until recently.

However, when it expired the administrative authorities
refused to issue him with a new one without the father's consent, as
the parties had joint parental authority in respect of the child.

The respondent's place of abode is currently
unknown.

The applicant is thus unable to ask him for such
consent.

The child lives in Switzerland with her,
and she has custody of him.

The present case, on the merits, admittedly concerns
a change in the attribution of parental authority, since the applicant
requests that by virtue of Swiss law it be exclusively granted to her.

It may appear that the provisional measure requested,
if granted, settles the case on the merits.

However, the requested measure is far more limited
in scope since it is only to ensure the possibility of obtaining identity
papers for the applicant's child.

The child is a Swiss national resident in Switzerland.

It is therefore necessary for him, like any other
citizen, to obtain identity papers.

The applicant's request is therefore granted.

..."

It

does not appear, from the information currently before the Court, that
either party to the dispute has appealed against that decision.

II. RELEVANT DOMESTIC AND INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE

A. Protection of the rights of the child

1. International Convention on the Rights of the Child

48. The relevant provisions of the Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989, which entered into force in respect of Switzerland on 26 March 1997, read as follows:

Preamble

“The States Parties to the present Convention,

...

Convinced that the family, as the fundamental group of society and the natural environment for the growth and well-being of all its members and particularly children, should be afforded the necessary protection and assistance so that it can fully assume its responsibilities within the community,

Recognizing that the child, for the full and harmonious development of his or her personality, should grow up in a family environment, in an atmosphere of happiness, love and understanding,

...

Have agreed as follows:

...”

Article 7

“1. The child shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth to ... know and be cared for by his or her parents. ...”

Article 9

“1. States Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will ...”

Article 14

“1. States Parties shall respect the right of the child to freedom of thought, conscience and religion.

2. States Parties shall respect the rights and duties of the parents and, when applicable, legal guardians, to provide direction to the child in the exercise of his or her right in a manner consistent with the evolving capacities of the child. ...”

Article 18

“1. States Parties shall use their best efforts to ensure recognition of the principle that both parents have common responsibilities for the upbringing and development of the child. Parents or, as the case may be, legal guardians, have the primary responsibility for the upbringing and development of the child. The best interests of the child will be their basic concern. ...”

2. Concept of the child's “best interests”

49. The

concept of the child's best interests stems from the second principle of the Declaration on the Rights of the Child of 20 November 1959, which reads as follows:

“The child shall

enjoy special protection, and shall be given opportunities and facilities,

by law and by other means, to enable him to develop physically, mentally, morally, spiritually and socially in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, the best interests of the child shall be the paramount consideration.”

50. The

term was used again in 1989 in Article 3 § 1 of the Convention on the Rights of the Child:

“In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.”

51. Neither

the working group during the drafting of the convention nor the Committee on the Rights of the Child has developed the concept of the child's best interests or proposed criteria for their assessment, in general or in relation to specific circumstances. They have both confined themselves to stating that all values and principles of the convention should be applied to each particular case (see Rachel Hodgkin and Peter Newell (eds.), *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, United Nations Children's Fund 1998, p. 37). In addition, the Committee has emphasised on various occasions that the convention must be considered as a whole, with the relationship between the various articles being taken into account. Any interpretation must be consistent with the spirit of that instrument and must focus on the child as an individual having civil and political rights and its own feelings and opinions (ibid, p. 40).

52. According

to the “Guidelines on Determining the Best Interests of the Child” issued by the UN High Commissioner for Refugees:

“The term 'best interests' broadly describes the well-being of a child. Such well-being is determined by a variety of individual circumstances, such as the age, the level of maturity of the child, the presence or absence of parents, the child's environment and experiences”. (UNHCR

Guidelines on Determining the Best Interests of the Child, May 2008)

53. The

principle of “the child's best interests” is also embodied in Articles 5 and 16 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. Article 5 (b) requires States Parties to take all appropriate measures to:

“ensure that family education includes a proper understanding of maternity as a social function and the recognition of the common responsibility of men and women in the upbringing and development of their children, it being understood that the interest of the children is the primordial consideration in all cases”.

54. Article 16 (d)

of that convention states that men and women should have “[t]he same rights and responsibilities as parents, irrespective of their marital status, in matters relating to their children; [and] in all cases the interests of the children shall be paramount”.

55. Even

though the principle does not appear in the International Covenant on Civil and Political Rights, the Human Rights Committee in its General Comments 17 and 19 referred to “the paramount interest” of the child in the event of the separation or divorce of its parents. In its General Comment 17 (adopted at its 35th Session, 1989) the Committee stated that if a marriage is dissolved, steps should be taken, keeping in view the paramount interest of the children, to guarantee, so far as is possible, personal relations with both parents. For abandoned children, special measures must be taken in order to enable them to develop in conditions that most closely resemble those characterising the family environment. In its General Comment 19 (adopted at its 39th Session, 1990) the Committee indicated that any discriminatory treatment in regard to divorce, child custody, visiting rights, etc., must be prohibited, unless the paramount interest of the child required otherwise.

56. The

European Union's Charter of Fundamental Rights, which became legally binding with the entry into force of the Lisbon Treaty on 1 December 2009, contains the following Article:

Article 24 – The rights of the child

“1. Children shall have the right to such protection and care as is necessary for their well-being. They may express their views freely. Such views shall be taken into consideration on matters which concern them in accordance with their age and maturity.

2. In all actions relating to children, whether taken by public authorities or private institutions, the child's best interests must be a primary consideration.

3. Every child shall have the right to maintain on a regular basis a personal relationship and direct contact with both his or her parents, unless that is contrary to his or her interests.”

B. Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction of 25 October 1980

1. Text of the instrument

57. The

relevant provisions of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction of 25 October 1980, which entered into force in respect of Switzerland on 1 January 1984, read as follows:

“The States signatory to the present Convention, Firmly convinced that the interests of children are of paramount importance in matters relating to their custody, Desiring to protect children internationally

from the harmful effects of their wrongful removal or retention and to establish procedures to ensure their prompt return to the State of their habitual residence, as well as to secure protection for rights of access,

Have resolved to conclude a Convention to this effect, and have agreed upon the following provisions:

..."

Article 1

"The objects of the present Convention are:

- (a) to secure the prompt return of children wrongfully removed to or retained in any Contracting State; and
- (b) to ensure that rights of custody and of access under the law of one Contracting State are effectively respected in the other Contracting States."

Article 3

"The removal or the retention of a child is to be considered wrongful where:

- (a) it is in breach of rights of custody attributed to a person, an institution or any other body, either jointly or alone, under the law of the State in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention; and
- (b) at the time of removal or retention those rights were actually exercised, either jointly or alone, or would have been so exercised but for the removal or retention.

The rights of custody mentioned in sub-paragraph

- (a) above may arise in particular by operation of law or by reason of a judicial or administrative decision, or by reason of an agreement having legal effect under the law of that State."

Article 4

"The Convention shall apply to any child who was habitually resident in a Contracting State immediately before any breach of custody or access rights. The Convention shall cease to apply when the child attains the age of 16 years."

Article 5

"For the purposes of this Convention –

- (a) 'rights of custody' shall include rights relating to the care of the person of the child and, in particular, the right to determine the child's place of residence;
- (b) 'rights of access' shall include the right to take a child for a limited period of time to a place other than the child's habitual residence."

Article 11

"The judicial or administrative authorities of Contracting States shall act expeditiously in proceedings for the return of children.

If the judicial or administrative authority concerned

has not reached a decision within six weeks from the date of commencement of the proceedings, the applicant or the Central Authority of the requested State, on its own initiative or if asked by the Central Authority of the requesting State, shall have the right to request a statement of the reasons for the delay. ...”

Article 12

“Where a child has been wrongfully removed or retained in terms of Article 3 and, at the date of the commencement of the proceedings before the judicial or administrative authority of the Contracting State where the child is, a period of less than one year has elapsed from the date of the wrongful removal or retention, the authority concerned shall order the return of the child forthwith.

The judicial or administrative authority, even where the proceedings have been commenced after the expiration of the period of one year referred to in the preceding paragraph, shall also order the return of the child, unless it is demonstrated that the child is now settled in its new environment.

Where the judicial or administrative authority in the requested State has reason to believe that the child has been taken to another State, it may stay the proceedings or dismiss the application for the return of the child.”

Article 13

“Notwithstanding the provisions of the preceding Article, the judicial or administrative authority of the requested State is not bound to order the return of the child if the person, institution or other body which opposes its return establishes that:

...

(b) there is a grave risk that his or her return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation.

The judicial or administrative authority may also refuse to order the return of the child if it finds that the child objects to being returned and has attained an age and degree of maturity at which it is appropriate to take account of its views.

In considering the circumstances referred to in this Article, the judicial and administrative authorities shall take into account the information relating to the social background of the child provided by the Central Authority or other competent authority of the child's habitual residence.”

Article 14

“In ascertaining whether there has been a wrongful removal or retention within the meaning of Article 3, the judicial or administrative authorities of the requested State may take notice directly of the law of, and of judicial or administrative decisions, formally recognized or not in the State of the habitual residence of the child, without recourse to the specific procedures for the proof of that law

or for the recognition of foreign decisions which would otherwise be applicable.”

Article 20

“The return of the child under the provisions of Article 12 may be refused if this would not be permitted by the fundamental principles of the requested State relating to the protection of human rights and fundamental freedoms.”

Article 21

“An application to make arrangements for organizing or securing the effective exercise of rights of access may be presented to the Central Authorities of the Contracting States in the same way as an application for the return of a child.

The Central Authorities are bound by the obligations of co-operation which are set forth in Article 7 to promote the peaceful enjoyment of access rights and the fulfilment of any conditions to which the exercise of those rights may be subject. The Central Authorities shall take steps to remove, as far as possible, all obstacles to the exercise of such rights.

The Central Authorities, either directly or through intermediaries, may initiate or assist in the institution of proceedings with a view to organizing or protecting these rights and securing respect for the conditions to which the exercise of these rights may be subject.”

2. Consideration of the child’s “best interests” in the context of Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention

58. According

to the Explanatory Report by Ms Elisa Pérez-Vera on the drafting of the convention,

“... since one factor characteristic of the situations under consideration consists in the fact that the abductor claims that his action has been rendered lawful by the competent authorities of the State of refuge, one effective way of deterring him would be to deprive his actions of any political or juridical consequences. The Convention, in order to bring this about, places at the head of its objectives the restoration of the status quo ...”. (§ 16, p. 429)

59. However,

the Hague Convention contains five exceptions to the principle of the child’s prompt return, among which the most commonly invoked exception is that of Article 13, sub-paragraph (b).

60. The

French Court of Cassation, the House of Lords and the Finnish Supreme Court have all expressly incorporated the concept of the “child’s best interests” into their application of the exception based on a “serious risk” within the meaning of Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention.

61. In

a case from 2005 the French Court of Cassation stated that:

“under

Article 13, sub-paragraph (b), an exception can be made to the child's prompt return only if there is a grave risk of harm or of the creation of an intolerable situation”

and

that

“by virtue of Article 3 § 1 of the New York

Convention on the Rights of the Child, a provision that is directly applicable before the French courts, such circumstances must be assessed with the child's best interests as the primary consideration”. (Court of Cassation, First Civil Division, 14 June 2005, appeal no. 04-16942)

62. That

court thus upheld a judgment of the Aix-en-Provence Court of Appeal of 13 May 2004, finding that:

“the child's best interests [had been] taken into consideration by the Court of Appeal, which [had] accordingly reached the conclusion ... that it was appropriate to order the prompt return of the child under the Hague Convention.”

63. The

Finnish Supreme Court conducted a similar assessment in applying the exception under Article 13, sub-paragraph (b), indicating that:

“... the court had pointed out that a grave risk of harm would not exist if the mother returned to France with her children and ensured that their living conditions were adapted according to their best interests ...”. ([27 December 1996] Supreme Court of Finland 1996:151, S96/2489)

64. In

a case examined on 16 November 2006 by the House of Lords concerning the abduction of a child from Romania to the United Kingdom, Lord Hope observed:

“it is impossible to believe that the child's best interests would be served by his return forthwith to Romania.”

(In re

D (a child), [2006] UKHL 51)

3. The concept of “rights of custody”

under the Hague Convention

65. Article 5

(a) of the Hague Convention defines custody rights as “rights relating to the care of the person of the child, and, in particular, the right to determine the child's place of residence”. The convention recognises that custody may arise in particular by operation of law or by reason of a judicial or administrative decision, or by reason of an agreement having legal effect under the law of the State in which the child had its habitual residence immediately before removal or retention (Article 3 in fine). Furthermore, the Explanatory Report on the convention emphasises the drafters' intention to protect all the ways in which

custody of children can be exercised and recognises that there can be wrongful removal or retention even if parents have joint custody of their child:

“In terms of Article 3, custody rights may have been awarded to the person who demands that their exercise be respected, and to that person in his own right or jointly. ... Now, from the Convention's standpoint, the removal of a child by one of the joint holders without the consent of the other, is equally wrongful, and this wrongfulness derives in this particular case, not from some action in breach of a particular law, but from the fact that such action has disregarded the rights of the other parent which are also protected by law, and has interfered with their normal exercise” (Explanatory Report by Elisa Pérez-Vera, Acts and Documents of the Fourteenth Session, Vol. III, Child Abduction, Hague Conference on Private International Law, § 71, pp. 447-48)

66. The drafters of the convention created an autonomous definition of custody rights quite apart from domestic law interpretations of that concept. This autonomous nature was confirmed in the “Overall conclusions of the Special Commission of October 1989 on the operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction”, which stated as follows:

“... 'rights of custody' as referred to in the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction constitute an autonomous concept, and thus such rights are not necessarily coterminous with rights referred to as 'custody rights' created by the law of any particular country or jurisdiction thereof. ... [T]he award of what is called 'custody' to only one parent under domestic law, does not necessarily mean that all 'rights of custody' within the intent of the Hague Convention have been granted to that parent. Since each domestic legal system has its own terminology for referring to rights which touch upon the care and control of children, and even some English-language systems do not employ the term 'custody', it is necessary to look to the content of the rights and not merely to their name.” (Overall conclusions of the Special Commission of October 1989 on the operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, § 9, p. 3)

67. The autonomous meaning of “rights of custody” was further confirmed during the second meeting of the Special Commission when the following conclusion, among others, was adopted:

“the expression 'rights of custody' ... does not coincide with any particular concept of custody in a domestic law, but draws its meaning from the definitions, structure and purposes of the Convention.” (Report of the Second Special Commission Meeting to review the operation of the Hague Convention on the Civil Aspects

of International Child Abduction held on 18-21 January 1993, p. 4)

68. In

addition, according to the Explanatory Report, the convention is engaged only by issues relating to breaches of custody rights. It does not in principle concern situations arising from breaches of access rights, in particular where the child is taken abroad by its custodian (Explanatory Report, § 65).

4. Domestic case-law concerning the concept of “rights of custody” within the meaning of the Hague Convention

69. The

Hague Convention provides no enforcement mechanism or oversight body to ensure that Contracting States implement it. Therefore, it is possible that the case-law of domestic courts relating to the Hague Convention may differ from one Contracting State to another. In practice, there is a lack of consistency in the interpretation of the various judicial bodies as regards the Hague Convention’s distinction between custody rights and access rights, more specifically where they have to decide whether to grant the remedy of return to non-custodial parents who hold access rights.

70. However,

there seems to be a trend towards a wide interpretation of wrongful removal or retention, thus broadening the scope of custody rights to allow types of parenting other than the holding of custody rights to benefit from the convention's protection.

71. In

the case of *C. v. C.* (England and Wales Court of Appeal; [1989] 1 WLR 654, 657-658), for example, a custodial parent had removed a child from Australia in breach of a restraining order (also called a *ne exeat* order, prohibiting a child's removal from a given geographical area). In that case the child could not be removed without the consent of the non-custodial parent. The court found that the convention's judicial remedy of return applied. They justified this reasoning by equating the ability to grant or withhold consent for relocation with a custodial “right to determine the child's place of residence”.

72. The

Family Court of Australia took the same approach in the case of *José García Resina*, where a father lodged an application

under the convention for the return of his children after they had been taken to France by their maternal grandparents (*José García Resina and Muriel Ghislaine Henriette Resina*, [1991] FamCA 33). The Australian court considered both a custody order, which gave the father “reasonable access” to the youngest child, and an injunction restraining both the mother and the father from removing the children from Australia. It ultimately ordered the return of the children pursuant to the convention because their removal had violated the father's custody rights that had been created by the restraining order. Similarly, the Israeli Supreme Court found that a custody agreement between parents contained a mutual consultation clause for major changes and unusual events, which implicitly included decisions on the residence

of the child (Foxman v. Foxman, Israeli Supreme Court, 1992). The court thus considered that the father had rights of custody within the meaning of the Convention.

73. It

appears that other national courts, in particular in common law countries, have largely cited the C. v. C. case and have followed its general holding that if the custodial parent needs permission from the court or the non-custodial parent before removing the child from a country, a removal without such permission may be regarded as “wrongful” within the meaning of Article 3 of the Convention (see Re F, England and Wales Court of Appeal, [1995] 3 WLR 339, where the father had rights of custody, even though the mother had a court order giving her temporary “care and control” and there was no order barring the child's removal).

74. However,

the practice of domestic courts is not homogeneous. Thus, for example, the United States Court of Appeals found that access rights coupled with a *ne exeat* clause did not constitute “rights of custody” within the meaning of the Hague Convention (Croll v. Croll, 229 F.3d 133, 143, Second Circuit, 2000).

C. Domestic legislation relevant to the implementation at national level of the above-mentioned conventions

1. New Swiss Federal Act on International

Child Abduction and the Hague Conventions on the Protection of Children and Adults

75. On

21 December 2007 the Swiss Federal Parliament enacted the “Federal Act on International Child Abduction and the Hague Conventions on the Protection of Children and Adults”, for the purpose of clarifying certain notions, especially in relation to the application of the Hague Convention of 1980. The Act entered into force on 1 July 2009. The sections of the Act referred to by the applicants read as follows:

Section 5: Return and interest of the child

“The return of a child places him or her in an intolerable situation, within the meaning of Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention, in particular where the following conditions are met:

(a) placement with the parent who lodged the application is manifestly not in the child's interests;

(b) the abducting parent is not, given the circumstances, in a position to take care of the child in the State where the child was habitually resident immediately before the abduction, or this cannot reasonably be required of that parent; and

(c) placement in the care of a third party is manifestly not in the child's interests.”

Section 6: Protective measures

“The court dealing with the application for

the return of the child shall decide, as required, on the child's personal relations with his or her parents and order the measures necessary to ensure his or her protection.

Where the application for return has been received by the Central Authority, the competent court may, at the request of the Central Authority or any of the parties, order the appointment of a representative or a guardian for the child, or take other protective measures even if the application for return is not yet pending before the court.”

76. In connection with the Federal Decree concerning this Act, the Federal Council submitted to Parliament a “dispatch” (Feuille Fédérale 2007, pp. 2433-2682), of which the relevant passages read as follows:

“6.4 Return and interests of the child (section 5)

In order to ensure an application of the Hague Convention of 1980 that is better adapted to the interests of the child, it is necessary for the legislature to specify the various situations in which the return of the child can no longer be taken into consideration because it would place him or her in a manifestly intolerable situation.

The rule in section 5 is not supposed to supersede the provision of Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention of 1980. The term 'in particular' means that the list merely enumerates a few situations which – although essential – do not preclude reliance on the clause provided for in the Convention.

Firstly, sub-paragraph (a) refers to the situations in which the child's accommodation by the parent who requested the return is manifestly not in the child's interests. If that is not so, in particular where the parent who lodged the application has an exclusive right of custody or is the only one who could be granted such responsibility, there will not, in principle, be any cause for fear that the child will be placed in an intolerable situation on his or her return and therefore there is no reason why the return should be refused. This will not be the case where it appears obvious to the court that the party lodging the application would not be able to take care of the child.

Sub-paragraph (b) governs cases in which the appropriateness of the child's return can be assessed only from the standpoint of his or her relationship with the abducting parent. Where the child's accommodation by the parent who requested the return is manifestly not to be taken into consideration, the problem of his or her return to the State of origin will be addressed differently, depending on whether the person who wrongfully removed or retained the child (usually the mother) is or is not in a position to return to that State. If the said parent is not able to do so because, for example, he or she faces a prison sentence that would lead to separation from the child or because the parent has very close family ties in Switzerland (for example following remarriage or on account of a situation of hardship suffered by another

family member living in Switzerland), the child's psychological and physical stability may be at stake, because the child would, after the return, be obliged to live apart from his or her parents. Such separation is tolerable only in exceptional cases and must constitute an ultima ratio. Second type of situation: where, given all the circumstances, it cannot reasonably be required of the abducting parent that he or she take care of the child in the State where the child had his or her habitual residence immediately before the abduction (section 5(b)). It is not sufficient for the parent who wrongfully removed or retained the child to state that he or she refuses to return to that State. He or she would also have to be in a situation of hardship such that he or she could not reasonably be expected to return to his or her place of prior residence to await there, with the child, the court's final decision on the granting of custody. In that context, we have in mind especially those cases in which the mother cannot be guaranteed safe or affordable accommodation outside the home of her former partner. One must further take into account those cases in which the parent who has requested the return of the child will not resume the exercise of the right of custody and will not obtain it by court order, whilst the abducting parent is clearly the child's primary carer. In such a case the child would only be taken to the State of origin to await the final attribution of the right of custody to the abducting parent, before coming back to Switzerland again with that parent. Such coming and going would ultimately only have served the purpose of bringing the case before the authorities of the former State of residence. Such a solution would be inadmissible according to the spirit and purpose of the Hague Convention, because it would be incompatible with the child's interests. But the situation would have to be beyond doubt for the Swiss court dealing with the request for return. Unless the circumstances can be established clearly, the court will have to rule that the return to the parent's State of origin is bearable and that, accordingly, the child will not be placed in an intolerable situation such as to justify a decision denying the return under Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention.

Sub-paragraph (c) refers to placement with third parties. If the child's return were to lead to separation from the parent who wrongfully removed or retained the child (because return is impossible for that parent or cannot reasonably be required of him or her), it could only be carried out in appropriate conditions if the child were placed with a third party in the State of origin. However, such a solution should only be sought, with the resulting possibility for the competent Swiss court to order the child's return, if placement with a third party is not manifestly contrary to the child's interests. That third condition can be satisfied only if separation from the parent remaining in Switzerland is bearable for the child – which may be the case where he or she has an antagonistic relationship with that parent – and if the foster

family receiving the child can provide proper guarantees as to the protection and normal upbringing of the child. In any event, such a situation should only be envisaged as an ultima ratio.

It must further be noted that, for the return to be compatible with the child's interests and, in particular, for the conditions of Article 13 of the Hague Convention to be fulfilled, the authority ruling on the matter has to be apprised of the situation prevailing in the State of origin and of the legal provisions in force there. Thus, the parties, and in particular the parents, have a duty to participate in the establishment of the facts. The hearing of the parties in person by the court (section 9(1) and (2)) is therefore of great importance. The new provisions concerning the procedure and the cooperation with the competent authorities of the State of origin also play an essential role. The court must be able to verify whether, and in what manner, it is possible to ensure the child's return (section 10(2)). If it does not succeed in that task, or succeeds only partially, it will not be in a position to weigh up all the consequences that a return might have for the child. The same will be true if it does not succeed in obtaining from the local authorities any reliable assurances as to the conditions of the child's reception and protection, in particular when there is some doubt about the requesting parent's capacity to look after the child properly. In this respect, section 10 is thus directly related to the practical application of section 5."

2. Concepts of "custody" and "guardianship"

in Israeli law

77. The

concept of guardianship is defined in Chapter 2 of the Capacity and Guardianship Law 1962. The term custody is not defined as such but is mentioned.

78. Section 14

of that Law provides: "Parents shall be the natural guardians of their minor children". In Israel, parents, whether married, divorced or unmarried, are joint and equal guardians of their children. The term "guardianship" may be regarded as equivalent to "parental authority" in other jurisdictions.

79. Guardianship

is an automatic right which both parents acquire and can only be restricted or removed in exceptional circumstances (where a Magistrate's Court adopts one of the measures mentioned in section 3(3) or (4) of the Youth (Care and Supervision) Law). This rule is set out in section 27 of the Law.

80. Section 15

defines and describes the role of parents in Israeli law and outlines what parental guardianship entails:

"The guardianship of the parents shall include the duty and the right to take care of the needs of the minor, including

his education, studies, vocational and occupational training and work and to preserve, manage and develop his property; it shall also include the right to the custody of the minor, to determine his place of residence and the authority to act on his behalf.”

81. Section 17

sets the standard of parents' duties. It states that in exercising their guardianship, “parents [must] act in the best interests of the minor in such manner as devoted parents would act in the circumstances”.

82. There

is a general presumption that parents should cooperate in taking decisions relating to their guardianship (section 18). However, where no agreement is reached, they may refer to the court to decide the issue (section 19).

83. Section 24

provides that, when parents live apart, they may reach an agreement as to: who is going to have guardianship of the minor, wholly or in part; who is going to have custody of the minor; and what rights the other parent is going to have, in particular as regards contact with the child. Such an agreement is subject to the approval of the court.

84. Under

section 25, if the parents cannot reach such an agreement these issues may be determined by the court having regard to the best interests of the child.

85. Section

25 further creates a presumption of custody in favour of the mother for children under six years old unless there are special reasons for directing otherwise.

86. Accordingly

both parents share joint decision-making authority regarding their child's place of residence. One parent cannot remove the child from Israel without the permission of the other parent or of a court. If one parent wishes to remove the child from Israel without the other parent's consent, then the parent wishing to leave must apply to the Israeli courts for a relocation order and an order for custody of the child.

THE LAW

I. SCOPE OF THE CASE BEFORE THE GRAND CHAMBER

87. In

their memorial before the Grand Chamber the applicants complained of a violation of their right to respect for their family life within the meaning of Article 8 of the Convention. In addition, they argued that the enforcement of the second applicant's return without the first applicant would constitute inhuman treatment prohibited by Article 3 and a violation of Article 9, since the second applicant's father could be expected to subject him to the precepts of the Lubavitch community, which the applicants described as “ultra-orthodox” and from which the first applicant wished to distance her child permanently.

88. The

Court notes, however, that the Chamber declared inadmissible the complaints under Articles 3 and 9 of the Convention for failure to exhaust domestic remedies. Accordingly, the Grand Chamber cannot examine them (see, among other authorities, *K. and T. v. Finland* [GC], no. 25702/94, § 141, ECHR 2001-VII).

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

89. The

applicants alleged that there had been a violation of their right to respect for their family life under Article 8 of the Convention, which reads as follows:

“1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

1. Applicability of Article 8

90. The

Court refers to the following findings in the Chamber judgment:

“79. Turning now to the circumstances of the present case, the Court first observes that, for the applicants, the possibility of continuing to live together is a fundamental consideration which clearly falls within the scope of their family life within the meaning of Article 8 of the Convention, and that Article is therefore applicable (see, among many other authorities, *Maire v. Portugal*, no. 48206/99, § 68, ECHR 2003-VII).

...

81. Moreover, it is not in dispute that the Federal

Court's order for the child's return constituted for the two applicants an 'interference' within the meaning of the second paragraph of Article 8 of the Convention.”

91. The

Grand Chamber subscribes to those findings, which are not in dispute between the parties. It must therefore be ascertained whether the impugned interference met the requirements of the second paragraph of Article 8, that is to say whether it was “in accordance with the law”, pursued one or more legitimate aims and was “necessary in a democratic society” in order to fulfil those aims.

2. Justification for the interference

(a) Legal basis

(i) The Chamber judgment

92. The

Chamber found as follows (see paragraph 80 of the judgment):

“The Court notes that under the Hague Convention the removal or retention of a child is to be considered wrongful where it is in breach of rights of custody attributed to a person, alone or jointly, under the law of the State in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention (Article 3, first paragraph, sub-paragraph (a)). The notion of 'rights of custody' within the meaning of the Hague Convention includes rights relating to the care of the person of the child and, in particular, the right to determine the child's place of residence (Article 5, sub-paragraph (a)). The Court takes the view that in the present case the child's removal to Switzerland was wrongful, since, in accordance with the decision of 27 June 2004, the father exercised 'guardianship' jointly with the mother and in the Israeli legal system this included the right to determine the child's place of residence. Moreover, the removal of Noam rendered illusory, in practice, the right of access (Article 4, first paragraph) that had been granted to the father by the decision of 17 November 2004. Accordingly, it was unquestionably wrongful within the meaning of the Hague Convention.”

(ii) The parties' submissions

(?) The applicants

93. The

applicants took the view that the present case did not concern an international child abduction under the Hague Convention. They first argued that Noam's removal from Israel by his mother had not been wrongful within the meaning of that convention. They submitted that the Government had committed a manifest error of judgment in indicating that the decision given on 17 November 2004 by the Israeli court had granted “temporary custody” to the mother.

94. The

applicants considered the child's removal to Switzerland to have been lawful, for the following reasons in particular: the father's conduct and death threats against the first applicant had warranted a special measure of protection in her favour that had been granted on 12 January 2005; the father, on account of the religious fanaticism that he displayed publicly, wanted unilaterally to impose on his infant son an ultra-orthodox and radical religious education and lifestyle without consideration for the child's interest or for the disagreement expressed by the mother; an arrest warrant had been issued against the father on 20 March 2005 for defaulting on maintenance payments and he had had his right of access restricted and placed under the supervision of the social services because of his irresponsible conduct; the criminal complaints filed against him in Israel had been ineffective; lastly, the child's removal had been lawful by virtue of Israeli Law no. 5722-1962 (“Capacity and Guardianship Law”), of which section 25 provided in fine that in the event of disagreement between the parents, children up to the age of six would remain with their mother, and of which section 18 in fine expressly authorised either parent to act alone in a matter admitting of no delay, which would especially be the case where

the parent had custody of the child.

