

UNIVERSITE DE LAUSANNE

ÉCOLE DE DROIT

FACULTE DE DROIT, DES SCIENCES CRIMINELLES

ET D'ADMINISTRATION PUBLIQUE

**LA MEDIATION FAMILIALE INTERNATIONALE DANS LES CAS
D'ENLEVEMENTS INTERNATIONAUX D'ENFANTS**

MEMOIRE DE LA MAITRISE UNIVERSITAIRE EN DROIT

présenté

par

Alexann Frei

sous la direction de

Me Cinthia Lévy,

Chargée de cours à la Faculté de droit de l'UNIL

Lausanne, le 23 mai 2022

Table des matières

TABLE DES ABREVIATIONS.....	III
BIBLIOGRAPHIE.....	VI
1. INTRODUCTION	1
2. LES ENLEVEMENTS INTERNATIONAUX D’ENFANTS	1
2.1. CONTEXTE (SELON LA PERSPECTIVE DU DROIT SUISSE).....	1
2.2. ENLEVEMENT, DISTINCTION ENTRE DEPLACEMENT ILLICITE ET NON-RETOUR ILLICITE.....	3
2.3. ENJEUX	4
2.3.1. <i>Pour l’enfant</i>	4
2.3.2. <i>Pour les parents</i>	5
2.3.3. <i>Pour la famille au sens large</i>	6
3. LA MEDIATION EN GENERAL	6
3.1. DEFINITIONS	6
3.2. CARACTERISTIQUES	7
3.2.1. <i>Processus et relation triangulaire</i>	7
3.2.2. <i>Liberté, autonomie et responsabilité des parties, menant à l’humanité du processus</i>	7
3.2.3. <i>Qualités du médiateur</i>	8
3.2.4. <i>Confidentialité de la médiation</i>	9
3.3. TYPES DE MEDIATION	9
4. LES BASES LEGALES DE LA MEDIATION DANS LE CADRE D’ENLEVEMENTS INTERNATIONAUX D’ENFANTS.....	10
4.1. EN GENERAL – PRINCIPE FONDAMENTAL DU BIEN DE L’ENFANT	10
4.2. DROIT INTERNATIONAL.....	11
4.2.1. <i>CLaH 80</i>	11
4.2.2. <i>CLaH 96</i>	12
4.2.3. <i>Autres instruments internationaux</i>	12
4.3. DROIT NATIONAL	13
4.4. RELATIONS ET COMPATIBILITE ENTRE LE DROIT INTERNATIONAL ET LA LF-EEA.....	14
4.5. DIFFERENTS CAS D’ENLEVEMENTS INTERNATIONAUX ET LEGISLATIONS APPLICABLES	15
5. LA MEDIATION FAMILIALE INTERNATIONALE EN CAS D’ENLEVEMENT	16
5.1. DEFINITIONS, BUTS ET CARACTERISTIQUES.....	16
5.2. PROCESSUS DE MEDIATION	18
5.2.1. <i>Moment et mise en œuvre de la médiation – Exemples de la LF-EEA</i>	18
5.2.1.1. Médiation préventive.....	18
5.2.1.2. Médiation pré-judiciaire	19

5.2.1.3.	Médiation judiciaire.....	19
5.2.1.4.	Médiation post-judiciaire.....	20
5.2.2.	<i>Participants à la médiation</i>	20
5.2.2.1.	Les parents.....	20
5.2.2.2.	Le médiateur ou les médiateurs	21
5.2.2.3.	L'enfant	23
5.2.2.4.	Les représentants des parties à la médiation	25
5.2.2.5.	Autres participants.....	27
5.2.3.	<i>Déroulement de la médiation</i>	27
5.2.3.1.	Prise de contact et échanges initiaux	27
5.2.3.2.	Séance(s) de médiation.....	28
5.2.4.	<i>Issues de la médiation</i>	31
5.2.4.1.	En l'absence d'accord.....	31
5.2.4.2.	En cas d'accord	32
5.2.4.2.1.	Contenu de la convention de médiation	32
5.2.4.2.2.	Homologation, incorporation, reconnaissance et exécution	33
5.3.	FRAIS DE LA MEDIATION	34
5.4.	AVANTAGES ET RISQUES, QUAND METTRE EN ŒUVRE UNE MEDIATION ?	35
6.	CRITIQUES ET AMELIORATIONS PROPOSEES	37
7.	CONCLUSION	40
ANNEXES	42
	ANNEXE I – CONTRAT DE MEDIATION	43
	ANNEXE II – ACCORD DE MEDIATION PORTANT SUR LE RETOUR DES ENFANTS	47
	ANNEXE III – ACCORD DE MEDIATION PORTANT SUR LA SITUATION FAMILIALE	49

Table des abréviations

AIFI	Association Internationale Francophone des Intervenants auprès des familles séparées
al.	alinéa(s)
art.	article(s)
ASMF	Association Suisse pour la Médiation Familiale
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
c.	considérant(s)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
CDE	Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, RS 0.107
CE 80	Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants du 20 mai 1980, RS 0.211.230.01
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, RS 0.101
CEMAJ	Centre de recherche sur les modes amiables et juridictionnels de gestion des conflits
cf.	<i>confer</i>
ch.	chiffre(s)
CHF	francs suisses
CLaH	Conventions de La Haye
CLaH 2000	Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes du 13 janvier 2000, RS 0.211.232.1
CLaH 61	Convention concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs du 5 octobre 1961, RS 0.211.231.01
CLaH 80	Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 25 octobre 1980, RS 0.211.230.02
CLaH 96	Convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants du 19 octobre 1996, RS 0.211.231.011
CNRTL	Centre national de ressources textuelles et lexicales
CSMC	Chambre Suisse de Médiation Commerciale
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
DFJP	Département fédéral de justice et de police

dir.	sous la direction de
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
<i>et al.</i>	<i>et alii</i> (et autres)
etc.	<i>et cetera</i>
FamPra	FamPra, La pratique du droit de la famille
FF	Feuille fédérale
FSM	Fédération Suisse des Associations de Médiation
HCCH	<i>Hague Conference on Private International Law</i> – Conférence de La Haye de droit international privé
<i>infra</i>	ci-dessous
ISDC	Institut suisse de droit comparé
JdT	Journal des tribunaux
JO	Journal officiel de l’Union européenne
let.	lettre
LF-EEA	Loi fédérale sur l’enlèvement international d’enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes du 21 décembre 2007, RS 211.222.32
MFI	médiation familiale internationale
MiKK e.V.	International Mediation Centre for Family Conflict and Child Abduction
N	numéro(s) marginal(aux)
OFJ	Office fédéral de la justice
OFS	Office fédéral de la statistique
OING	Organisations internationales non gouvernementales
OPCCF	Office Protestant de Consultations Conjugales et Familiales
p.	page(s)
p. ex.	par exemple
par.	paragraphe(s)
PJA	Pratique Juridique Actuelle
Règ. Bruxelles II ^{bis}	Règlement (CE) N° 2201/2003 du Conseil de l’Europe du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière matrimoniale en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000, JO L 338/1 du 23 décembre 2003
RS	Recueil systématique du droit fédéral

RSJ	Revue Suisse de Jurisprudence
s. d.	sans date
s. l.	sans lieu
s./ss	suivant(e)/suivant(e)s
SJ	Semaine Judiciaire
SSI	Service social international
<i>supra</i>	ci-dessus
TF	Tribunal fédéral
UNIL	Université de Lausanne

Bibliographie

Ouvrages et doctrine

ALFIERI Anna Claudia, *Enlèvement international d'enfants : une perspective suisse*, Stämpfli Berne 2016 (cité : ALFIERI).

ALFIERI Anna Claudia, *Médiation familiale internationale et conventions de La Haye*, in Guy-Ecabert Christine/Volckrick Elisabeth (édit.), *Enlèvement international d'enfants : saisir le juge ou s'engager dans la médiation ?*, Helbing & Lichtenhahn Bâle 2015, CEMAJ Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel Neuchâtel 2015, p. 147 ss (cité : ALFIERI, *MFI et CLaH*).

ALFIERI Anna Claudia/SCHICKEL-KÜNG Joëlle, *La coopération internationale en matière de protection des enfants*, in Fountoulakis Christiana/Rumo-Jungo Alexandra (édit.), *La famille dans les relations transfrontalières : actualités en droit suisse et dans les rapports internationaux*, Schulthess Genève/Zürich/Bâle 2013, p. 69 ss (cité : ALFIERI/SCHICKEL-KÜNG).

ALFIERI Anna Claudia, *Enlèvement international d'enfants : premières expériences avec la LF-EEA*, FamPra 2012, p. 550 ss (cité : ALFIERI, FamPra).

ASSOCIATION INTERNATIONALE FRANCOPHONE DES INTERVENANTS AUPRES DES FAMILLES SEPARÉES (édit.), *Guide de bonnes pratiques en médiation familiale à distance et internationale*, Montréal 2008 (cité : AIFI, *Guide*).

AUERBACH Stephan, *L'enlèvement parental international d'enfants : évolution du cadre légal et des pratiques du Service social international*, in Guy-Ecabert Christine/Volckrick Elisabeth (édit.), *Enlèvement international d'enfants : saisir le juge ou s'engager dans la médiation ?*, Helbing & Lichtenhahn Bâle 2015, CEMAJ Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel Neuchâtel 2015, p. 165 ss (cité : AUERBACH).

BUCHER Andreas, *Autorité parentale conjointe dans le contexte suisse et international*, in Fountoulakis Christiana/Rumo-Jungo Alexandra (édit.), *La famille dans les relations transfrontalières : actualités en droit suisse et dans les rapports internationaux*, Schulthess Genève/Zürich/Bâle 2013, p. 1 ss (cité : BUCHER).

BUCHER Andreas, *Das BG-KKE gilt auch für das Bundesgericht*, in Lorandi Franco/Stahelin Daniel, *Innovatives Recht – Festschrift für Ivo Schwander*, Dike Zürich/St-Gall 2011, p. 485 ss (cité : BUCHER in Lorandi/Stahelin).

BOHNET François/GUILLOD Olivier (édit.), *Commentaire pratique, Droit matrimonial, Fond et procédure*, Helbing Lichtenhahn Bâle 2016 (cité : CPra Matrimonial-AUTEUR, art. X N Y).

CARATSCH Cilgia, *Résoudre les conflits familiaux. Un guide pour la médiation familiale internationale*, Service social international (SSI) Genève s. d. (cité : CARATSCH).

CASONI DELCO Patrizia, *L'expérience d'une avocate spécialisée dans les cas d'enlèvements*, in Guy-Ecabert Christine/Volckrick Élisabeth (édit.), *Enlèvement international d'enfants : saisir le juge ou s'engager dans la médiation ?*, Helbing & Lichtenhahn Bâle 2015, CEMAJ Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel Neuchâtel 2015, p. 25 ss (cité : CASONI DELCO).

CHENOU Martine/MIRIMANOFF Jean A., *La médiation civile ou métajudiciaire : pour une nouvelle synergie et contre la confusion des genres*, SJ 2003 II, p. 27 (cité : CHENOU/MIRIMANOFF).

CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE (édit.), *Guide de bonnes pratiques en vertu de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, Troisième partie – Mesures préventives*, Family Law Bristol 2005 (cité : HCCH, *Guide mesures préventives*).

CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE (édit.), *Guide de bonnes pratiques en vertu de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, Cinquième partie – Médiation*, La Haye 2012 (cité : HCCH, *Guide médiation*).

DUREL Bastien, *Les réponses du droit à l'enlèvement international d'un enfant : du retour immédiat à la médiation*, in Guy-Ecabert Christine/Volckrick Élisabeth (édit.), *Enlèvement international d'enfants : saisir le juge ou s'engager dans la médiation ?*, Helbing & Lichtenhahn Bâle 2015, CEMAJ Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel Neuchâtel 2015, p. 129 ss (cité : DUREL).

FREIH Loubna, *Médiation familiale et processus judiciaire : une nécessaire complémentarité au service d'un consensus parental ou entre conjoints*, in : Hirsch Laurent/Imhoos Christophe (édit.), *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, Schulthess Zürich 2018, p. 7 ss (cité : FREIH).