(B) The Government

95. The

Government took the view that the second applicant's removal had been wrongful. Pointing out that the Explanatory Report of April 1981 on the Hague Convention contrasted "rights of custody" with simple access rights, they observed that "[a] questionable result would have been attained had the application of the Convention, by granting the same degree of protection to custody and access rights, led ultimately to the substitution of the holders of one type of right by those who held the other". Thus, the question whether joint custody existed had to be determined in each particular case and in the light of the law in force in the country of the child's habitual residence.

96. In

the Government's submission, it was clear that, by reference to the definition in Article 5, sub-paragraph (a), of the Hague Convention, Israeli guardianship covered "rights relating to the care of the person of the child and, in particular, the right to determine the child's place of residence" within the meaning of that provision. That interpretation was confirmed by the fact that Article 3 of the Hague Convention expressly mentioned cases where, as in the present case, custody was exercised jointly. It could clearly be seen from the Explanatory Report that this particularly referred to cases of joint custody after the parents had separated or divorced. In this connection the Government stressed that it was expressly envisaged in the Hague Convention that the removal of a child against the wishes of a parent having joint custody, but with whom the child did not live, would be unlawful.

97. The

view that joint guardianship was irrelevant as the mother alone had custody, as expressed by Judge Spielmann in his dissenting opinion (appended to the Chamber judgment), was not sufficiently substantiated by the passages of the Explanatory Report cited in that opinion. As regards Judge Spielmann's observation that the Explanatory Report appeared to make a distinction between custody rights and parental authority in the context of children entrusted to an institution, the Government observed that it was apparent from the passage in question that in the event of compulsory placement of the child, custody for the purposes of the Hague Convention would belong to the relevant body. In the Government's submission, as that body was then responsible for taking care of the child's needs and, in particular, for determining its place of residence, that passage also confirmed that custody within the meaning of the Hague Convention corresponded to guardianship and not to custody in Israeli law.

98. In

view of the foregoing, the Government submitted that the Hague Convention was applicable and that the second applicant's removal from Israel had

to be regarded as wrongful within the meaning of that convention. All the authorities dealing with the matter, whether the Israeli and Swiss authorities or the Chamber of the Court, had moreover shared that opinion.

(iii) The Court's assessment

99. The

Court notes that the Federal Court's judgment of 16 August 2007 was based mainly on the Hague Convention, which has been incorporated into Swiss law. However, the applicants disputed the applicability of that instrument in the present case because, in their view, Noam's removal from Israel by his mother was not wrongful. The Court must therefore examine whether the Hague Convention constituted a sufficient legal basis on which to order the child's return to Israel.

100. The

Court reiterates at the outset that it

is primarily for the national authorities, notably the courts, to resolve problems of interpretation of domestic legislation. This also applies where domestic law refers to rules of general international law or to international agreements. The Court's role is confined to ascertaining whether those rules are applicable and whether their interpretation is compatible with the Convention (see *Waite and Kennedy v. Germany* [GC], no. 26083/94, § 54, ECHR 1999-I, and *Korbely v. Hungary* [GC], no. 9174/02, § 72, ECHR 2008-...).

101. In

the present case, the second applicant's removal was examined by three domestic courts which all concluded, in duly reasoned decisions, that it was wrongful within the meaning of the Hague Convention. That assessment was confirmed by the Chamber for two main reasons: first, even though the first applicant had custody, at least on a provisional basis, the father had guardianship jointly with the mother under Israeli law; second, Noam's removal rendered illusory, in practice, the right of access that had been granted to the father.

102. It

should also be observed that the concept of custody rights, within the meaning of the Hague Convention, has an autonomous meaning (see paragraphs 66-67 above) since it has to be applied to all the States Parties to that convention and may be defined differently in their various legal systems. In the present case, it appears that in Israeli law the institution of guardianship is comparable to custody rights under Article 5 (a) of the Hague Convention, which refers in its definition to the right "to determine the child's place of residence". Such right is also included in guardianship. In the present case that right was breached because it was to be exercised jointly by both parents; moreover, there is no indication that it was not exercised effectively until the child's removal, as required by Article 3 (b) of that convention.

103. In

addition, it is noteworthy that the mother took the child to Switzerland in breach of an order prohibiting his removal from Israel that had been

made by the competent Israeli court at her own request. It appears that courts in certain States take the view that breaches of such orders give rise to the application of the Hague Convention (see paragraphs 69-74 above).

104. Lastly,

even though in principle the Hague Convention applies only to breaches of custody rights, it can be seen from its Preamble, Article 1 (b) and Article 21 (see paragraph 57 above) that it also seeks to protect access rights. There is no doubt in the present case that the second applicant's removal hindered the possible exercise by the father of the right of access that he had been granted.

105. In

view of the foregoing, the Court finds, like the Chamber, that the first applicant removed her child from Israel to Switzerland "wrongfully", within the meaning of Article 3 of the Hague Convention. She thus committed an abduction for the purposes of that convention, which is therefore applicable in the present case. Accordingly, in ordering the child's return under Article 12 of the Hague Convention, the impugned measure had a sufficient legal basis.

(b) Legitimate aim

106. The

Court shares the Chamber's opinion that the decision by the Federal Court to return the child pursued the legitimate aim of protecting the rights and freedoms of Noam and his father, as the parties have moreover not denied before the Grand Chamber.

(c) Necessity of the interference in a democratic society

(i) The Chamber judgment

107. In

the Chamber's opinion, the interference that would be constituted by Noam's return would not be disproportionate. In this connection the Chamber noted the many measures that had been taken by the Israeli authorities in order to protect the applicants when they were still living in that country. A return to Israel could be envisaged for the mother and for the child, given that he was still at a perfectly adaptable age (see the Chamber judgment, §§ 80 and 89). As regards the risk of a criminal sanction against the mother, the Chamber found no reason to doubt the credibility of the assurances given by the Israeli authorities in that connection, having regard in particular to the efforts they had made for the mother and child before their departure for Switzerland (*ibid.*, § 90). The Chamber further emphasised that it was in the "best interests" of every child to grow up in an environment that allowed him or her to maintain regular contact with both parents (*ibid.*, § 91). In addition, there was no evidence to suggest that the first applicant would be unable to influence her son's religious education or that the Israeli authorities and courts would be unable to prevent the father from sending him to

a religious “Heder” school (ibid., § 92).

(ii) The parties' submissions

(?) The applicants

108. The

applicants submitted that, in the present case, it should be borne in mind that the first applicant had custody of the child whilst the father had a limited right of access, under supervision, on account of conduct that all the judges dealing with this case had unanimously found to be unacceptable. In the applicants' submission, that circumstance was of the essence, since it clearly distinguished the present case from that of *Bianchi v. Switzerland* (no. 7548/04, § 77, 22 June 2006), in which the Court had emphasised that while its role was not to substitute itself for the competent authorities in regulating custody and access issues, it was nevertheless entitled to review under the Convention the decisions that those authorities had taken in the exercise of their power of appreciation.

109. The

applicants took the view that the Federal Court's method was significantly different from that adopted by the first two courts in support of their decisions: while those two courts had refused to place too narrow an interpretation on the provisions of the relevant international instruments, the same could not be said for the Federal Court, which had limited the scope of its analysis by deliberately taking an overtly restrictive position. Whilst the courts below had upheld the objection to the child's return, highlighting, in particular, the best interests of the child and the grave risk of psychological harm, and also the intolerable situation which they considered the child would face if he were returned to Israel with or without his mother, the Federal Court had quite simply rejected that approach, even though it was supported by an expert's report, and had declared that the proper solution was in fact to compel the mother, who had custody, to return to Israel with the child, failing which she would be separated from him. However, the first applicant had always declared that she would not return to Israel, not only because of the intolerable situation which had precisely led her to leave that country in June 2005, but also because to do so would mean uprooting herself and her child and would entail problems for her before the Israeli courts. In addition, as she had sole financial responsibility for the child, the first applicant could not reasonably be expected to give up her job in Switzerland. Furthermore, the child and his mother had been fully integrated in the environment and social life of Lausanne for more than four years.

110. In

the applicants' submission, the risk that the mother would be imprisoned if she returned to Israel was established and the civil consequences of separation would be disastrous. They stated that, under Israeli criminal law no. 5737-1977, the mother was liable to very severe criminal sanctions.

Contrary to the Federal Court's finding, she would most certainly face such a sanction on her return to Israel and this would undoubtedly constitute, in the applicants' view and as the medical expert had emphasised in his report of 16 April 2007, a major psychological trauma and an intolerable situation for the child, who would in practice experience an immediate and distressing separation from his mother. The applicants stated that the consequences of the mother's imprisonment in Israel would also be disastrous in civil terms for the future of mother and child. They alleged that in such a case, after being separated from his mother when she was sent to prison, Noam would not be entrusted to his father on account of the decisions previously issued against him, his instability and his lack of resources. They pointed out at this stage that the father had remarried on 1 November 2005 but had divorced his new wife, G., on 29 March 2006 while she was pregnant. He had married a third time and proceedings had again been brought against him in 2008, this time by his second wife, for defaulting on maintenance payments in respect of their daughter.

111. The applicants also argued that neither the Israeli authorities nor the respondent Government had given any reliable guarantees that the first applicant would not face criminal sanctions should she return to Israel and that she would not be separated from her child, of whom she had custody. The letter produced by the respondent Government in support of their observations of 15 February 2008 (Annex no. 3 – paragraph 40 above) contained no element capable of precluding with certainty all risk of criminal sanctions against her if she returned to Israel.

112. The applicants also pointed out that in his report of 16 April 2007 Dr B., a medical expert, taking into account the fact that the mother had ruled out her return to Israel owing to the risk of judicial proceedings against her, had concluded that the child's return without his mother would entail major psychological trauma in the form of extreme separation anxiety and a major risk of severe depression.

113. In the applicants' submission, the opinion expressed by the Federal Court and by the respondent Government in the present case did not reflect those expressed by the Federal Council, by legal writers, by the Swiss Parliament or by the main organisations which had been consulted prior to the enactment, on 21 December 2007, of the new Federal Act on International Child Abduction and the Hague Conventions on the Protection of Children and Adults.

114. The failure to return the child to Israel would not undermine the international protection system established by the Hague Convention but, on the contrary, would uphold it. In the applicants' submission, whilst the principle of that convention was to return a wrongfully removed child to the State

of his or her habitual residence with the assistance of the Central Authorities designated for that purpose, it nevertheless had to be emphasised that there was an exception to that principle where the return would expose the child to a grave risk of physical or psychological harm and/or to an intolerable situation (Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention). The applicants moreover pointed out that nowadays the Hague Convention was no longer the only instrument providing for assessment in proceedings of this type. They emphasised that the Convention on the Rights of the Child made the best interests of the child a primary consideration in all decisions relating to children. Thus they took the view that the Federal Court should not have disregarded the best interests of the child. In assessing those interests it should have ascertained and weighed up specifically and objectively the consequences of the child's return to Israel, and should have determined and described, before delivering its judgment, the appropriate arrangements that would apply upon the child's return.

115. As

regards the possibility that the parents might agree on the child's education, such a scenario could not be envisaged in the present case precisely because of the radical position adopted by the father. The applicants pointed out in this connection that at the time of his marriage to the first applicant on 16 October 2001, Mr Shuruk had not yet adopted a radical religious attitude. It was only from the autumn of 2003, shortly after the child's birth, that the father had, without taking into account the mother's opinion, chosen to join an ultra-orthodox religious movement, thus completely changing the rules of life adopted by the spouses at the time of their marriage. Moreover, Mr Shuruk had not denied that he belonged to the ultra-orthodox Jewish "Lubavitch" movement, which, in the applicants' submission, was a "mystical and ascetic movement" of traditional Hasidic Judaism, whose members engaged in zealous proselytising. Nor had Mr Shuruk denied having also sought to impose on his wife and child a radical way of life which, for example, required women to hide their hair and boys to be sent at the age of three to religious "Heder" schools. In this connection, the first applicant explained that she had no intention of cutting her son off from his roots. Since 2006 he had been attending a municipal secular nursery school one day a week and a private State-approved Jewish day-care centre where, in addition to the school curriculum of the Canton of Vaud, he was being taught the basic principles of Judaism.

116. Lastly,

the applicants argued that the child's protection required the authorities of the requested State to have taken all the necessary precautionary measures prior to enforcing the return that had been ordered. They observed that it was apparent in particular from the Government's observations of 15 February 2008 that the Federal Court's judgment of 16 August 2007 did not contain any provisions for its enforcement.

117. For

these reasons the applicants concluded that the child's return to Israel would constitute an unjustified interference, in a democratic society, with the exercise of their right to respect for their family life, as protected by Article 8 of the Convention.

(B) The Government

118. The

Government observed that whilst a return to Israel would cause the first applicant some inconvenience that she might find unsatisfactory, such problems were inherent in the Hague Convention system and could not render its mechanism inoperable. In the Government's submission it was only where the return entailed violations of human rights that went beyond the interference inherent in the return envisaged by the Hague Convention that such return had to be declared incompatible with the Convention, a situation which, moreover, was envisaged by Article 20 of the Hague Convention. The Government took the view that the exceptions to the child's return had to be interpreted in a restrictive manner if the Hague Convention was not to become a dead letter.

119. The

Government further relied on the Court's judgment in *Maumousseau and Washington v. France* (no. 39388/05, ECHR 2007-XIII),

where it had stated that the aim of the Hague Convention was to prevent the "abducting" parent from succeeding in legitimating, by the passage of time operating in his or her favour, a *de facto* situation which he or she had created unilaterally.

In that case the national authorities had stressed, in particular, that the mother, contrary to what she maintained, could accompany her child to the State in which he had his habitual residence in order to assert her rights there. That factor had been regarded as decisive by the Court, as the mother had unrestricted access to the territory of the State in question and could bring proceedings before the competent courts of that State.

120. In

the Government's opinion, the arguments put forward in the dissenting opinions, and reiterated by the applicants in their referral request, could not call into question the merits of the assessment by the Federal Court and by the Chamber. It could not be inferred, in the context of the Hague Convention, that the fact that the first applicant was socially integrated in Lausanne prevented her from accompanying the second applicant if he returned to Israel. As she had lived in Israel for six years, she must surely have a certain social network there. In that connection, the Government emphasised that, according to the report by the expert Dr B., she had decided to settle in Israel after spending holidays with her family in that country.

121. As

regards the risk of criminal sanctions, the Government took the view that nothing new had emerged from the dissenting opinions or from the applicants' referral request. The Government admitted that it followed

from a letter from the Israeli Central Authority, forwarded to the Guardianship Division by the child's father, that under Israeli criminal law a custodial sentence could be imposed for child abduction. However, guidelines issued by the Israeli State Attorney's Department provided that when the police were dealing with such a case they would transfer it to the Israeli Central Authority responsible for application of the Hague Convention, which would then make recommendations as to the solution to be applied to the case. In this connection the Government observed that, according to the relevant guidelines, criminal proceedings should be brought only in very exceptional cases. The Israeli Central Authority had indicated that in the present case it would consider directing the Israeli police to close the criminal proceedings if the first applicant proved ready to cooperate with the Israeli authorities and to respect the right of access granted to the father by the Tel Aviv Family Court, and if she did not disappear again with the child (see letter of 30 April 2007 appended to the Government's observations of 14 August 2009). In this connection the Government took the view that the Hague Convention system was based on mutual confidence between the States Parties to that instrument and that if a State should fail to comply with its assurances, it would run the risk that the other States might not cooperate with it in the fashion envisaged. The Government thus subscribed to the Chamber's view that no doubt should be cast on the credibility of the assertions in that letter and that the first applicant did not run the risk of incurring criminal sanctions (see Chamber judgment, § 90).

122. The

Government further observed that, throughout the domestic proceedings, the first applicant had never adduced the slightest firm evidence relating to the judicial consequences which she would allegedly face in the event of her return. On the contrary, she had asserted at the hearing of 29 August 2006 before the Justice of the Peace that she did not even contemplate returning to Israel and that she did not know what risk she would personally run if she were to return to that country.

123. Lastly,

the fact that the second applicant's father had defaulted on his maintenance obligations was also insufficient to preclude the reasonable expectation that the first applicant would return to Israel. In the Government's submission, strictly from the viewpoint of the child's best interests, it would no doubt be preferable for him to grow up having contact with his father, even if the father paid him no maintenance, than to grow up without knowing him.

124. In

response to the fears expressed in the dissenting opinions and reiterated by the applicants in their referral request, namely, first, that any attempt on the first applicant's part to influence her son's religious education would in all likelihood be unsuccessful and, second, that the Chamber had placed confidence, in an abstract fashion, in a legal

system whose principles in family law matters differed, sometimes significantly, from those that were applied in Europe, the Government referred to the Explanatory Report on the Hague Convention, according to which, when the convention was being drafted, one of the concerns taken into account was to avoid the risk that decisions given pursuant to that instrument might express “particular cultural, social etc. attitudes which themselves derive[d] from a given national community” and thus, basically, impose “their own subjective value judgments upon the national community from which the child ha[d] recently been snatched” (paragraph 22 of the Report). Furthermore, in the event of disagreement about a child's religious education, the court granting parental authority would decide according to the best interests of the child. Independently of whether the Israeli courts dealing with the case were religious or secular courts, it was noteworthy that they had followed the recommendations of the social worker responsible for the case and had imposed many restrictions on the second applicant's father, even though his conduct was linked with his religious ideas. There was thus no reason to conclude that those courts, on account of the “religious context of the case”, would not act in an appropriate manner.

125. The

Government further observed that before the applicants had left Israel their family situation had been closely monitored by the Tel Aviv social services and the Tel Aviv Family Court, which had, in particular, prohibited the child's father from approaching the first applicant's flat and the child's nursery school, from disturbing or harassing the first applicant in any way whatsoever, including by mental harassment, and in any place, from using the flat in which the first applicant lived or from carrying or possessing a weapon. The Government pointed out that it was not disputed that the father had complied with those measures (see record of the hearing of 29 August 2006 before the Justice of the Peace).

126. It

was also apparent from a letter from the Israeli Central Authority to the Cantonal Court that the Israeli Prevention of Family Violence Law of 1991 made provision for protective measures in the event of allegations of violence within the family (see the letter of 12 March 2007 in Annex 6 to the Government's observations of 14 August 2009). The Israeli authorities' conduct and the measures taken before the first applicant's departure with her son showed that the provisions of that law were applied effectively. In those circumstances, and in the light of the measures taken by the Israeli authorities, the Government submitted that the conduct of the second applicant's father did not constitute a risk within the meaning of Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention.

127. Lastly,

the applicants' extended stay in Switzerland could not constitute an obstacle to their return pursuant to the Hague Convention. The Government, relying in this connection on the Chamber judgment, took the view in

particular that, given the second applicant's young age, he would not be exposed to any risk within the meaning of the relevant provisions.

128. In

so far as the applicants had also criticised the judgment of the Federal Court of 16 August 2007 for not containing any provisions for its enforcement, the Government observed that the enforcement of judgments of the Federal Court was a matter for the cantonal authorities. The Government explained that the competent authority in the present case was the Justice of the Peace of the District of Lausanne, which had delivered the decision at first instance. On 20 August 2007 the child's father had applied to that authority through his counsel to appoint an ad hoc guardian for the child with the task of arranging Noam's departure in accordance with the decision of the Federal Court. Following this Court's decision of 27 September 2007 to indicate a stay of execution in the present case, the father had withdrawn his request on 1 October 2007. These were the reasons why, for the time being, the arrangements for the child's return had not yet been decided. The Government further observed that the Federal Court, in its judgment of 16 August 2007, had ordered the child's return on the assumption that the mother could be expected to accompany him. Moreover, primary responsibility for arranging the return lay with the first applicant, who had created the present dispute in the first place by abducting her son. The Government submitted, however, that if the first applicant had expressed actual fears linked with specific aspects of a return to Israel, the competent authority could have examined measures capable of providing a remedy. Moreover, the arrangements for the child's return had not been examined further by the Swiss authorities on account of the interim measures indicated by the Court.

129. The

Government expressed the view that, after a stay of more than four years in the host country, it was clearly no longer possible to speak of a "prompt return" within the meaning of the Hague Convention. Moreover, whilst it was true that, at the time of the Federal Court's judgment, it was justifiable to disregard the passage of time, that was no longer the case at present. In other words, the Government's submission is that the authorities competent for the enforcement of the return have the right and the duty to examine the conditions in which the return could be implemented without breaching the applicants' rights.

130. Having

regard to the foregoing, the Government were satisfied that the conditions of Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention had manifestly not been met in the present case, and that the balancing of the interests involved, even if it entailed difficult consequences for the first applicant, was consistent with that provision and complied with the requirements of Article 8 § 2 of the Convention.

(iii) The Court's assessment

(?) General principles

131. The

Convention cannot be interpreted in a vacuum but must be interpreted in harmony with the general principles of international law. Account should be taken, as indicated in Article 31 § 3 (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, of “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties”, and in particular the rules concerning the international protection of human rights (see *Golder v. the United Kingdom*, 21 February 1975, § 29,

Series A no. 18; *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* [GC], nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, § 90, ECHR 2001-II; and *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, § 55, ECHR 2001-XI).

132. In

matters of international child abduction, the obligations that Article 8 imposes on the Contracting States must therefore be interpreted taking into account, in particular, the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction of 25 October 1980 (see *Iglesias Gil and A.U.I. v. Spain*, no. 56673/00, § 51, ECHR 2003-V, and *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, no. 31679/96, § 95, ECHR 2000-I) and the Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989 (see *Maire*, cited above, § 72). The Court has, for example, espoused the provisions of the Hague Convention on a number of occasions, in particular Article 11 when examining whether the judicial or administrative authorities, on receiving an application for the return of a child, had acted expeditiously and diligently, as any inaction lasting more than six weeks could give rise to a request for a statement of reasons for the delay (see, for the text of that provision, paragraph 57 above, and for examples of application, *Carlson v. Switzerland*, no. 49492/06, § 76, ECHR 2008-... ; *Ignaccolo-Zenide*, cited above, § 102; *Monory*, cited above, § 82; and *Bianchi*, cited above, § 94).

133. However,

the Court must also bear in mind the special character of the Convention as an instrument of European public order (*ordre public*) for the protection of individual human beings and its own mission, as set out in Article 19, “to ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties” to the Convention (see, among other authorities, *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), 23 March 1995, § 93, Series A no. 310). For that reason the Court is competent to review the procedure followed by domestic courts, in particular to ascertain whether the domestic courts, in applying and interpreting the provisions of the Hague Convention, have secured the guarantees of the Convention and especially those of Article 8 (see, to that effect, *Bianchi*, cited above, § 92, and *Carlson*, cited above, § 73).

134. In

this area the decisive issue is whether a fair balance between the competing interests at stake – those of the child, of the two parents, and of public order – has been struck, within the margin of appreciation afforded to States in such matters (see *Maumousseau and Washington*, cited above, § 62), bearing in

mind, however, that the child's best interests must be the primary consideration (see, to that effect, *Gnahoré v. France*, no. 40031/98, § 59, ECHR 2000-IX), as is indeed apparent from the Preamble to the Hague Convention, which provides that “the interests of children are of paramount importance in matters

relating to their custody". The child's best interests may, depending on their nature and seriousness, override those of the parents (see *Sahin v. Germany* [GC], no. 30943/96, § 66, ECHR 2003-VIII). The parents' interests, especially in having regular contact with their child, nevertheless remain a factor when balancing the various interests at stake (*ibid.*, and see also *Haase v. Germany*, no. 11057/02, § 89, ECHR 2004-III (extracts), or *Kutzner v. Germany*, no. 46544/99, § 58, ECHR 2002-I, with the numerous authorities cited).

135. The

Court notes that there is currently a broad consensus – including in international law – in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests must be paramount (see the numerous references in paragraphs 49-56 above, and in particular Article 24 § 2 of the European Union's Charter of Fundamental Rights). As indicated, for example, in the Charter, "[e]very child shall have the right to maintain on a regular basis a personal relationship and direct contact with both his or her parents, unless that is contrary to his or her interests".

136. The

child's interest comprises two limbs. On the one hand, it dictates that the child's ties with its family must be maintained, except in cases where the family has proved particularly unfit. It follows that family ties may only be severed in very exceptional circumstances and that everything must be done to preserve personal relations and, if and when appropriate, to "rebuild" the family (see *Gnahoré*, cited above, § 59). On the other hand, it is clearly also in the child's interest to ensure its development in a sound environment, and a parent cannot be entitled under Article 8 to have such measures taken as would harm the child's health and development (see, among many other authorities, *Elsholz v. Germany* [GC], no. 25735/94, § 50, ECHR 2000-VIII, and *Maršálek v. the Czech Republic*, no. 8153/04, § 71, 4 April 2006).

137. The

same philosophy is inherent in the Hague Convention, which in principle requires the prompt return of the abducted child unless there is a grave risk that the child's return would expose it to physical or psychological harm or otherwise place it in an intolerable situation (Article 13, sub-paragraph (b)). In other words, the concept of the child's best interests is also an underlying principle of the Hague Convention. Moreover, certain domestic courts have expressly incorporated that concept into the application of the term "grave risk" under Article 13, sub-paragraph (b), of that convention (see paragraphs 58-64 above). In view of the foregoing, the Court takes the view that Article 13 should be interpreted in conformity with the Convention.

138. It

follows from Article 8 that a child's return cannot be ordered automatically or mechanically when the Hague Convention is applicable. The child's best interests, from a personal development perspective, will depend

on a variety of individual circumstances, in particular his age and level of maturity, the presence or absence of his parents and his environment and experiences (see the UNHCR Guidelines, paragraph 52 above). For that reason, those best interests must be assessed in each individual case. That task is primarily one for the domestic authorities, which often have the benefit of direct contact with the persons concerned. To that end they enjoy a certain margin of appreciation, which remains subject, however, to a European supervision whereby the Court reviews under the Convention the decisions that those authorities have taken in the exercise of that power (see, for example, *Hokkanen v. Finland*, 23 September 1994, § 55, Series A no. 299-A, and *Kutzner*, cited above, §§ 65-66; see also *Tiemann v. France and Germany* (dec.), nos. 47457/99 and 47458/99, ECHR 2000-IV; *Bianchi*, cited above, § 92; and *Carlson*, cited above, § 69).

139. In addition, the Court must ensure that the decision-making process leading to the adoption of the impugned measures by the domestic court was fair and allowed those concerned to present their case fully (see *Tiemann*, cited above, and *Eskinazi and Chelouche v. Turkey* (dec.), no. 14600/05, ECHR 2005-XIII (extracts)). To that end the Court must ascertain whether the domestic courts conducted an in-depth examination of the entire family situation and of a whole series of factors, in particular of a factual, emotional, psychological, material and medical nature, and made a balanced and reasonable assessment of the respective interests of each person, with a constant concern for determining what the best solution would be for the abducted child in the context of an application for his return to his country of origin (see *Maumousseau and Washington*, cited above, § 74).

140. The Court has already had occasion to examine the question whether the conditions of enforcement of a child's return were compatible with Article 8 of the Convention. It defined the obligations of States in such matters in the case of *Maumousseau and Washington* (cited above, § 83) as follows: "The Court points out that while the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities, there may in addition be positive obligations inherent in effective 'respect' for family life. As to the State's obligation to take positive measures, Article 8 includes the right of a parent – in this case the father – to the taking of measures with a view to his or her being reunited with his or her child and an obligation on the national authorities to take such action (see, for example, *Ignaccolo-Zenide*, cited above, § 94). However, this obligation is not absolute, since the reunion of a parent with his or her child may not be able to take place immediately and may require preparation. The nature and extent of such preparation will depend on the circumstances of each case, but the understanding and cooperation of all concerned are always important ingredients. In addition, when difficulties appear, mainly as a result of a refusal by the parent with whom the child lives to comply with the decision ordering the child's prompt return, the appropriate authorities should then impose adequate

sanctions in respect of this lack of cooperation and, whilst coercive measures against children are not desirable in this sensitive area, the use of sanctions must not be ruled out in the event of manifestly unlawful behaviour by the parent with whom the child lives (see Maire, cited above, § 76). Lastly, in this kind of case, the adequacy of a measure is to be judged by the swiftness of its implementation. Proceedings relating to the award of parental responsibility, including the enforcement of the final decision, require urgent handling as the passage of time can have irremediable consequences for relations between the child and the parent with whom it does not live. The Hague Convention recognises this fact because it provides for a range of measures to ensure the prompt return of children removed to or wrongfully retained in any Contracting State. Article 11 of the Hague Convention requires the judicial or administrative authorities concerned to act expeditiously to ensure the return of children and any failure to act for more than six weeks may give rise to a request for explanations (see Maire, cited above, § 74).”

(B) Application of those principles to the present case

141. It

is not the Court's task to take the place of the competent authorities in examining whether there would be a grave risk that the child would be exposed to psychological harm, within the meaning of Article 13 of the Hague Convention, if he returned to Israel. However, the Court is competent to ascertain whether the domestic courts, in applying and interpreting the provisions of that convention, secured the guarantees set forth in Article 8 of the Convention, particularly taking into account the child's best interests.

142. The

Court notes that the domestic courts hearing the case were not unanimous as to the appropriate outcome. On 29 August 2006 the Lausanne District Justice of the Peace dismissed the father's application for the child's return, finding that Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention was to be applied in the case (see paragraph 36 above). On 22 May 2007 that decision was confirmed in substance by the Guardianship Division of the Cantonal Court of the Canton of Vaud (see paragraph 41 above). However, on 16 August 2007, the Federal Court allowed the father's application and ordered Noam's return. In that court's opinion, the judgment of the Cantonal Court had failed to provide any evidence of a grave risk of harm, or of any intolerable situation for the child, in the eventuality – an acceptable one for the Federal Court – of the mother's return with him to Israel (see paragraph 44 above). Lastly, in a provisional-measures order of 29 June 2009 the President of the Lausanne District Court decided that Noam should live at his mother's address in Lausanne, suspended the father's right of access in respect of his son and granted exclusive parental authority to the mother. He observed in particular that neither the father nor his lawyer had ever appeared at hearings before that court and thus found that the father had lost interest in the case (see

paragraph 47 above).