GAZZOLA Tânia, *La médiation civile judiciaire*, RSJ 117/2021, p. 611 ss (cité : GAZZOLA).

GEISER Thomas/FOUNTOULAKIS Christiana (édit.), *Zivilgesetzbuch I : Art. 1-456 ZGB*, Basler Kommentar, 6^{ème} éd., Bâle 2018 (cité : BSK ZGB I-AUTEUR, Art. X N Y).

GUILLAUME-HOFNUNG Michèle (dir.), *Rapport du Projet « Pour une définition européenne de la médiation »* destiné à la Conférence des OING du Conseil de l'Europe, Université de Paris SUD-XI Sceaux 2011 (cité : GUILLAUME-HOFNUNG).

GUY-ECABERT Christine/VOLCKRICK Élisabeth, *Invitation à la lecture*, in Guy-Ecabert Christine/Volckrick Élisabeth (édit.), *Enlèvement international d'enfants : saisir le juge ou s'engager dans la médiation ?*, Helbing & Lichtenhahn Bâle 2015, CEMAJ Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel Neuchâtel 2015, p. 1 ss (cité : GUY-ECABERT/VOLCKRICK, *Invitation à la lecture*).

GUY-ECABERT Christine/VOLCKRICK Élisabeth (édit.), *Récit de Victor*, in Guy-Ecabert Christine/Volckrick Élisabeth (édit.), *Enlèvement international d'enfants : saisir le juge ou s'engager dans la médiation ?*, Helbing & Lichtenhahn Bâle 2015, CEMAJ Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel Neuchâtel 2015, p. 9 ss (cité : GUY-ECABERT/VOLCKRICK, *Victor*).

GUY-ECABERT Christine/VOLCKRICK Élisabeth (édit.), *Récit de Marie*, in Guy-Ecabert Christine/Volckrick Élisabeth (édit.), *Enlèvement international d'enfants : saisir le juge ou s'engager dans la médiation ?*, Helbing & Lichtenhahn Bâle 2015, CEMAJ Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel Neuchâtel 2015, p. 41 ss (cité : GUY-ECABERT/ VOLCKRICK, *Marie*).

KESHAVJEE Mohamed M., *Cross-border Child Abduction Mediation in Cases concerning Non-Hague Convention Countries*, in PAUL Christoph C./Kiesewetter Sybille (édit.), *Cross-Border Family Mediation, International Parental Child Abduction, Custody and Access Cases*, 2^{ème} éd., Wolfgang Metzner Francfort-sur-le-Main 2014, p. 95 ss (cité : KESHAVJEE).

KÜNG Joëlle, *L'enlèvement international d'enfants : deux ans d'expérience avec la loi fédérale et développements récents à l'étranger*, in Baddeley Margareta et al. (édit.), *Le droit civil dans le contexte international : Journée de droit civil 2011*, Schulthess Zürich 2012, p. 57 ss (cité : KÜNG).

LEUBA Audrey/MEIER Philippe/PAPAUX VAN DELDEN Marie-Laure, *Droit du divorce, Conditions – effets – procédure*, Stämpfli Berne 2021 (cité : LEUBA/MEIER/PAPAUX VAN DELDEN).

LEVY Cinthia/KIEPE Maya, *Médiation judiciaire : volontaire ou obligatoire*, *Revue de l'avocat* 2020, p. 446 ss (cité : LEVY/KIEPE).

MAZENAUER Lucie, *Internationale Kindesentführungen und Rückführungen – Eine Analyse im Lichte des Kindeswohls*, Schulthess Zürich/Bâle/Genève 2012 (cité : MAZENAUER).

MIRIMANOFF Jean A., *Première partie : Médiations : esquisse générale*, in Mirimanoff Jean A., *La médiation dans l'ordre juridique suisse, Une justice durable à l'écoute du troisième millénaire*, Helbing Lichtenhahn Bâle 2011, p. 5 ss (cité : MIRIMANOFF, *Première partie*).

MIRIMANOFF Jean A., *Une nouvelle culture : La gestion des conflits*, PJA 2009, p. 157 ss (cité : MIRIMANOFF, *Une nouvelle culture*).

PAUL Christoph C./KIESEWETTER Sybille, *Family Mediation in an International Context*, in PAUL Christoph C./Kiesewetter Sybille (édit.), *Cross-Border Family Mediation, International Parental Child Abduction, Custody and Access Cases*, 2^{ème} éd., Wolfgang Metzner Francfort-sur-le-Main 2014, p. 37 ss (cité : PAUL/KIESEWETTER).

SCHWARTZ Hansjörg/WENDENBURG Felix, *Many Countries, Many Mediating Customs, Differing Mediation Styles In International Co-Mediation*, in PAUL Christoph C./Kiesewetter Sybille (édit.), *Cross-Border Family Mediation, International Parental Child Abduction, Custody and Access Cases*, 2^{ème} éd., Wolfgang Metzner Francfort-sur-le-Main 2014, p. 115 ss (cité : SCHWARTZ/WENDENBURG).

Service social international (SSI) (édit.), *La Charte relative aux processus de médiation familiale internationale, Un processus collaboratif*, SSI s.l. s.d. (cité : SSI, *Charte*).

Service social international (SSI) (édit.), *Mode d'emploi pour la Charte, Un manuel pour les autorités étatiques et les médiateurs familiaux*, SSI s.l. s.d. (cité : SSI, *Mode d'emploi*).

UMBRICHT LUKAS Barbara/GLOOR Urs, *Arbeitskreis 6: Angeordnete Mediation*, in Schwenzer Ingeborg/Büchler Andrea, *Fünfte Schweizer Familienrechtstage : 28./29. Januar 2010 in Basel*, Stämpfli Berne 2010, p. 161 ss (cité : UMBRICHT LUKAS/GLOOR).

VIGERS Sarah, *Mediating International Child abduction Cases : The Hague Convention*, Hart Publishing Oxford 2011 (cité : VIGERS).

VIGNERON-MAGGIO-APRILE Sandra, *La résolution amiable des différends en matière civile*, in Mirimanoff Jean A. (édit.), *La résolution amiable des différends en Suisse, Interactions entre procédures traditionnelles et modes consensuels*, Stämpfli Berne 2016, p. 37 ss (cité : VIGNERON-MAGGIO-APRILE).

ZERMATTEN Jean, *La Convention relative aux droits de l'enfant*, in Hertig Randall Maya/Hottelier Michel (dir.), *Introduction aux droits de l'homme*, Schulthess Genève/Zürich/Bâle 2014, p. 315 ss (cité : ZERMATTEN).

Publications officielles

OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE (OFJ) (édit.), *Brochure « Enlèvement international d'enfants et droit de visite transfrontière »*, OFJ Berne s.d. (cité : OFJ, *Brochure*).

Statistiques officielles

OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE (OFJ) (édit.), *Statistique 2021, Enlèvement international d'enfants et protection du droit de visite – Convention de La Haye et Convention européenne de 1980, 2021, disponible sur : <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/gesellschaft/kindeentuehrung.html>* (consulté pour la dernière fois le 21 mai 2022) (cité : OFJ, *Statistique 2021*).

OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE (OFS) (édit.), *Statistique 1970-2020, Mariage selon la catégorie de nationalité des conjoints, 2021, disponible sous : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/catalogues-banques-donnees/graphiques.assetdetail.17044145.html>* (consulté pour la dernière fois le 21 mai 2022) (cité : OFS, *Statistique 1970-2020*).

Textes officiels

Message concernant la mise en œuvre des conventions sur l'enlèvement international d'enfants ainsi que l'approbation et la mise en œuvre des conventions de La Haye en matière de protection des enfants et des adultes, du 28 février 2007, FF 2007 2433.

Message relatif à l'initiative populaire « Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination) », du 5 juillet 2017, FF 2017 5027.

DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE (DFJP), *Évaluation de la loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants (20.4448 Po. Feri) du 30 novembre 2021* (cité : DFJP, *Évaluation LF-EEA*).

Sites Internet

PETITJEAN Etienne/SALMON-ALT Susanne, *Portail lexical du CNRTL*, version 2.1, disponible sous : <https://cnrtl.fr/portail/> (consulté pour la dernière fois le 21 mai 2022) (cité : CNRTL, *nom recherché*).

<https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=24>,
consulté pour la dernière fois le 21 mai 2022.

Entretiens

Entretien du 11.04.2022 avec Pascal GEMPERLI, médiateur accrédité par la FSM et la CSMC, membre de MiKK e.V. (cité : Entretien avec Pascal GEMPERLI).

Entretien du 26.04.2022 avec Sabina TITARENKO, coordinatrice du développement du réseau et assistante de direction auprès du Secrétariat général du SSI (cité : Entretien avec Sabina TITARENKO).

Entretien téléphonique du 02.05.22 avec Anna Claudia ALIERI, collaboratrice au sein de l'OFJ (cité : Entretien téléphonique avec Anna Claudia ALFIERI).

Entretien du 19.05.2022 avec Ida KOPPEN, médiatrice accréditée par l'ASMF et la FSM, travaillant à l'OPCCF et en cabinet privé à Genève, participant au Réseau Suisse de Médiateurs en cas d'Enlèvement International d'Enfant (cité : Entretien avec Ida KOPPEN).

1. Introduction

En 2021, 104 demandes concernant des enlèvements internationaux d'enfants ont été traitées par l'Office fédéral de la justice, autorité centrale fédérale en la matière. Depuis 2010, le nombre de demandes a varié entre 70 et 97, mais n'avait jamais été aussi élevé. Parmi ces 104 demandes, 68 étaient des demandes transmises par la Suisse à des États étrangers, les 36 restantes étant des demandes transmises par des États étrangers à la Suisse¹.

Cette augmentation d'enlèvements d'enfants résulte notamment de l'augmentation du nombre de couples binationaux : en Suisse, le nombre de mariages mixtes, à savoir le mariage entre une personne de nationalité suisse et une personne de nationalité étrangère, a presque doublé entre 1970 et 2020².

De tels enlèvements entraînent souvent de nombreuses souffrances sur le plan psychologique, tant pour les enfants que pour les parents. La question se pose alors de savoir comment appréhender juridiquement ces situations et trouver des solutions viables afin de rétablir le plus rapidement possible des conditions propices au bon développement de l'enfant.

Alors que différentes conventions internationales permettent, par le biais de procédures contraignantes, le retour immédiat de l'enfant dans son pays de résidence habituelle, dans quelle mesure des modes amiables de résolution des conflits, également envisagés par ces conventions, seraient-ils opportuns ? En particulier, qu'en est-il de la médiation ?

Ce travail, qui a pour but de présenter la place de la médiation dans les cas d'enlèvements parentaux d'enfants, débutera par tracer les contours de la notion d'enlèvement international d'enfants, en dévoilant le contexte et les enjeux, ainsi qu'en distinguant différentes situations (II).

Ensuite, une brève présentation de la médiation permettra au lecteur de comprendre, de manière générale, ce qui la caractérise (III).

Puis, les différentes sources de la médiation dans le cadre d'enlèvements internationaux d'enfants, tant internationales que nationales, seront exposées (IV).

Dans la cinquième partie, qui constitue le cœur de ce travail, la médiation dans le cas particulier d'enlèvement international d'enfants sera examinée en détail (V).

Avant de conclure ce travail (VII), quelques remarques et suggestions relatives au système actuel seront apportées (VI).

2. Les enlèvements internationaux d'enfants

2.1. Contexte (selon la perspective du droit suisse)

Dans la relation liant un enfant et ses parents, différentes notions juridiques interviennent pour régir les droits et obligations des uns envers les autres et peuvent par conséquent avoir un effet sur l'existence, ou non, d'un enlèvement international.

En droit suisse, la notion centrale est celle de l'autorité parentale. Non définie par la loi, le Tribunal fédéral, citant la doctrine, la définit comme « *la responsabilité et le pouvoir légal des*

¹ OFJ, Statistique 2021.

² OFS, Statistique 1970-2020.

parents de prendre les décisions nécessaires pour l'enfant mineur »³. Il s'agit donc de l'autorité exercée par les parents pour prendre des décisions liées à leur enfant, par exemple quant à son lieu de résidence ou de domicile, son éducation, sa religion, les soins qu'il doit recevoir ou encore la gestion de ses avoirs⁴. Elle ne vise toutefois pas les décisions courantes ou urgentes, ni d'autres décisions devant être prises alors que l'autre parent ne peut être atteint moyennant un effort raisonnable (art. 301 al. 1^{bis} Code civil suisse⁵).

Depuis le 1^{er} janvier 2014, l'autorité parentale est en principe conjointe (art. 296 al. 2 CC), ce qui a pour conséquence que les décisions importantes relatives à l'enfant doivent en principe être prises d'un commun accord entre les parents⁶. Ce n'est qu'exceptionnellement, afin de garantir le bien de l'enfant, que le juge attribue l'autorité parentale à l'un des parents pour qu'il l'exerce seul⁷.

De cette première notion, il est nécessaire de distinguer celle de garde. Alors que le « droit de garde » en tant que tel n'est plus connu du droit entré en vigueur en 2014, la notion de « garde de fait », à savoir le devoir de s'occuper de l'enfant quotidiennement, par exemple en l'habillant, en le nourrissant et en l'amenant à l'école, demeure⁸. Lorsque les parents vivent en ménage commun, la question de la garde ne se pose pas. En revanche, dès lors que les parents vivent séparément, la garde peut soit être partagée, soit être attribuée à un seul des deux parents⁹.

Il convient ici de souligner que l'autorité parentale et la garde sont bien distinctes : si la première est en principe conjointe, la seconde n'est pas nécessairement partagée. De plus, si l'autorité parentale est conjointe mais que la garde est attribuée à l'un des parents, celui-ci n'obtient pas le droit de prendre seul les décisions importantes relatives à l'enfant, puisqu'elles dépendent de l'autorité parentale.

Lorsque la garde est exclusive, le parent n'ayant pas la garde de son enfant bénéficie d'un droit aux relations personnelles. Ce droit, garanti tant par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme¹⁰ (art. 8 CEDH) que par la Convention relative aux droits de l'enfant¹¹ (art. 9 ch. 3 CDE), permet de garder un lien étroit avec son enfant, non seulement par l'exercice d'un droit de visite, mais également par la possibilité de conserver des contacts avec lui, par correspondance écrite ou électronique, ou encore par téléphone¹².

En matière de détermination du lieu de résidence, et comme mentionné plus haut, le système a évolué depuis l'entrée en vigueur, en 2014, du nouveau droit. Jusque-là, la détermination du

³ ATF 136 III 353, c. 3.1 ; TF 5A_456/2010, du 21 février 2011, c. 3.2.

⁴ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 296 N 2 ; CPra Matrimonial-HELLE, art. 133 N 37 s. ; LEUBA/MEIER/PAPAUX VAN DELDEN, N 1373 ss.

⁵ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC), RS 210.

⁶ TF 5A_701/2017 du 14 mai 2018, c. 5.1 ; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 296 N 8b ; CPra Matrimonial-HELLE, art. 133 N 2, 39, 42 ; LEUBA/MEIER/PAPAUX VAN DELDEN, N 1382 ss.

⁷ TF 5A_701/2017 du 14 mai 2018, c. 5.1 ; CPra Matrimonial-HELLE, art. 133 N 12, 23 ss et 43 ss ; LEUBA/MEIER/PAPAUX VAN DELDEN, N 1404 ss et 1420 ss.

⁸ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 296 N 6 et Art. 301 N 3c ; CPra Matrimonial-HELLE, art. 133 N 52 et 64 ; LEUBA/MEIER/PAPAUX VAN DELDEN, N 1595 ss.

⁹ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 296 N 6 ; CPra Matrimonial-HELLE, art. 133 N 53 ; LEUBA/MEIER/PAPAUX VAN DELDEN, N 1598 ss.

¹⁰ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974 (Convention européenne des droits de l'homme, CEDH), RS 0.101.

¹¹ Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997 (CDE), RS 0.107.

¹² CPra Matrimonial-HELLE, art. 133 N 68 ; LEUBA/MEIER/PAPAUX VAN DELDEN, N 1718 ss.

lieu de résidence dépendait du droit de garde et, par conséquent, du seul parent auquel ce droit était accordé. Au contraire, depuis 2014, elle est partie intégrante de l'autorité parentale¹³. Ainsi, lorsque l'autorité parentale est exercée conjointement – ce qui est en principe le cas – l'un des parents ne peut modifier le lieu de résidence de l'enfant qu'avec l'accord de l'autre parent ou sur décision du juge ou de l'autorité de protection de l'enfant. Tel est du moins le cas lorsque le nouveau lieu de résidence se situerait à l'étranger ou que le déménagement en Suisse aurait des conséquences importantes pour l'exercice de l'autorité parentale de l'autre parent et pour les relations personnelles (art. 301a al. 2 CC)¹⁴. Dans l'hypothèse contraire où seul l'un des parents est titulaire de l'autorité parentale, la loi dispose que celui-ci peut modifier le lieu de résidence de l'enfant selon sa propre volonté, à la seule condition qu'il informe en temps utile l'autre parent (art. 301a al. 3 CC)¹⁵.

Il est enfin indispensable de relever que dans des situations d'enlèvements d'enfants, par principe transnationales, les définitions suisses de ces notions ne sont pas seules déterminantes. En fonction du droit applicable à un cas d'espèce donné, ces notions devront tantôt être interprétées selon un droit étranger, tantôt comme des notions autonomes de droit international.

2.2. Enlèvement, distinction entre déplacement illicite et non-retour illicite

Sans qu'une définition unique de l'enlèvement international n'existe, on considère qu'il y a un enlèvement parental international d'enfants lorsqu'un parent déplace le lieu de résidence de l'enfant, sans avoir obtenu l'accord préalable de l'autre parent, d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente et alors qu'il avait l'obligation de l'obtenir. L'enlèvement peut dès lors soit consister en un déplacement illicite, soit en un non-retour illicite¹⁶.

Dans l'hypothèse du déplacement illicite, l'enfant est emmené à l'étranger par l'un de ses parents, sans que ce dernier n'ait reçu d'autorisation, alors que tel aurait dû être le cas¹⁷. En droit suisse, une telle situation pourrait se présenter si les deux parents étaient titulaires conjointement de l'autorité parentale et que l'un d'eux déménageait à l'étranger, sans avoir obtenu l'accord de l'autre, contrairement à l'art. 301a al. 2 CC.

Dans l'hypothèse du non-retour illicite, l'enfant est emmené à l'étranger par l'un de ses parents, de manière licite, mais n'est pas ramené dans son pays de résidence habituelle, contrairement à ce qui était prévu¹⁸. Un tel cas surviendrait par exemple si l'un des parents emmenait son enfant en vacances pour une durée déterminée, avec l'accord de l'autre parent, mais qu'il prolongeait ce séjour au-delà de la durée initiale et n'entendait plus ramener l'enfant dans le pays de résidence habituelle.

Il est à noter, d'un point de vue terminologique, que les termes de déplacement illicite et de non-retour illicite devraient être préférés au terme d'enlèvement lorsque l'on ne traite que des aspects civils et non pénaux de ces situations¹⁹. Quand bien même ce travail n'aborde que des

¹³ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 296 N 6a et Art. 301 N 4 ; BUCHER, N 80 ; CPra Matrimonial-HELLE, art. 133 N 65 ; LEUBA/MEIER/PAPPAUX VAN DELDEN, N 1493.

¹⁴ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 296 N 2 et 6a et Art. 301 N 5 ss ; CPra Matrimonial-HELLE, art. 133 N 58 ; LEUBA/MEIER/PAPPAUX VAN DELDEN, N 1497 ss.

¹⁵ BUCHER, N 157 ss ; LEUBA/MEIER/PAPPAUX VAN DELDEN, N 1495.

¹⁶ CARATSCH, p. 65 s. ; MAZENAUER, N 6 s., 18 et 24.

¹⁷ ALFIERI, p. 2 s. ; CARATSCH, p. 65 ; KESHAVJEE, p. 97 ; MAZENAUER, N 19.

¹⁸ ALFIERI, p. 2 s. ; CARATSCH, p. 65 ; KESHAVJEE p. 97 ; MAZENAUER, N 20.

¹⁹ ALFIERI, p. 44.

aspects civils, le terme généralement utilisé sera celui d'enlèvement, afin d'en simplifier la lecture.

2.3. Enjeux

Un enlèvement international a pour première conséquence une séparation, d'une part entre l'enfant et le parent dont il est éloigné et, d'autre part, entre l'enfant et son entourage. Il ne s'agit toutefois pas de la seule conséquence. Les sous-chapitres suivants exposent les principaux effets et enjeux de l'enlèvement international, pas seulement juridiques, mais plus globaux.

2.3.1. Pour l'enfant

L'enjeu juridique de l'enlèvement international d'un enfant est le lieu de résidence de celui-ci. En effet, le droit se concentre sur la nécessité de rétablir une situation licite, notamment par le biais du retour immédiat de l'enfant dans son lieu de résidence habituelle, tel qu'il existait avant l'enlèvement²⁰. Néanmoins, les enjeux relatifs à l'enfant vont bien au-delà de cela.

La rupture entre l'enfant et le parent resté sur place étant souvent brutale et inattendue, des conséquences psychologiques peuvent en résulter. Contrairement à l'hypothèse d'un parent déménageant légalement à l'étranger avec son enfant, l'enfant victime d'un enlèvement international n'a pas la possibilité de dire au revoir à son autre parent et à son entourage, ni de délaissier ses habitudes dans son pays de résidence habituelle²¹. Par ailleurs, le droit aux relations personnelles n'est régulièrement pas respecté après l'enlèvement, de sorte que l'enfant n'a plus du tout ou que peu de contacts avec son autre parent²². En outre, il se peut qu'après l'enlèvement, l'enfant soit à nouveau arraché à sa vie, soit en raison d'une procédure tendant à le ramener dans son pays de résidence habituelle, soit par un contre-enlèvement réalisé par le parent dont il a été séparé ou par des membres de la famille²³. Enfin, un risque de détérioration de sa relation avec le parent qui l'a emmené existe²⁴.

Ceci peut alors entraîner des émotions et comportements inhabituels chez l'enfant, tels que de l'agressivité, de la peur d'être abandonné ou rejeté ou encore un repli sur lui-même. Cela peut même lui causer des troubles plus importants comme des troubles émotionnels, voire des troubles psychiques, telle qu'une dépression²⁵.

D'un point de vue plus global, il convient de relever que le déménagement dans un autre pays aura des conséquences sur le développement de l'enfant et sur la formation de sa personnalité. En effet, dans la plupart des cas, l'enfant victime de l'enlèvement ne recevra une éducation que du parent l'ayant emmené. De plus, l'enlèvement déterminera la culture et la communauté dans laquelle il grandira, exerçant alors une influence sur son sentiment d'appartenance ainsi que sur sa vie future : il est probable que l'enfant grandissant dans le pays dans lequel il a été emmené y développe des attaches et y passe sa vie adulte, sans retourner vivre dans le pays depuis lequel il avait été enlevé²⁶. Plus l'enlèvement a lieu tôt dans la vie de l'enfant, plus ce scénario a des

²⁰ GUY-ECABERT/VOLCKRICK, *Invitation à la lecture*, N 1.

²¹ GUY-ECABERT/VOLCKRICK, *Victor*, N 13.

²² GUY-ECABERT/VOLCKRICK, *Marie*, N 22.

²³ CARATSCH, p. 68.

²⁴ Cf. *infra* 2.3.2.

²⁵ CARATSCH, p. 66 ss.

²⁶ GUY-ECABERT/VOLCKRICK, *Invitation à la lecture*, N 1.

probabilités de se réaliser, l'enfant n'ayant pas eu l'occasion de créer des attaches particulières dans le pays où il résidait initialement.

2.3.2. Pour les parents

Des enjeux importants existent également pour les deux parents, qui se trouvent souvent démunis et dans un état de détresse émotionnelle important²⁷.