143. Moreover,

a number of experts' reports concluded that there would be a risk for the child in the event of his return to Israel. In the first such report, delivered on 16 April 2007 by Dr B., it was stated that the child's return to Israel with his mother would expose him to a risk of psychological harm whose intensity could not be assessed without ascertaining the conditions of that return, in particular the conditions awaiting the mother and their possible repercussions for the child. As to the child's return without his mother, that would also expose him to a risk of major psychological harm (see paragraph 37 above). The second report, drafted on 23 February 2009 by Dr M.-A., concludes that Noam's abrupt return to Israel without his mother would constitute a significant trauma and a serious psychological disturbance for the child (see paragraph 46 above).

144. It

would thus seem that in the view of the domestic courts and experts, Noam's return could only be envisaged with his mother, in any event. Even the Federal Court, the only domestic court to have ordered the child's return, based its decision on the consideration that as there were no grounds objectively justifying the mother's refusal to return to Israel, she could reasonably be expected to return to that country with her child. It must therefore be determined whether this conclusion is compatible with Article 8, that is to say whether the forced return of the child accompanied by his mother, even though she seems to have ruled out this possibility, would represent a proportionate interference with the right of each of the applicants to respect for their family life.

145. Even

though doubts in this respect may appear justified, the Court is prepared to accept that in the present case the measure in question remains within the margin of appreciation afforded to national authorities in such matters. However, in order to assess whether Article 8 has been complied with, it is also necessary to take into account the developments that have occurred since the Federal Court's judgment ordering the child's return (see, *mutatis mutandis*, *Sylvester v. Austria*, nos. 36812/97 and 40104/98, 24 April 2003). The Court must therefore place itself at the time of the enforcement of the impugned measure (see, *mutatis mutandis*, *Maslov v. Austria* [GC], no. 1638/03, § 91, ECHR 2008-...). If it is enforced a certain time after the child's abduction, that may undermine, in particular, the pertinence of the Hague Convention in such a situation, it being essentially an instrument of a procedural nature and not a human rights treaty protecting individuals on an objective basis. Moreover, whilst under Article 12, second paragraph, of the Hague Convention, a judicial or administrative authority before which the case is brought after the one-year period provided for in the first paragraph must order the child's return, this is not so if it is demonstrated

that the child is now settled in his or her new environment (see, to that effect, *Koons v. Italy*, no. 68183/01, §§ 51 et seq., 30 September 2008).

146. The

Court takes the view that guidance on this point may be found, *mutatis mutandis*, in its case-law on the expulsion of aliens

(see *Maslov*, cited above, § 71, and *Emre v. Switzerland*, no. 42034/04, § 68, 22 May 2008), according to which, in order to assess the proportionality of an expulsion measure concerning a child who has settled in the host country, it is necessary to take into account the child's best interests and well-being, and in particular the seriousness of the difficulties which he or she is likely to encounter in the country of destination and the solidity of social, cultural and family ties both with the host country and with the country of destination. The seriousness of any difficulties which may be encountered in the destination country by the family members who would be accompanying the deportee must also be taken into account (see *Üner v. the Netherlands [GC]*, no. 46410/99, § 57, ECHR 2006-XII).

147. As

regards Noam, the Court notes that he has Swiss nationality and that he arrived in the country in June 2005 at the age of two. He has been living there continuously ever since. In the applicants' submission, he has settled well and in 2006 started attending a municipal secular day nursery and a State-approved private Jewish day nursery. He now goes to school in Switzerland and speaks French (see the provisional-measures order of 29 June 2009, paragraph 47 above). Even though he is at an age where he still has a certain capacity for adaptation, the fact of being uprooted again from his habitual environment would probably have serious consequences for him, especially if he returns on his own, as indicated in the medical reports. His return to Israel cannot therefore be regarded as beneficial.

148. Accordingly,

the significant disturbance that the second applicant's forced return is likely to cause in his mind must be weighed against any benefit that he may gain from it. In this connection it is noteworthy, as the District Court observed, that restrictions had been imposed by the Israeli courts, even before the abduction, on the father's right of access, authorising him to see his child only twice a week under the supervision of the social services at a contact centre in Tel Aviv (see paragraph 47 above). Moreover, the applicants submitted, without being contradicted by the Government, that Noam's father had remarried on 1 November 2005 and had divorced only a few months later, while his new wife was pregnant. He had then married for a third time. New proceedings had been brought against him in 2008, this time by his second wife, for failure to pay maintenance in respect of his daughter. The Court doubts that such circumstances, assuming they are established, would be conducive to the child's well-being and development.

149. As

to the problems that the mother's return would entail for her, she could

be exposed to a risk of criminal sanctions, the extent of which, however, remains to be determined. Before the Court the applicants referred to the letter from the Israeli Central Authority of 30 April 2007, which showed that the possibility of the first applicant not being prosecuted by the Israeli authorities would depend on a number of conditions relating to her conduct (see paragraph 40 above). In those circumstances, such criminal proceedings, which could possibly entail a prison sentence, cannot be ruled out entirely (contrast *Paradis and Others v Germany* (dec.), no. 4783/03, 15 May 2003). It is clear that such a scenario would not be in the best interests of the child, the first applicant probably being the only person to whom he relates.

150. The mother's refusal to return to Israel does not therefore appear totally unjustified. Having Swiss nationality, she is entitled to remain in Switzerland. Even supposing that she agreed to return to Israel, there would be an issue as to who would take care of the child in the event of criminal proceedings against her and of her subsequent imprisonment. The father's capacity to do so may be called into question, in view of his past conduct and limited financial resources. He has never lived alone with the child and has not seen him since the child's departure.

151. In conclusion, and in the light of all the foregoing considerations, particularly the subsequent developments in the applicants' situation, as indicated in particular in the provisional-measures order of 29 June 2009, the Court is not convinced that it would be in the child's best interests for him to return to Israel. As to the mother, she would sustain a disproportionate interference with her right to respect for her family life if she were forced to return with her son to Israel. Consequently, there would be a violation of Article 8 of the Convention in respect of both applicants if the decision ordering the second applicant's return to Israel were to be enforced.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 § 1 OF THE CONVENTION

152. The Chamber found that the complaint under Article 6 § 1 of the Convention had to be regarded as constituting one of the essential points of the complaint under Article 8 and that it was not necessary to examine this allegation separately (see the Chamber judgment, § 104).

153. The Grand Chamber considers it appropriate to confirm that finding and observes, moreover, that it has not been disputed before it by the parties.

IV. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

154. Article 41 of the Convention provides:
"If the Court finds that there has been a violation

of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.”

A. Damage

155. The applicants did not submit any claim in respect of pecuniary damage. They took the view that any finding of a violation of Article 8 would provide sufficient redress for the non-pecuniary damage that they had sustained.

156. The Court shares the applicants' opinion and finds that no award should be made in respect of any damage.

B. Costs and expenses

157. In respect of costs and expenses, the applicants claimed a total amount of 53,625 euros (EUR) calculated as follows: EUR 18,158.81 in respect of the domestic proceedings, EUR 13,112.92 for the proceedings before the Chamber, and EUR 22,353.27 for the proceedings before the Grand Chamber.

158. The Government pointed out that the questions referred from the Chamber concerned only part of the initial complaints. Accordingly, they took the view that if the Court were to find a violation of the applicants' rights, a total of 10,000 Swiss francs (CHF), equivalent to approximately EUR 6,667, would be appropriate in the present case to cover the costs and expenses incurred in the proceedings before the domestic courts and before the Chamber. As regards the proceedings before the Grand Chamber, the Government submitted that CHF 7,000 (approximately EUR 4,667) would be an appropriate amount.

159. The Court reiterates that if it finds that there has been a violation of the Convention, it may award the applicant the costs and expenses incurred before the national courts for the prevention or redress of that violation by them (see *Zimmermann and Steiner v. Switzerland*, 13 July 1983, § 36, Series A no. 66, and *Hertel v. Switzerland*, 25 August 1998, § 63, Reports 1998-VI). Moreover, such costs and expenses must have been actually and necessarily incurred and must be reasonable as to quantum (see *Bottazzi v. Italy* [GC], no. 34884/97, § 30, ECHR 1999-V, and *Linnekogel v. Switzerland*, no. 43874/98, § 49, 1 March 2005).

160. Having regard to the foregoing, the Court notes that only the complaint under Article 8 has, in the present case, given rise to a finding of a violation of the Convention. The remainder of the application is inadmissible. In addition, it is not certain that the applicants' claims have been sufficiently substantiated to meet in full the requirements of Rule 60 § 2 of the Rules of Court. In any event, they appear excessive, in particular

as regards the amount claimed for the proceedings before the Grand Chamber. As Noam's abduction had already been examined in detail by the domestic authorities and by the Chamber, the Court is not convinced that the proceedings before the Grand Chamber, and in particular the hearing of 7 October 2009, required the assistance of five lawyers for a total cost of EUR 21,456.

161. Having

regard to the material in its possession and to the criteria developed in its case-law, the Court awards the applicants jointly a total of EUR 15,000 for costs and expenses, plus any amount that may be payable by them in tax on that award.

C. Default interest

162. The

Court considers it appropriate that the default interest should be based on the marginal lending rate of the European Central Bank, to which should be added three percentage points.

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. Holds by sixteen votes to one that, in the event of the enforcement of the Federal Court's judgment of 16 August 2007, there would be a violation of Article 8 of the Convention in respect of both applicants;
2. Holds unanimously that there is no need to examine separately the applicants' complaint under Article 6;
3. Holds unanimously
 - (a) that the respondent State is to pay the applicants jointly, within three months, EUR 15,000 (fifteen thousand euros) in respect of costs and expenses, to be converted into Swiss francs at the rate applicable at the date of settlement, plus any tax that may be chargeable to the applicants on that amount;
 - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
4. Dismisses unanimously the remainder of the applicants' claim for just satisfaction.

Done in English and in French, and delivered

at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 6 July 2010.

Uzasadnienie w języku francuskim

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (no 41615/07) dirigée contre la Confédération suisse et dont deux ressortissants de cet Etat, Mme Isabelle Neulinger et son fils, 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 »). La requérante a également la nationalité belge et le requérant la nationalité israélienne.

2. Les

requérants sont représentés par Me Lestourneaud, avocat à Thonon-les-Bains (France). Le gouvernement suisse (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M. F. Schürmann, de l'Office fédéral de la justice.

3. Les

requérants alléguaient en particulier qu'en ordonnant le retour de Noam Shuruk en Israël, le Tribunal fédéral avait 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 se plaignaient également d'une violation de l'article 6, estimant que le Tribunal fédéral, en adoptant une interprétation selon eux trop restrictive des exceptions à l'obligation de la Suisse d'ordonner le retour du requérant, n'avait pas pris en compte l'intérêt supérieur de celui-ci.

4. La

requête a été attribuée à la première section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Au sein de celle-ci, la chambre chargée d'examiner l'affaire (article 27 § 1 de la Convention) a été constituée conformément à l'article 26 § 1 du règlement.

5. 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, qu'il était souhaitable, dans l'intérêt des parties et du bon déroulement de la procédure devant la Cour, de ne pas procéder au retour de Noam Shuruk.

6. 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.

7. 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.

8. Le

14 février 2008, 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.

9. Le

8 janvier 2009, une chambre composée des juges Christos Rozakis, président, Anatoly Kovler, Elisabeth Steiner, Dean Spielmann, Sverre Erik Jebens, Giorgio Malinverni et George Nicolaou, ainsi que de Soren Nielsen,

greffier de section, a rendu un arrêt. A l'unanimité, elle a déclaré le grief tiré de l'article 8 de la Convention recevable et le surplus de la requête irrecevable. Par quatre voix contre trois, elle a conclu à la non-violation de l'article 8. A l'arrêt se trouvaient joints les exposés des opinions séparées dissidentes des juges Kovler, Steiner et Spielmann.

10. Le

31 mars 2009, les requérants ont demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre en vertu des articles 43 de la Convention et 73 du règlement. Le collège de la Grande Chambre a accueilli la demande le 5 juin 2009. Il a par ailleurs confirmé l'application des mesures provisoires prises en vertu de l'article 39 du règlement.

11. La

composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 27 §§ 2 et 3 de la Convention et 24 du règlement.

12. Tant

les requérants que le Gouvernement ont déposé des observations écrites sur le fond de l'affaire.

13. Des

observations ont également été reçues de M. Shuruk. Toutefois, celles-ci ne respectant pas les conditions prévues à l'article 44 §§ 2 et 4 du règlement combiné avec l'article 36 § 2 de la Convention, elles n'ont pas été versées au dossier.

14. Une

audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 7 octobre 2009 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– pour le Gouvernement

MM. F. Schürmann, chef de l'unité

Droit européen et Protection

internationale des droits de l'homme, Office fédéral
de la justice, agent,

D. Urwyler, chef suppléant

de l'unité Droit international

privé, Office fédéral de la justice, conseil,

Mme C. Ehrich,

collaboratrice scientifique, unité Droit européen

et Protection internationale des droits de l'homme,

Office fédéral de la justice, conseillère ;

– pour les requérants

Mes A. Lestourneaud,

avocat,

P. Lestourneaud, avocate,

M.-E. Favre,

Y. Zander, conseils,

M. Marquez-Lestourneaud, conseillère.

La requérante était également présente.

La

Cour a entendu en leurs déclarations Mes A. Lestourneaud, P. Lestourneaud, Favre et Zander et M. Schürmann. Elle a également entendu les réponses des représentants des parties aux questions de juges.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPECE

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

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

17. La requérante, qui déclare être 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.

18. 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.

19. Des difficultés conjugales surgirent alors et la requérante, redoutant que son mari n'emène leur 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 qui devait prendre 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.

20. 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.

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

22. Le 10 janvier 2005, les services sociaux israéliens durent intervenir. Ils ordonnèrent aux parents de vivre séparément dans l'intérêt de l'enfant. La lettre qu'ils leur adressèrent alors indique ceci :

« 1. Nous estimons que le maintien d'un domicile commun, le fait que vous habitez sous un meme toit, n'est pas dans l'intéret de l'enfant, et c'est la un euphémisme. Il nous semble que le climat de récriminations et d'invectives constantes de la part de Shai a l'encontre d'Isabelle induit chez celle-ci un stress permanent susceptible de nuire a l'exercice de son rôle de mere, et ce, alors qu'elle est confrontée a la nécessité de trouver un emploi afin d'assurer sa subsistance et de payer le loyer. Il convient de noter que Shai ne paie ni la pension alimentaire ordonnée par la justice ni le loyer.

Il nous est apparu que certaines des récriminations de Shai frôlent l'absurde. Ainsi, il a estimé que la maladie de l'enfant, de meme que la mononucléose infectieuse et la crise d'épilepsie dont il a été victime, sont imputables a la mere. Il s'entete a affirmer qu'Isabelle « n'est pas une bonne mere » ; il n'accepte pas le fait que l'enfant fréquente l'école maternelle, et il prétend que les certificats médicaux sont insuffisants. Nous conseillons a Shai de parler aux medecins qui traitent l'enfant.

Bien qu'il se fasse entretenir par Isabelle, Shai exige que la nourriture du foyer présente un haut degré de conformité aux lois diététiques juives, respecte telle ou telle prescription alimentaire (...).

Il ne fait aucun doute que des domiciles séparés régleraient une partie de ces problemes.

Il nous semble que Shai fait régner au domicile une ambiance hostile, une atmosphere d'agressions verbales et de menaces qui terrorise la mere.

A la lumiere de tous ces éléments, nous ne pouvons que constater que la mere se trouve exposée a un harcèlement moral et que le maintien d'un domicile commun est préjudiciable au mineur.

2. En vertu des pouvoirs qui nous sont conférés aux termes des articles 19 et 68 de la loi sur la capacité juridique, nous renouvelons notre avertissement a l'endroit de Shai, l'enjoignant de ne pas emmener son enfant avec lui lorsqu'il se livre au prosélytisme religieux sur la voie publique, ou il exhorte les passants a mettre les phylacteres et récolte des dons.

De meme, le pere est invité a ne pas emmener l'enfant avec lui des journées entieres a la synagogue.

Nous tenons a souligner que les dispositions en matiere de visite de l'enfant visent la mise en présence du pere et de l'enfant ainsi que leurs activités communes, et non d'autres fins. »

23. Le meme jour, la requérante déposa plainte contre son mari aupres de la police pour agression simple.

24. 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 a une requete urgente déposée par la requérante le meme jour, interdit au pere de pénétrer dans l'école maternelle ou l'enfant était inscrit ou dans l'appartement de la requérante, d'importuner ou de harceler la requérante de quelque maniere 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 a voir l'enfant que deux fois par semaine, sous la surveillance des services sociaux, dans un centre de contact de Tel Aviv.

25. Le

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

26. Le

pere de l'enfant ne s'étant pas acquitté du paiement d'une pension alimentaire au profit de la requérante, un mandat d'arret fut délivré a son encontre le 20 mars 2005.

27. Par

une décision du 27 mars 2005, le juge compétent du tribunal des affaires familiales de la région de Tel Aviv rejeta la requete déposée par la requérante en vue de l'annulation de l'ordre judiciaire d'interdiction de sortie du territoire israélien visant le requérant. Il estima notamment que le risque que la mere ne retourne pas en Israël avec l'enfant apres son voyage dans sa famille a l'étranger était sérieux, compte tenu du fait qu'elle n'avait pas d'attaches dans ce pays.

28. Le

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

29. Le

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

30. Le

22 mai 2006, le ministere israélien de la Justice adressa a l'Office fédéral suisse de la justice une requete tendant au retour de l'enfant, en application de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (« la Convention de La Haye » ; paragraphe 57 ci-dessous). A l'appui de sa requete, il indiqua notamment qu'Interpol Berne ne lui avait signalé que la veille que Noam et sa mere vivaient a Lausanne et que celle-ci avait demandé le renouvellement de son passeport suisse.

31. Dans

une décision du 30 mai 2006, rendue sur requete du pere de l'enfant, le tribunal des affaires familiales de la région de Tel Aviv constata

que l'enfant avait sa résidence habituelle a Tel Aviv et que le 24 juin 2005, date du départ des requérants, les parents détenaient conjointement l'autorité parentale sur leur fils, la mere ayant la garde provisoire et le pere bénéficiant d'un droit de visite. Le tribunal conclut que le déplacement de l'enfant hors du territoire israélien sans l'accord du pere constituait un acte illicite au sens de l'article 3 de la Convention de La Haye.

32. Par

une requete du 8 juin 2006, le pere 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'extreme urgence, qu'il soit ordonné au Bureau des passeports de la commune de Lausanne de retenir les passeports suisses des requérants.

33. Le

12 juin 2006, le juge de paix rendit une ordonnance admettant la requete d'extreme urgence du pere de Noam.

34. Pour

faire suite a une nouvelle requete d'extreme urgence télécopiée le 27 juin 2006 par le pere de l'enfant, par une ordonnance de mesures provisoires rendue le meme jour, le juge de paix ordonna a 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 a une décision de l'autorité.

35. La

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

36. Par

une décision du 29 aout 2006, rendue apres audience, le juge de paix du district de Lausanne rejeta la requete du pere. 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 a un danger psychique ou physique ou le plaçât de toute autre maniere dans une situation intolérable.

37. Le

25 septembre 2006, le pere déposa un recours contre cette décision aupres de la chambre des tutelles du tribunal cantonal du canton de Vaud, qui ordonna une mesure d'expertise et désigna a cet effet le docteur B., pédiatre et pédopsychiatre. Celui-ci rendit le 16 avril 2007 un rapport d'expertise d'ou il ressortait que le retour de l'enfant en Israël avec sa mere l'exposerait a un danger psychique dont l'intensité ne pouvait etre évaluée sans connaître les conditions de cet éventuel retour, en particulier celles qui seraient réservées a la mere et les répercussions qu'elles pourraient avoir sur l'enfant ; que le retour

de l'enfant sans sa mere l'exposerait a un danger psychique majeur ;
et que le maintien de la situation qui prévalait alors représenterait
également pour l'enfant un risque psychique majeur a long terme.

38. Le

30 novembre 2006, le juge compétent de Tel Aviv classa sans suite une
plainte pénale pour violences familiales qui avait été déposée
par la seconde épouse du pere de Noam, celle-ci ayant quitté le pays.

39. Au

cours de la procédure en vue du retour de l'enfant, l'autorité centrale
israélienne communiqua a son homologue suisse les observations suivantes
par une lettre du 12 mars 2007 :

« Nous accusons réception de votre lettre en
date du 7 février 2007. Nous souhaitons répondre de la maniere suivante
aux questions soulevées dans cette lettre :

M. Shuruk affirme que, dans le cas ou la mere
refuserait de retourner en Israël, il s'occuperait de l'enfant. Il
vit actuellement dans un appartement en colocation mais il affirme que,
si l'enfant était renvoyé en Israël, il prendrait aussitôt un appartement
pour y habiter avec l'enfant. Actuellement, il travaille et il étudie
dans un établissement d'enseignement religieux, de 9 heures a 15 heures.
L'enfant serait en garderie/jardin d'enfants pendant ces heures-la.
M. Shuruk signale qu'avant d'etre enlevé pour etre conduit en Suisse,
l'enfant était en garderie, car la mere travaillait. M. Shuruk indique
que sa famille élargie lui apporterait un soutien au cas ou il aurait
besoin d'aide de temps a autre.

La juridiction d'appel suisse s'est inquiétée
de savoir comment M. Shuruk pourrait s'occuper de l'enfant alors meme
que son droit de visite a été restreint. Ainsi que nous l'avons déclaré
dans notre lettre du 28 septembre 2006 a votre Bureau, il faut se rappeler
que, selon le rapport du travailleur social en Israël, le pere et
l'enfant ont une merveilleuse relation. Il était envisagé d'élargir
le droit de visite, pour y inclure le droit d'hébergement, mais ce
projet a été interrompu a la suite de l'enlèvement de l'enfant par
sa mere. Si la mere refusait de retourner en Israël avec l'enfant,
elle serait considérée comme acceptant que le pere ait la garde de
fait, et M. Shuruk pourrait saisir la justice israélienne pour obtenir
une décision reflétant la réalité nouvelle.

Vous avez demandé en outre quelles mesures pourraient
etre prises pour protéger la mere au cas ou elle reviendrait, compte
tenu de ses allégations de violences de la part de M. Shuruk. M. Shuruk
réfute toutes ces allégations. En outre, nous vous adressons ci-joint
une copie de la décision du tribunal de premiere instance de Tel Aviv
en date du 30 novembre 2006 ainsi qu'une traduction en anglais. Cette
décision concernait une mise en examen de M. Shuruk pour des allégations
de violences formulées par sa seconde épouse. Ainsi que vous pourrez
le voir, celle-ci ayant apparemment quitté Israël sans pouvoir etre

localisée, le tribunal a abandonné les poursuites a l'encontre de M. Shuruk.

En tout état de cause, nous tenons a attirer votre attention sur la loi qui assure en Israël une protection en cas d'allégations de violences familiales. Cette loi est la loi de 1991 relative a la prévention des violences familiales. Nous vous adressons ci-joint une traduction de cette loi en anglais ainsi qu'une traduction officielle en français. L'article 2 prévoit la possibilité de rendre des ordonnances de protection. En conséquence, si la mere a la moindre inquiétude pour sa sécurité, elle peut saisir la justice en Israël et demander la protection qui pourrait etre nécessaire. Ses allégations ne sauraient constituer un fondement permettant au tribunal suisse de refuser le retour de l'enfant en Israël.

Vous nous avez fait savoir que le tribunal avait ordonné une évaluation psychologique de l'enfant. Nous nous devons d'exprimer notre préoccupation a cet égard. Cette évaluation n'avait pas été ordonnée par la juridiction inférieure, aussi aimerions-nous savoir pourquoi elle a été ordonnée a ce stade tardif. Il faut se rappeler que l'enfant a été enlevé par la mere en juin 2005. L'enfant n'a pas vu son pere depuis pres de deux ans. Pendant tout ce temps, il a été soumis a l'influence exclusive de la mere. Par conséquent, nous nous demandons ce que l'on peut gagner a effectuer une évaluation psychologique de l'enfant. Il faut se rappeler qu'il s'agit d'une procédure en application de la Convention de La Haye, et non pas d'une affaire de garde. Il semble que la mere soit en train d'essayer de prouver que l'enfant subira un préjudice psychologique en étant séparé d'elle s'il retourne en Israël. Or cela peut etre évité si la mere agit dans l'intérêt supérieur de l'enfant et revient avec lui. Ainsi que nous l'avons déclaré dans notre lettre du 28 septembre 2006, la mere ne semble avoir aucun motif légitime en vertu de la Convention de La Haye qui l'empêcherait de revenir (...) »

40. Par

une lettre du 30 avril 2007, adressée a l'avocate du pere de Noam, l'autorité centrale israélienne formula les observations suivantes quant a l'éventualité que la requérante fasse l'objet de poursuites pénales ou d'un emprisonnement en cas de retour en Israël :

« (...) Vous nous avez demandé de vous informer des conséquences juridiques auxquelles se trouverait exposée la mere, Isabelle Neulinger, si elle retournait en Israël avec l'enfant, en raison du fait qu'elle l'a enlevé.

S'agissant des conséquences de l'enlèvement au regard du droit pénal, l'enlèvement est un délit prévu par le Code pénal israélien de 1977 et il rend son auteur passible d'une peine d'emprisonnement. Toutefois, conformément aux lignes directrices du Procureur général d'Israël, des réception d'une plainte pour enlèvement parental, la police doit saisir l'Autorité centrale prévue

par la Convention de la Haye pour obtenir des instructions sur la manière de procéder dans l'affaire en question. Les lignes directrices du Procureur général prévoient que des poursuites pénales ne doivent être exercées que dans des circonstances très exceptionnelles. Dans le cas de Mme Neulinger, si celle-ci se conformait à la décision ordonnant le retour de l'enfant en Israël, si elle ne disparaissait pas avec l'enfant à son arrivée en Israël, si elle coopérait avec les autorités israéliennes et si elle se conformait à la décision de justice en vigueur, qui prévoit un droit de visite sous surveillance de M. Shuruk (dans l'attente de toute décision ultérieure), l'Autorité centrale israélienne envisagerait favorablement d'ordonner à la police israélienne de classer l'affaire pénale pour absence d'intérêt général, à condition que Mme Neulinger ne commette pas de nouveaux actes d'enlèvement concernant l'enfant. S'agissant des conséquences civiles, nous pouvons vous informer que, tant devant les juridictions civiles israéliennes que devant les tribunaux rabbiniques, en matière de garde et de droit de visite, la seule considération est l'intérêt supérieur de l'enfant (...) »

41. 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 docteur B. du 16 avril 2007, elle estima que le retour de l'enfant comporterait un risque grave non seulement de l'exposer à un danger psychique, qu'il soit ou non accompagné de sa mère, mais également de le placer dans une situation intolérable. Elle considéra des 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 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. La chambre des tutelles s'exprima ainsi :

« 4. d) (...) En réponse aux questions qui lui étaient posées, l'expert B. (...) indique dans ses conclusions, que le retour de Noam en Israël, avec sa mère, l'exposera à un danger psychique dont l'intensité ne peut 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 ; quant au retour de l'enfant en Israël, sans sa mère, il est d'avis qu'il l'exposera à un danger psychique majeur, tel que détaillé dans la discussion. Or, dans la partie « discussion » de son rapport, l'expert souligne que la situation de Noam semble actuellement totalement bloquée. D'un côté, vu son jeune âge et son absence totale de souvenirs de ses premières années en Israël, y compris de son père, toute visite dans ce pays sans sa mère, même brève et même si la situation judiciaire le permettait, constituerait un traumatisme psychologique majeur à type d'angoisse massive de séparation et de risque majeur de dépression sévère.

D'un autre côté, la possibilité d'un retour de sa mere en Israël avec Noam, meme ponctuel, est écarté d'emblée par celle-ci. A la question qui lui était posée de déterminer si le retour de Noam en Israël risquait de placer l'enfant dans une situation intolérable, l'expert a répondu que c'étaient « évidemment » les conditions d'un éventuel retour de l'enfant en Israël qui lui rendraient la situation intolérable ou non. Il a relevé que, de meme, c'étaient les conditions de la poursuite de sa résidence en Suisse qui lui rendront la situation intolérable ou non et que le maintien du statu quo actuel représente un risque psychique majeur a long terme pour l'enfant, de sorte que, faute d'entente entre ses parents, il est urgent qu'un accord s'établisse entre les Services de protection de l'enfance des Etats de résidence de ceux-ci afin de suppléer a leur carence.