Pour le parent ayant emmené l'enfant, l'enjeu principal consiste en le risque d'être l'objet de procédures, civile et/ou pénale. Quant à une procédure civile, et notamment en raison de différents textes de droit international, le parent à l'origine de l'enlèvement vit parfois sous la menace qu'un ordre de retour immédiat soit ordonné, l'enfant étant alors ramené dans son pays de résidence habituelle. En matière de procédure pénale, il est possible que ce parent soit condamné dans le pays où il résidait avant l'enlèvement et que cette condamnation soit reconnue, puis exécutée dans le pays dans lequel il réside après l'enlèvement²⁸.

Même si ces risques de procédures sont réels, il convient de rappeler que tous les États ne sont pas parties aux conventions internationales applicables en la matière, qu'il n'y a parfois pas de compétence de l'État de résidence avant l'enlèvement et qu'il n'est pas toujours possible d'obtenir la reconnaissance et l'exécution de jugements dans l'État dans lequel le parent a déménagé. Ces difficultés permettent alors parfois au parent ayant enlevé l'enfant de ne pas craindre, en pratique, un risque de procédure²⁹.

Au-delà de cette menace, le parent ayant emmené l'enfant peut également redouter un contre-enlèvement. En effet, même dans des situations où le parent resté sur place (ou des membres de la famille) ne serait pas légitimé à récupérer l'enfant et se trouverait dans l'illicéité en procédant à un contre-enlèvement, il n'est jamais exclu que cela se produise, ce parent pouvant ressentir le besoin irrépressible de retrouver une vie avec l'enfant enlevé, ou celui de se venger.

Finalement, un dernier enjeu pour le parent ayant enlevé l'enfant est celui de sa relation avec lui. Coupé dans sa relation avec son autre parent, éloigné du monde qu'il connaît et pris au piège dans le conflit, l'enfant victime de l'enlèvement peut être amené à ne plus avoir confiance en son parent, à subir de la maltraitance et, à terme, à ne plus vouloir d'une relation avec lui³⁰.

Du côté du parent resté sur place, l'enlèvement constitue un choc et marque une rupture dans la relation parent-enfant. Craignant de perdre son enfant à tout jamais, l'enjeu principal pour lui est alors de retrouver son enfant ou au moins de maintenir une relation avec lui³¹. De nombreux obstacles doivent néanmoins être surmontés à cet égard.

Tout d'abord, il arrive que ce parent soit dans l'ignorance du lieu exact où se trouve son enfant et ne parvienne pas à établir de contact avec lui ou l'autre parent. Ensuite, il peut être délicat pour lui de se rendre auprès de son enfant, notamment en raison des frais que cela engendrerait ou des restrictions en matière de visas. Il est parfois même compliqué de maintenir des contacts électroniques en raison de l'État dans lequel l'enfant se trouve. En outre, plus l'enfant est jeune,

²⁷ Entretien avec Ida KOPPEN.

²⁸ CARATSCH, p. 68 et 70.

²⁹ GUY-ECABERT/VOLCKRICK, *Victor*, N 17, 20, 23 et 28 s. ; GUY-ECABERT/VOLCKRICK, *Marie*, N 24 s.

³⁰ CARATSCH, p. 63 s., 67 et 69.

³¹ CARATSCH, p. 70 s. ; GUY-ECABERT/VOLCKRICK, *Victor*, N 10, 13, 18 et 27 ss ; GUY-ECABERT/VOLCKRICK, *Marie*, N 21 s. ; VIGERS, p. 64.

plus le maintien d'une relation est difficile, la communication à distance n'étant pas possible avant un certain âge³².

Face à ces obstacles et à l'impossibilité de savoir comment se porte son enfant, le parent peut ressentir de nombreuses émotions, allant du désespoir à la colère, en passant par un sentiment d'impuissance et d'injustice et, parfois, par la volonté de se venger³³.

Enfin, les démarches à entreprendre étant coûteuses en temps et en investissement personnel, la vie du parent resté sur place risque d'être mise entre parenthèses pour un certain temps, rien d'autre n'ayant d'importance à ses yeux. À terme, cela peut aboutir à un véritable épuisement³⁴.

2.3.3. Pour la famille au sens large

D'autres membres de la famille que les parents et l'enfant peuvent être affectés par l'enlèvement. Tel est par exemple le cas de (demi-) frères et sœurs, de grands-parents, d'oncles et de tantes, etc. Eux aussi voient, du jour au lendemain, leur relation avec l'enfant être interrompue. Comme le parent séparé de son enfant, ils peuvent ressentir de la tristesse, de la colère ou de l'impuissance³⁵.

Cet entourage peut alors chercher à apporter son soutien au parent resté seul, en l'accompagnant dans ses démarches ou en tentant de servir d'intermédiaire, mais il peut aussi parfois être tenté de procéder à un contre-enlèvement afin de rétablir une situation plus juste à ses yeux³⁶.

3. La médiation en général

3.1. Définitions

La médiation est un mode amiable de règlement des différends³⁷. De nombreuses définitions existent, provenant de textes législatifs ou d'ouvrages de différents auteurs, mais aucune de ces définitions n'est jamais la même³⁸. Toutes présentent des similitudes, sans pour autant se recouper parfaitement. Ci-dessous, trois définitions ont été choisies afin de délimiter ce qu'est la médiation.

Au niveau européen, le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne ont défini la médiation comme « *un processus structuré [...] dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur* »³⁹. Cette définition, relativement courte, met l'accent sur la participation des parties dans le processus de résolution du conflit qui les lie, le médiateur n'ayant comme rôle que de les y aider.

Le Conseil de l'Europe quant à lui donne une définition plus longue, et par conséquent plus complète, de la médiation. Ainsi, il s'agit d'« *un processus volontaire d'établissement ou de rétablissement du lien social, de prévention ou de règlement des différends. Ce processus*

³² CARATSCH, p. 68 et 70.

³³ CARATSCH, p. 69 s. et 72.

³⁴ GUY-ECABERT/VOLCKRICK, *Victor*, N 18 s. et 29 ; GUY-ECABERT/VOLCKRICK, *Marie*, N 26.

³⁵ GUY-ECABERT/VOLCKRICK, *Victor*, N 21 et 23.

³⁶ CARATSCH, p. 72 ; GUY-ECABERT/VOLCKRICK, *Marie*, N 23 et 27 s.

³⁷ MIRIMANOFF, *Une nouvelle culture*, p. 157 ; UMBRICH LUKAS/GLOOR, p. 163.

³⁸ GAZZOLA, p. 612 ; MIRIMANOFF, *Une nouvelle culture*, p. 162 ; VIGERS, p. 16 s.

³⁹ Art. 3 let. a de la Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JO L 136/3 du 24 mai 2008.

s'effectue au travers d'une communication éthique durant laquelle les personnes s'efforcent de renouer le dialogue pour trouver une solution à leur situation. Au cours de ce processus, un médiateur, tiers indépendant, les accompagne de façon impartiale, et sans influencer les résultats, tout en garantissant le respect des intérêts de chacun des participants et la confidentialité des échanges »⁴⁰.

Au niveau national enfin, la définition donnée par la FSM est la suivante : « *La médiation est une forme de clarification de conflits guidée par des principes, un processus dans lequel des tiers impartiaux et sans a priori (la médiatrice/le médiateur) soutiennent les personnes concernées à trouver elles-mêmes une solution amiable à leur conflit »⁴¹.*

Ces définitions, et les multiples autres qui existent, sont centrées sur la communication entre les parties afin de rechercher les intérêts et les besoins de chacune d'elles, cachés sous le conflit. Il s'agit alors d'imaginer, avec le soutien et l'aide d'un médiateur, une solution globale, consensuelle et durable, qui pourra être mise en œuvre par les parties sur le long terme⁴².

3.2. Caractéristiques

L'absence de définition unique de la médiation s'explique par le fait qu'elle est « *une et multiple »⁴³. Elle est une en ce sens qu'elle est fondée par des caractéristiques et principes communs, et multiple dans la mesure où ses approches et modèles, ses champs d'application et ses systèmes varient, notamment en fonction de l'objet du conflit ainsi que de l'État dans lequel elle se déroule⁴⁴. Cette flexibilité permet alors à la médiation de s'adapter à chaque cas d'espèce.*

Néanmoins, des caractéristiques principales ressortent des différentes définitions énoncées, permettant de circonscrire ce mode amiable de résolution des conflits.

3.2.1. Processus et relation triangulaire

La médiation est un processus, en ce sens qu'il s'agit d'un mode de résolution des conflits s'inscrivant dans le temps. Ainsi, plusieurs séances de médiation sont généralement organisées et quelques semaines, voire mois, peuvent les séparer⁴⁵. Ceci présente l'avantage pour les parties de réfléchir à leurs échanges, de parvenir à un projet de solution et d'y apporter les modifications qui leur semblent nécessaires pour que cette solution soit appropriée et réaliste.

Par ailleurs, la médiation se caractérise par le fait qu'au moins trois personnes doivent y participer, à savoir le médiateur et les deux parties en conflit, de sorte qu'une relation triangulaire s'établit entre eux.

3.2.2. Liberté, autonomie et responsabilité des parties, menant à l'humanité du processus

Il est capital de souligner le caractère volontaire de la médiation, qui constitue un élément majeur de distinction avec la procédure judiciaire, imposée aux parties. En principe, les parties sont libres d'accepter ou non la mise en œuvre d'une médiation. Leur consentement doit ainsi

⁴⁰ GUILLAUME-HOFNUNG, p. 7.

⁴¹ Art. 4 al. 1 du Règlement de la Fédération suisse des associations de médiation sur les formations/qualifications dans le domaine de la médiation du 1^{er} janvier 2020 (édition du 1^{er} janvier 2021).

⁴² MIRIMANOFF, *Une nouvelle culture*, p. 162 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 45 s.

⁴³ MIRIMANOFF, *Première partie*, p. 13.

⁴⁴ MIRIMANOFF, *Première partie*, p. 13 et 24 ss.

⁴⁵ CHENOU/MIRIMANOFF, p. 292 ; MIRIMANOFF, *Une nouvelle culture*, p. 163 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 51 ss.

exister depuis leur entrée dans la médiation jusqu'à la fin du processus. Chaque partie a donc la possibilité, à tout moment, de s'en retirer. À noter que le médiateur dispose également de la liberté de mettre un terme à la médiation, notamment s'il constate que celle-ci ne pourra pas aboutir ou qu'elle présente de trop grands risques pour l'une des parties⁴⁶.

De plus, il convient de relever que les parties sont autonomes et responsables, puisqu'en s'engageant dans la médiation, elles doivent le faire de bonne foi et dans le respect tant du processus que de l'autre partie. Elles sont par ailleurs maîtresses de l'issue de la médiation, dans la mesure où le résultat auquel elles aboutiront éventuellement sera le fruit de leur cheminement. En effet, le médiateur n'étant qu'un soutien dans le processus, ce sont les parties qui recherchent des solutions et décident ensemble d'en créer une convenant à leur situation. Leur participation active est par conséquent requise⁴⁷.

Ces éléments ont pour avantage de mettre l'humain au centre de la médiation : afin d'aboutir à une solution amiable, les parties doivent rétablir un certain dialogue et communiquer sur leur ressentis, leurs besoins et leurs valeurs, contrairement à la procédure judiciaire dont le cœur est l'objet du litige entre les parties. La médiation est donc intrinsèquement humaine⁴⁸.

3.2.3. Qualités du médiateur

Plusieurs qualités liées à la personne du médiateur sont essentielles pour garantir le bon déroulement d'une médiation.

Premièrement, le médiateur doit disposer de compétences professionnelles, acquises par formation et par expérience, ainsi que de compétences d'éthique. En pratique, de nombreux pays établissent des listes de médiateurs, agréés lorsqu'ils remplissent un certain nombre de conditions⁴⁹.

Deuxièmement, le médiateur doit être indépendant, neutre et multipartial. L'exigence d'indépendance vise la position du médiateur par rapport aux autorités et aux personnes, afin de garantir l'absence de tout conflit d'intérêts, objectif ou subjectif⁵⁰. L'exigence de neutralité est quant à elle relative à la position du médiateur vis-à-vis du conflit et de son résultat : le médiateur ne prend pas part au conflit et à sa solution⁵¹. Enfin, le médiateur doit être multipartial, en ce sens qu'il doit servir de manière équitable, avec la même empathie, chaque interlocuteur, soit en particulier les parties ainsi que certains interlocuteurs qui ne seraient pas présents lors de la médiation (par exemple les enfants). Il ne doit ainsi pas laisser transparaître une quelconque préférence pour l'un ou l'autre de ses interlocuteurs, ni traiter de manière défavorable l'un d'entre eux⁵².

⁴⁶ MIRIMANOFF, *Première partie*, p. 21 s. ; MIRIMANOFF, *Une nouvelle culture*, p. 163 ; UMBRICH LUKAS/GLOOR, p. 164 ; VIGERS, p. 19 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 51 ; cf. *infra* 5.4.

⁴⁷ GAZZOLA, p. 612 ; MIRIMANOFF, *Première partie*, p. 21 s. ; MIRIMANOFF, *Une nouvelle culture*, p. 163 ; UMBRICH LUKAS/GLOOR, p. 164 s. ; VIGERS, p. 19 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 51.

⁴⁸ MIRIMANOFF, *Première partie*, p. 20 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 50.

⁴⁹ VIGERS, p. 19 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 49.

⁵⁰ GAZZOLA, p. 612 s. ; MIRIMANOFF, *Première partie*, p. 22 s. ; MIRIMANOFF, *Une nouvelle culture*, p. 163 ; VIGERS, p. 19 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 50.

⁵¹ GAZZOLA, p. 612 s. ; MIRIMANOFF, *Première partie*, p. 23 ; MIRIMANOFF, *Une nouvelle culture*, p. 163 ; VIGERS, p. 19 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 51.

⁵² MIRIMANOFF, *Première partie*, p. 21 ; MIRIMANOFF, *Une nouvelle culture*, p. 163 ; VIGERS, p. 19 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 50.

Finalement, une caractéristique du médiateur découlant de la liberté et de l'autonomie des parties est qu'il doit faire preuve d'humilité. En effet, contrairement au juge, le médiateur ne dispose pas d'un pouvoir de décision, ni d'une quelconque autorité sur les parties⁵³.

3.2.4. Confidentialité de la médiation

La dernière caractéristique essentielle de la médiation est la confidentialité du processus. Afin de pouvoir communiquer librement, il est indispensable que les parties et le médiateur ne dévoilent pas les déclarations, opinions et propositions évoquées dans le cadre de la médiation. À plus forte raison, il n'est pas envisageable que des éléments relatifs à la médiation soient invoqués dans le cadre d'une procédure judiciaire ultérieure, sauf si toutes les parties y adhèrent expressément ou si un accord est trouvé et qu'il doit être ratifié par une autorité⁵⁴.

Cette confidentialité garantit alors un cadre sécurisé, où les parties peuvent avoir confiance dans le processus de médiation et se livrer aux confidences nécessaires à la résolution de leur conflit.

3.3. Types de médiation

Afin de compléter cette présentation générale de la médiation, il convient de mentionner différents types de médiation.

Une première distinction existe entre la médiation conventionnelle et la médiation judiciaire. La première est organisée à la demande des parties, en dehors d'un litige porté devant une autorité judiciaire : les parties, dans le cadre d'un conflit privé, décident librement de le régler avec l'aide d'un tiers. La seconde en revanche intervient sur proposition du juge : une demande en justice ayant déjà été déposée, le juge propose aux parties d'entreprendre une médiation, que celles-ci demeurent libres d'accepter ou de refuser. La distinction entre ces deux types de médiation ne porte donc pas sur le déroulement ou le processus de médiation en tant que tel, mais sur la mise en œuvre de cette dernière⁵⁵.

Il existe par ailleurs une seconde distinction pertinente, par domaine. Alors que la médiation est possible dans un contexte civil, administratif ou pénal, plusieurs types de médiations civiles sont envisageables. En particulier, on distingue la médiation en matière familiale, successorale et commerciale, ainsi que la médiation du travail⁵⁶.

Il paraît important de préciser à ce stade, ce qu'est la médiation en matière familiale. Il s'agit d'un mode amiable de résolution de conflit destiné aux litiges entre conjoints et/ou parents. Elle tend alors, par la communication, à la reconstruction des liens entre les individus de la famille, dans la mesure où ces liens vont nécessairement perdurer d'une certaine façon, en particulier s'il y a des enfants. Ainsi, la médiation familiale intervient souvent, sans y être limitée, dans le cadre de séparations ou de divorces et pourra notamment traiter de l'attribution du domicile conjugal, de la contribution d'entretien, de la liquidation du régime matrimonial et, relativement aux enfants, de l'exercice de l'autorité parentale, des modalités de garde ainsi que des relations personnelles⁵⁷.

⁵³ MIRIMANOFF, *Première partie*, p. 23 ; MIRIMANOFF, *Une nouvelle culture*, p. 163 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 51.

⁵⁴ GAZZOLA, p. 613 ; MIRIMANOFF, *Première partie*, p. 23 s. ; MIRIMANOFF, *Une nouvelle culture*, p. 163 ; UMBRICH LUKAS/GLOOR, p. 164 ; VIGERS, p. 19 et 47 ss ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 51.

⁵⁵ FREIH, p. 8 s. ; MIRIMANOFF, *Première partie*, p. 33 s. ; MIRIMANOFF, *Une nouvelle culture*, p. 162.

⁵⁶ VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 46 ss.

⁵⁷ FREIH, p. 7 ; VIGERS, p. 18 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 46 s.

4. Les bases légales de la médiation dans le cadre d'enlèvements internationaux d'enfants

4.1. En général – Principe fondamental du bien de l'enfant

Depuis maintenant plusieurs années, la condition des enfants, d'un point de vue juridique, a nettement évolué. En effet, ceux-ci sont désormais considérés comme des personnes à part entière et, par conséquent, comme devant se voir reconnaître des droits⁵⁸.

Un texte fondamental à cet égard est la CDE, aujourd'hui ratifiée par 196 États. Cette convention accorde aux enfants différents droits qui leur sont spécifiques et érige en principe fondamental l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3 ch. 1 CDE). Cette notion, n'ayant pas de définition unique et bien circonscrite, a fait l'objet d'une Observation générale⁵⁹ par les Nations Unies. L'intérêt supérieur de l'enfant consisterait premièrement en un droit de fond appartenant à chaque enfant. Deuxièmement, cela serait un principe juridique d'interprétation : lorsqu'une norme est interprétée, elle doit l'être dans le sens qui sert le plus efficacement l'intérêt supérieur de l'enfant. Enfin, cet intérêt supérieur de l'enfant serait une règle de procédure, en ce sens que si une décision à intervenir est destinée à avoir des conséquences sur un enfant, le processus décisionnel y relatif doit être évalué afin d'en limiter les incidences négatives sur l'enfant⁶⁰.

Par ailleurs, il semble que le bien de l'enfant dépende de son bien-être, tant physique que psychique. Par conséquent, les éléments clés du bien de l'enfant sont la stabilité et la continuité de sa situation générale, en particulier dans ses relations avec ses parents, ce d'autant si un conflit existe entre eux⁶¹.

Dans ce sens, en cas d'enlèvement international d'enfants, la médiation tend, en tant que mode amiable de résolution des conflits, à favoriser le bien de l'enfant, puisqu'elle cherche à neutraliser les tensions existant au sein de la famille et à aboutir à une solution amiable et réaliste, qui devrait être applicable sur le long terme⁶².

Conscients de cet enjeu et de l'importance du bien de l'enfant, de nombreux États ont, par la ratification des textes présentés ci-dessous, souhaité protéger les enfants. Ces textes ne mentionnent souvent pas expressément la notion du bien de l'enfant, mais celle-ci est toujours sous-jacente.

⁵⁸ MAZENAUER, N 133.

⁵⁹ CRC/C/GC/14, *General comment No. 14 (2013) on The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (article 3, para. 1)* (Nations Unies) du 29 mai 2013.

⁶⁰ ZERMATTEN, p. 324 s.

⁶¹ ALFIERI, p. 76.

⁶² CARATSCH, p. 76.

4.2. Droit international

4.2.1. CLaH 80

La Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants⁶³ est l'instrument international le plus important en matière d'enlèvement international d'enfants, puisqu'elle lie actuellement 101 parties contractantes à travers le monde⁶⁴.

Il s'agit d'une convention d'entraide civile entre les États signataires, dont les grands principes sont de garantir le retour immédiat de l'enfant dans l'État de résidence habituelle et le respect, dans un État contractant, des droits de garde et de visite existant dans un autre État contractant (art. 1 CLaH 80)⁶⁵. Il convient ici de noter que la CLaH 80 prévoit des exceptions au retour immédiat de l'enfant (art. 12, 13 et 20 CLaH 80)⁶⁶ et que les notions clés en matière d'enlèvements d'enfants, à savoir celles d'enlèvement, de droit de garde, de droit de visite et de résidence habituelle, ont une portée autonome⁶⁷.

Afin d'atteindre ces buts, la CLaH 80 instaure que chaque État contractant désigne une Autorité centrale (art. 6 par. 1 CLaH 80)⁶⁸ et permet la mise en œuvre de procédures contraignantes et urgentes (art. 11 et 12 CLaH 80)⁶⁹. Néanmoins, elle établit que les Autorités centrales doivent « *prendre toutes les mesures appropriées pour assurer la remise volontaire de l'enfant ou faciliter une solution amiable* » (art. 7 par. 2 let. c CLaH 80, cf. également art. 10)⁷⁰.

Il s'agit ainsi de la première base légale, en droit international, pour la médiation dans le cadre d'enlèvements d'enfants. La CLaH 80 évoque seulement « *une solution amiable* », sans citer expressément un mode amiable de résolution des conflits. La formulation relativement souple de cette obligation a pour avantage de laisser aux États contractants une certaine liberté et la possibilité de mettre en œuvre tout mode amiable de résolution des conflits, et pas seulement la médiation ou la conciliation. Chaque État devra donc, dans chaque cas concret, examiner la possibilité de recourir à un processus amiable, sans toutefois devoir impérativement en mettre un en œuvre, si cela ne semble pas indiqué.

Un désavantage à cette vague mention de solution amiable est que la CLaH 80 ne donne pas de précision sur la façon dont les États contractants doivent mettre en œuvre cette disposition, et encore moins sur le processus de médiation en tant que tel. Aussi, dans l'optique d'orienter les États contractants et de les conseiller, la Conférence de La Haye a publié un Guide de bonnes pratiques sur la médiation⁷¹. Constitué d'un peu plus d'une centaine de pages, ce guide examine de nombreux aspects de la médiation dans le cadre d'application de la CLaH 80, offrant aux États un outil particulièrement utile à la mise en place, dans leur système, d'une telle médiation.

⁶³ Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 25 octobre 1980, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 1984 (CLaH 80), RS 0.211.230.02.

⁶⁴ État au 19 juillet 2019 ; une liste régulièrement mise à jour des Parties contractantes de la CLaH 80 est disponible sur le site de la Conférence de La Haye à l'adresse <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=24> (consulté pour la dernière fois le 21 mai 2022).

⁶⁵ ALFIERI, p. 8 s. ; DUREL, N 4 ; KESHAVJEE, p. 97 s. ; KÜNG, p. 59 ; VIGERS, p. 69.

⁶⁶ ALFIERI, p. 70 ss ; KÜNG, p. 60 ss.

⁶⁷ ALFIERI, p. 44 ss ; KÜNG, p. 62 ss ; MAZENAUER, N 25.

⁶⁸ ALFIERI/SCHICKEL-KÜNG, p. 77 ; DUREL, N 4 ; MAZENAUER, N 38 s.

⁶⁹ ALFIERI, p. 96 et 101 ss.

⁷⁰ MAZENAUER, N 42 et 44.

⁷¹ HCCH, *Guide médiation*.

4.2.2. CLaH 96

La Convention de La Haye concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants⁷² joue également un rôle important en matière d'enlèvement international d'enfants.