En application de l'article 13 alinéa 3 CEIE,

la cour de céans a également requis de l'Autorité centrale israélienne qu'elle la renseigne sur la situation sociale de l'enfant, en répondant aux questions suivantes : « pour le cas ou, comme elle l'a annoncé, la mere ne retourne pas en Israël, qui s'occupera de l'enfant et ou celui-ci séjournera-t-il ? Le pere paraissant sans activité lucrative, qui pourvoira a l'entretien de l'enfant ? Le droit de visite ayant été restreint par des décisions judiciaires, quelles seront les mesures prises pour que l'exercice du droit de visite ne mette pas en danger le bien-etre physique et psychique de l'enfant ? » Dans son écriture du 12 mars 2007, l'Autorité centrale israélienne n'a pas vraiment répondu aux questions qui lui avaient été posées, ce qui ne permet pas de rassurer sur l'intéret de l'enfant. Elle s'est contentée de mentionner les intentions du recourant a l'égard de son fils, dans l'hypothese ou celui-ci reviendrait en Israël sans sa mere en ces termes : « si la mere de Noam refuse de revenir en Israël, le pere de l'enfant prendra soin de lui. Actuellement, il partage un appartement avec un colocataire, mais en cas de retour de l'enfant, il s'assurera immédiatement de disposer d'un appartement ou il pourra vivre avec l'enfant. Il travaille actuellement et étudie dans une institution d'enseignement religieux de 9 h 00 a 15 h 00. L'enfant pourrait fréquenter la creche-garderie durant ces heures. Le pere fait valoir a cet égard, qu'avant l'enlèvement de l'enfant, celui-ci fréquentait une creche pendant que sa mere travaillait. Shay Shuruk expose encore que sa famille pourrait lui assurer un soutien s'il était nécessaire qu'il ait besoin d'aide de temps en temps. » En ce qui concerne la question relative a la façon dont Shay Shuruk pourrait s'occuper de l'enfant, eu égard au fait qu'il ne dispose que d'un droit de visite restreint, l'Autorité centrale israélienne a souligné que, « comme elle l'avait déjà indiqué dans ses déterminations du 28 septembre 2006, selon le rapport établi par l'assistant social en Israël, le pere et l'enfant avaient une merveilleuse relation. Il était prévu d'étendre son droit de visite, en y incluant aussi des nuits, ce qui n'a pas pu se faire en

raison de l'enlèvement de l'enfant par sa mere. » L'Autorité centrale israélienne concluait que, « si la mere devait refuser de retourner en Israël avec l'enfant, cela signifierait qu'elle accepte que le pere en ait la garde de facto et Shay Shuruk pourrait demander aux tribunaux israéliens une décision reflétant cette nouvelle situation. »

Il faut constater que tant les conclusions du rapport d'expertise pédopsychiatrique que les éléments fournis par l'Autorité centrale israélienne s'opposent a un retour de l'enfant Noam en Israël. Un tel retour comporte non seulement un risque grave de l'exposer a un danger psychique, qu'il soit accompagné de sa mere ou non, mais également de le placer encore dans une situation intolérable. D'une part, l'expert psychiatre releve que si l'enfant retourne en Israël avec sa mere, il risque d'être exposé a un danger psychique dont l'intensité ne peut être évaluée sans connaître les conditions de cet éventuel retour. A cet égard, la Chambre des tutelles est d'avis que, des lors que le déplacement de l'enfant en Israël risque, meme si sa mere l'accompagne, de mettre l'enfant psychologiquement en danger et que contrairement au « schéma classique » envisagé par la CEIE, l'intimée a le droit de garde sur son fils, l'on ne saurait exiger raisonnablement de celle-ci qu'elle retourne en Israël. A ces éléments s'ajoute le fait qu'un retour de la mere en Israël porterait aussi atteinte a la sécurité économique de l'enfant, puisqu'il obligerait sa mere a retrouver un emploi sur place, afin de subvenir non seulement a ses propres besoins, mais également a ceux de son fils. Le fait que le recourant n'a jamais pourvu a l'entretien de son enfant et que l'on sait qu'il ne gagne que 300 francs par mois ne saurait être négligé dans la prise en considération de l'intérêt de l'enfant dans ce contexte. Enfin, il faut considérer que l'exigence d'un retour de la mere est disproportionnée par rapport au motif du renvoi : le but de la CEIE est en effet de replacer l'enfant dans la situation juridique qui était la sienne avant son déplacement. Or, le présent retour est requis afin de permettre au recourant d'exercer son droit aux relations personnelles, droit dont il est établi qu'avant le départ de l'enfant, il se déroulait sous la surveillance des services sociaux a raison de deux rencontres hebdomadaires de deux heures. Obliger une mere a se déraciner pour permettre l'exercice d'un droit de visite aussi restreint, alors que le retour de l'enfant comporte certainement le risque d'une atteinte psychologique grave, vu les conditions d'insécurité dans lesquelles le retour s'effectuera, constitue une situation intolérable pour l'enfant au sens de l'article 13, alinéa premier, lettre b, CEIE.

Quant au retour de Noam en Israël sans sa mere, l'expert est d'avis qu'il l'exposerait a un traumatisme psychologique majeur, a type d'angoisse massive de séparation et de risque majeur de dépression sévère, qui s'explique par son jeune âge et son absence totale de souvenirs de ses premières années en Israël, y compris de son pere. Cet élément suffit pour considérer que la condition

de l'article 13, alinéa premier, lettre b CEIE est remplie. A cela s'ajoute que les renseignements fournis par l'Autorité centrale israélienne quant aux aménagements prévus en cas de retour de l'enfant sans sa mere sont pour le moins préoccupants : alors que le recourant ne dispose juridiquement que d'un droit de visite tres restreint et surveillé, il est prévu, selon les indications fournies par l'Autorité centrale, que le recourant prenne son fils chez lui, (étant au demeurant relevé qu'aucune garantie n'est donnée qu'il disposera alors d'un appartement individuel), exerçant ainsi une garde de fait. A cet égard, l'Autorité centrale fait valoir qu'en refusant de retourner avec son fils en Israël, l'intimée acquiescerait implicitement a ce changement de situation, situation nouvelle que le recourant ferait ensuite valider par les autorités judiciaires israéliennes. Cela ne correspond pas au but poursuivi par la CEIE, qui prévoit le retour immédiat de l'enfant illicitement déplacé pour le replacer dans le statut quo ante. Un tel retour ne saurait des lors etre ordonné sur la base de la CEIE, étant souligné qu'il n'est pas douteux qu'un retour de Noam en Israël dans de telles conditions l'exposerait assurément a un risque psychologique majeur, du non seulement au fait qu'il serait brutalement séparé de sa mere, alors que celle-ci a été sa principale référence parentale depuis qu'il est né et a été la seule a pourvoir a son entretien, mais au fait aussi qu'il serait tout aussi brutalement confronté a un pere dont il vient d'apprendre l'existence. Vu ce qui precede, le recours sur ce point doit etre rejeté.

(...)

5. (...) En l'espece, il ressort du dossier que

Noam Shuruk vit avec sa mere, qui en a la garde, depuis au moins une année a Lausanne. Ainsi, la Justice de paix du district de Lausanne était compétente, rationae loci et rationae materiae, pour prendre la mesure de protection contestée. Sur le fond, il suffit de constater que, des lors que l'enfant n'a gardé aucun souvenir de son pere, en raison du processus d'amnésie physiologique du a son tres jeune âge, il est fondé de le protéger d'une brutale mise en présence, le bien-etre de l'enfant commandant que la reprise des relations personnelles avec son pere se déroule en douceur et progressivement, apres qu'il aura été préparé de façon adéquate a cette nouvelle situation, ainsi que cela ressort des considérations convaincantes de l'expert sur ce point. Le moyen est des lors mal fondé et doit etre rejeté

(...) »

42. Le

pere saisit le Tribunal fédéral d'un recours en matiere civile aux fins de l'annulation de l'arret cantonal et du retour de l'enfant en Israël. Il se plaignait d'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 relative aux droits de l'enfant, subsidiairement.

43. 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 pere.

44. 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 pere. 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'espece, il n'est pas contesté que le déplacement de l'enfant en Suisse est illicite, dans la mesure où le pere 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 faite 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 fautive 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. À 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.

(...) »

45. Le

20 août 2007, le père de l'enfant saisit par l'intermédiaire de son conseil 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. Le 1^{er} octobre 2007, il retira cette requête, la Cour ayant décidé le 27 septembre 2007 d'indiquer au Gouvernement des mesures provisoires.

46. Ultérieurement,

les requérants firent parvenir à la Cour un certificat médical établi le 23 février 2009 par le docteur M.-A., pédiatre à Lausanne. Ce certificat se lit comme il suit :

« Je soussignée certifie avoir été amenée à voir Noam Shuruk, né le 10 juin 2003, à plusieurs reprises depuis le 7 octobre 2005.

Noam se présente à chaque fois accompagné de sa mère avec laquelle il entretient une très bonne relation. Son comportement est adéquat, son niveau de développement psychomoteur, son langage dans les normes plutôt supérieures. Il ne semble souffrir d'aucun traumatisme psychologique ni de carences affectives ou éducatives.

C'est un garçon confiant, capable d'établir de bonnes relations avec les autres et notamment avec les adultes que nous sommes.

Il est en bonne santé physique et présente peu d'infections intercurrentes.

Un retour brutal en Israël sans sa mère constituerait un traumatisme important et une perturbation psychologique grave pour cet enfant. »

47. Par

une ordonnance de mesures provisionnelles en date du 29 juin 2009, le président du tribunal d'arrondissement de Lausanne, sur demande de la requérante, fixa le domicile de Noam chez sa mère à Lausanne, suspendit le droit de visite du père sur son fils et attribua l'autorité

parentale a la mere, aux fins de permettre a cette derniere de renouveler les papiers d'identite de l'enfant. Le tribunal parvint a ces conclusions notamment sur la base des considerations qui suivent :

« [I]l convient de preciser que l'intime a été cite a l'audience par acte judiciaire a sa derniere adresse connue en Israël,

que le pli est revenu en retour avec la mention

« gone away », ce qui peut etre traduit par « parti sans laisser d'adresse »

considerant

(...) que la mere en aurait la garde alors que

l'autorite parentale serait restee commune,

que le pere aurait été astreint a « l'exercice

d'un droit de visite » surveille par les services sociaux (...)

que dans le cadre de ce proces, l'intime ne

s'est jamais presente aux audiences mais y était represente par

un conseil, dont le mandat a, semble-t-il, été resilie (...)

que selon la jurisprudence, le deplacement illicite

d'un enfant mineur n'exclut pas, a lui seul, la constitution d'une nouvelle residence habituelle de l'enfant dans le pays ou il a été

emmené (ATF 125 III 301, JT 1999 I 500),

qu'en l'espece, Noam vit en Suisse sans discontinuer

depuis juin 2005,

qu'il y est scolarisé,

qu'il y a des attaches familiales du cote de sa mere,

qu'il y est suivi medicalement,

qu'il est également ressortissant suisse,

qu'il en parle la langue, en l'espece le français,

que la requérante est au benefice de mesures

provisoires de la [C]our europeenne des droits de l'homme, qui a demande

au gouvernement suisse de ne pas proceder au retour de Noam en Israël,

malgré la decision rendue par le Tribunal Fédéral,

que malgré son combat judiciaire, l'intime

n'a jamais cherche a voir son enfant,

que son domicile est inconnu,

qu'il paraît se desinteresser de la presente

cause,

qu'ainsi, l'enfant n'a plus de lien stable qu'avec

sa mere,

qu'il convient donc de faire droit a la requete

de cette derniere et fixer, a titre provisoire, le domicile de Noam

en Suisse, a Lausanne, lieu de sa residence habituelle, aupres de

sa mere ;

considerant que l'article 273, alinea premier,

CC prévoit que le pere ou la mere qui ne detient pas l'autorité

parentale ou la garde ainsi que l'enfant mineur ont réciproquement le droit d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances,

que le droit aux relations personnelles vise à sauvegarder le lien existant entre parents et enfants (...),

que le maintien et le développement de ce lien est évidemment bénéfique pour l'enfant,

que les relations personnelles doivent donc être privilégiées, sauf si le bien de l'enfant est mis en danger,

que l'importance et le mode d'exercice des relations personnelles doivent être appropriés à la situation, autrement dit tenir équitablement compte des circonstances particulières du cas,

que le bien de l'enfant est le facteur d'appréciation le plus important (ATF [arrêt du Tribunal fédéral] 127 III 295, c. 4a),

qu'il faut en outre prendre en considération la situation et les intérêts de l'ayant droit : sa relation avec l'enfant, sa personnalité, son lieu d'habitation, son temps libre, son environnement,

que des conditions particulières pour l'exercice du droit de visite peuvent être imposées (...),

que la requérante a conclu à la suppression du droit de visite de l'intimé sur son fils Noam,

qu'en l'espèce, le droit de visite de l'intimé était déjà limité par des décisions rendues par les autorités israéliennes, avant le départ de l'enfant pour la Suisse,

que l'enfant n'a pas revu son père depuis 2005,

qu'ils n'ont, semble-t-il, aucune langue en commun,

qu'en tout état de cause, une reprise du droit de visite, s'il était demandé par l'intimé, ne pourrait se faire que progressivement,

qu'en l'état, le lieu de résidence de celui-ci est inconnu,

qu'il paraît adéquat, en l'état, de suspendre provisoirement le droit de visite de l'intimé sur son fils Noam ;

considérant que la requérante conclut à ce que l'« autorité parentale sur Noam, né le 10 juin 2003, est attribuée à titre exclusif et provisoire à sa mère Isabelle Neulinger à Lausanne aux fins de renouveler ses papiers d'identité »,

que la requérante a expliqué que son fils, qui est binational – israélien et suisse – est actuellement sans papier d'identité,

qu'il était jusqu'il y a peu au bénéfice d'un passeport suisse,

que toutefois, lorsque sa validité est échuë, les autorités administratives ont refusé de lui en délivrer un nouveau sans l'accord du père, les parties ayant l'autorité parentale commune

sur l'enfant,
qu'en l'état, l'intimé est sans domicile connu,
que la requérante est ainsi dans l'impossibilité
pratique de lui demander cette autorisation,
que l'enfant réside en Suisse avec elle,
qu'elle en a la garde [de l'enfant],
que certes la cause au fond porte sur une modification
de l'autorité parentale, la requérante demandant a ce qu'en vertu
du droit suisse, elle lui soit octroyée exclusivement,
qu'il pourrait apparaître que la conclusion
provisionnelle, si elle était accordée, vide le sort de la cause au
fond,
que toutefois ladite conclusion a une portée
bien moindre puisqu'elle ne tend qu'a la possibilité d'obtenir des
papiers d'identité pour son enfant,
que ce dernier est ressortissant suisse, résidant
en Suisse,
qu'il convient donc qu'il puisse obtenir, comme
tout autre citoyen, l'établissement de papiers d'identité,
qu'il est donc fait droit a la conclusion de
la requérante,

(...) »

En

l'état des informations dont dispose la Cour, ni l'une ni l'autre des
parties au litige n'a interjeté appel de cette décision.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES ET INTERNATIONAUX PERTINENTS

A. Quant a la protection des droits de l'enfant

1. La Convention internationale relative aux droits de l'enfant

48. Les

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

Préambule

« Les Etats parties a la présente Convention,

(...)

Convaincus que la famille, unité fondamentale
de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-etre
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, (...)

Sont convenus de ce qui suit :

(...)

Article 7

1. L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a des 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.

(...) »

2. La notion d'« intérêt supérieur » de l'enfant

49. Le

concept de l'intérêt supérieur de l'enfant est issu du deuxième principe de la Déclaration des droits de l'enfant du 20 novembre 1959, en vertu duquel

« L'enfant doit bénéficier d'une protection spéciale et se voir accorder des possibilités et des facilités par l'effet de la loi et par d'autres moyens, afin d'être en mesure de se développer d'une façon saine et normale sur le plan physique, intellectuel, moral, spirituel et social, dans des conditions de liberté et de dignité. Dans l'adoption de lois à cette fin, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération déterminante. »

50. Ce

terme a été repris en 1989 à l'article 3 § 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant :

« Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. »

51. Il

ne ressort ni des travaux préparatoires a cette convention ni de la pratique du Comité des droits de l'enfant des propositions de définition ou de critères d'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant, en général ou par rapport a des circonstances particulieres. L'un comme l'autre se sont limités a dire que toutes les valeurs et tous les principes de la convention devaient etre appliqués a chaque cas particulier (voir le Manuel pour l'application de la Convention relative aux droits de l'enfant (Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child), p. 37, UNICEF 1998, sous la direction de Rachel Hodgkin et Peter Newell). De plus, le Comité a souligné a plusieurs reprises que la convention devait etre comprise comme un tout et interprétée en tenant compte de la relation entre les différents articles, de maniere toujours conforme a l'esprit de cet instrument, et en mettant l'accent sur l'enfant en tant qu'individu doté de droits civils et politiques nourrissant ses propres sentiments et opinions (ibid., p. 40).

52. Selon

les lignes directrices du Haut-Commissariat aux réfugiés (HCR) relatives a la détermination de l'« intérêt supérieur de l'enfant », « l'expression « intérêt supérieur » renvoie de maniere générale au bien-etre de l'enfant, qui dépend de différentes circonstances particulieres telles que son âge et sa maturité, la présence ou l'absence de ses parents, l'environnement dans lequel il vit et son histoire personnelle ». (HCR, Guidelines on Determining the Best Interests of the Child, mai 2008)

53. On

retrouve le principe de « l'intérêt supérieur de l'enfant » aux articles 5 et 16 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination a l'égard des femmes. Ainsi, en vertu de l'article 5 b), les Etats parties doivent prendre toutes les mesures appropriées pour « [f]aire en sorte que l'éducation familiale contribue a faire bien comprendre que la maternité est une fonction sociale et a faire reconnaître la responsabilité commune de l'homme et de la femme dans le soin d'élever leurs enfants et d'assurer leur développement, étant entendu que l'intérêt des enfants est la condition primordiale dans tous les cas ».

54. En

vertu de l'article 16 d) de la meme convention, les hommes et les femmes doivent avoir « [l]es memes droits et les memes responsabilités en tant que parents, quel que soit leur état matrimonial, pour les questions se rapportant a leurs enfants ; dans tous les cas, l'intérêt des enfants est la considération primordiale ».

55. Bien

que cette notion n'apparaisse pas dans le Pacte international relatif

aux droits civils et politiques, le Comité des droits de l'homme, dans ses Observations générales 17 et 19, a fait référence à l'intérêt supérieur (« paramount interest ») de l'enfant en cas de séparation ou de divorce de ses parents. Dans son Observation générale 17 (adoptée à sa 35^{ème} session, 1989), le Comité a estimé qu'en cas de dissolution du mariage, il relève de l'intérêt supérieur de l'enfant que lui soient assurées, autant que possible, des relations continues avec ses deux parents. Dans le cas des enfants abandonnés, des mesures spéciales doivent être prises pour permettre aux enfants de se développer dans des conditions analogues, autant que possible, à celles qu'offre le milieu familial. Dans son Observation générale 19 (adoptée à sa 39^{ème} session, 1990), le Comité a souligné que toute discrimination en matière de divorce, de droit de garde, de droit de visite, etc. doit être interdite, sauf si l'intérêt supérieur de l'enfant l'exige.

56. La

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a acquis une force juridique contraignante avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009. Son article 24 se lit comme suit :

Article 24 : Droits de l'enfant

« 1. Les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. Ils peuvent exprimer leur opinion librement. Celle-ci est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité.
2. Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.
3. Tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt. »

B. La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants

1. Le texte de l'instrument

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

« 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 a 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 a 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'eut 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 a 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 a 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 a 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 ou se trouve l'enfant, l'autorité saisie ordonne
son retour immédiat.

L'autorité judiciaire ou administrative, même
saisie après l'expiration de la période d'un an prévue à l'alinéa
précédent, doit aussi ordonner le retour de l'enfant, à moins qu'il
ne soit établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu.

Lorsque l'autorité judiciaire ou administrative
de l'Etat requis a des raisons de croire que l'enfant a été emmené
dans un autre Etat, elle peut suspendre la procédure ou rejeter la
demande de retour de l'enfant.

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
ou 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.

(...)

Article 20

Le 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.

(...)

Article 21

Une demande visant l'organisation ou la protection de l'exercice effectif d'un droit de visite peut être adressée à l'Autorité centrale d'un Etat contractant selon les mêmes modalités qu'une demande visant au retour de l'enfant.

Les Autorités centrales sont liées par les obligations de coopération visées à l'article 7 pour assurer l'exercice paisible du droit de visite et l'accomplissement de toute condition à laquelle l'exercice de ce droit serait soumis, et pour que soient levés, dans toute la mesure du possible, les obstacles de nature à s'y opposer.

Les Autorités centrales, soit directement, soit par des intermédiaires, peuvent entamer ou favoriser une procédure légale en vue d'organiser ou de protéger le droit de visite et les conditions auxquelles l'exercice de ce droit pourrait être soumis. »

2. La notion d'« intérêt supérieur »

dans l'application de l'article 13, alinéa premier, lettre b), de la Convention de La Haye

58. Selon

le rapport explicatif de Mme Elisa Pérez-Vera sur la rédaction de la Convention,

« étant donné qu'un facteur caractéristique des situations considérées réside dans le fait que l'enleveur prétend que son action soit légalisée par les autorités compétentes de l'Etat de refuge, un moyen efficace de le dissuader est que ses actions se voient privées de toute conséquence pratique et juridique. Pour y parvenir, la Convention consacre en tout premier lieu, parmi ses objectifs, le rétablissement du statu quo. » (§ 16, p. 429)

59. Cependant,

on trouve dans la convention cinq exceptions au principe du retour immédiat de l'enfant, parmi lesquelles celle prévue à l'article 13 alinéa premier, lettre b), qui est l'exception la plus souvent invoquée.

60. La

Cour de cassation en France, la Chambre des lords au Royaume-Uni et la Cour suprême en Finlande ont toutes expressément intégré la notion d'« intérêt supérieur de l'enfant » dans leur interprétation de l'exception relative à un « risque grave » visée à l'article 13, alinéa premier, lettre b), de la Convention de La Haye.

61. Dans

une affaire de 2005, la Cour de cassation française a indiqué :

« qu'il résulte de l'article 13, b), de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, qu'il ne peut être fait exception au retour immédiat de l'enfant que s'il existe un risque de danger grave ou de création d'une situation intolérable »

et

« qu'en vertu de l'article 3, 1, de la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant, disposition qui est d'application directe devant la juridiction française, ces circonstances doivent être appréciées en considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant ». (Cass. Civ 1ère, 14 juin 2005, no de pourvoi : 04-16942)

62. La

haute juridiction a ainsi confirmé l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 13 mai 2004 en concluant que

« l'intérêt supérieur de l'enfant a[vait] été pris en considération par la cour d'appel, qui en a[vait] déduit (...) qu'il convenait d'ordonner le retour immédiat de l'enfant, en application de la Convention de La Haye ».

63. La

Cour suprême finlandaise a adopté des conclusions similaires dans une affaire où elle a appliqué l'exception de l'article 13, alinéa premier, lettre b), en indiquant que

« (...) la cour a[vait] souligné que le risque grave de danger n'exist[er]ait pas si la mère rentr[ait] en France avec les enfants et fai[sai]t en sorte que leurs conditions de vie soient adaptées compte tenu de leur intérêt supérieur (...) » (Cour suprême de Finlande, 27 décembre 1996 ; 1996:151, S96/2489)

64. Dans

une affaire concernant l'enlèvement d'un enfant depuis la Roumanie vers le Royaume-Uni, examinée le 16 novembre 2006 par la Chambre des lords, Lord Hope a également indiqué qu'il

« ne vo[y]ait pas comment le retour immédiat de l'enfant en Roumanie pouvait être dans l'intérêt supérieur de celui-ci ». (In re D (a child) (abduction : foreign custody rights) [2006] UKHL 51, [2007] 1 A.C. 619)

3. La notion de « droit de garde » au sens de la Convention de La Haye

65. L'article 5 a) de la Convention de La Haye définit le droit de garde comme « le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence ». La convention reconnaît que le droit de garde 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 l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour (article 3 in fine). Le rapport explicatif de la convention souligne l'intention des auteurs de protéger l'exercice de tous les modes de garde de l'enfant,

et reconnaît qu'il peut y avoir déplacement ou non-retour illicite même si les parents ont la garde conjointe de leur enfant :

« [A]ux termes de l'article 3, le droit de garde peut avoir été attribué, seul ou conjointement, à la personne qui demande qu'on en respecte l'exercice. [...] Or, dans l'optique adoptée par la Convention, le déplacement d'un enfant par l'un des titulaires de la garde conjointe, sans le consentement de l'autre titulaire, est également illicite ; ce caractère illicite proviendrait, dans ce cas précis, non pas d'une action contraire à la loi, mais du fait qu'une telle action aurait ignoré les droits de l'autre parent, également protégé par la loi, et interrompu leur exercice normal. » (Rapport explicatif d'Elisa Pérez-Vera, Actes et documents de la Quatorzième session, Tome III, Enlèvement d'enfants, Conférence de La Haye de droit international privé, § 71, pp. 447-448)

66. Les

auteurs de la convention ont créé une définition autonome du droit de garde, tout à fait distincte des interprétations faites de cette notion en droit interne. Cette autonomie a été confirmée dans les « Conclusions générales de la Commission spéciale d'octobre 1989 sur le fonctionnement de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants », selon lesquelles

« le « droit de garde » visé dans la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants constitu[e] un concept autonome, ce qui [a] pour conséquence qu'un tel droit ne coïncid[e] pas nécessairement avec des droits qualifiés de « droit de garde » ou de « custody rights » résultant de la loi d'un pays particulier ou d'une juridiction de ce pays. [...] l'attribution à un seul parent de la « custody »

selon la loi nationale ne signifie pas nécessairement que tous les « rights

of custody » au sens de la Convention de La Haye sont accordés à ce même parent. Chaque système juridique national possédant sa propre terminologie à propos des droits relatifs à la protection des enfants et à l'autorité parentale - au point que certains systèmes anglophones n'utilisent pas le terme « custody » - il importe d'examiner le contenu des droits sans s'en tenir à leur désignation. » (Conclusions générales de la Commission spéciale d'octobre 1989 sur le fonctionnement de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, § 9, pp. 3-4)

67. L'autonomie

du concept de « droit de garde » a encore été confirmée lors de la deuxième réunion de la Commission spéciale, au cours de laquelle a notamment été adoptée la conclusion suivante :

« La signification de l'expression « droit de garde » au regard de la Convention ne coïncide pas avec l'un quelconque

des concepts de « droit de garde » reçu dans les Etats parties, mais voit ses contours propres tracés par les définitions, la structure et le but de la Convention elle-même. » (Rapport de la deuxième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants tenue du 18 au 21 janvier 1993, p. 4)

68. En

outre, selon le rapport explicatif, la convention ne porte que sur les problèmes relatifs à la violation d'un droit de garde. Elle ne concerne a priori pas les situations nées de l'atteinte à un droit

de visite, notamment les cas où le titulaire du droit de garde déplace l'enfant à l'étranger (§ 65 du rapport).

4. La jurisprudence des tribunaux internes

relative à la notion de « droit de garde » au sens de la Convention de La Haye

69. La

Convention de La Haye ne prévoit pas de dispositif d'application ni d'organe de contrôle qui garantiraient sa mise en œuvre par les Etats contractants. Il se peut, des lors, que la jurisprudence des juridictions nationales relative à cet instrument diffère d'un Etat contractant à l'autre. En pratique, on observe des divergences dans l'interprétation que font les différentes autorités judiciaires de la distinction établie dans la convention entre le droit de garde et le droit de visite, en particulier lorsqu'il s'agit d'accueillir ou non un recours du parent non titulaire de la garde mais bénéficiaire d'un droit de visite qui demande le retour de son enfant.

70. Toutefois,

une tendance semble se dégager vers une interprétation extensive de la notion de déplacement ou de non-retour illicite, qui élargit la portée du droit de garde de telle manière que d'autres personnes que le titulaire de ce droit ont pu bénéficier de la protection de la convention.

71. Dans

l'affaire C. c. C (Cour d'appel de l'Angleterre et du Pays de Galles ; [1989] 1 W. L. R. 654, 657-658), par exemple, un parent titulaire de la garde avait emmené l'enfant hors d'Australie en violation d'une interdiction de déplacement (disposition également appelée *no exeat*, interdisant de quitter une zone géographique déterminée).

En l'espèce, le déplacement ne pouvait se faire sans le consentement du parent non titulaire de la garde. Les juges ont estimé que le droit de demander en justice le retour de l'enfant en vertu des dispositions de la convention s'appliquait. Ils ont justifié ce raisonnement en estimant que la possibilité de donner ou de refuser son consentement pour le déplacement était équivalente au droit du titulaire de la garde « de décider du lieu de résidence de l'enfant ».

72. La

Cour des affaires familiales d'Australie a suivi la même démarche

dans l'affaire José García Resina, ou un pere, invoquant la convention, avait introduit une demande de retour de ses enfants emmenés en France par les grands-parents maternels (In re José García Resina and. Muriel Ghislaine Henriette Resina [1991], Appeal No 52 (Fam) (Austl.)). La cour australienne a examiné d'une part l'ordonnance d'attribution du droit de garde, qui assurait au pere un « droit de visite raisonnable » au plus jeune des enfants, et d'autre part l'injonction interdisant a la mere comme au pere d'emmener les enfants hors d'Australie. En définitive, elle a ordonné le retour des enfants sur le fondement de la convention, estimant que leur déplacement violait le droit de garde conféré au pere par l'interdiction de déplacement. De meme, la Cour supreme d'Israël a conclu qu'un accord passé entre les parents quant a la garde de l'enfant comportait une clause de consultation mutuelle pour les modifications majeures et les événements inhabituels, et que cette clause impliquait que les parents devaient décider ensemble du lieu de résidence de l'enfant (Foxman c. Foxman [1992] A5271/92 (IsrSC)). Elle a donc considéré que le pere avait un droit de garde au sens de la convention.

73. Il

apparaît que d'autres juridictions nationales, en particulier dans les pays de common law, se sont appuyées sur l'affaire C. c. C., et ont suivi son attendu de principe selon lequel si le parent titulaire de la garde a besoin de l'autorisation d'une autorité judiciaire ou du parent non titulaire de la garde pour pouvoir emmener l'enfant hors du pays, un déplacement fait sans une telle autorisation peut être considéré comme « illicite » au sens de l'article 3 de la convention (voir Re F ; Cour d'appel de l'Angleterre et du Pays de Galles, [1995] 3 W.L.R. 339 : décision concluant a l'existence d'un « droit de garde » au bénéfice du pere nonobstant le fait que la mere s'était vu attribuer la garde temporaire par une décision de justice et qu'aucune ordonnance n'interdisait le déplacement de l'enfant).

74. Néanmoins,

la pratique des juridictions nationales n'est pas homogène. Ainsi, par exemple, la cour d'appel des Etats-Unis a-t-elle jugé qu'une interdiction de déplacement ne transformait pas le droit de visite en un « droit de garde » au sens de la Convention de La Haye (Croll c. Croll, 229 F.3d 133, 143, 2nd circuit, 2000).

C. Lois nationales pertinentes pour la mise en oeuvre des instruments sous-mentionnés au niveau interne

1. La nouvelle loi fédérale suisse sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes

75. 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 été adoptée par le Parlement fédéral suisse le 21 décembre 2007 et qui a pour but de clarifier et de préciser certaines notions, relatives notamment a l'application de la Convention de La Haye de 1980, est entrée en vigueur le 1er juillet 2009. Les articles de cette loi 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'art. 13, al. 1er, let. b, CLaH 80 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, et
- 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. »

76. Dans

le cadre de l'adoption de l'arrêté fédéral concernant cette loi, le Conseil fédéral a rédigé un message (Feuille fédérale 2007, pp. 2433-2682) dont les passages pertinents sont libellés comme suit :

« 6.4 Retour et intérêt de l'enfant

(art. 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 définit 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'art. 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 let. 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 (article 5, lettre 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'art. 13, par. 1, let. 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 [de la 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 (art. 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'art. 10 est donc directement lié à l'application pratique de l'art. 5. »

2. Les notions de « garde » et d'« autorité parentale » en droit israélien

77. La

notion d'« autorité parentale » (guardianship) est définie au chapitre 2 de la loi de 1962 sur la capacité juridique et la tutelle. La « garde » (custody) n'est pas définie en tant que telle, mais il en est fait mention.

78. En

vertu de l'article 14 de cette loi, « les parents sont naturellement investis de l'autorité parentale sur leurs enfants mineurs ». En Israël, les parents, qu'ils soient mariés, divorcés ou non mariés, sont investis conjointement et à égalité de l'autorité parentale sur leurs enfants.

Le terme guardianship peut être considéré comme équivalant à l'expression parental authority utilisée dans d'autres systèmes juridiques.

79. L'autorité

parentale (guardianship) est un droit que les deux parents acquièrent automatiquement et qui ne peut être restreint ou supprimé que dans des circonstances exceptionnelles (quand un tribunal de paix a prononcé l'une des mesures visées à l'article 3 §§ 3 et 4 de la loi sur la jeunesse (soins et supervision)). Cette règle est énoncée à l'article 27 de la loi.

80. L'article

15 définit et décrit le rôle des parents en droit israélien, et souligne que l'autorité parentale (guardianship) comporte les éléments suivants :

« L'autorité parentale dont sont investis les

parents comprend le droit et le devoir de pourvoir aux besoins du mineur, y compris son éducation, ses études, sa formation et son activité professionnelles et de protéger, gérer et faire fructifier ses biens ;

elle comprend également le droit de garde du mineur, le droit de décider de son lieu de résidence et la qualité pour agir en son nom et pour son compte. »

81. L'article

17 définit les obligations des parents. Il dispose que dans l'exercice de leur autorité parentale (guardianship), « les parents agissent dans l'intérêt supérieur du mineur en adaptant leur comportement aux circonstances en parents dévoués ».

82. De

manière générale, il est présumé que les parents doivent coopérer l'un avec l'autre dans la prise des décisions relevant de l'exercice de leur autorité parentale (article 18). Si toutefois ils ne parviennent pas à un accord, ils peuvent demander à un tribunal de trancher (article 19).

83. L'article

24 prévoit que lorsque les parents ne vivent pas ensemble, ils peuvent décider d'un commun accord qui aura l'autorité parentale (guardianship) sur le mineur, en tout ou en partie, et qui aura

la garde du mineur, et quels droits aura l'autre parent, en particulier en ce qui concerne les contacts avec l'enfant. L'accord ainsi conclu est soumis à l'approbation du tribunal.

84. En vertu de l'article 25, si les parents ne parviennent pas à un accord sur ces questions, elles peuvent être réglées par le tribunal, qui doit tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.

85. L'article 25 pose en outre une présomption de droit de garde en faveur de la mère pour les enfants de moins de six ans, à moins que des raisons particulières ne commandent de renverser cette présomption.

86. Ainsi, les deux parents ont conjointement le droit de décider du lieu de résidence de leur enfant. Un parent ne peut emmener l'enfant hors d'Israël sans y avoir été autorisé par l'autre parent ou par une décision de justice. Si l'un des parents souhaite emmener l'enfant hors d'Israël sans le consentement de l'autre parent, il doit introduire auprès des juridictions israéliennes une demande d'ordonnance de déplacement et d'ordonnance attributive du droit de garde de l'enfant.

EN DROIT

I. ÉTENDUE DE LA SAISINE DE LA GRANDE CHAMBRE

87. Dans leur mémoire devant la Grande Chambre, les requérants dénoncent une violation de leur droit au respect de leur vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention. En outre, ils soutiennent que le retour forcé du requérant sans la requérante constituerait un traitement inhumain proscrit par l'article 3 ainsi qu'une violation de l'article 9, dans la mesure où il faudrait s'attendre à ce que le père du requérant se soumette aux préceptes de la communauté « Loubavitch », considérée par eux comme « ultra-orthodoxe », dont la requérante souhaite définitivement éloigner son enfant.

88. La Cour note toutefois que la Chambre a déclaré irrecevables les griefs tirés des articles 3 et 9 de la Convention pour non-épuisement des voies de recours internes. Des lors, elle ne saurait en connaître (voir, parmi d'autres, K. et T. c. Finlande [GC], no 25702/94, § 141, CEDH 2001-VII).

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

89. Les requérants allèguent une violation de leur droit au respect de leur vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention, qui 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 a la sécurité nationale, a la sureté publique, au bien-etre économique du pays, a la défense de l'ordre et a la prévention des infractions pénales, a la protection de la santé ou de la morale, ou a la protection des droits et libertés d'autrui. »

1. Applicabilité de l'article 8

90. La

Cour rappelle les constatations suivantes de l'arrêt de la chambre :

« 79. Pour en venir aux circonstances de l'espece,

la Cour constate d'emblée que, pour les requérants, la possibilité de continuer a vivre ensemble est un élément fondamental qui releve a 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*, no 48206/99, § 68, CEDH 2003-VII). (...)

81. Par ailleurs, il ne prete pas a 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. »

91. La

Grande Chambre souscrit a ces conclusions, que les parties n'ont d'ailleurs pas contestées. Il convient donc de rechercher si l'ingérence litigieuse répond aux exigences du paragraphe 2 de l'article 8, c'est-a-dire si elle était « prévue par la loi », motivée par un ou des buts légitimes et « nécessaire dans une société démocratique » pour les atteindre.

2. Sur la justification de l'ingérence

a. Base légale

i. L'arrêt de la chambre

92. La

chambre s'est exprimée comme suit (§ 80 de l'arrêt) :

« 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 a 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'espece, le déplacement de l'enfant en Suisse est illicite, dans la mesure ou, conformément a la décision du 27 juin 2004, le pere détenait conjointement avec la mere 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 a son pere par la décision du 17 novembre 2004. Partant, il est indubitablement illicite au sens de la Convention de la Haye. »

ii. Theses des parties

?) Les requérants

93. Les

requérants considerent qu'il ne s'agit pas en l'espece d'un enlevement international au sens de la Convention de La Haye. Ils soutiennent d'abord que l'éloignement de Noam du territoire israélien par sa mere n'était pas illicite au sens de cet instrument. Selon eux, le Gouvernement commet une erreur manifeste d'appréciation lorsqu'il considere que la décision rendue le 17 novembre 2004 par le tribunal israélien instituait au profit de la mere une mesure de garde provisoire (temporary custody).

94. Les

requérants estiment licite le déplacement de l'enfant en Suisse, notamment pour les raisons suivantes : le comportement du pere a l'égard de la requérante et les menaces de mort qu'il aurait proférées a son endroit justifiaient une mesure spéciale de protection qui aurait été accordée le 12 janvier 2005 ; le pere, par le fanatisme religieux qu'il afficherait publiquement, voudrait imposer unilatéralement a son enfant en bas âge, au mépris de l'intérêt de celui-ci et malgré le désaccord manifesté par la mere, un style de vie et une éducation religieuse radicale ultra-orthodoxes ; il aurait fait l'objet d'un mandat d'arret le 20 mars 2005 pour non-paiement de la pension alimentaire et aurait vu son droit de visite restreint et soumis a la surveillance des services sociaux en raison de son comportement irresponsable ; les plaintes pénales déposées contre lui en Israël seraient restées inefficaces ; enfin, le déplacement de l'enfant aurait été légal en vertu de la loi israélienne no 5722-1962 (Capacity and Guardianship Law), dont l'article 25 in fine prévoit qu'en cas de désaccord entre les parents,

l'enfant âgé de moins de six ans doit rester avec sa mere, et dont l'article 18 in fine autorise expressément l'un ou l'autre des parents a agir seul en cas d'urgence, ce qui serait le cas a fortiori quand il a la garde de l'enfant.

β) Le Gouvernement

95. Le

Gouvernement estime que le déplacement du requérant était illicite. Soulignant que le rapport explicatif de la Convention de La Haye, établi en avril 1981, oppose le « droit de garde » a un simple « droit de visite », il argue qu'« on aurait abouti a des résultats contestables si, a travers une égale protection accordée aux droits de garde et de visite, l'application de la Convention avait conduit, au fond, a la substitution des titulaires de l'un par ceux de l'autre ». Ainsi, la question de savoir s'il existe une garde conjointe devrait etre déterminée pour chaque cas d'espece a la lumiere du droit de la résidence habituelle de l'enfant.

96. Selon

le Gouvernement, il apparaît clairement, au regard de la définition donnée a l'article 5, alinéa premier, lettre a) de la Convention de La Haye, que le guardianship israélien couvre « le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son

lieu de résidence » au sens de cette disposition. Cette interprétation serait confirmée par le fait que l'article 3 de la Convention de La Haye mentionne expressément le cas où, comme en l'espèce, la garde est exercée conjointement. Il ressortirait clairement du rapport explicatif que sont notamment visés les cas de garde conjointe après une séparation ou un divorce des parents. A cet égard, le Gouvernement souligne que la Convention de La Haye prévoit expressément l'illicéité du déplacement de l'enfant contre la volonté du parent qui détient un droit de garde conjoint sans que l'enfant habite avec lui.

97. L'avis

selon lequel l'autorité parentale conjointe serait dénuée de pertinence des lors que la mère serait investie du droit de garde (« custody », voir l'opinion dissidente du juge Spielmann, jointe

à l'arrêt de la chambre), ne trouverait pas de fondement suffisant dans les passages du rapport explicatif cités à l'appui de cette opinion.

Relativement à l'observation du juge Spielmann, qui a relevé notamment que le rapport explicatif semblait opérer une distinction entre le droit de garde et l'autorité parentale en ce qui concerne des enfants confiés à une institution, le Gouvernement soutient qu'il ressort du passage en cause qu'en cas de placement forcé de l'enfant, c'est l'institution en question qui en a la garde au sens de la Convention de La Haye. Arguant qu'en pareil cas, l'institution est appelée à veiller aux besoins de l'enfant et, notamment, à déterminer son lieu de résidence, le Gouvernement conclut que ce passage confirme également que la garde au sens de la Convention de La Haye correspond, en droit israélien, au guardianship et non à la custody.

98. Compte

tenu de ce qui précède, le Gouvernement considère que la Convention de La Haye trouve à s'appliquer et que le déplacement du requérant hors d'Israël doit être considéré comme illicite au sens de cet instrument. L'ensemble des autorités saisies de l'affaire, qu'il s'agisse des autorités israéliennes, des autorités suisses ou de la chambre de la Cour, auraient d'ailleurs partagé cette appréciation.

iii. Appréciation de la Cour

99. En

l'espèce, la Cour relève que l'arrêt du Tribunal fédéral du 16 août 2007 se fonde principalement sur la Convention de La Haye, qui est incorporée au droit suisse. Toutefois, les requérants contestent l'applicabilité de cet instrument en l'espèce car, d'après eux, l'éloignement de Noam du territoire israélien par sa mère n'était pas illicite. La Cour doit dès lors examiner si la Convention de La Haye constituait une base légale suffisante pour ordonner le retour de l'enfant en Israël.

100. Elle

rappelle d'emblée que c'est au premier chef aux autorités nationales, notamment aux cours et tribunaux, qu'il appartient d'interpréter la législation interne. Il en va de même lorsque le droit interne renvoie à des règles du droit international général ou à des accords internationaux.

Le rôle de la Cour se limite à vérifier leur applicabilité et la compatibilité avec la Convention de l'interprétation qui en est faite (Waite et Kennedy c. Allemagne [GC], no 26083/94, § 54, CEDH 1999-I, et Korbely c. Hongrie [GC], no 9174/02, § 72, CEDH 2008-...).

101. En

l'espece, le déplacement du requérant a été examiné par trois juridictions internes qui ont toutes conclu, au terme de décisions dument motivées, que ce déplacement était illicite au sens de la Convention de La Haye. Cette appréciation a été confirmée par la chambre, principalement pour deux raisons : d'une part, bien que la requérante eut la garde, au moins provisoire, de l'enfant, le père détenait conjointement avec la mère l'autorité parentale (guardianship) en vertu du droit israélien ; d'autre part, le déplacement de Noam rendait en pratique le droit de visite du père illusoire.

102. Il

convient d'observer également que la notion de droit de garde, au sens de la Convention de La Haye, a une portée autonome (paragraphe 66-67 ci-dessus), dans la mesure où elle est appelée à s'appliquer à tous les Etats parties à cette convention, dont les systèmes juridiques peuvent varier quant à la définition de cette notion. En l'espece, il apparaît qu'en droit israélien, l'institution du guardianship se rapproche du droit de garde au sens de l'article 5, alinéa premier, lettre a), de la Convention de La Haye, cette notion comprenant en effet le droit « de décider du lieu de résidence » de l'enfant. Or, le guardianship comporte, lui aussi, ce droit. En l'espece, il a été violé, puisqu'il devait être exercé conjointement par les deux parents, et rien n'indique d'ailleurs qu'il n'a pas été exercé effectivement jusqu'au déplacement de l'enfant, comme le requiert l'article 3, alinéa premier, lettre b) de cette convention.

103. En

outre, il y a lieu de tenir compte de ce que la mère a emmené l'enfant en Suisse en violation de l'ordonnance d'interdiction de sortie du territoire israélien imposée à sa demande par le tribunal israélien compétent. Or il apparaît que les juridictions de certains Etats considèrent la violation de telles ordonnances comme donnant lieu à l'application de la Convention de La Haye (paragraphe 69-74 ci-dessus).

104. Enfin,

même si en principe la Convention de La Haye ne s'applique qu'en cas de violation d'un droit de garde, il ressort de son préambule, de son article premier, alinéa premier, lettre b) et de son article 21 (paragraphe 57 ci-dessus) qu'elle vise également à protéger le droit de visite. Or, en l'espece, il ne fait pas de doute que le déplacement du requérant a porté atteinte à la possibilité pour son père d'exercer le droit de visite dont il était investi.

105. Compte

tenu de ce qui précède, la Cour estime, avec la Chambre, que la requérante

a déplacé son enfant d'Israël vers la Suisse de manière « illicite » au sens de l'article 3 de la Convention de La Haye. Elle a ainsi commis un enlèvement au sens de cette convention, laquelle trouve donc à s'appliquer en l'espèce. Partant, en ce qu'elle ordonnait le retour de l'enfant conformément à l'article 12 de la convention, la mesure litigieuse reposait sur une base légale suffisante.

b. But légitime

106. La

Cour partage l'avis de la chambre selon lequel la décision de retour adoptée par le Tribunal fédéral avait pour but légitime de protéger les droits et libertés de Noam et de son père, ce qui n'a d'ailleurs pas été contesté par les parties devant la Grande Chambre.

c. Nécessité de l'ingérence dans une société démocratique

i. L'arrêt de la chambre

107. De

l'avis de la chambre, l'ingérence que constituerait le retour de Noam ne serait pas disproportionnée. À cet égard, la chambre a noté les nombreuses mesures prises par les autorités israéliennes afin de protéger les requérants lorsqu'ils résidaient encore dans le pays. Le retour en Israël était envisageable pour la mère ainsi que pour l'enfant, étant donné que celui-ci avait un âge où il pouvait encore s'adapter (§§ 80 et 89). En ce qui concerne le risque de sanction pénale contre la mère, la chambre a estimé dignes de foi les assurances données par les autorités israéliennes en la matière, eu égard notamment à leur attitude envers la mère et l'enfant avant leur départ en Suisse (§ 90). Elle a souligné également qu'il était dans l'intérêt supérieur de tout enfant de grandir dans un environnement lui permettant d'entretenir des contacts réguliers avec ses deux parents (§ 91). En outre, aucun indice ne porterait à croire que la requérante ne pourrait pas exercer une influence sur l'éducation religieuse de son fils ou que les autorités et tribunaux israéliens ne pourraient pas empêcher le père de l'envoyer dans une école religieuse « Heder » (§ 92).

ii. Thèses des parties

?) Les requérants

108. Les

requérants indiquent que, dans le cas d'espèce, il convient de rappeler que la requérante est titulaire du droit de garde de l'enfant tandis que le père ne bénéficie que d'un droit de visite limité et sous surveillance, compte tenu de son comportement selon eux inadmissible, qui aurait été reconnu comme tel de manière unanime par tous les juges saisis de cette affaire. Selon les requérants, ce point est essentiel, car il distingue nettement le présent cas de l'affaire *Bianchi c. Suisse* (no 7548/04, § 77, 22 juin 2006), dans laquelle la Cour a souligné que si elle n'a pas pour tâche de se substituer aux autorités compétentes pour régler les questions de garde et de visite, elle peut néanmoins apprécier, sous l'angle

de la Convention, les décisions que ces autorités ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation.

109. Les

requérants estiment que la méthode employée par le Tribunal fédéral s'éloigne très sensiblement de celle adoptée par les deux premières instances à l'appui de leurs décisions respectives : si celles-ci ont refusé de retenir une interprétation trop stricte des dispositions découlant des instruments internationaux pertinents, tel ne serait pas le cas du Tribunal fédéral, qui aurait limité le champ de son analyse en adoptant délibérément une position ouvertement restrictive. Alors que les premiers juges s'étaient prononcés contre le retour, en se fondant notamment sur l'intérêt supérieur de l'enfant, sur le risque grave de danger psychique, ainsi que sur la situation intolérable auxquels ils estimaient qu'il serait confronté en cas de retour en Israël, avec ou sans sa mère, le Tribunal fédéral aurait purement et simplement écarté cette approche, pourtant étayé par un rapport d'expertise, en déclarant que la mesure à prendre était finalement de contraindre la mère titulaire du droit de garde à retourner en Israël avec l'enfant sous peine de l'en séparer. Or, la requérante aurait toujours déclaré qu'elle ne retournerait pas en Israël, en raison non seulement de la situation intolérable qui l'avait précisément conduite à en partir en juin 2005, mais aussi du déracinement que cela entraînerait pour elle et pour son enfant et des démêlés judiciaires auxquels elle serait exposée dans ce pays. De plus, étant seule à assumer financièrement la charge de l'enfant, la requérante ne pourrait raisonnablement se voir contrainte d'abandonner son emploi en Suisse. Par ailleurs, l'enfant et sa mère seraient parfaitement intégrés dans le milieu et la vie sociale de Lausanne depuis plus de quatre ans.

110. Les

requérants estiment que le risque d'emprisonnement de la mère en cas de retour en Israël est avéré, et que les conséquences civiles d'une séparation d'avec son fils seraient désastreuses. Ils exposent qu'en vertu de la loi pénale israélienne 5737-1977, la mère encourt des sanctions pénales très sévères ; et que, contrairement à ce qu'a indiqué le Tribunal fédéral, elle se verrait très certainement infliger une telle sanction en cas de retour en Israël, ce qui constituerait indubitablement, selon eux comme selon le rapport du médecin expert en date du 16 avril 2007, un traumatisme psychique majeur et une situation intolérable pour l'enfant, qui se verrait en pratique imposer une séparation immédiate et douloureuse d'avec sa mère. Les requérants affirment que les conséquences d'une incarcération de la requérante en Israël seraient également désastreuses sur le plan civil pour l'avenir de la mère et du fils. Ils allèguent qu'en pareil cas, Noam, séparé de sa mère incarcérée, ne serait pas non plus confié à son père, en raison des décisions précédemment rendues à l'encontre de celui-ci, de son instabilité et de l'insuffisance de ses ressources. Ils rappellent

a ce stade que le pere s'est remarié le 1er novembre 2005 avec G., dont il a divorcé le 29 mars 2006 alors qu'elle était enceinte ; et ils précisent qu'il a ensuite contracté une troisieme union et qu'il a de nouveau été poursuivi en 2008, par sa seconde épouse cette fois, pour non-paiement d'une pension alimentaire pour leur fille.

111. Les requérants soutiennent également que ni les autorités israéliennes ni le gouvernement défendeur n'ont donné de garantie fiable qu'en cas de retour en Israël, la requérante serait a l'abri de sanctions pénales et d'une séparation d'avec son enfant, dont elle a la garde. La lettre produite par le gouvernement défendeur a l'appui de ses observations du 15 février 2008 (annexe 3 ; paragraphe 40 ci-dessus) ne contiendrait aucun élément permettant d'écarter de façon certaine tout risque de sanction pénale a l'encontre de l'intéressée en cas de retour.

112. Les requérants rappellent également que, dans son rapport d'expertise du 16 avril 2007, le docteur B., médecin expert, tenant compte du fait que la mere excluait un retour en Israël en raison des risques judiciaires auxquels elle serait exposée, a conclu qu'un retour de l'enfant sans sa mere constituerait un traumatisme psychologique majeur, générateur d'une angoisse de séparation extreme et d'un risque important de dépression sévère.

113. Selon les requérants, l'avis exprimé par le Tribunal fédéral et par le gouvernement défendeur dans la présente affaire ne reflète pas ceux du Conseil fédéral, de la doctrine et du Parlement suisse, ni ceux des principales organisations qui ont été consultées avant l'adoption, le 21 décembre 2007, de la nouvelle loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes.

114. Le non-retour de l'enfant en Israël ne porterait pas non plus atteinte au système international de protection institué par la Convention de La Haye ; au contraire, il le renforcerait. Selon les requérants, s'il est vrai que le principe de cet instrument est de renvoyer un enfant déplacé de manière illicite dans l'Etat de sa résidence habituelle avec l'aide des autorités centrales désignées a cette fin, il faut néanmoins souligner que ce principe est assorti d'une exception dans le cas où le retour exposerait l'enfant a un risque grave de danger physique ou psychique et/ou a une situation intolérable (article 13, alinéa premier, lettre b), de la Convention de La Haye). Par ailleurs, ils rappellent qu'aujourd'hui la Convention de La Haye n'est plus le seul instrument d'appréciation applicable aux procédures de cette nature. Ils soulignent que la Convention relative aux droits de l'enfant fait de l'intérêt supérieur de l'enfant une considération primordiale

dans toutes les décisions le concernant. Ainsi, ils estiment que le Tribunal fédéral aurait dû se garder d'écarter l'intérêt supérieur de l'enfant, et qu'à cette fin, il lui fallait, d'une part, rechercher et peser concrètement et objectivement les conséquences d'un éventuel retour du requérant en Israël et, d'autre part, rechercher et décrire, avant de se prononcer, les modalités adéquates et applicables après l'éventuel retour de l'enfant.

115. Quant

à la possibilité, pour les parents, de décider ensemble de l'éducation de l'enfant, elle ne serait pas envisageable en l'espèce, du fait de la position radicale adoptée par le père.

Les requérants soulignent à ce propos qu'au moment de son mariage avec la requérante, le 16 octobre 2001, M. Shuruk n'avait pas encore adopté un comportement religieux radical. Ce ne serait qu'à partir de l'automne 2003, soit peu de temps après la naissance de l'enfant, que le père aurait choisi, sans tenir compte de l'avis de la mère, de rejoindre un mouvement religieux ultra-orthodoxe, bouleversant ainsi totalement les règles de vie adoptées par les époux au moment de leur union. M. Shuruk ne contesterait d'ailleurs pas avoir rejoint le mouvement juif ultra-orthodoxe « Loubavitch », qui est selon les requérants un « courant mystique et ascétique » traditionnel relevant du judaïsme hassidique, qui pratiquerait un prosélytisme intense. M. Shuruk ne contesterait pas davantage avoir cherché à imposer à son épouse et à son enfant un mode de vie radical, qui impose par exemple aux femmes de se cacher les cheveux et aux garçons d'être envoyés dès l'âge de trois ans dans des écoles religieuses appelées « Heder ». À cet égard, la requérante précise qu'elle n'entend pas couper son fils de ses racines et que, depuis 2006, celui-ci fréquente une garderie laïque municipale un jour par semaine, et une garderie israélienne privée agréée par l'État ou lui sont enseignés, outre les modules du programme scolaire du canton de Vaud, les principes de base du judaïsme.

116. Enfin,

les requérants soutiennent que la protection de l'enfant commande que les autorités de l'État requis aient préalablement pris toutes les mesures de précaution nécessaires au retour ordonné. Or ils estiment qu'il ressort notamment des observations du Gouvernement du 15 février 2008 que l'arrêt du Tribunal fédéral du 16 août 2007 ne prévoyait aucune modalité d'exécution.

117. Pour

ces raisons, les requérants concluent que le retour de l'enfant 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 établi par l'article 8 de la Convention.

β) Le Gouvernement

118. Le

Gouvernement estime que si le retour en Israël implique pour la requérante

des désagréments qui peuvent être sources d'insatisfaction, ceux-ci sont inhérents au système de la Convention de La Haye, dont ils ne sauraient rendre le mécanisme inopérant. Selon le Gouvernement, ce ne serait que si le retour impliquait des violations des droits de l'homme allant au-delà de l'ingérence inhérente au retour prévu par la Convention de La Haye qu'il devrait être déclaré incompatible avec la Convention, hypothèse d'ailleurs prévue à l'article 20 de la Convention de La Haye. De l'avis du Gouvernement, les exceptions au retour de l'enfant doivent être appliquées de manière restrictive si l'on veut éviter que la Convention de La Haye ne devienne lettre morte.

119. Le

Gouvernement s'appuie également sur l'arrêt *Maumousseau et Washington c. France*, no 39388/05, CEDH 2007-XIII, dans lequel la Cour a précisé que le but de la Convention de La Haye était d'empêcher le parent ravisseur de parvenir à légitimer juridiquement, par le passage du temps jouant en sa faveur, une situation de fait qu'il aurait unilatéralement créée. Dans cette affaire, les autorités nationales auraient notamment souligné que la mère pouvait, contrairement à ce qu'elle soutenait, accompagner son enfant dans l'Etat ou il avait sa résidence habituelle, afin d'y faire valoir ses droits. La Cour aurait attaché une importance déterminante à cet élément, la mère pouvant accéder librement au territoire de l'Etat en question et y saisir les juridictions compétentes.

120. Selon

le Gouvernement, l'argumentation développée dans les opinions dissidentes en la présente affaire, puis reprise par les requérants dans leur demande de renvoi, n'est pas susceptible de remettre en question le bien-fondé de l'appréciation faite par le Tribunal fédéral et par la chambre. On ne pourrait pas déduire, dans le contexte de la Convention de La Haye, que la bonne intégration sociale de la requérante à Lausanne s'oppose à ce qu'elle accompagne le requérant si celui-ci retournerait en Israël. L'intéressée ayant vécu six ans dans ce pays, il y aurait lieu d'admettre qu'elle y dispose d'un certain réseau social. À cet égard, le Gouvernement souligne que l'expertise du docteur B. mentionne qu'elle a décidé de s'établir en Israël après y avoir passé des vacances dans sa famille.

121. En

ce qui concerne le risque de sanctions pénales, le Gouvernement estime que les opinions dissidentes et la demande de renvoi de la partie requérante ne font apparaître aucun élément nouveau. Il souligne qu'il ressort certes d'une lettre de l'autorité centrale israélienne remise à la chambre des tutelles par le père de l'enfant que le droit pénal israélien prévoit une peine privative de liberté pour enlèvement d'enfant ; mais que des directives du ministère public israélien prévoient que lorsqu'elle est saisie d'une telle affaire, la police transfère le cas à l'autorité centrale israélienne, qui est chargée de l'application de la Convention de La Haye et qui formule alors des recommandations

sur la solution à apporter au cas d'espèce. À cet égard, le Gouvernement rappelle que, selon les directives pertinentes, une procédure pénale ne doit être ouverte que dans des cas très exceptionnels, et que l'autorité centrale israélienne a indiqué que, dans la présente affaire, elle envisageait de donner pour instruction à la police 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 par le tribunal des affaires familiales de la région de Tel Aviv et si elle ne disparaissait pas à nouveau avec l'enfant (lettre du 30 avril 2007, jointe aux observations du Gouvernement du 14 août 2009). À cet égard, le Gouvernement estime que le système de la Convention de La Haye est fondé sur la confiance mutuelle des États parties à cet instrument, et que si un État devait ne pas se conformer aux assurances qu'il donne, il s'exposerait au risque que les autres États ne coopèrent plus avec lui de la manière prévue. Ainsi, le Gouvernement considère, comme la chambre, qu'il n'y a pas lieu de douter de la crédibilité des assurances données dans cette lettre et que la requérante ne risque pas de se voir infliger des sanctions pénales (§ 90 de l'arrêt de chambre).

122. Le

Gouvernement estime encore que, tout au long de la procédure interne, la requérante n'a jamais évoqué le moindre élément concret concernant d'éventuelles conséquences judiciaires auxquelles elle se verrait exposée en cas de retour. Bien au contraire, elle aurait affirmé devant la justice de paix, lors de l'audience du 29 août 2006, qu'elle n'envisageait même pas l'éventualité d'un retour en Israël et qu'elle ignorait ce qu'elle risquerait personnellement si elle retournait dans ce pays.

123. Enfin,

le fait que le père du requérant ne s'acquitte pas de ses obligations d'entretien ne s'opposerait pas non plus à ce que l'on puisse raisonnablement attendre de la requérante qu'elle retourne en Israël. De l'avis du Gouvernement, si l'on se place du strict point de vue de l'intérêt supérieur de l'enfant, il serait sans doute préférable pour lui de grandir en entretenant des contacts avec son père, même si celui-ci ne subvient pas à ses besoins matériels, que sans le connaître.