Cette convention, qui n'a pas directement pour objet l'enlèvement international d'enfants, a pour but d'assurer la protection d'enfants dans des situations transfrontières en évitant tout conflit, en particulier en matière de compétence, entre les autorités de différents États parties⁷³. Adoptée en 1996, elle remplace⁷⁴ entre de nombreux États la Convention de La Haye concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs⁷⁵, adoptée trente ans plus tôt. Elle tend ainsi à renforcer la coopération et l'entraide judiciaire entre les États contractants. Dans ce sens, et tout comme la CLaH 80, la CLaH 96 prévoit que chacun d'entre eux désigne une Autorité centrale dont la tâche consiste à satisfaire aux obligations imposées par la Convention (art. 29 CLaH 96)⁷⁶.

Une de ces obligations est prévue à l'art. 31 let. b CLaH 96, qui dispose que les Autorités centrales prennent « *toutes dispositions appropriées pour faciliter par la médiation, la conciliation ou tout autre mode analogue, des ententes à l'amiable sur la protection de la personne ou des biens de l'enfant, dans les situations auxquelles s'applique la Convention* ». Contrairement à la CLaH 80, la CLaH 96 nomme expressément la médiation comme solution amiable que chaque État pourrait mettre en œuvre afin d'aboutir à une résolution consensuelle du conflit⁷⁷. Il ne s'agit toutefois que de poser le principe, puisque la CLaH 96, tout comme la CLaH 80, ne donne pas davantage d'indications sur les processus en tant que tels.

4.2.3. Autres instruments internationaux

D'autres instruments internationaux jouent un rôle dans les enlèvements internationaux d'enfants et/ou dans la mise en œuvre d'une médiation.

Le premier de ces instruments est la Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants⁷⁸, adoptée par le Conseil de l'Europe en 1980. Cette convention tend à faciliter la reconnaissance et l'exécution de décisions qui concernent la garde sur un enfant ou un droit de visite, notamment dans les cas d'enlèvements internationaux d'enfants, mais n'évoque pas la question du recours à un mode amiable de résolution des conflits. Adoptée à la même période que la CLaH 80, la CE 80 ne s'est pas imposée comme instrument principal, la CLaH 80 étant plus efficace et ayant des mécanismes d'application plus simples⁷⁹.

⁷² Convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants du 19 octobre 1996, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} juillet 2009 (CLaH 96), RS 0.211.231.011.

⁷³ ALFIERI, p. 16 ; ALFIERI/SCHICKEL-KÜNG, p. 81 s.

⁷⁴ ALFIERI, p. 16 ; ALFIERI/SCHICKEL-KÜNG, p. 82 ; DUREL, N 7.

⁷⁵ Convention concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs du 5 octobre 1961, entrée en vigueur pour la Suisse le 9 décembre 1966 (CLaH 61), RS 0.211.231.01.

⁷⁶ ALFIERI/SCHICKEL-KÜNG, p. 82.

⁷⁷ DUREL, N 7.

⁷⁸ Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants du 20 mai 1980, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 1984 (CE 80), RS 0.211.230.01.

⁷⁹ ALFIERI, p. 11 ; DUREL, N 5.

Un second instrument international jouant parfois un rôle est la CLaH 61. Comme il l'a déjà été mentionné⁸⁰, la CLaH 61 a été remplacée par la CLaH 96. Dès lors, elle ne s'applique que dans des situations où un État l'a ratifiée, mais n'a pas fait de même à l'égard de la CLaH 96⁸¹.

Un troisième et dernier instrument ayant des effets en la matière, mais uniquement au sein de l'Union européenne, est le Règlement N° 2201/2003⁸², qui règlemente divers aspects du droit européen de la famille, dont la problématique des enlèvements internationaux d'enfants⁸³. Le Règ. Bruxelles II^{bis} traite également de la médiation et des modes amiables de résolution des conflits, puisqu'il est précisé que « *les autorités centrales devraient coopérer [...], y compris en vue de favoriser le règlement à l'amiable des conflits familiaux en matière de responsabilité parentale* » (c. 25 Règ. Bruxelles II^{bis}) et que celles-ci prennent « *toute mesure appropriée [...] pour faciliter la conclusion d'accords [...] en recourant à la médiation ou à d'autres moyens [...]* » (art. 55 let. e Règ. Bruxelles II^{bis}).

4.3. Droit national

En 2007, le législateur suisse a adopté la Loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes⁸⁴, loi d'application des conventions portant sur la protection des adultes et des enfants, en particulier les CLaH 80, CE 80, CLaH 96 et la Convention sur la protection internationale des adultes⁸⁵.

Cette loi a pour objet principal la procédure de retour en cas d'enlèvement international d'enfants depuis l'étranger vers la Suisse⁸⁶. Elle ne traite néanmoins pas des droits de visite⁸⁷. Conformément aux exigences des conventions internationales⁸⁸, le législateur y désigne les autorités centrales : l'autorité centrale fédérale est l'Office fédéral de la justice (art. 1 al. 1 LF-EEA) et chaque canton désigne une autorité centrale cantonale (art. 2 al. 1 LF-EEA).

Le Conseil fédéral a souhaité adopter une telle loi afin d'apporter des précisions à l'application de la CLaH 80 et ainsi favoriser le bien de l'enfant dans de telles procédures⁸⁹. Dans ce sens, deux dispositions évoquent des modes amiables de résolution des conflits.

Premièrement, l'art. 4 LF-EEA, intitulé « *Procédure de conciliation ou médiation* », donne la possibilité à l'autorité centrale d'engager une procédure de conciliation ou de médiation « *en vue d'obtenir la remise volontaire de l'enfant ou de faciliter une solution amiable* » (al. 1). De plus, l'art. 4 al. 2 LF-EEA précise que l'autorité centrale « *incite de manière appropriée les personnes concernées à participer à la procédure de conciliation ou à la médiation* ».

⁸⁰ Cf. *supra* 4.2.2.

⁸¹ ALFIERI, p. 14 s.

⁸² Règlement (CE) N° 2201/2003 du Conseil de l'Europe du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000, JO L 338/1 du 23 décembre 2003 (Règ. Bruxelles II^{bis}).

⁸³ ALFIERI, p. 18 ss ; DUREL, N 10.

⁸⁴ Loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes du 21 décembre 2007 (LF-EEA), RS 211.222.32.

⁸⁵ Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes du 13 janvier 2000, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} juillet 2009 (CLaH 2000), RS 0.211.232.1.

⁸⁶ ALFIERI, p. 25 ; DFJP, *Évaluation LF-EEA*, p. 3.

⁸⁷ ALFIERI, p. 25 ; ALFIERI/SCHICKEL-KÜNG, p. 77.

⁸⁸ Cf. *supra* 4.2.1. et 4.2.2.

⁸⁹ FF 2007 2433, p. 2439.

Secondement, l'art. 8 LF-EEA indique que « *le tribunal engage une procédure de conciliation ou une médiation en vue d'obtenir la remise volontaire de l'enfant ou de faciliter une solution amiable, si l'autorité centrale ne l'a pas déjà fait* ».

Il s'agit ainsi des bases légales, en droit suisse, pour la médiation dans le cadre d'enlèvements internationaux d'enfants. Contrairement à la CLaH 80 et à la CLaH 96 qui laissent ouvertes les solutions amiables auxquelles les autorités souhaitent recourir, la LF-EEA indique spécifiquement la médiation et la conciliation, qui constituent les deux principaux modes amiables de résolution des conflits connus du droit suisse.

Le législateur a encore prévu, à l'art. 3 al. 1 LF-EEA, que l'autorité fédérale centrale établissait un réseau d'experts et d'institutions aptes à procéder à une conciliation ou à une médiation, afin de faciliter la mise en œuvre de tels processus⁹⁰. La loi ne donne toutefois pas d'indications supplémentaire à cet égard. Le Conseil fédéral a ainsi annoncé dans son Message que « *s'agissant du déroulement concret de la procédure de conciliation et de médiation, les intéressés s'en tiendront aux règles fixées par l'autorité et aux modalités de négociation qui ont cours dans la pratique* »⁹¹. La mise en œuvre d'une médiation ou d'une conciliation varie donc en pratique d'un canton à l'autre, puisqu'elle dépend des tribunaux cantonaux⁹².

4.4. Relations et compatibilité entre le droit international et la LF-EEA

Pour rappel, la Suisse est un État de tradition moniste. Cela signifie qu'il n'est pas nécessaire qu'un acte interne constitutif soit adopté pour que le droit international entré en vigueur pour la Suisse y soit valide et fasse partie intégrante de son ordre juridique⁹³.

Par ailleurs, il convient de distinguer les normes *self-executing* et celles *non-self-executing*. Les premières sont les normes suffisamment claires et précises pour constituer la base d'une décision dans un cas concret, de telle sorte qu'elles sont directement applicables⁹⁴. Les secondes au contraire sont les normes qui ne sont pas assez claires et précises pour être appliquées directement par une autorité, si bien qu'il est nécessaire de les concrétiser, par exemple par une loi d'application⁹⁵.

La LF-EEA, comme évoqué ci-dessus⁹⁶, est la loi d'application en droit suisse de la CLaH 80 et, subsidiairement, des CE 80, CLaH 96 et CLaH 2000. Il est surprenant de constater que cette loi d'application est entrée en vigueur 25 ans après l'entrée en vigueur, pour la Suisse, de la CLaH 80. En effet, dans ce laps de temps, et dans la mesure où aucune loi d'application n'existait, la CLaH 80 a nécessairement été considérée comme étant *self-executing*, pouvant par conséquent être directement appliquée dans des cas concrets⁹⁷.

S'il n'y a aucune interdiction de concrétiser une norme internationale claire et précise dans l'ordre juridique suisse, un risque de contradiction au fil de l'évolution de la jurisprudence relative au texte législatif national existe⁹⁸. En pratique, la LF-EEA ne contient qu'une

⁹⁰ ALFIERI, *MFI et CLaH*, p. 151.

⁹¹ FF 2007 2433, p. 2466.

⁹² KÜNG, p. 66.

⁹³ FF 2017 5027, p. 2040 ; ALFIERI, p. 27.

⁹⁴ ATF 129 II 249 ou JdT 2005 I 359, c. 3.3 ; FF 2017 5027, p. 2040 ; ALFIERI, p. 27.

⁹⁵ FF 2017 5027, p. 2040 ; ALFIERI, p. 28.

⁹⁶ Cf. *supra* 4.3.

⁹⁷ ALFIERI, p. 151 s.

⁹⁸ ALFIERI, p. 152.

disposition susceptible de voir ce risque se réaliser, à savoir l'art. 5 LF-EEA, en particulier quant à la notion de l'intérêt de l'enfant comme exception au retour dans son pays de résidence habituelle⁹⁹.

Ainsi, pour ce travail portant sur la médiation dans le cadre d'enlèvement international d'enfants, les dispositions topiques de la LF-EEA semblent parfaitement compatibles avec les dispositions y relatives de la CLaH 80, soit respectivement les art. 4 et 8 LF-EEA et 7 par. 2 let. c et 10 CLaH 80¹⁰⁰.

4.5. Différents cas d'enlèvements internationaux et législations applicables

Afin de clore ce chapitre traitant des différentes bases légales de la médiation dans le cadre d'enlèvements internationaux d'enfants, une synthèse résumant les diverses situations et les législations qui leurs sont applicables s'impose. Afin d'illustrer au mieux ces situations, les explications se baseront sur des exemples impliquant la Suisse.

Tout d'abord, si un enfant dont la résidence habituelle se trouve en Suisse est enlevé vers un État étranger, deux hypothèses doivent être distinguées.

Dans la première hypothèse, l'enfant est emmené vers un État partie à la CLaH 80 (ou, dans de plus rares cas, à la CE 80). Le parent resté en Suisse et dont le droit de garde a été violé peut engager des démarches en vue du retour de son enfant, sur la base de cette convention. Pour ce faire, il peut s'adresser à l'OFJ, directement à l'autorité centrale de l'État vers lequel l'enfant a été enlevé ou au tribunal compétent¹⁰¹.