124. En

réponse aux craintes exprimées dans les opinions dissidentes, et reprises par les requérants dans leur demande de renvoi, selon lesquelles, premièrement, toute tentative de la requérante d'exercer une influence sur l'éducation religieuse de son fils serait vouée à l'échec et que, deuxièmement, la chambre se serait fiée de manière abstraite à un système juridique dont les principes en matière de droit de la famille diffèrent parfois sensiblement de ceux qui sont appliqués en Europe, le Gouvernement renvoie au rapport explicatif de la Convention de La Haye, selon lequel l'une des préoccupations prises en compte lors de la rédaction de la convention a été d'éviter le risque que les décisions rendues en application de cet instrument ne traduisent « des manifestations

du particularisme culturel, social, etc., d'une communauté nationale donnée » et donc, au fond, ne portent « des jugements de valeur subjectifs sur l'autre communauté nationale d'ou l'enfant vient d'être arraché » (§ 22 du rapport explicatif). De plus, en cas de désaccord quant à l'éducation religieuse d'un mineur, le tribunal attribuant l'autorité parentale se prononcerait en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant. Indépendamment de la question de savoir si les tribunaux israéliens saisis de l'affaire étaient religieux ou laïcs, on ne pourrait faire abstraction du fait qu'ils ont suivi les recommandations de l'assistante sociale en charge du cas et qu'ils ont imposé maintes restrictions au père du requérant, dont le comportement aurait pourtant été lié à ses idées religieuses. Rien ne permettrait donc d'affirmer que ces juridictions n'agiraient pas de manière appropriée en raison du « contexte religieux de l'affaire ».

125. Le

Gouvernement rappelle également qu'avant le départ des requérants, leur situation familiale 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 l'enfant de s'approcher de l'appartement de la requérante et de l'école maternelle où se trouvait le requérant, d'importuner ou de harceler la requérante de quelque façon que ce soit, y compris moralement, et ce en tout lieu, d'utiliser l'appartement où elle vivait, et de porter ou de détenir une arme. Le Gouvernement souligne qu'il n'est pas contesté que le père respectait ces mesures (protocole de l'audience du 29 août 2006 devant la justice de paix).

126. Il

ressortirait également d'une lettre adressée par l'autorité centrale israélienne au Tribunal cantonal que la loi israélienne de 1991 pour la prévention de la violence familiale prévoit des mesures de protection en cas d'allégations de violence dans le cadre de la famille (voir la lettre du 12 mars 2007, annexe 6 aux observations du Gouvernement du 14 août 2009). L'attitude des autorités israéliennes et les mesures prises avant le départ de la requérante avec son fils démontreraient que les dispositions de cette loi sont appliquées de manière efficace. Dans ces circonstances, et à la lumière des mesures prises par les autorités israéliennes, le Gouvernement estime que l'attitude du père du requérant ne constitue pas un risque au sens de l'article 13, alinéa premier, lettre b), de la Convention de La Haye.

127. Enfin,

le séjour prolongé des requérants en Suisse ne constituerait pas un obstacle à leur retour dans le cadre de l'application de la Convention de La Haye. Le Gouvernement, s'appuyant à cet égard sur l'arrêt de la chambre, considère en particulier que, compte tenu du jeune âge du requérant, celui-ci ne serait exposé à aucun risque au sens des dispositions pertinentes.

128. Dans

la mesure où les requérants ont également critiqué l'arrêt du Tribunal fédéral du 16 août 2007 en ce qu'il ne prévoit aucune modalité d'exécution, le Gouvernement rappelle que l'exécution des jugements du Tribunal fédéral relève de la compétence des autorités cantonales. Il précise que l'autorité compétente en l'espèce était la justice de paix du district de Lausanne, qui avait rendu la décision de première instance ; que, le 20 août 2007, le père de l'enfant a saisi cette autorité d'une requête tendant à la nomination d'un curateur ad hoc pour l'enfant chargé d'organiser son départ conformément

à la décision du Tribunal fédéral ; et que, la Cour ayant décidé, le 27 septembre 2007, d'accorder l'effet suspensif au cas d'espèce, le père a retiré sa requête le 1^{er}

octobre 2007. Telles seraient les raisons pour lesquelles, à ce stade, les modalités du retour de l'enfant n'ont pas encore été définies.

Le Gouvernement rappelle également que le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 16 août 2007, a ordonné le retour de l'enfant en partant du principe que l'on pouvait attendre de la mère qu'elle l'accompagne.

De plus, l'organisation du retour releverait en premier lieu de la responsabilité de la requérante qui, ayant enlevé son fils, se trouverait à l'origine du présent litige. Le Gouvernement expose cependant que, si la requérante avait fait part à l'autorité compétente pour l'exécution de l'arrêt du Tribunal fédéral de craintes concrètes liées à des aspects précis d'un retour en Israël, ladite autorité aurait pu examiner des mesures à même d'y remédier. Enfin, les autorités suisses n'auraient pas examiné plus avant les modalités du retour de l'enfant en raison des mesures provisoires indiquées par la Cour.

129. Le

Gouvernement considère que, de toute évidence, en présence d'un séjour d'une durée de plus de quatre ans dans le pays d'accueil, on ne peut plus parler de retour immédiat au sens de la Convention de La Haye ; et que, s'il est vrai qu'au moment de l'arrêt du Tribunal fédéral, il était justifié de ne pas tenir compte de l'écoulement du temps, tel n'est plus le cas aujourd'hui. En d'autres termes, il estime que les autorités compétentes pour l'exécution du retour ont le droit et le devoir d'examiner dans quelles conditions ce retour pourrait être effectué sans emporter violation des droits des intéressés.

130. Compte

tenu de ce qui précède, le Gouvernement est convaincu que les conditions visées à l'article 13, alinéa premier, lettre b), de la Convention de La Haye ne sont manifestement pas réunies en l'espèce et que, effectuée dans le respect de cette disposition, la pesée des intérêts en présence, même si elle implique des conséquences difficiles pour la requérante, respecte les exigences de l'article 8 § 2 de la Convention.

iii. Appréciation de la Cour

?) Principes généraux

131. La

Convention ne doit pas être interprétée isolément mais en harmonie avec les principes généraux du droit international. Il convient en effet, en vertu de l'article 31 § 3 c) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, de tenir compte de « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties », en particulier celles relatives à la protection internationale des droits de l'homme (Golder c. Royaume-Uni, 21 février 1975, série A no 18, § 29, Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne [GC], nos 34044/96, 35532/97 et 44801/98, § 90, CEDH 2001-II, et Al-Adsani c. Royaume-Uni [GC], no 35763/97, § 55, CEDH 2001-XI).

132. En

matière d'enlèvement international d'enfants, les obligations que l'article 8 fait peser sur les États contractants doivent des lors s'interpréter notamment en tenant compte de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (Iglesias Gil et A.U.I. c. Espagne, no 56673/00, § 51, CEDH 2003-V, et Ignaccolo-Zenide c. Roumanie, no 31679/96, § 95,

CEDH 2000-I) et de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (Maire, précité, § 72). La Cour s'est, par exemple, à plusieurs reprises inspirée de la Convention de La Haye, en particulier de son article 11, lorsqu'elle a été confrontée à la question de savoir si les autorités judiciaires ou administratives saisies d'une demande de retour d'un enfant ont procédé avec la rapidité et la diligence nécessaires, toute inaction d'une durée qui excède six semaines pouvant donner lieu à une demande de motivation (voir, pour le texte de cette disposition, paragraphe 57 ci-dessus et, pour des cas d'application, les arrêts Carlson c. Suisse, no 49492/06, § 76, CEDH 2008-..., Ignaccolo-Zenide, précité, § 102, Monory, précité, § 82, et Bianchi, précité, § 94).

133. Toutefois,

la Cour doit également tenir compte de la nature particulière de la Convention, instrument de l'ordre public européen pour la protection des êtres humains, et de sa propre mission, fixée à l'article 19, consistant à "assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties Contractantes" à la Convention (voir, parmi d'autres, Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, § 93, série A no 310). C'est pourquoi elle est compétente pour contrôler la procédure suivie devant les tribunaux internes, en particulier pour rechercher si, dans l'application et l'interprétation de la Convention de La Haye, ceux-ci ont respecté les garanties de la Convention, notamment de son article 8 (dans ce sens Bianchi, précité, 92, et Carlson, précité, § 73).

134. Dans

ce domaine, le point décisif consiste à savoir si le juste équilibre devant exister entre les intérêts concurrents en jeu – ceux de l'enfant, ceux des deux parents et ceux de l'ordre public – a été ménagé, dans les limites de la marge d'appréciation dont jouissent les États en la matière (Maumousseau et Washington, précité, § 62), en tenant compte toutefois de ce que l'intérêt supérieur de l'enfant doit constituer

la considération déterminante (dans ce sens *Gnahoré c. France*, no 40031/98, § 59, CEDH 2000-IX), comme en atteste d'ailleurs le Préambule de la Convention de La Haye selon lequel « l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde ». L'intérêt supérieur de l'enfant peut, selon sa nature et sa gravité, l'emporter sur celui des parents (*Sahin c. Allemagne* [GC], no 30943/96, § 66, CEDH 2003-VIII). L'intérêt de ces derniers, notamment à bénéficier d'un contact régulier avec l'enfant, reste néanmoins un facteur dans la balance des différents intérêts en jeu (*ibid.*, et *Haase c. Allemagne*, no 11057/02, § 89, CEDH 2004-III (extraits), ou *Kutzner c. Allemagne*, no 46544/99, § 58, CEDH 2002-I, avec les nombreuses références citées).

135. La

Cour note qu'il existe actuellement un large consensus – y compris en droit international – autour de l'idée que dans toutes les décisions concernant des enfants, leur intérêt supérieur doit primer (voir, ci-dessus, les multiples références citées dans les paragraphes 49-56, et notamment l'article 24 § 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne). Comme l'indique par exemple la Charte, « tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt ».

136. L'intérêt

de l'enfant présente un double aspect. D'une part, il prévoit que les liens entre lui et sa famille soient maintenus, sauf dans les cas où celle-ci se serait montrée particulièrement indigne. En conséquence, seules des circonstances tout à fait exceptionnelles peuvent en principe conduire à une rupture du lien familial et tout doit être mis en œuvre pour maintenir les relations personnelles et, le cas échéant, le moment venu, « reconstituer » la famille (*Gnahoré c. France*, précité, § 59). D'autre part, il est certain que garantir à l'enfant une évolution dans un environnement sain relève de cet intérêt et que l'article 8 ne saurait autoriser un parent à prendre des mesures préjudiciables à la santé et au développement de son enfant (voir, parmi d'autres, *Elsholz c. Allemagne* [GC], no 25735/94, § 50, CEDH 2000-VIII, et *Maršálek c. République tchèque*, no 8153/04, § 71, 4 avril 2006).

137. La

même philosophie se trouve à la base de la Convention de La Haye, qui prévoit en principe le retour immédiat d'un enfant enlevé sauf en cas de risque grave que ce retour ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable (article 13, alinéa premier, lettre b)). En d'autres termes, la notion d'intérêt supérieur de l'enfant est sous-jacente également à la Convention de La Haye. D'ailleurs, certaines juridictions nationales ont expressément intégré cette notion dans l'application du terme « risque grave » au sens de l'article 13, alinéa premier, lettre b), de cette convention (paragraphes 58-64 ci-dessus). Compte tenu de

ce qui précède, la Cour estime que l'article 13 doit être interprété en conformité avec la Convention.

138. Il

découle de l'article 8 que le retour de l'enfant ne saurait être ordonné de façon automatique ou mécanique dès lors que la Convention de La Haye s'applique. L'intérêt supérieur de l'enfant, du point de vue de son développement personnel, dépend en effet de plusieurs circonstances individuelles, notamment de son âge et de sa maturité, de la présence ou de l'absence de ses parents, de l'environnement dans lequel il vit et de son histoire personnelle (voir les lignes directrices du HCR, paragraphe 52 ci-dessus). C'est pourquoi il doit s'apprécier au cas par cas. Cette tâche revient en premier lieu aux autorités nationales, qui ont souvent le bénéfice de contacts directs avec les intéressés. Elles jouissent pour ce faire d'une certaine marge d'appréciation, laquelle s'accompagne toutefois d'un contrôle européen en vertu duquel la Cour examine sous l'angle de la Convention les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de ce pouvoir (voir, par exemple, *Hokkanen c. Finlande*, 23 septembre 1994, série A no 299-A,

p. 20, § 55, et *Kutzner* précité, §§ 65-66 ; voir également *Tiemann c. France et Allemagne*, (déc.), nos 47457/99 et 47458/99, CEDH 2000-IV, *Bianchi*, précité, § 92, et *Carlson*, précité, § 69).

139. En

outre, la Cour doit s'assurer que le processus décisionnel ayant conduit les juridictions nationales à prendre la mesure litigieuse a été équitable et qu'il a permis aux intéressés de faire valoir pleinement leurs droits (*Tiemann*, précité, et *Eskinazi et Chelouche c. Turquie* (déc.), no 14600/05, CEDH 2005-XIII (extraits)). Pour ce faire, elle doit vérifier si les juridictions nationales se sont livrées à un examen approfondi de l'ensemble de la situation familiale et de toute une série d'éléments, d'ordre factuel, affectif, psychologique, matériel et médical notamment, et si elles ont procédé à une appréciation équilibrée et raisonnable des intérêts respectifs de chacun, avec le souci constant de déterminer quelle était la meilleure solution pour l'enfant enlevé dans le cadre d'une demande de retour dans son pays d'origine (*Maumousseau et Washington*, précité, § 74).

140. La

Cour a déjà eu à examiner la question de savoir si les conditions d'exécution d'une mesure de retour d'un enfant étaient compatibles avec l'article 8 de la Convention. Elle a défini ainsi les obligations incombant aux États à cet égard dans l'affaire *Maumousseau et Washington* (arrêt précité, § 83) :

« Si l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir

l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, la Cour rappelle qu'il engendre de surcroît des obligations positives inhérentes à un « respect » effectif de la vie familiale. S'agissant de l'obligation pour l'État d'arrêter des mesures positives, l'article 8 implique le droit d'un parent – en l'occurrence le père – à des mesures propres à le réunir à son enfant et l'obligation pour

les autorités nationales de les prendre (voir, par exemple, *Ignaccolo-Zenide* précité, § 94). Toutefois, cette obligation

n'est pas absolue, car il arrive que la réunion d'un parent avec ses enfants ne puisse avoir lieu immédiatement et requière des préparatifs. La nature et l'étendue de ceux-ci dépendent des circonstances de chaque espèce, mais la compréhension et la coopération de l'ensemble des personnes concernées constituent toujours un facteur important. En outre, lorsque des difficultés apparaissent, dues principalement au refus du parent avec lequel se trouve l'enfant de se soumettre à l'exécution de la décision ordonnant son retour immédiat, il appartient aux autorités compétentes de prendre les mesures adéquates afin de sanctionner ce manque de coopération et, si des mesures coercitives à l'égard des enfants ne sont pas, en principe, souhaitables dans ce domaine délicat, le recours à des sanctions ne doit pas être écarté en cas de comportement manifestement illégal du parent avec lequel vit l'enfant (Maire précité, § 76). Enfin, dans ce genre d'affaire, le caractère adéquat d'une mesure se juge à la rapidité de sa mise en œuvre : les procédures relatives à l'attribution de l'autorité parentale, y compris l'exécution de la décision rendue à leur issue, appellent en effet un traitement urgent, car le passage du temps peut avoir des conséquences irrémédiables sur les relations entre l'enfant et le parent qui ne vit pas avec lui. La Convention de La Haye le reconnaît d'ailleurs, en prévoyant un ensemble de mesures tendant à assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus de façon illicite dans tout Etat contractant. Aux termes de l'article 11 de cette convention, les autorités judiciaires ou administratives saisies doivent ainsi procéder d'urgence en vue du retour de l'enfant, tout retard pour agir dépassant six semaines pouvant donner lieu à une demande d'explication (Maire précité, § 74). »

β) Application de ces principes au cas d'espèce

141.

La Cour n'a pas pour tâche de se substituer aux autorités compétentes dans l'examen de la question de savoir si l'enfant serait confronté à un risque grave de danger psychique, au sens de l'article 13 de la Convention de La Haye, en cas de retour en Israël. En revanche, elle est compétente pour rechercher si les tribunaux internes, dans l'application et l'interprétation des dispositions de cette convention, ont respecté les garanties de l'article 8 de la Convention, en tenant notamment compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.

142. La

Cour note que les juridictions nationales saisies du dossier n'ont pas été unanimes quant à la suite à lui donner. Ainsi, le 29 août 2006, le juge de paix du district de Lausanne rejeta la requête du père tendant au retour de l'enfant, estimant qu'il se trouvait dans un cas d'application de l'article 13, alinéa premier, lettre b), de la Convention de La Haye (paragraphe 36 ci-dessus). Le 22 mai 2007, cette décision fut confirmée en substance par la chambre des tutelles du tribunal

cantonal du canton de Vaud (paragraphe 41 ci-dessus). En revanche, le 16 août 2007, le Tribunal fédéral admit le recours du père et ordonna le retour de Noam. Selon lui, on chercherait en vain dans le jugement cantonal la preuve d'un risque grave de danger ou de situation intolérable pour l'enfant, dans l'hypothèse

– acceptable, d'après le Tribunal – ou la mère rentrerait en Israël (paragraphe 44 ci-dessus). Enfin, le 29 juin 2009, le président du tribunal d'arrondissement de Lausanne prit une ordonnance de mesures provisionnelles fixant le domicile de Noam chez sa mère à Lausanne, suspendant le droit de visite du père sur son fils et attribuant à titre exclusif l'autorité parentale à la mère. Il observa notamment que ni le père ni son avocat ne s'étaient jamais présentés aux audiences devant ce tribunal et estima que, des lors, le père s'était désintéressé de la cause (paragraphe 47 ci-dessus).

143. Par

ailleurs, plusieurs rapports d'expertise ont conclu à l'existence d'un danger pour l'enfant en cas de retour en Israël. D'après le premier, rendu le 16 avril 2007 par le docteur B., 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. Quant au retour de l'enfant sans sa mère, il l'aurait également exposé à un danger psychique majeur (paragraphe 37 ci-dessus). Le second rapport, établi le 23 février 2009 par le docteur M.-A., conclut au fait qu'un retour brutal de Noam en Israël sans sa mère constituerait un traumatisme important et une perturbation psychologique grave pour l'enfant (paragraphe 46 ci-dessus).

144. Il

semble donc qu'aux yeux des juridictions et experts nationaux, en tout état de cause seul un retour de Noam avec sa mère soit envisageable. Même le Tribunal fédéral, seule juridiction nationale à avoir ordonné le retour de l'enfant, a fondé sa décision sur la considération qu'en l'absence de motifs qui justifieraient objectivement un refus de la mère de rentrer en Israël, on pouvait raisonnablement attendre de celle-ci qu'elle retourne dans cet État avec l'enfant. Il convient des lors de déterminer si cette conclusion se justifie sur le terrain de l'article 8, c'est-à-dire si le retour forcé de l'enfant, accompagné de sa mère, qui semble pourtant exclure cette éventualité, représenterait une ingérence proportionnée dans le droit au respect de la vie familiale de chacun des requérants.

145. Même

si des doutes à ce sujet peuvent paraître justifiés, la Cour est prête à admettre qu'en l'espèce, la mesure en question entre encore dans la marge d'appréciation des autorités nationales en la matière. Toutefois, pour juger du respect de l'article 8, il convient de tenir

compte aussi des développements qui se sont produits depuis l'arrêt du Tribunal fédéral ordonnant le retour de l'enfant (voir, mutatis mutandis, *Sylvester c. Autriche*, nos 36812/97 et 40104/98, 24 avril 2003). La Cour

doit en effet se placer au moment de l'exécution de la mesure litigieuse (voir, mutatis mutandis, *Maslov c. Autriche [GC]*, no 1638/03, § 91, CEDH 2008-...). Si celle-ci intervient un certain temps après l'enlèvement de l'enfant, cela peut affecter notamment la pertinence en la matière de la Convention de La Haye, qui est essentiellement un instrument de nature procédurale, et non un traité relatif à la protection des droits de l'homme, protégeant les individus de manière objective. D'ailleurs, selon l'article 12, alinéa deuxième, de cette Convention, l'autorité judiciaire ou administrative saisie après l'expiration de la période d'un an prévue à l'alinéa premier doit certes ordonner le retour de l'enfant, mais à condition qu'il ne soit pas établi que celui-ci s'est intégré dans son nouveau milieu (voir, dans ce sens, *Koons c. Italie*, no 68183/01, §§ 51 et suiv., 30 septembre 2008).

146. La

Cour estime qu'elle peut s'inspirer ici, mutatis mutandis, de sa jurisprudence sur l'expulsion des étrangers (*Maslov*, précité, § 71, et *Emre c. Suisse*, no 42034/04, § 68, 22 mai 2008) en vertu de laquelle, pour apprécier la proportionnalité d'une mesure d'expulsion visant un mineur intégré dans le pays d'accueil, il y a lieu de prendre en compte son intérêt et son bien-être, en particulier la gravité des difficultés qu'il est susceptible de rencontrer dans le pays de destination, ainsi que la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec le pays hôte, d'une part, et avec le pays de destination, d'autre part. Entre également en ligne de compte la gravité des difficultés que l'un des membres de la famille de la personne menacée de l'expulsion risque de rencontrer dans le pays vers lequel elle doit être expulsée (dans ce sens *Üner c. Pays-Bas [GC]*, no 46410/99, § 57, CEDH 2006-XII).

147. S'agissant

de Noam, la Cour note qu'il a la nationalité suisse et qu'il est arrivé dans le pays en juin 2005, à l'âge de deux ans. Il y vit depuis lors sans interruption. Aux dires des requérants, il y est parfaitement intégré et y fréquente depuis 2006 une garderie laïque municipale et une garderie israélienne privée agréée par l'Etat. Par ailleurs, il est scolarisé en Suisse et parle le français (voir l'ordonnance de mesures provisionnelles du 29 juin 2009, paragraphe 47 ci-dessus). Même s'il est vrai qu'il est encore à un âge où la faculté d'adaptation est encore grande, le fait d'être une nouvelle fois déraciné de son milieu habituel aurait sans doute des conséquences graves pour lui, en particulier s'il rentrait seul, comme cela ressort des rapports médicaux. Son retour en Israël ne saurait donc être considéré comme bénéfique.

148. Des

lors, le trouble important que le retour forcé du requérant risque de provoquer dans son esprit doit être pesé par rapport au bénéfice qu'il est susceptible d'en retirer. À cet égard, il y a lieu de relever, avec le tribunal d'arrondissement, que des restrictions avaient été

imposées par les tribunaux israéliens, des avant l'enlèvement de l'enfant, au droit de visite du pere, lequel ne fut plus autorisé a le voir que deux fois par semaine, sous la surveillance des services sociaux, dans un centre de contact de Tel Aviv (paragraphe 47 ci-dessus). Par ailleurs, selon les requérants, non contredits par le Gouvernement, le pere de Noam se serait remarié le 1er novembre 2005 et aurait divorcé quelques mois plus tard seulement, alors que sa nouvelle épouse était enceinte. Il aurait ensuite contracté une troisieme union. Il aurait a nouveau été poursuivi en 2008, par sa deuxieme épouse cette fois, pour non-paiement d'une pension alimentaire pour sa fille. La Cour doute que de telles circonstances, a les supposer avérées, soient bénéfiques au bien-etre et au développement de l'enfant.

149. Quant

aux inconvénients qu'un retour représenterait pour la mere, elle pourrait etre exposée a un risque de sanctions pénales, dont l'ampleur reste toutefois a déterminer. Les requérants ont invoqué devant la Cour la lettre de l'autorité centrale israélienne, du 30 avril 2007, dont il ressort que l'éventuelle renonciation par les autorités israéliennes a des poursuites pénales serait soumise a plusieurs conditions liées au comportement de la requérante (paragraphe 40 ci-dessus). Dans ces conditions, de telles poursuites, qui le cas échéant pourraient donner lieu a une peine d'emprisonnement, ne sont pas a exclure entierement (voir, a contrario, Paradis et autres c. Allemagne, no 4783/03, (déc.), 15 mai 2003). Il est évident qu'un tel scénario ne serait pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant, pour lequel la requérante représente sans doute la seule personne de référence.

150.

Aussi le refus de la mere de retourner en Israël n'apparaît-il pas entierement injustifié. Possédant la nationalité suisse, elle a le droit de rester dans ce pays. A supposer meme qu'elle consente a retourner en Israël, se pose la question de savoir qui prendrait en charge l'enfant dans l'hypothese ou la requérante serait poursuivie, puis incarcérée. Il est permis de douter des capacités du pere de le faire, compte tenu de son passé et du caractere limité de ses ressources financieres. Il n'a jamais habité seul avec l'enfant et ne l'a pas vu depuis son départ.

151. En

conclusion, et a la lumiere de toutes ces considérations, notamment des changements ultérieurs dans la situation des intéressés, exprimés en particulier dans l'ordonnance de mesures provisionnelles du 29 juin 2009, la Cour n'est pas convaincue qu'il soit dans l'intérêt supérieur de l'enfant de retourner en Israël. Quant a la mere, elle subirait une ingérence disproportionnée dans son droit au respect de sa vie familiale si elle était contrainte de rentrer en Israël. En conséquence, il y aurait violation de l'article 8 de la Convention dans le chef des deux requérants si la décision ordonnant le retour en Israël du second

était exécutée.

III. SUR

LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 § 1 DE LA CONVENTION

152. La

chambre a considéré que le grief tiré de l'article 6 § 1 de la Convention devait être considéré comme constituant l'un des points essentiels du grief tiré de l'article 8 et qu'il n'y avait pas lieu de l'examiner séparément (arrêt de chambre, § 104).

153. La

Grande Chambre juge opportun de confirmer cette conclusion, et constate d'ailleurs que les parties ne l'ont pas contestée devant elle.

IV. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE

41 DE LA CONVENTION

154. Aux

termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

A. Dommage

155. Les

requérants ne demandent aucune somme au titre du dommage matériel. Ils estiment que le constat éventuel de violation de l'article 8 suffirait à réparer le préjudice moral subi.

156. La

Cour partage l'avis des requérants et conclut qu'aucun montant n'est dû au titre du dommage.

B. Frais et dépens

157. Au

titre des frais et dépens, les requérants demandent que leur soit allouée la somme globale de 53 625 EUR, qui se décompose comme suit : 18 158,81 EUR pour la procédure interne, 13 112,92 EUR pour la procédure devant la chambre, et 22 353,27 EUR pour la procédure devant la Grande Chambre.

158. Le

Gouvernement rappelle que les questions transmises par la chambre ne concernent qu'une partie des griefs soulevés. Des lors, il estime que si la Cour devait constater une violation des droits des requérants, un montant total de 10 000 CHF (environ 6 667 EUR) serait approprié en l'espèce au titre des frais et dépens engagés dans la procédure devant les instances internes et devant la chambre. En ce qui concerne la procédure devant la Grande Chambre, le Gouvernement considère qu'une somme de 7 000 CHF (environ 4 667 EUR) serait un montant approprié.

159. La

Cour rappelle que lorsqu'elle constate une violation de la Convention, elle peut accorder aux requérants le remboursement des frais et dépens qu'ils ont engagés devant les juridictions nationales pour prévenir ou faire corriger par celles-ci ladite violation (Zimmermann et Steiner c. Suisse, arrêt du 13 juillet 1983, série A no 66, p. 14, § 36, et Hertel c. Suisse, arrêt du 25 août 1998, Recueil 1998-VI, p. 2334, § 63). Il faut aussi que se trouvent

établis la réalité de ces frais, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux (Bottazzi c. Italie [GC], no 34884/97, § 30, CEDH 1999-V, et Linnekogel c. Suisse, no 43874/98, § 49, 1^{er} mars 2005).

160. Eu

égard à ce qui précède, la Cour note que seul le grief tiré de l'article 8 a en l'espèce abouti à un constat de violation de la Convention. Le surplus de la requête est irrecevable. De surcroît, il n'est pas certain que les prétentions des requérants soient suffisamment étayées pour satisfaire entièrement aux exigences de l'article 60 § 2 du règlement de la Cour. En tout état de cause, elles s'avèrent exagérées, notamment pour ce qui est du montant demandé pour la procédure devant la Grande Chambre. L'enlèvement de Noam ayant déjà été examiné en détail par les instances internes et par la chambre, la Cour n'est pas convaincue que la procédure devant la Grande Chambre, en particulier l'audience du 7 octobre 2009, ait nécessité l'assistance de cinq avocats, pour un coût total de 21 456 EUR.

161. Compte

tenu des éléments en sa possession et des critères dégagés dans sa jurisprudence, la Cour octroie aux requérants conjointement la somme globale de 15 000 EUR au titre des frais et dépens, plus tout montant pouvant être dû sur cette somme par les requérants à titre d'impôt.

C. Intérêts moratoires

162. La

Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. Dit, par seize voix contre une, que, dans l'éventualité de la mise à exécution de l'arrêt du Tribunal fédéral du 16 août 2007, il y aurait violation de l'article 8 de la Convention dans le chef des deux requérants ;

2. Dit, à l'unanimité, qu'il n'y a pas lieu d'examiner séparément le grief tiré de l'article 6 § 1 de la Convention ;

3. Dit, à l'unanimité,

a) que

l'Etat défendeur doit verser aux requérants conjointement, dans les trois mois, la somme de 15 000 EUR (quinze mille euros), pour frais et dépens, à convertir en francs suisses au taux applicable à la date du règlement, plus tout montant pouvant être dû sur cette somme par les requérants à titre d'impôt ;

b) qu'à compter de l'expiration dudit délai

et jusqu'au versement, ce montant sera à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;

4. Rejette, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis

prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 6 juillet 2010.

Zdanie odrebne w języku angielskim

CONCURRING OPINION OF JUDGE LORENZEN JOINED
BY JUDGE KALAYDJIEVA

I voted with the majority for finding a violation in the event of the enforcement of the Federal Court's judgment of 16 August 2007, and I also partly endorse the reasoning given for finding a violation. However, I would like to add some comments of my own concerning, in particular, one point where my opinion differs from what is stated in the judgment.

Let me first make

it clear that I fully agree with the majority that the Hague Convention is applicable in the present case and also that the applicant acted “wrongfully” within the meaning of that convention as she brought her child to Switzerland without the necessary authorisation from an Israeli court. Therefore the clear starting point for assessing this case is that the child should be returned to Israel in accordance with Article 12 of the Hague Convention unless the conditions for not doing so in Article 13 of that convention are fulfilled. I also agree with what is said in paragraph 141 of the judgment that it is not the Court's task to take the place of the competent authorities in examining whether, in case of return, there would be a grave risk that the child would be exposed to psychological harm within the meaning of that Article. National courts, having the benefit of direct contact with the persons involved, are better placed to make such assessments and must be accorded a reasonable margin of appreciation. However, it is for the Court to ascertain whether the application of the Hague Convention respected the guarantees of Article 8 of the European Convention on Human Rights.

In the present case

it is not in dispute that the return of the second applicant to Israel without his mother would expose him to a grave risk of psychological harm. This was recognised by all Swiss courts involved in the case and even by the child's father. The respondent Government also agreed with this finding. The Court can therefore, in my opinion, regard that as an established fact without further examination.

However, the judgment

of the Federal Court is based on the assumption that “it must be accepted that [the first applicant] could reasonably be expected to return to

[Israel] accompanied by the child". Similarly the Chamber found it "necessary to examine whether a return to Israel [might] be envisaged for the mother" and concluded that since she "ha[d] not put forward any other reasons why she would not be able to live in Israel, ... she [could] reasonably be expected to return to that country" (paragraph 88 of the Chamber judgment).

I disagree with these findings and do not find that the majority has addressed them convincingly for the following reasons:

The Hague Convention deals with wrongful removals of children and creates an obligation for the Contracting Parties to secure the expeditious return of the children concerned to the State from which they were removed.

It cannot be interpreted in such a way that it obliges the parent or, for that matter, any other person responsible for the abduction to return to that country as well. Nor does such an obligation, to my knowledge, follow from other Swiss law. If the Hague Convention were to be applied in such a manner, the reality would be that a person could be "condemned" to live outside his or her country of origin for a considerable number of years with all the complications that would entail, just because it is considered in the best interests of a child to have access to the other parent. This would in my opinion run counter to the right to respect for, inter alia, private life as guaranteed by Article 8 of the Convention as well as the guarantees on freedom of movement as embodied in Article 2 of Protocol No. 4 (see, for example, *mutatis mutandis*, *Riener v. Bulgaria*, no. 46343/99, 23 May 2006, and *Gochev v. Bulgaria*, no. 34383/03, 26 November 2009). Accordingly,

I find it irrelevant for the decision to be taken under the Hague Convention to look into whether a person has pertinent motives not to live in a certain country, which is the way it was decided in this case – and furthermore I find it improper to do so as only that person himself or herself can reasonably be the judge of such matters. In this respect it is striking that the Federal Court, as well as the Chamber, found that the first applicant could reasonably be expected to return to Israel, whereas the Israeli Family Court in its decision of 27 March 2005 stated that "she had no ties in that country" (paragraph 27 of the judgment).

The fact that the first applicant acted "wrongfully" within the meaning of the Hague Convention is in my opinion only relevant for determining whether an obligation to return a child at all arises under that convention. In this respect it should not be overlooked that she had in fact done what could reasonably be expected of her in the situation she faced, namely to ask the Israeli court to lift the ban on the child's removal from Israel. However, her request was rejected without any apparent consideration of her personal situation or the best interests of the child. Her reaction to the consequences of such a categorical refusal is understandable, albeit "wrongful" under the Hague Convention.

That being said, it is, however, my understanding of the Federal Court's judgment that

it did not – and could not – impose any legal obligation on the first applicant to take up residence in Israel. Accordingly the judgment could not be enforced against her personally if she refused to leave Switzerland and it is unclear whether in that case the judgment could be enforced at all, as it is based on the assumption that she accompanies the child. On the other hand, it seems to be the intention in this part of the reasoning in the judgment to put moral pressure on the first applicant to return to Israel with the second applicant. In my opinion it is at least doubtful that under certain circumstances – if at all – a court of law may be entitled to base a decision of this kind on considerations of a moral character without any basis in law. In any event, in the present case it had the unfortunate effect that it exempted the Federal Court from drawing the inevitable conclusion that the return of the child alone would not be justified under Article 13 of the Hague Convention. I do not in any way suggest that the Federal Court deliberately relied on this reasoning in order to circumvent that Article of the convention. On the contrary, I am convinced that this was not the case, and that the decision was made with the best intentions to comply with the obligations under the Hague Convention. However, the effect was, in my opinion, that Article 13 was not properly assessed and that accordingly there would be a violation of Article 8 of the European Convention on Human Rights in the event of the enforcement of the Federal Court's judgment of 16 August 2007, irrespective of any subsequent developments in the applicants' situation.

I would like to add

the following final remarks in order to avoid any misunderstanding as to the intentions behind my separate opinion. It cannot in any way be understood as casting doubt on the Hague Convention, which is an extremely important international instrument in the fight against child abduction. Nor has it been my intention to question the application of that convention in this Court's case-law to date. But it is my opinion that the circumstances of this case are unique in so far as it is undisputed that it was clearly in the best interests of the second applicant to stay with his mother irrespective of her country of residence. I do not recall any other case before the Court where the return of a child was ordered in similar circumstances. Accordingly, to refuse the return of the second applicant in this particular case would in no way undermine the normal application of the Hague Convention.

CONCURRING OPINION OF JUDGE CABRAL BARRETO

(Translation)

Whilst I agree with the finding that there would be a violation of Article 8 of the Convention if the decision ordering the second applicant's return to Israel were to be enforced, I would like to add the following remarks.

1. The return of the second applicant has not been advocated – neither by the Swiss

Federal Court nor by the Swiss Government – without taking into account his particular situation.

The Federal Court

has always accepted that the second applicant would have to return with his mother and has regarded this as a sine qua non: “Supposing that [the] risk [of the mother's detention on her arrival in Israel] were proven, she could not be expected to return to Israel with the child – and that would accordingly rule out the return of [the child] in view of the major psychological harm that would be caused to him by the separation from his mother” (see paragraph 44).

In turn the Government

have submitted that: “the authorities competent for the enforcement of the return have the right and the duty to examine the conditions in which the return could be implemented without breaching the applicants' rights” (see paragraph 129).

2. The judgment places

great emphasis on the risk of criminal proceedings against the mother and of subsequent imprisonment (see paragraph 150).

I recognise, as everyone

does, that this risk makes it impossible to envisage a return.

The risk must therefore

be removed and I believe that it would be possible if the competent Israeli authorities were to provide the Swiss authorities and the mother with reliable assurances that proceedings would not be brought against her for child abduction.

3. However, I would

still not find that sufficient.

In my view, it is

also necessary for the return of the child and his mother, and their resettlement in Israel, to take place in a calm atmosphere that is conducive to their well-being.

A number of conditions

would thus have to be fulfilled, such as appropriate accommodation for the mother and her child, and suitable employment for the mother.

In addition, the

mother should be entitled to bring proceedings, in particular to obtain a review of parental authority and the father's right of access.

4. Lastly, I fear

that the non-return of the child to Israel could have harmful consequences for his future, as Israel is the country where he was born and where he has his roots, and his situation vis-a-vis his country remains irregular.

5. Subject to all

the precautions that I have mentioned – and others which I may have overlooked – I would be prepared to accept that the applicant's return might not entail a violation of Article 8 of the Convention.

6. I am unable to

accept that the passage of time is sufficient to change an “unlawful” situation into a “lawful” one.

I do not wish to

endorse the first applicant's conduct and, to a certain extent, justify child abductions that survive the passage of time notwithstanding legal action against the abductor.

I am against anything

that could be seen as amounting to acceptance of attitudes that would result in the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction of 25 October 1980 becoming a dead letter.

CONCURRING OPINION OF JUDGE MALINVERNI

(Translation)

On 8 January 2009 I found with the majority

of the judges in the Chamber that Noam's return to Israel would not entail a violation of Article 8. I now affirm, again with the majority, that the rights set forth in that provision would be breached in respect of both applicants if the decision ordering the second applicant's return to Israel were to be enforced.

I must provide some

explanation as to the reasons why I have now come to see this case in a different light and have departed from my previous position. Those reasons relate to a number of factors, which have all arisen since the delivery of the Chamber judgment.

1. The aim of the

Hague Convention is to prevent the abducting parent from succeeding in legitimating, by the passage of time operating in his or her favour,

a

wrongful situation which he or she brought about unilaterally. It must, however, be recognised, that the longer an abduction lasts, the more difficult it becomes to demand the child's return, because the situation created by the abduction is consolidated by the passage of time.

As the Court stated

in a recent judgment, “in this kind of case, the adequacy of a measure is to be judged by the swiftness of its implementation. Proceedings relating to the return of an abducted child ... require urgent handling as the passage of time can have irremediable consequences for relations between the child and the parent with whom he or she does not live”¹.

In other words, it

is therefore a matter, once the conditions for the application of the Hague Convention have been met, of restoring as soon as possible the status quo ante in order to avoid the legal consolidation of de facto situations that were brought about wrongfully.

It should be noted

in this connection that the Hague Convention itself, in Article 11, requires the relevant judicial or administrative authorities to act expeditiously in proceedings for the return of children, and any failure

to act within six weeks may give rise to a request for a statement of reasons.

As to Article 12,

it provides that where a child has been removed and a period of less than one year has elapsed from the date of the removal, the authority concerned must order the return of the child forthwith (first paragraph).

Where a period of more than one year has elapsed since the date of the removal, the authority must also order the return of the child, unless it is demonstrated that the child is now settled in its new environment (paragraph 2).

Noam was born on

10 June 2003. He arrived in Switzerland on 24 June 2005, a few days after his second birthday. The Israeli Central Authority was not able to locate him until 21 May 2006, and the next day the Israeli Ministry of Justice sent a request for the child's return to the Federal Office of Justice in Berne.

The judicial proceedings

in Switzerland began on 8 June 2006, when Noam's father applied to the Lausanne District Justice of the Peace to secure the child's return to Israel. They ended with a judgment delivered by the Federal Court on 16 August 2007 and served on the first applicant's lawyer on 21 September 2007. In that judgment, the higher court ordered Noam's mother to make arrangements for the child's return to Israel before the end of September 2007.

The child was then

some four years and three months old. He had spent about two years in Switzerland and roughly the same amount of time in Israel.

The Chamber of the

Court gave its judgment on 8 January 2009, and that of the Grand Chamber was adopted on 2 June 2010.

Noam is now seven

years old. He has spent two years of his life in Israel and five in Switzerland.

I am of the opinion

that after so much time has passed, the restoration of the status quo ante is simply no longer possible to envisage.

2. The Chamber had

accepted that the mother could be required to return to Israel with her son. She had lived there for six years and it could be supposed that she still had a certain social network there. As regards the risk that she might be sentenced to imprisonment if she returned to Israel, the Chamber had relied on the assurances given by the Israeli authorities. However, it would seem that any waiver of criminal sanctions by those authorities would depend on a number of conditions related to the first applicant's conduct. It cannot therefore be taken for granted that the letter from the Israeli Central Authority of 30 April 2007 contained

firm assurances that the first applicant would not face any criminal sanctions. There would then be an issue as to who would take care of the child in the event of criminal proceedings against her and of her subsequent imprisonment.

3. The Chamber had

taken the view that Noam's removal to Switzerland was unlawful because the father held, jointly with the mother, rights of guardianship, which included, under Israeli law, the right to determine the child's place of residence (see Article 5 of the Hague Convention). The mother had not therefore been entitled to decide unilaterally where her son should live. In addition, that removal had rendered illusory, in practice, the right of access that had been granted to the father. The very purpose of Noam's return to Israel would therefore be to enable him to know his father and build a relationship with him.

The Chamber had granted

a certain weight to the report of Dr B., a child psychiatrist, according to whom there was a significant risk that Noam might be affected in his adolescence by the absence of a father figure, especially when he found out under what circumstances he had been separated from his father.

It can be seen, however,

from the order of 29 June 2009, which was made after the Chamber's judgment and is the most recent domestic court decision in the present case, and against which the parties have apparently not appealed, that the father's current abode is unknown, that he has never sought to see his son since the child has been living in Switzerland, and that he now seems to have lost interest in the case. Moreover, the applicants alleged, without being contradicted by the Government, that the father had remarried on 1 November 2005 but had divorced his new wife, while she was pregnant, only a few months later. In their submission, he had then married a third time and proceedings had been brought against him in 2008 by his second wife for defaulting on maintenance payments in respect of his daughter.

4. Lastly, one further

reason has led me to review my position: the Federal Act on International Child Abduction, which entered into force on 1 July 2009 and therefore after the judgment of the Federal Court and that of the Chamber. Section 5 of that Act seeks to crystallise the exception provided for in Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention, on account of the difficulties in interpreting that provision that have been encountered by the Swiss authorities responsible for its application.

Under the heading

"Return and interest of the child", that section provides in particular that a child is placed in an intolerable situation, within the meaning of Article 13, sub-paragraph (b), of the Hague Convention, where the following conditions are met:

(a) First, where

the child's placement with the parent who lodged the application is manifestly not in the child's interest. That condition appears to me to have been fulfilled in the present case in view of the personality of Noam's father, as it emerges from several passages in the judgment. Moreover, the father's capacity to take care of the child may be called into question, in view of his past conduct and limited financial resources. He has never lived alone with the child and has not seen him since his son left Israel.

(b) Second, where

the abducting parent, in the circumstances, is not in a position to take care of the child in the State where the child had his or her habitual residence at the time of the abduction, or manifestly cannot be so required.

That condition also appears to me to have been fulfilled. As the Court rightly observes, the mother's refusal to return to Israel does not appear entirely unjustified. Having Swiss nationality, she is entitled to remain in Switzerland. Even supposing that she agreed to return to Israel, there would be an issue as to who would take care of the child in the event of her imprisonment (paragraph 150 of the judgment).

In conclusion, it

is therefore mainly the passage of time, in conjunction with the discovery of the real personality of Noam's father, that led me to change my assessment of the issues in this case and to conclude that the child's return to Israel would not be in his interest.

JOINT SEPARATE OPINION OF JUDGES JOČIENE, SAJÓ AND TSOTSORIA

1. We voted with the majority in finding that, in the event of the enforcement of the Swiss Federal Court's judgment of 16 August 2007, there would be a violation of Article 8 of the Convention. However, we also think that such return in execution of the Federal Court's judgment (which orders the mother to secure the return of the child to Israel without additional conditions) would have constituted a violation of Article 8 of the Convention in so far as the Federal Court, in applying the Hague Convention, did not give proper consideration to the applicants' rights under Article 8 of the Convention.

2. Given that the first applicant acted "wrongfully", within the meaning of the Hague Convention, by abducting her child and bringing him to Switzerland without authorisation from an Israeli court, it follows that this convention is applicable in the present case.

3. The Court's task is not to substitute itself for the domestic authorities in the exercise of their responsibilities. (see, among other authorities, *Hokkanen v. Finland*, 23 September 1994, § 55, Series A no. 299-A, and *Kutzner v. Germany*, no. 46544/99, § 65, ECHR 2002-I). On the other hand,

we emphatically agree with the majority that the Court is competent to ascertain whether the domestic courts, in applying and interpreting the provisions of the Hague Convention, have secured the guarantees of the European Convention on Human Rights and especially those of Article 8 (see paragraph 133 of the judgment). In the present case the issue is therefore whether the guarantees of Article 8 were secured by the Swiss Federal Court in respect of both applicants when deciding on and ordering the second applicant's forced return to Israel.

4. In applying Article

13 of the Hague Convention the Federal Court was of the opinion that the "exceptions to return provided for under Article 13 of the Hague Convention must be interpreted restrictively; the parent who has abducted the child cannot take advantage of his or her unlawful conduct ... Only grave risks must be taken into consideration, excluding any grounds relating to the parents' child-raising capacities..." (quoted in paragraph 44, emphasis added). However, it was bound to secure the guarantees of Article 8 of the European Convention on Human Rights (see paragraph 133). The gravity of the risk has to be understood in harmony with and in the light of the Convention. The public order interest that consists in denying any advantage to someone's unlawful conduct cannot preclude other rights-based considerations, in particular that of the best interest of the child. The Hague Convention itself enables such a balanced approach in its Article 13.

The proper approach in the application of Article

13 of the Hague Convention would be a balanced consideration of the rights protected in Article 8, keeping in mind that in this context the proper balance can be established only if the best interest of the child is a primary consideration. For example, when a national authority is required to undo the harmful effects of the wrongful removal or retention of a child, it has to take into consideration the consequences of the return for the child; in other words it has to apply the Hague Convention in a forward-looking manner. A restrictive concept of grave risks may preclude a balanced assessment. Moreover, the application of Article 13 of the Hague Convention should entail a comprehensive analysis as suggested by sub-paragraph (b) of that Article, which specifically demands the avoidance of "intolerable situations" resulting from the return of the child.

We find that, as a result of the above-mentioned restrictive interpretation, the Federal Court failed to attribute proper weight to the interests and rights protected by Article 8, together with other Convention rights (in particular Ms Neulinger's dignity as an autonomous person).

5. The Federal Court

failed to provide reasonable grounds for its dismissal of Dr B.'s expert opinion, which had been ordered and accepted by the Vaud Cantonal Court. According to that opinion the child's return to Israel with his mother would expose him to a risk of psychological harm whose intensity could not be assessed without ascertaining the conditions of that return, in particular the conditions awaiting the

mother and their potential repercussions for the child (see paragraph 37). The Federal Court also failed to consider the impact of the father's limited rights of access and the potential financial hardship. These are paramount considerations to be addressed in applying Article 8, even if the specific decision concerns the return of a child wrongfully removed. Of course, given the specific nature of the situation, the weight of the different factors (for example, the weight of public order in relation to dissuasion of abduction) differs from what is applicable in "ordinary" child placement cases. National courts, having the benefit of direct contact with the persons involved, are better placed to make such assessments and must be accorded a reasonable margin of appreciation.

6. The judgment of

the Grand Chamber identifies a number of considerations that it finds relevant today in order to assess whether Article 8 has been complied with. The majority's approach indicates that in the application of the Hague Convention, Article 8 of the Convention requires a future-oriented approach, which can serve the best interests of the child.

We find that the overwhelming majority of those considerations were applicable as of 16 August 2007. The Court in particular refers to integration into the new environment (see paragraph 145) and to the seriousness of the difficulty the child and his mother are likely to encounter in the country of destination (see paragraph 146). In 2007 the child, having spent two years in Switzerland was already settled in his new environment. This was demonstrated in the domestic proceedings. The Court finds that this was so when it refers to nursery school attendance from 2006 onwards. However, this factor was disregarded by the Federal Court. The Court also finds that the pre-2007 restrictions on the father's right of access are relevant in the assessment of the risks for the child's well-being in the event of his return to Israel (see paragraphs 22 and 24.) Once again, the consideration of these factors is expressly precluded by the Federal Court's deliberately restrictive interpretation of the Hague Convention. Finally, in the view of the majority, the criminal sanctions that the mother might face in the event of her return are also a relevant risk for the child's well-being. Given that the mother is probably the only person to whom the child relates, such a risk is one that the Court finds not to be acceptable in 2010. But the facts and the resulting risks were already the same in 2007.

7. The Federal Court

recognised that the child's return without his mother would entail a grave risk for him but it found that the mother could reasonably be expected to accompany him to Israel and that the above risk did not therefore exist.

In the Federal Court's view, the mother had failed to provide objective reasons to justify her preference not to return. In particular it found that the possibility of her prosecution in Israel did not amount to an objective reason as it did not satisfy

the burden of proof that she was required to discharge in accordance with its restrictive interpretation of Article 13 of the Hague Convention. The reasoning of the Federal Court implies that in the absence of objective reasons the mother has a duty to return with her child. However, the uncontested legal obligation to take personal care of one's child does not entail an unconditional duty to do so at any place of residence, in total disregard of the Convention rights of the care provider. In its reasoning the Federal Court disregarded the possibility and related risk that the child might not be accompanied by his mother; the underlying assumption that the mother has to follow the child indicates a disregard of the mother's Article 8 rights, her freedom of movement and her personal autonomy. In this connection, we are in full agreement with the concurring opinion of Judge Lorenzen, joined by Judge Kalaydjieva.

8. We agree with

those judges that the decision of the Federal Court was certainly made with the best intentions to comply with the obligations under the Hague Convention. However, the effect was, in our opinion, that Article 13 of the Hague Convention was not properly assessed in the light of the Convention and therefore the judgment of the Federal Court of 16 August 2007 violated Article 8 of the European Convention on Human Rights irrespective of any subsequent developments in the applicants' situation.

DISSENTING OPINION OF JUDGE ZUPANČIČ

1. I

have voted against finding a conditional violation of Article 8, in other words, finding that there would be a violation in the event of the enforcement of the Federal Court's judgment of 16 August 2007. In my opinion, for two reasons, there has already been a violation of Article 8 of the Convention.

2. It is clear that the violation would have fully materialised, that is to say, the Swiss court's decision would have been executed, were it not for this Court's own imposition of an interim measure (under Rule 39 of the Rules of Court).

3. In this and a few other senses the violation has clearly been consummated in Switzerland.

4. This Court has never addressed, as potential violations, mere executions of final judgments (the reverse is true, however, for non-executions).

5. If a violation is found by this Court, it refers to the final decision in the domestic jurisdiction – rather than its mere execution.

6. In more practical terms, the hypothetical violation found by the majority now probably prevents the applicants from re-opening the proceedings in the domestic courts. Moreover, under Swiss law, which has been in the laudable forefront of this development, a finding of a clear violation by this Court, rather than merely a hypothetical one concerning the execution of a final judgment, would necessitate not only re-opening in a domestic court.

7. For it is now clear that such re-opening would also require the

Swiss domestic court to follow this Court's judgment, not only in its operative part but also in its reasoning.

8. If that were not the case – and this has also become clear – the applicants could then come back to the European Court of Human Rights and request that the domestic judgment, such as it might be, be brought into line with the Court's judgment.

9. The second of those two reasons is not merely pragmatic. It raises the important question of the extent to which the judgments of the European Court of Human Rights are in fact binding on national courts.

10. But it is of course the first reason which is decisive, because it implies that the violation *vel non* for this Court may hinge upon the simple fact of the execution *vel*

non of a final domestic judgment – and execution in the present case has, moreover, been suspended only because of our own imposition of an interim measure (under Rule 39).

11. My substantive objection to the majority judgment, however, derives from its completely warped reliance on the case of *Maumousseau and Washington v. France* (no. 39388/05, ECHR 2007-XIII).

12. Like cases should be decided alike. It is clear that the fact patterns in both cases are analogous, except that the risk for the mother in *Maumousseau and Washington*, had she returned to the USA, would have been much greater, including possible arrest at the border, not to mention the 25,000 US dollar deposit and the fact that she could only have seen her child in the presence of a guard in the courthouse for about half an hour – these being just some of the draconian conditions imposed by the family court judge in the first-instance family court of New York State.

13. If anything, the situation in the *Maumousseau and Washington* case was considerably worse, when compared to the situation in the present case.

14. It is therefore clear that the *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* case straightforwardly reverses the Section III case of *Maumousseau and Washington v. France*.

15. This is very easy to prove. The respondent in the present case, the Swiss Government, relied squarely on the Section III judgment in *Maumousseau and Washington* (see paragraph 119 of the judgment).

16. In *Maumousseau and Washington*, the Section's majority – but see my dissenting opinion! – stated that the aim of the Hague Convention was to prevent the “abducting parent” from succeeding in legitimating, by the passage of time operating in his or her favour, a *de facto* situation which he or she had brought about unilaterally (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). The Section chose to disregard the best interest of the child contingent upon the passage of time and other factors concerning the father.

17. It follows that in terms of *stare decisis*, the reliance of the Swiss Government upon *Maumousseau and Washington* was inescapably logical.

18. The Swiss Government was free *a fortiori* to take it for granted that the fact pattern in *Neulinger and Shuruk*, when compared with the situation in *Maumousseau and Washington*, was considerably less disadvantageous

to the mother and to the child. There the child had in the end been brutally snatched from the hands of the mother and delivered to the father in New York, with whom that girl, among other things, had never lived alone before.

19. Suffice it to say, because I explained my position in that case, that the Swiss authorities in their stare decisis reliance on Maumousseau and Washington had every reason to believe that

in Neulinger

and Shuruk the Court would a fortiori take the position that there would have been no violation had the child in fact been sent back to Israel.

20. Inexplicably, the Grand Chamber panel rejected the request for referral of Maumousseau and Washington.

21. Nevertheless, the issue, wrongly decided in Maumousseau and Washington, has now ricocheted and the Court

has reached, despite the hypothetical nature of the violation found here, a reasonably correct decision.

22. It follows inexorably that Neulinger and Shuruk is a complete reversal of Maumousseau and Washington and its "logic".

23. It is certainly bizarre to quote Maumousseau and Washington as if it were a case not only compatible with but actually supportive of the outcome in Neulinger and Shuruk.

1 Macready v. the Czech Republic, nos. 4824/06 and 15512/08, 22 April 2010 (not yet final at the time of adoption of the present judgment)

NEULINGER AND SHURUK
v. SWITZERLAND JUDGMENT

NEULINGER AND SHURUK
v. SWITZERLAND JUDGMENT

NEULINGER AND SHURUK
v. SWITZERLAND JUDGMENT – SEPARATE OPINIONS

NEULINGER AND SHURUK
v. SWITZERLAND JUDGMENT – SEPARATE OPINIONS

Zdanie odrebne w języku francuskim

(Traduction)

J'ai voté avec la majorité en faveur de la violation en cas d'exécution de l'arrêt du Tribunal fédéral en date du 16 août 2007, et je souscris en partie au raisonnement qui a abouti au constat de violation. Cependant, je souhaiterais ajouter quelques observations personnelles relatives en particulier à un point sur lequel je ne partage pas l'opinion exprimée dans l'arrêt.

Je tiens tout d'abord

à souligner que je suis entièrement d'accord avec la majorité sur le fait que la Convention de La Haye est applicable en l'espèce et que la requérante a agi de manière « illicite » au sens de cet instrument en emmenant son enfant en Suisse sans avoir obtenu l'autorisation nécessaire

d'une juridiction israélienne. Il est donc clair que cette affaire doit être appréciée à partir du fait que l'enfant devait être renvoyé en Israël en vertu de l'article 12 de la Convention de La Haye, à moins que les conditions justifiant de ne pas le faire énoncées à l'article 13 soient réunies. Je souscris totalement à ce qui est exposé au paragraphe 141 de l'arrêt : la Cour n'a pas pour tâche de se substituer aux autorités compétentes dans l'examen de la question de savoir si l'enfant serait confronté, en cas de retour, à un risque grave de danger psychique au sens de cet article. Les juridictions nationales, qui se trouvent au contact direct des protagonistes, sont mieux placées pour procéder à cette appréciation et doivent se voir accorder une marge d'appréciation raisonnable. Toutefois, il appartient à la Cour de rechercher si l'application qui a été faite de la Convention de La Haye a respecté les garanties de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

En l'espèce, il

n'est pas contesté que le retour en Israël du second requérant sans sa mère l'exposerait à un risque grave de danger psychique. Ce point a été reconnu par toutes les juridictions suisses qui ont eu à connaître de l'affaire, et même par le père de l'enfant. Le gouvernement défendeur lui-même l'a admis. Il me semble donc que la Cour peut considérer ce risque comme un fait établi sans procéder à un examen complémentaire. Cependant, l'arrêt

du Tribunal fédéral repose sur le postulat que « l'on peut raisonnablement attendre de [la première requérante] [qu'elle] accompagne l'enfant en Israël ». De même, la Chambre a estimé qu'il fallait « examiner si le retour en Israël [était] envisageable pour la mère », et elle a conclu que, celle-ci « n'invoquant pas d'autres motifs qui l'empêcheraient de vivre en Israël, [on pouvait] raisonnablement attendre d'elle qu'elle regagne ce pays » (paragraphe 88 de l'arrêt de chambre).

Ces conclusions n'emportent

pas mon adhésion et je ne trouve pas que la majorité les ait traitées de manières convaincantes, et ce pour les raisons suivantes :

La Convention de La Haye s'applique aux enlèvements illicites d'enfants, et pose en pareil cas une obligation pour les parties contractantes de garantir le retour rapide de ces enfants dans leur État d'origine.

On ne saurait l'interpréter comme obligeant le parent – ou toute autre personne responsable de l'enlèvement – à retourner lui aussi dans le pays en question. À ma connaissance, aucune autre loi suisse n'impose non plus pareille obligation. En retenant une telle application de la Convention de La Haye, on créerait en réalité la possibilité de « condamner » un individu à vivre hors de son pays d'origine pendant de nombreuses années, avec toutes les complications que cela comporte, au simple motif que l'on estime de l'intérêt supérieur de l'enfant de pouvoir voir son autre parent. À mon avis, une telle démarche se heurterait à l'article 8 de la Convention européenne des droits de

l'homme, qui garantit notamment le droit au respect de la vie privée, ainsi qu'a l'article 2 du Protocole no 4, qui garantit la liberté de circulation (voir par exemple, mutatis mutandis, les arrêts Riener c. Bulgarie du 23 mai 2006 et Gotchev c. Bulgarie du 26 novembre 2009). En conséquence, je considère qu'il est inutile, aux fins de la décision à prendre eu égard à la Convention de La Haye, d'examiner, comme cela a été fait dans la présente affaire, le point de savoir si une personne a des motifs pertinents de ne pas vivre dans un pays donné – de plus, je trouve déplacé de procéder à un tel examen, car la seule personne qui puisse raisonnablement trancher cette question est l'intéressé lui-même. Il est frappant que le Tribunal fédéral et la chambre de la Cour aient conclu que l'on pouvait raisonnablement attendre de la première requérante qu'elle retourne en Israël alors même que le tribunal des affaires familiales israélien avait indiqué dans sa décision du 27 mars 2005 que l'intéressée « n'avait pas d'attaches dans ce pays » (paragraphe 27 de l'arrêt).