Dans la seconde hypothèse, l'enfant est enlevé vers un État qui n'a pas ratifié la CLaH 80 (ni la CE 80). Il se peut alors que d'autres instruments juridiques bilatéraux ou multilatéraux lient la Suisse et l'État dans lequel l'enfant a été emmené et prévoient une forme de coopération entre autorités ou une procédure particulière. Néanmoins, si tel n'est pas le cas, les possibilités juridiques d'intervention sont réduites¹⁰². D'un point de vue civil, le parent dont le droit de garde a été violé peut notamment tenter d'obtenir la reconnaissance et l'exécution, dans l'État dans lequel l'enfant se trouve après l'enlèvement, de la décision lui octroyant le droit de garde. Il peut également s'adresser à l'ISDC, qui le renseignera sur la situation juridique dans l'État où son enfant a été emmené, ou au SSI – dont les buts sont notamment la protection des enfants et le soutien des mineurs non-accompagnés – qui lui permettra d'obtenir des renseignements sur la situation sociale et la santé de son enfant, par le biais de correspondants locaux dans l'État concerné. Le SSI pourra également jouer le rôle de médiateur entre les parents, afin de permettre au parent séparé de son enfant de maintenir des relations avec lui¹⁰³. Par ailleurs, si l'enfant enlevé est de nationalité suisse, est réfugié ou apatride reconnu, il sera possible pour le parent de bénéficier des conseils et de l'assistance du DFAE¹⁰⁴.

Ensuite, si un enfant est enlevé depuis un État étranger vers la Suisse, il convient également de distinguer deux situations. S'il est emmené depuis un État membre de la CLaH 80 (ou de la CE

⁹⁹ ALFIERI, p. 164 ss.

¹⁰⁰ ALFIERI, p. 164.

¹⁰¹ OFJ, *Brochure*, p. 9.

¹⁰² CARATSCH, p. 74 ; DFJP, *Évaluation LF-EEA*, p. 4 ; OFJ, *Brochure*, p. 10.

¹⁰³ OFJ, *Brochure*, p. 16 ; Entretien avec Ida KOPPEN, qui explique que le SSI met souvent en place des sessions Zoom entre l'enfant et le parent dont il est séparé, afin de s'assurer que le lien et la communication entre eux ne soient pas rompus ; Entretien avec Sabina TITARENKO.

¹⁰⁴ DFJP, *Évaluation LF-EEA*, p. 4 ; OFJ, *Brochure*, p. 17.

80), cette convention s'appliquera. Parallèlement, la LF-EEA sera également applicable. Le parent se trouvant à l'étranger pourra dès lors s'adresser à l'autorité centrale de son pays, à l'OFJ en tant qu'autorité centrale suisse ou directement auprès du tribunal suisse compétent. Dans le cas contraire où l'enfant est emmené depuis un État qui n'est pas membre de la CLaH 80 (ni de la CE 80), les possibilités du parent sont extrêmement limitées, à défaut d'autres instruments juridiques bilatéraux ou multilatéraux liant la Suisse et l'État depuis lequel l'enfant a été emmené. À noter que la LF-EEA, en tant que loi d'application de la CLaH 80 et CE 80, ne pourra pas être appliquée dans un tel cas¹⁰⁵.

5. La médiation familiale internationale en cas d'enlèvement

5.1. Définitions, buts et caractéristiques

Tout comme la médiation « générale », la médiation familiale internationale ne connaît pas de définition unique.

L'AIFI la définit scrupuleusement comme « *un processus par lequel un tiers impartial et qualifié, dûment accrédité, accompagne des couples séparés ou en voie de séparation, résidant dans deux pays différents, à établir ou rétablir une communication et à trouver ensemble des accords tenant compte des besoins de chacun et particulièrement des enfants dans un esprit de coopération parentale* »¹⁰⁶.

De manière plus générale, la médiation familiale internationale peut être définie comme « *une démarche structurée au cours de laquelle un médiateur impartial permet aux membres d'une famille en crise, généralement les parents, de parler de manière constructive de leur conflit et de la façon dont ils prendront soin de leurs enfants à l'avenir* »¹⁰⁷.

Ces définitions de la médiation familiale internationale correspondent aux définitions de médiation et de médiation familiale évoquées ci-dessus¹⁰⁸, tout en y ajoutant l'aspect « international », soit le fait que les parties à la médiation ne se trouvent pas dans le même État.

Quant au but poursuivi par une telle médiation, il s'agit bien évidemment de résoudre par la communication le conflit existant entre les parties, en prenant en compte leurs besoins et leurs intérêts. Son but présente néanmoins la spécificité de tendre à un accord convenant à tous les membres de la famille touchés par le conflit. Si des enfants font partie de la famille concernée, leurs besoins seront alors placés au centre de la démarche, afin de garantir leur développement et leur bien-être¹⁰⁹.

En matière d'enlèvement international d'enfants, la médiation familiale internationale a comme but propre de maintenir un lien entre l'enfant et ses deux parents, qu'un retour immédiat dans le pays de résidence habituelle ait lieu ou non. Elle a en outre pour but de faire un lien entre tous les enjeux de la situation, qu'ils soient relatifs à l'enfant, financiers, culturels ou autres¹¹⁰.

¹⁰⁵ DFJP, *Évaluation LF-EEA*, p. 3 s. ; OFJ, *Brochure*, p. 11 ; Entretien téléphonique avec Anna Claudia ALIERI.

¹⁰⁶ AIFI, *Guide*, art. 1.

¹⁰⁷ CARATSCH, p. 6.

¹⁰⁸ Cf. *supra* 3.1 et 3.3.

¹⁰⁹ CARATSCH, p. 6 ; VIGERS, p. 69.

¹¹⁰ Entretien avec Ida KOPPEN.

Quant aux principales caractéristiques de la médiation familiale internationale dans le cadre d'enlèvement international d'enfants, elles correspondent globalement aux propriétés de la médiation¹¹¹, à savoir qu'il s'agit d'un processus s'inscrivant dans le temps et mettant en place une relation triangulaire entre le médiateur et les deux parents ; que les parties sont libres, autonomes et responsables ; que le médiateur doit présenter un certain nombre de qualités et, enfin, que la médiation demeure confidentielle, sauf accord contraire des parties.

Les précisions suivantes doivent toutefois être apportées à certaines de ces caractéristiques :

La médiation familiale internationale dans le cadre d'enlèvement international d'enfants est bel et bien un processus au sens d'une suite continue présentant une certaine unité ou une certaine régularité dans son déroulement¹¹². Des séances de médiation ont généralement lieu, mais dans un laps de temps relativement plus court qu'en cas de médiation en dehors de tout enlèvement d'enfants. En effet, afin de respecter les dispositions prévues par les conventions et autres textes législatifs applicables et afin d'éviter de retarder une éventuelle procédure de retour, la médiation doit intervenir dans un laps de temps bref et limité¹¹³. En pratique, elle peut prendre la forme de quelques séances pouvant chacune s'étendre sur trois heures et organisées sur deux jours¹¹⁴.

À propos de la relation triangulaire entre le médiateur et les deux parties au conflit, il convient de relever que lors d'une médiation familiale internationale dans le cadre d'un enlèvement, l'enfant est parfois invité à y prendre part. À ce titre, l'enfant peut directement participer à une, quelques-unes ou toutes les séances de médiation, de telle sorte qu'une relation « carrée » s'établit entre le médiateur, l'enfant et les deux parents. Dans d'autres situations, une réunion séparée entre l'enfant et le médiateur peut avoir lieu, le médiateur transmettant aux parents, dans le cadre de la relation triangulaire, les informations recueillies auprès de l'enfant¹¹⁵.

Il faut encore souligner que le médiateur procédant à une médiation familiale internationale, et d'autant plus dans le cadre d'un enlèvement international d'enfants, doit présenter des qualités particulières. Cette problématique sera approfondie dans la suite de ce travail¹¹⁶, mais il est d'ores et déjà important de souligner que dans de telles situations, le médiateur devrait disposer d'une pratique expérimentée et avoir suivi une formation spécifique, portant tant sur la médiation familiale internationale que la médiation dans les cas d'enlèvements internationaux d'enfants¹¹⁷. De plus, il est indispensable qu'un tel médiateur présente des connaissances linguistiques et culturelles approfondies, afin d'être à même d'aiguiller les parents lors de la médiation¹¹⁸.

Enfin, quant à la confidentialité de la médiation, il est évident qu'il s'agit aussi d'un élément déterminant pour la recherche d'une solution amiable en cas d'enlèvement. Néanmoins, dans ce contexte particulier, il est parfois nécessaire de communiquer des informations purement administratives aux autorités, afin de révéler par exemple à quel stade en est la médiation. À

¹¹¹ Cf. *supra*, 3.2.

¹¹² CNRTL, *Processus*.

¹¹³ AUERBACH, N 57 ; CARATSCH, p. 74 ; HCCH, *Guide médiation*, N 53 ss ; cf. *infra* 5.2.3.2.

¹¹⁴ HCCH, *Guide médiation*, N 60 ; cf. *infra* 5.2.3.2.

¹¹⁵ CARATSCH, p. 44 ss ; HCCH, *Guide médiation*, N 250 ; cf. *infra* 5.2.2.3.

¹¹⁶ Cf. *infra* 5.2.2.2.

¹¹⁷ AIFI, *Guide*, art. 5 ; CARATSCH, p. 44 ss ; HCCH, *Guide médiation*, N 98.

¹¹⁸ HCCH, *Guide médiation*, N 72, 76 et 98.

cet égard, la confidentialité n'est pas violée¹¹⁹. Il peut aussi exceptionnellement arriver que la confidentialité de la médiation ne doive pas être respectée, notamment en cas de mise en danger de la santé psychologique ou physique de l'enfant concerné. Dans de telles hypothèses, le médiateur ou tout autre intervenant à la médiation pourrait avoir à faire état auprès de la police ou d'un autre organisme de protection de l'enfance d'informations obtenues dans le cadre de la médiation¹²⁰. Ces exceptions ne sont pas réservées aux médiations familiales internationales en cas d'enlèvements internationaux d'enfants, mais elles sont certainement plus susceptibles de se réaliser dans ce type de médiation.

5.2. Processus de médiation

5.2.1. Moment et mise en œuvre de la médiation – Exemples de la LF-EEA

5.2.1.1. Médiation préventive

Lorsque des parents se séparent et selon la situation concrète de la famille, un risque d'enlèvement, plus ou moins élevé, peut apparaître. Tel est notamment le cas si l'un des parents envisage de déménager à l'étranger ou si les deux parents sont en très mauvais termes. Dans ces situations, des mesures afin de prévenir l'enlèvement par l'un des parents peuvent être mises en place. Parmi celles-ci se trouve la médiation¹²¹.

À un stade précoce du conflit parental, la médiation peut permettre aux parents de discuter des souhaits de chacun et des problématiques que cela soulève. Dans l'hypothèse où un risque élevé d'enlèvement existerait en raison du fait que l'un des parents désire s'établir à l'étranger, les parents pourraient échanger sur le souhait de ce parent et trouver des solutions concrètes à mettre en place. Il serait alors possible d'aboutir à un accord traitant des questions du droit de garde et du droit d'entretenir des relations personnelles avec le(s) enfant(s) et des modalités de l'exercice de ces droits en pratique¹²².

La mise en route d'une telle médiation intervient généralement sur initiative de l'un des parents, dans la mesure où un enlèvement n'a pas encore eu lieu et où aucune autorité n'est donc saisie. Ce parent, inquiet par le risque d'enlèvement, peut avoir pris des renseignements auprès de diverses sources, comme un avocat, le SSI ou encore auprès de l'OFJ.

L'avantage principal d'entreprendre une médiation préventive est le maintien de la communication entre les parents, à tout le moins pour ce qui concerne l'(es) enfant(s), de telle sorte qu'ils devraient en principe être moins tentés d'agir unilatéralement, réduisant par conséquent le risque d'enlèvement et préservant par la même occasion le bien des enfants¹²³.

¹¹⁹ HCCH, *Guide médiation*, N 206.

¹²⁰ HCCH, *Guide médiation*, N 211.