A mon avis, le fait

que la première requérante ait agi de manière « illicite » au sens de la Convention de La Haye n'a d'importance que pour déterminer s'il pouvait exister en vertu de cet instrument une obligation de retour de l'enfant. À cet égard, il ne faut pas oublier qu'en fait, la requérante a d'abord fait ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elle dans la situation à laquelle elle se trouvait confrontée, c'est-à-dire qu'elle a demandé aux juridictions israéliennes de lever l'interdiction de sortie du territoire de son enfant. Or les juges ont rejeté sa demande sans paraître tenir compte de sa situation personnelle ni de l'intérêt supérieur de l'enfant. La réaction de l'intéressée face aux conséquences de ce refus catégorique est donc compréhensible, même si elle était « illicite » au sens de la Convention de La Haye.

Cela étant dit,

il me semble que le Tribunal fédéral n'a pas imposé à la requérante l'obligation juridique de s'installer en Israël, et qu'il ne pouvait d'ailleurs pas le faire. Dès lors, celle-ci ne pouvait se voir opposer directement l'arrêt du Tribunal si elle refusait de quitter la Suisse ; et le flou subsiste quant au point de savoir si, en ce cas, l'arrêt en question aurait pu être exécuté quant à ses autres dispositions, puisqu'il reposait sur le postulat que la mère accompagnerait l'enfant. Il semble plutôt que l'intention des juges dans cette partie de leur raisonnement était de faire pression moralement sur la première requérante pour qu'elle retourne en Israël avec le second requérant. Je vois mal comment un tribunal pourrait prétendre fonder une décision de cette sorte sur des considérations d'ordre moral, sans aucune base légale. Quoi qu'il en soit, cette démarche a eu pour conséquence malheureuse, en l'espèce, d'éviter au Tribunal fédéral de tirer la conclusion qui s'imposait, à savoir que le retour de l'enfant sans sa mère ne se justifiait pas en vertu de l'article 13 de la Convention de La Haye. Il n'est pas question ici de sous-entendre que le Tribunal

s'est délibérément appuyé sur ce raisonnement pour contourner l'article 13. Au contraire, je suis convaincu que tel n'était pas le cas, et que les juges étaient animés de l'intention de faire appliquer les obligations découlant de la Convention de La Haye. J'estime cependant qu'ils ont mal interprété cet article, de sorte qu'il y aurait violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en cas d'exécution de l'arrêt qu'ils ont rendu le 16 août 2007, quelle que puisse être l'évolution ultérieure de la situation des requérants.

Dans le souci d'éviter

tout malentendu quant aux raisons qui motivent cette opinion séparée, je voudrais encore ajouter ceci : je tiens à ce qu'il soit bien clair qu'il n'est nullement dans mon intention de remettre en cause la Convention de La Haye, qui est un instrument international extrêmement important pour la lutte contre les enlèvements d'enfant, ou son application dans la jurisprudence de la Cour jusqu'à présent. Cependant, je considère que les circonstances de la présente affaire sont exceptionnelles, dans la mesure où nul ne conteste qu'il était clairement dans l'intérêt supérieur du second requérant de rester avec sa mère, quel que soit le pays où celle-ci résiderait. Je ne me rappelle pas avoir vu d'autres cas portés devant la Cour dans lesquels le retour de l'enfant ait été ordonné en pareilles circonstances. Des lors, refuser le retour du second requérant dans cette affaire ne porte nullement atteinte à l'application normale de la Convention de La Haye.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE CABRAL BARRETO

Si je suis d'accord pour dire qu'il y aurait violation de l'article 8 de la Convention en cas d'exécution de la décision ordonnant le retour en Israël du second requérant, j'aimerais ajouter les remarques suivantes.

1. Que ce soit le

Tribunal fédéral suisse ou le gouvernement suisse, nul ne préconise le retour du requérant sans tenir compte de sa situation spéciale.

Le Tribunal fédéral

a toujours admis que le retour du requérant se faisait avec sa mère

et considéré cet élément comme une condition sine qua non : « A supposer que ce risque [risque d'emprisonnement de la mère à son arrivée en Israël] 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 » – § 44.

A son tour, le Gouvernement

a précisé que « les autorités compétentes pour l'exécution du retour ont le droit et le devoir d'examiner dans quelles conditions ce retour pourrait être effectué sans emporter violations des droits des intéressés » – § 129.

2. Il est accordé

beaucoup de poids dans l'arrêt au risque pour la mère d'être poursuivie,

puis incarcérée – § 150.

Comme tous, je suis

d'accord pour dire que ce risque rend le retour inenvisageable.

Il faut donc écarter

ce risque, ce qui me semble possible avec des garanties sûres des autorités

israéliennes compétentes assurant aux autorités suisses et à la

mère que celle-ci ne sera pas poursuivie pour l'enlèvement de l'enfant.

3. Mais cela ne me

suffit pas.

Pour moi, il faut

aussi que le retour et le séjour de l'enfant et de sa mère en Israël

se déroulent dans une ambiance sereine et propice à leur bien-être.

Il faut ainsi que

soient réunies un certain nombre de conditions, telles qu'un logement

approprié pour la mère et pour son fils et un travail adéquat pour

la mère.

De plus, la mère

doit avoir la possibilité d'entamer une procédure de révision en

ce qui concerne l'autorité parentale et le droit de visite du père.

4. Enfin, je crains

que le non-retour de l'enfant en Israël puisse avoir des conséquences

néfastes pour son avenir : Israël reste son pays de naissance, c'est

là que se trouvent ses racines, et sa situation par rapport à son

pays demeure irrégulière.

5. Avec toutes les

précautions que j'ai énoncées, et d'autres qui peut-être m'échappent,

je serais prêt à admettre que le retour du requérant n'emporterait

pas violation de l'article 8 de la Convention.

6. Je ne peux pas

accepter que le passage du temps suffise pour transformer une situation

« illicite » en situation « licite ».

Je ne veux pas entériner

le comportement de la requérante et, en quelque sorte, justifier les

enlèvements d'enfants dont les auteurs parviennent à résister aux

démarches juridiques pendant que le temps s'écoule.

Je déplore tout

ce qui pourrait être vu comme une sorte d'acceptation des conduites

qui ont pour conséquence de rendre lettre morte la Convention de la

Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international

d'enfants.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE MALINVERNI

Le 8 janvier 2009, j'ai dit avec la majorité

des juges de la chambre que le retour de Noam en Israël n'emporterait

pas violation de l'article 8. Aujourd'hui, j'affirme, toujours avec

la majorité, que les droits garantis par cette disposition seraient

violés dans le chef des deux requérants si la décision ordonnant le retour du second en Israël était mise à exécution.

Je me dois de donner

quelques explications sur les raisons qui m'ont conduit à voir aujourd'hui cette affaire sous un jour différent et à revenir sur ma position antérieure. Ces raisons tiennent à plusieurs facteurs, tous postérieurs à l'arrêt rendu par la chambre.

1. Le but de la Convention

de La Haye est d'empêcher que le parent ravisseur ne parvienne à légitimer par le passage du temps, qui joue en sa faveur, une situation illicite qu'il a créée de manière unilatérale. Il faut toutefois reconnaître que plus un enlèvement dure, plus il devient difficile d'exiger le retour de l'enfant, car la situation créée par l'enlèvement se consolide avec le passage du temps.

Comme l'a affirmé

la Cour dans un arrêt récent, « dans ce genre d'affaires, le caractère adéquat d'une mesure se juge à la rapidité de sa mise en œuvre.

Les procédures relatives au retour d'un enfant enlevé (...) exigent un traitement urgent, car le passage du temps peut avoir des conséquences irréversibles pour les relations entre l'enfant et celui des parents qui ne vit pas avec lui ».1

Il s'agit donc, en

d'autres termes, une fois les conditions d'application de la Convention de La Haye réunies, de revenir au plus vite au statu quo ante, en vue d'éviter la consolidation juridique de situations de fait initialement illicites.

Il convient de noter

à cet égard que la convention de La Haye elle-même exige, en son article 11, que les autorités judiciaires ou administratives saisies procèdent d'urgence au retour de l'enfant, toute inaction dépassant six semaines pouvant donner lieu à une demande de motivation.

Quant à l'article

12, il dispose que lorsqu'un enfant a été déplacé et qu'une période de moins d'un an s'est écoulée à partir de ce déplacement, l'autorité saisie doit ordonner son retour immédiat (alinéa premier). Lorsqu'une période de plus d'un an s'est écoulée depuis le jour du déplacement, l'autorité doit également ordonner le retour de l'enfant, à moins toutefois qu'il ne soit établi que celui-ci s'est intégré dans son nouveau milieu (alinéa deuxième).

Noam est né le 10

juin 2003. Il est arrivé en Suisse le 24 juin 2005, alors qu'il était âgé de deux ans et quelques jours. L'autorité centrale israélienne n'a été en mesure de le localiser que le 21 mai 2006, et le ministère israélien de la Justice a adressé à l'Office fédéral de la justice à Berne le lendemain une requête tendant au retour de l'enfant.

La procédure judiciaire

en Suisse a commencé le 8 juin 2006, lorsque le père de Noam a saisi

la Justice de paix du district de Lausanne afin que celle-ci ordonne le retour de l'enfant en Israël. Elle a pris fin par un arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 16 août 2007 et notifié à l'avocat de la requérante le 21 septembre 2007. Dans cet arrêt, la haute juridiction ordonnait à la mère de Noam d'assurer son retour en Israël avant la fin du mois de septembre 2007.

L'enfant avait alors

à peu près quatre ans et trois mois. Il en avait passé environ deux en Suisse et tout autant en Israël.

La chambre de la

Cour a rendu son arrêt le 8 janvier 2009 et la Grande Chambre le 2 juin 2010.

Noam est aujourd'hui

âgé de sept ans, dont deux passés en Israël et cinq en Suisse.

Je suis d'avis qu'après

l'écoulement d'un tel laps de temps, le rétablissement du statu quo ante n'est tout simplement plus envisageable.

2. La chambre avait

admis que l'on pouvait exiger de la mère qu'elle retourne en Israël avec son fils. L'intéressée y avait vécu pendant six ans, et on pouvait supposer qu'elle y disposait encore d'un certain réseau social. S'agissant du risque qu'elle soit condamnée à une peine d'emprisonnement en cas de retour en Israël, la chambre s'était fiée aux assurances qui avaient été données par les autorités israéliennes. Or il semblerait que l'éventuelle renonciation par lesdites autorités à des poursuites pénales serait soumise à plusieurs conditions liées au comportement de la requérante. On ne peut donc pas considérer que la lettre de l'autorité centrale israélienne datée du 30 avril 2007 contient des assurances fermes selon lesquelles la requérante n'encourrait aucune sanction pénale. Se pose dès lors la question de savoir qui prendrait en charge l'enfant dans l'hypothèse où sa mère serait poursuivie puis incarcérée.

3. La chambre avait

estimé que le déplacement de Noam en Suisse était illicite parce que le père détenait conjointement avec la mère l'autorité parentale (guardianship),

qui comprend, selon le droit israélien, le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant (article 5 de la Convention de La Haye).

La mère ne pouvait donc pas décider seule du lieu où résiderait son fils. En outre, ce déplacement rendait illusoire, en pratique, le droit de visite qui avait été accordé au père. Le but même d'un éventuel retour de Noam en Israël était donc de lui permettre de connaître son père et d'avoir des relations avec lui.

La chambre avait

accordé un certain poids au rapport du docteur B., pédopsychiatre, selon lequel il existait un risque important que Noam soit perturbé à l'adolescence en l'absence de figure d'identification paternelle,

surtout lorsqu'il apprendrait dans quelles circonstances il avait été séparé de son pere.

Il ressort toutefois

de l'ordonnance du 29 juin 2009, qui a été rendue apres l'arret de la chambre, qui est la décision judiciaire nationale la plus récente dans cette affaire, et contre laquelle les parties n'ont apparemment pas interjeté appel, que le domicile actuel du pere est inconnu, qu'il n'a jamais cherché a voir son fils depuis que l'enfant est en Suisse et qu'il semble désormais se désintéresser de la cause. D'ailleurs, selon les requérants, non contredits par le gouvernement, le pere se serait remarié le 1er novembre 2005 pour divorcer quelques mois plus tard seulement, alors que sa nouvelle épouse était enceinte.

Il aurait ensuite contracté une troisieme union et aurait été poursuivi en 2008, par sa deuxieme épouse, pour non-paiement d'une pension alimentaire pour sa fille.

4. Enfin, une derniere

raison m'a conduit a revoir ma position : il s'agit de la loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants, entrée en vigueur le 1er juillet 2009, donc postérieurement a l'arret du Tribunal fédéral et a celui de la chambre. L'article 5 de cette loi vise a concrétiser l'exception prévue a l'article 13, alinéa premier, lettre b), de la Convention de La Haye, en raison des difficultés d'interprétation de cette disposition qu'ont rencontrées les autorités suisses chargées de son application.

Intitulé « Retour

et intérêt de l'enfant », cet article dispose notamment que l'enfant est placé dans une situation intolérable au sens de l'article 13 alinéa premier, lettre b), de la Convention de La Haye dans les hypotheses suivantes :

a) D'abord, lorsque

le placement de l'enfant aupres du parent requérant n'est manifestement pas dans son intérêt. Cette condition me paraît réalisée dans le cas d'espece, au vu de la personnalité du pere de Noam, telle qu'elle ressort de plusieurs passages de l'arret. Il est d'ailleurs permis de douter des capacités du pere a s'occuper de l'enfant, compte tenu de son passé et du caractere limité de ses ressources financieres.

Il n'a jamais habité seul avec son fils et ne l'a jamais revu depuis son départ d'Israël.

b) Ensuite, lorsque

le parent ravisseur, compte tenu des circonstances, n'est pas en mesure de prendre soin de l'enfant dans l'État dans lequel celui-ci avait sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement ou que l'on ne peut manifestement pas l'exiger de lui. Cette condition me paraît elle aussi réalisée. Comme l'observe la Cour a juste titre, le refus de la mere de retourner en Israël n'apparaît pas entierement injustifié. Ayant la nationalité suisse, elle a le droit de rester en Suisse. A supposer

même qu'elle consente à retourner en Israël, il se poserait la question de savoir qui prendrait l'enfant en charge dans l'hypothèse où elle serait incarcérée (§ 150).

En conclusion, c'est

donc principalement le passage du temps, conjugué avec la découverte du véritable visage du père de Noam, qui m'a conduit à modifier mon appréciation des enjeux dans cette affaire, et à conclure que le retour de l'enfant en Israël ne serait pas dans son intérêt.

OPINION SÉPARÉE COMMUNE AUX JUGES JOČIENE,
SAJÓ ET TSOTSORIA

(Traduction)

1. Nous sommes d'accord avec la majorité pour dire qu'il y aurait violation de l'article 8 de la Convention en cas d'exécution de l'arrêt du Tribunal fédéral en date du 16 août 2007.

Nous considérons de surcroît qu'un retour en Israël opéré conformément à l'arrêt du Tribunal fédéral (qui ordonne à la mère de renvoyer son fils dans ce pays sans conditions supplémentaires) aurait emporté violation de l'article 8 de la Convention parce que le Tribunal n'a pas tenu dûment compte, dans son application de la Convention de La Haye, des droits des requérants protégés par cet article.

2. La première requérante ayant agi de manière « illicite » au sens de la Convention de La Haye en enlevant son enfant et en l'emmenant en Suisse sans l'autorisation des juridictions israéliennes, il s'ensuit que cet instrument est applicable en l'espèce.

3. La Cour n'a pas pour tâche de se substituer aux autorités internes dans l'exercice de leurs responsabilités (voir, parmi d'autres arrêts, *Hokkanen c. Finlande*, 23 septembre 1994, série A no 299-A, § 55, et *Kutzner c. Allemagne*, no 46544/99, CEDH 2002-I, § 65). Cela étant, nous sommes entièrement d'accord avec la majorité pour dire que la Cour est compétente pour déterminer si, dans leur application et leur interprétation des dispositions de la Convention de La Haye, les juridictions internes ont bien veillé au respect des garanties consacrées par la Convention européenne des droits de l'homme, et en particulier celles posées à l'article 8 (paragraphe 133 de l'arrêt). La question qui se pose en l'espèce est donc celle de savoir si le Tribunal fédéral suisse a bien respecté les garanties de l'article 8 à l'égard des deux requérants lorsqu'il a décidé et ordonné le retour contraint du second requérant en Israël.

4. Lorsqu'il a examiné l'affaire sous l'angle de l'article 13 de la Convention de La Haye, le Tribunal fédéral a estimé que « [l]es exceptions au retour prévues à l'art. 13 de la [Convention de La Haye] [devaient] être interprétées

de maniere restrictive », et il a précisé que « le parent auteur de l'enlèvement ne doit tirer aucun avantage de son comportement illégal » et que « [s]euls des risques graves doivent être pris en considération, à l'exclusion de motifs liés aux capacités éducatives des parents (...) » (extraits de l'arrêt suisse cité au paragraphe 44 de l'arrêt de la Cour, soulignements ajoutés). Or il était tenu de veiller au respect des garanties de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (paragraphe 133). La gravité du risque doit s'interpréter en accord avec la Convention européenne et à la lumière de ses dispositions. L'intérêt d'ordre public consistant à veiller à ce qu'un comportement illégal ne procure à son auteur aucun avantage ne saurait exclure les autres considérations relatives à la protection des droits individuels, en particulier celle de l'intérêt supérieur de l'enfant. La Convention de La Haye elle-même permet, par son article 13, cette approche mesurée.

Pour bien appliquer l'article 13 de la Convention de La Haye, il aurait fallu tenir dûment compte des droits protégés par l'article 8, en gardant à l'esprit que dans ce contexte, il ne peut être ménagé de juste équilibre qu'en accordant une importance primordiale à l'intérêt supérieur de l'enfant. Par exemple, lorsqu'une autorité nationale doit annuler les effets nuisibles du déplacement ou du non-retour illicites d'un enfant, elle doit tenir compte des conséquences qu'aurait le retour de celui-ci ; en d'autres termes, elle doit appliquer la Convention de La Haye en se tournant vers l'avenir. Une conception restrictive de la notion de risque grave peut faire obstacle à un examen mesuré. De plus, l'application de l'article 13 de la Convention de La Haye appelle une analyse complète, comme le suggère l'alinéa premier, lettre b), de cette disposition, qui commande expressément d'éviter de placer l'enfant, par son retour, dans une « situation intolérable ».

Nous estimons que, du fait de l'interprétation restrictive qu'il a retenue, le Tribunal fédéral n'a pas accordé le poids qu'il fallait aux intérêts et aux droits protégés par l'article 8, combinés avec d'autres droits garantis par la Convention (en particulier le droit de Mme Neulinger à la dignité en tant que personne autonome).

5. Le Tribunal fédéral

n'a pas avancé de motifs raisonnables pour justifier son rejet de l'expertise du Dr B., qui avait été ordonnée et admise par le tribunal du canton de Vaud. Selon cette expertise, 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 (paragraphe 37). Les juges n'ont pas non plus examiné l'impact du caractère limité des droits de visite du père et du préjudice financier potentiel.

Or ce sont là des facteurs qu'il est extrêmement important de prendre en compte lorsqu'on applique l'article 8, même lorsqu'il s'agit de décider

du retour d'un enfant ayant fait l'objet d'un déplacement illicite. Bien entendu, compte tenu de la nature particulière de la situation, le poids respectif des différents facteurs (par exemple, celui de l'ordre public lié à la dissuasion de l'idée de l'enlèvement) diffère de ce qui s'applique dans les affaires « ordinaires » de placement d'enfants. Les juridictions nationales, qui se trouvent au contact direct des intéressés, sont mieux placées pour procéder à cette appréciation et doivent se voir accorder une marge d'appréciation raisonnable.

6. L'arrêt de la

Grande Chambre expose un certain nombre de considérations que la Cour juge pertinentes aujourd'hui pour apprécier le respect de l'article 8. Le raisonnement de la majorité indique que dans l'application de la Convention de La Haye, l'article 8 de la Convention appelle une approche tournée vers le futur, qui serve l'intérêt supérieur de l'enfant.

Nous considérons que, dans leur écrasante majorité, ces considérations étaient déjà applicables le 16 août 2007. En particulier, la Cour mentionne l'intégration du second requérant dans son nouvel environnement (paragraphe 145) et la gravité des difficultés que sa mère et lui seraient susceptibles de rencontrer dans le pays de destination (paragraphe 146). Or en 2007, l'enfant, qui avait passé deux années en Suisse, s'était déjà adapté à son nouvel environnement. Cela avait été démontré au cours de la procédure interne. La Cour elle-même le constate lorsqu'elle observe qu'il allait régulièrement à l'école depuis 2006. Cependant, l'arrêt du Tribunal fédéral ne tient pas compte de cet élément. La Cour considère également que les restrictions posées au droit de visite du père avant 2007 sont un facteur pertinent d'appréciation des risques pour le bien-être de l'enfant en cas de retour en Israël (paragraphe 22 et 24). La Cour, encore, le Tribunal fédéral a expressément refusé de tenir compte de ces facteurs en adoptant une interprétation délibérément restrictive de la Convention de La Haye. Enfin, selon la majorité, les sanctions pénales que la mère risquerait de se voir imposer en cas de retour sont également un risque pertinent pour le bien-être de l'enfant. En effet, l'intéressée étant probablement la seule personne de référence pour son fils, la Cour ne juge pas un tel risque acceptable en 2010. Or les faits et les risques qui en découlaient étaient les mêmes en 2007.

7. Le Tribunal fédéral

a reconnu qu'un retour du second requérant sans sa mère le soumettrait à un risque grave, mais il a estimé que l'on pouvait raisonnablement attendre de l'intéressée qu'elle accompagne son fils en Israël, et que le risque susmentionné n'existait donc pas.

Il a considéré que la première requérante n'avait pas avancé de motifs justifiant objectivement son choix de ne pas retourner en Israël. Retenant une interprétation restrictive de l'article 13 de la Convention de La Haye, il a jugé notamment qu'il

incombait à la requérante de démontrer de manière satisfaisante le risque allégué de poursuites en cas de retour en Israël, qu'elle n'avait pas établi la réalité de ce risque et que, des lors, il ne constituait pas un motif objectif de non-retour. Ce raisonnement implique qu'en l'absence de raisons objectives, la mère est tenue de retourner avec son enfant dans le pays de départ. Or, s'il n'est pas contesté que les responsables légaux d'un enfant sont juridiquement tenus de prendre soin de lui personnellement, cette obligation ne leur impose pas de manière inconditionnelle de le faire dans un lieu imposé, ce qui serait absolument contraire à leurs droits garantis par la Convention. Dans son raisonnement, le Tribunal fédéral a exclu la possibilité, et le risque correspondant, que l'enfant ne soit pas accompagné par sa mère, en partant du principe que celle-ci devait suivre l'enfant – ignorant ainsi les droits de l'intéressée garantis par l'article 8, sa liberté de circulation et son autonomie personnelle. À cet égard, nous souscrivons totalement à l'opinion concordante du juge Lorenzen rejoint par le juge Kalaydjieva.

8. Comme eux, nous

sommes persuadés que les juges du Tribunal fédéral étaient animés des meilleures intentions et qu'ils voulaient faire appliquer les obligations imposées par la Convention de La Haye ; mais nous estimons qu'ils n'ont pas interprété correctement l'article 13 de cet instrument à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme et que, des lors, leur arrêt du 16 août 2007 a emporté violation de l'article 8 de la Convention européenne, quelle que puisse être l'évolution ultérieure de la situation des requérants.

OPINION DISSIDENTE DU JUGE ZUPANČIČ

(Traduction)

1. J'ai voté contre le constat d'une violation conditionnelle de l'article 8 (en d'autres termes, contre le constat qu'il y aurait violation dans l'hypothèse ou l'arrêt du Tribunal fédéral en date du 16 août 2007 serait exécuté). À mon avis, l'article 8 de la Convention est déjà violé, et ce pour deux raisons.
2. Il est clair que la violation se serait concrétisée – c'est-à-dire que la décision de la juridiction suisse aurait été exécutée – si la Cour n'avait pas indiqué de mesure provisoire (en vertu de l'article 39 du règlement).
3. En ce sens, et par quelques autres aspects, la violation a clairement été consommée en Suisse.
4. La Cour n'a jamais, jusqu'ici, considéré comme des violations potentielles la simple exécution de décisions de justice définitives (alors que la non-exécution peut emporter violation).
5. Lorsque la Cour constate une violation, l'élément constitutif est la décision définitive

d'une juridiction interne, et non pas simplement l'exécution de la décision en question.

6. Plus concrètement,

le caractère hypothétique de la violation à laquelle conclut la majorité empêche probablement maintenant les requérants d'obtenir la réouverture de la procédure devant les juridictions internes. De plus, en vertu du droit suisse – qui a, de manière louable, joué un rôle pionnier en la matière – le constat par la Cour d'une violation nette, et non d'une violation purement hypothétique en cas d'exécution d'une décision de justice définitive, n'entraînerait pas uniquement la réouverture de l'affaire devant les juridictions internes.

7. En effet, il est

clair aujourd'hui qu'une telle réouverture imposerait aussi à la juridiction suisse de suivre l'arrêt de la Cour non seulement en son dispositif, mais aussi en ses motifs.

8. Il est clair également que si les juges nationaux manquaient à cette obligation, les requérants pourraient revenir devant la Cour européenne des droits de l'homme et demander que la décision de justice interne, quelle qu'elle puisse être, soit mise en conformité avec cet arrêt.

9. Cette seconde raison

n'est pas seulement d'ordre pragmatique. Elle soulève aussi l'importante question de savoir dans quelle mesure les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme sont effectivement contraignants pour les juridictions nationales.

10. Cela étant, c'est

bien entendu la première raison qui est cruciale, car la conclusion de la majorité implique que le constat par la Cour de la violation ou de la non-violation peut dépendre du simple fait qu'une décision définitive des juridictions internes a ou n'a pas été exécutée, et ce même lorsque le sursis à l'exécution n'est du, comme en l'espèce, qu'à une mesure provisoire imposée par la Cour (en vertu de l'article 39 du règlement).

11. Mon objection

de fond à l'avis de la majorité vient toutefois de ce qu'il est absolument erroné de s'appuyer sur l'affaire *Maumousseau et Washington c. France* (no 39388/05, CEDH 2007-XIII) pour conclure à la violation.

12. Les affaires semblables

devraient connaître une issue semblable. À l'évidence, les circonstances factuelles des deux affaires sont analogues, si ce n'est que dans l'affaire *Maumousseau et Washington* le risque qu'aurait encouru la mère si elle était retournée aux États-Unis aurait été bien plus important, puisqu'elle se serait alors exposée à une arrestation à la frontière, à l'obligation de déposer une caution de 25 000 dollars et à l'impossibilité de voir sa fille autrement qu'en présence d'un garde, au tribunal, et pendant environ une demi-heure, pour ne citer que certaines des conditions draconiennes

imposées par le juge aux affaires familiales de l'Etat de New York en première instance.

13. S'il y avait ici

une différence avec l'affaire Maumousseau et Washington, elle résiderait donc dans le fait que la situation en cause dans cette affaire-la était bien pire que celle en question en l'espèce.

14. Il apparaît donc

que l'affaire Neulinger et Shuruk c. Suisse constitue un total revirement par rapport à l'arrêt rendu par la troisième section dans l'affaire Maumousseau et Washington c. France.

15. Il est d'ailleurs

très facile de le démontrer. Dans la présente affaire, l'Etat défendeur, la Suisse, s'est appuyé ouvertement sur l'arrêt rendu par la troisième section dans l'affaire Maumousseau et Washington (paragraphe 119 de l'arrêt).

16. Dans cette affaire,

la majorité de la section avait déclaré (voir cependant mon opinion dissidente) que le but de la Convention de La Haye était d'empêcher le « parent ravisseur » de parvenir à légitimer juridiquement, le passage du temps jouant en sa faveur, une situation de fait unilatéralement créée par lui (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). Elle avait ainsi choisi d'ignorer l'intérêt supérieur de l'enfant, lui-même déterminé par le passage du temps et par d'autres facteurs concernant le père.

17. Il s'ensuit qu'au

regard du principe *stare decisis*, la démarche du gouvernement suisse consistant à s'appuyer sur l'arrêt Maumousseau et Washington était d'une logique imparable.

18. Le gouvernement

suisse pouvait a fortiori considérer comme certain que les circonstances factuelles de l'affaire Neulinger et Shuruk, comparées à celles de l'affaire Maumousseau et Washington, étaient bien moins désastreuses pour la mère et pour l'enfant. Dans l'affaire contre la France, en effet, la fille avait pour finir été brutalement arrachée à sa mère pour être remise, à New York, à son père, avec lequel elle n'avait notamment jamais vécu seule.

19. Ayant déjà expliqué

ma position dans l'affaire Maumousseau, je me bornerai à dire que les autorités suisses avaient toutes les raisons de croire, en s'appuyant sur ce précédent, qu'en l'affaire Neulinger et Shuruk la Cour considérerait a fortiori qu'il n'y aurait pas de violation dans le cas où l'enfant serait renvoyé en Israël.

20. Dans l'affaire Maumousseau

et Washington, le collège de la Grande Chambre avait, de manière inexplicable, rejeté la demande de renvoi devant celle-ci.

21. Cependant, la

question tranchée alors de manière si discutable s'est à nouveau posée, et la Cour est parvenue à une décision qui, malgré le caractère hypothétique de la violation constatée en l'espèce, est acceptable.

22. Il s'ensuit inexorablement

que l'affaire Neulinger et Shuruk constitue un revirement complet par rapport
à l'affaire Maumousseau et Washington et à sa « logique ».

23. Je trouve des

lorsquelque peu étrange de citer l'arrêt Maumousseau et Washington comme si non seulement il était
compatible avec l'arrêt Neulinger et Shuruk, mais encore il le justifiait.

1 Arrêt Macready c. République tchèque, n°s

4824/06 et 15512/08, du 22 avril 2010, non encore définitif au moment
de l'adoption du présent arrêt.

NEULINGER ET SHURUK

c. SUISSE

NEULINGER ET SHURUK

c. SUISSE

NEULINGER ET SHURUK

c. SUISSE – OPINIONS SÉPARÉES

NEULINGER ET SHURUK

c. SUISSE – OPINIONS SÉPARÉES