¹²¹ CARATSCH, p. 32 ; HCCH, *Guide mesures préventives*, p. 17 ; HCCH, *Guide médiation*, N 118 ; OFJ, *Brochure*, p. 19 ; SSI, *Mode d'emploi*, p. 2 (Principe clé III) ; Entretien avec Ida KOPPEN.

¹²² HCCH, *Guide mesures préventives*, p. 17 s. ; Entretien avec Ida KOPPEN, qui fait état de la situation suivante : deux parents se trouvant à Genève travaillant pour des organisations internationales décident, dans le cadre d'une médiation préventive, de prévoir que si l'un d'entre eux est amené à déménager à l'étranger pour le travail, l'autre parent essaiera de le suivre en cherchant du travail dans la même ville. Leur enfant étant en outre malade et nécessitant par conséquent des soins particuliers, les parents ont précisé les villes-sièges d'organisations internationales (notamment New York, Bonn et La Haye) à prendre en considération dans une telle hypothèse.

¹²³ CARATSCH, p. 32 ; HCCH, *Guide mesures préventives*, p. 17 s.

5.2.1.2. Médiation pré-judiciaire

Dès lors qu'il y a eu un enlèvement international d'enfants et qu'une demande de retour remplissant les conditions requises est déposée, tant la CLaH 80 que la CLaH 96 préconisent que les Autorités centrales prennent toute disposition utile à la mise en œuvre de modes amiables de résolution des conflits¹²⁴. Ces autorités devraient donc, dès que possible, orienter les parents vers une remise volontaire de l'enfant ou vers l'adoption d'une solution amiable, notamment par le biais d'une médiation. Elles ne doivent néanmoins pas écarter les informations relatives aux procédures judiciaires possibles en application du droit international et national¹²⁵.

En Suisse, l'art. 4 LF-EEA prévoit la possibilité (« *Kannvorschrift* »), pour l'autorité centrale, de décider de la mise en place d'une médiation¹²⁶.

En pratique, lorsque l'OFJ reçoit une demande de retour vers un État étranger, il procède avant toute chose à un examen préliminaire afin de déterminer si la demande est recevable et de s'assurer que des mesures urgentes de protection de l'enfant ne doivent pas être adoptées¹²⁷.

Au terme de cet examen, l'autorité centrale tente de mettre en œuvre une médiation en prenant premièrement contact avec le parent ayant déposé la requête, de manière directe auprès de celui-ci, ou indirecte, par le biais de l'autorité centrale de l'État étranger ou de son avocat. À cet égard, l'autorité centrale renseigne le parent sur la possibilité, l'opportunité, les avantages et le fonctionnement de la médiation. En parallèle, l'OFJ effectue des recherches de médiateurs qui seraient à même d'accompagner les parties dans la médiation, généralement directement dans l'État dans lequel l'enfant a été emmené, soit, dans les cas d'application de la LF-EEA, directement en Suisse¹²⁸.

Si le parent ayant requis le retour de l'enfant accepte la mise en œuvre d'une médiation, l'autorité centrale ou le médiateur prend contact avec le parent ayant emmené l'enfant afin de lui expliquer à son tour les tenants et aboutissants de la médiation. Cette prise de contact se fait aussi de manière directe ou indirecte¹²⁹. Si le parent ayant enlevé l'enfant accepte de tenter la médiation, celle-ci pourra être mise en marche. Au contraire, s'il refuse le principe-même de médiation, une procédure judiciaire sera ouverte.

Il convient de noter que si une médiation pré-judiciaire est mise en œuvre, l'autorité centrale n'y intervient absolument pas, son rôle étant limité à un soutien juridique¹³⁰.

5.2.1.3. Médiation judiciaire

En cas d'enlèvement international d'enfants, les autorités centrales ne sont pas les seules actrices de la promotion des modes amiables de résolution des conflits. En effet, les autorités judiciaires jouent également un rôle important en la matière puisqu'en application des

¹²⁴ AUERBACH, N 57 ; HCCH, *Guide médiation*, N 123 ; cf. *supra* 4.2.1 et 4.2.2.

¹²⁵ HCCH, *Guide médiation*, N 124.

¹²⁶ FF 2007 2433, p. 2462 ; ALFIERI, p. 113 ; BUCHER in Lorandi/Stahelin, p. 487 ; OFJ, *Brochure*, p. 12.

¹²⁷ ALFIERI, p. 114 ; ALFIERI, *MFI et CLaH*, N 11.

¹²⁸ ALFIERI, p. 114 ; ALFIERI, *MFI et CLaH*, N 12 ss.

¹²⁹ ALFIERI, p. 114 ; ALFIERI, *MFI et CLaH*, N 16.

¹³⁰ ALFIERI, *MFI et CLaH*, N 16 et 18.

différentes conventions, il est de leur devoir de garantir le bien de l'enfant et qu'une médiation est, selon les circonstances, propre à atteindre cet objectif¹³¹.

Selon l'État dont le tribunal est compétent et le système juridique qui y est applicable, le juge peut avoir l'obligation de renseigner les parties sur les modes amiables de résolution des conflits, de proposer un règlement amiable ou même d'en ordonner un¹³².

En Suisse, l'art. 8 LF-EEA prévoit que « *le tribunal engage une procédure de conciliation ou une médiation [...] si l'autorité centrale ne l'a pas déjà fait* ». Il convient de distinguer deux situations : si l'autorité centrale a usé de la possibilité de tenter la médiation ou la conciliation, le tribunal compétent n'a pas d'obligation de la tenter à nouveau, mais il le *peut* (« *Kannvorschrift* »), si cela semble opportun au vu des circonstances concrètes du cas d'espèce. Au contraire, si l'autorité centrale n'a pas tenté la médiation ou la conciliation, le tribunal *doit* tenter de mettre en œuvre la médiation ou la conciliation. Il s'agit là d'une « *Mussvorschrift* »¹³³.

Quant à la question de savoir si le tribunal peut ordonner la médiation, en ce sens qu'il peut s'appuyer sur une base légale pour renvoyer les parties en médiation et leur imposer ce choix, écartant le principe de la médiation volontaire¹³⁴, il semblerait que l'art. 8 al. 1 LF-EEA soit une base légale lui permettant de le faire¹³⁵. Néanmoins, la jurisprudence a limité la portée de cette disposition en soulignant qu'il n'y a pas de violation du droit si un tribunal renonce à ordonner une médiation en l'absence de volonté minimale, chez chacune des parties, de résoudre le conflit de manière amiable¹³⁶.

5.2.1.4. Médiation post-judiciaire

Notons enfin qu'une médiation est encore possible ensuite d'une décision judiciaire portant sur le retour ou non-retour de l'enfant. En effet, la décision ne règle que les éléments juridiques du litige et se limite à la question du retour, mais ne dissout pas les tensions entre les parents. Dans cette hypothèse, la médiation peut permettre aux parents d'adopter des solutions pratiques qui leur conviennent et qui peuvent être mises en place sur la durée, afin notamment d'éviter un contre-enlèvement¹³⁷.

5.2.2. Participants à la médiation

5.2.2.1. Les parents

La médiation familiale internationale dans le cadre d'enlèvement international d'enfants a pour acteurs centraux les deux parents. En effet, l'origine de la situation litigieuse et, par conséquent, de l'enlèvement, vient souvent d'un conflit conjugal entre les parents, lors d'une séparation ou d'un divorce notamment. Il est ainsi indispensable que les deux parents participent activement

¹³¹ HCCH, *Guide médiation*, N 129 s.

¹³² HCCH, *Guide médiation*, N 129 s.

¹³³ ALFIERI, p. 115 ; ALFIERI, *MFI et CLaH*, N 24 ; BUCHER in Lorandi/Stahelin, p. 486 ; OFJ, *Brochure*, p. 12.

¹³⁴ LÉVY/KIEPE, p. 447.

¹³⁵ TF 5A_674/2011, du 31 octobre 2011, c. 2.1 ; ALFIERI, *FamPra*, p. 552 ; LÉVY/KIEPE, p. 452.

¹³⁶ TF 5A_577/2014 du 21 août 2014, c. 2 ; TF 5A_535/2010 du 10 octobre 2010, c. 3 ; TF 5A_154/2010 du 29 avril 2010, c. 3 ; ALFIERI, *FamPra*, p. 553 ; LÉVY/KIEPE, p. 452.

¹³⁷ ALFIERI, p. 112 et 124 s. ; AUERBACH, N 57 ; CARATSCH, p. 76 ; SSI, *Mode d'emploi*, p. 2 (Principe clé I).

à la médiation, en tant que parties au litige. Ce sont alors eux qui décideront de l'issue de leur conflit¹³⁸.

5.2.2.2. Le médiateur ou les médiateurs

La médiation familiale internationale dans le cadre d'enlèvements internationaux d'enfants implique logiquement et nécessairement la présence d'un médiateur, en tant que tiers impartial conduisant la médiation¹³⁹. En pratique, il arrive couramment que deux médiateurs travaillent de concert, en co-médiation. Ceci présente un certain nombre d'avantages, en lien avec les compétences spécifiques que devraient présenter les médiateurs menant des médiations familiales internationales, d'autant plus dans l'hypothèse d'un enlèvement international d'enfants. Ces avantages seront exposés ci-dessous, après une présentation des caractéristiques particulières que le médiateur devrait avoir pour une médiation dans le cadre d'un enlèvement.

Outre les caractéristiques générales que tout médiateur doit garantir, à savoir ses compétences professionnelles de base, son indépendance, sa neutralité et sa multipartialité ainsi que faire preuve d'humilité¹⁴⁰, le médiateur familial international doit présenter des caractéristiques supplémentaires.

Il doit premièrement disposer de compétences et de connaissances portant d'une part sur le processus de médiation familiale et d'autre part sur la médiation, par définition internationale, dans le contexte d'enlèvement international d'enfants. Pour ce faire, il convient qu'il suive des formations spécifiques et qu'il renouvelle ses connaissances par le biais de formations continues tout au long de son activité de médiateur¹⁴¹. Ces formations devraient alors lui permettre d'être préparé et apte à gérer les difficultés propres aux enlèvements internationaux d'enfants. En particulier, il devrait disposer de connaissances sociales et psychologiques dans le but de gérer aux mieux la médiation dans ce contexte extrêmement tendu et conflictuel¹⁴².

Ainsi, l'AIFI préconise par exemple que le médiateur suive une « *formation complémentaire spécifique de 60 heures sur les aspects suivants : les diverses conventions applicables, les aspects juridiques (connaissance de base en droit international), les enjeux interculturels, les enjeux éthiques en médiation et co-médiation, la place de l'enfant : comment prévenir un déplacement illicite et comment soutenir un enfant victime d'un tel déplacement, évaluation des risques pour l'enfant, des connaissances sur les divers moyens de communication [...], les stratégies spécifiques à la médiation au téléphone* »¹⁴³. Il ressort de cet article que le médiateur devrait idéalement disposer de connaissances juridiques de base. Effectivement, même s'il n'a pas pour rôle de conseiller juridiquement les parties, des connaissances élémentaires en la matière lui permettent de comprendre la situation dans sa globalité ainsi que d'évaluer dans quelle mesure l'accord auquel tendent les parties est conforme au droit applicable ou non¹⁴⁴.

Deuxièmement, le médiateur ne devrait s'engager dans une médiation dans le cadre d'un enlèvement qu'à condition d'être particulièrement expérimenté dans le domaine de la médiation familiale. En effet, la médiation familiale est déjà complexe en raison des aspects éminemment

¹³⁸ Cf. *supra* 3.2.1 et 3.2.2.

¹³⁹ HCCH, *Guide médiation*, « Médiateur », p. 7.

¹⁴⁰ Cf. *supra* 3.2.3.

¹⁴¹ AIFI, *Guide*, art. 5.1 ; CARATSCH, p. 10 ; CASONI DELCO, p. 28 s. ; HCCH, *Guide médiation*, N 98 ; SSI, *Charte*, p. 13 (Principe n° 9) ; VIGERS, p. 57.

¹⁴² AIFI, *Guide*, art. 5.2 ; CARATSCH, p. 10 ; HCCH, *Guide médiation*, N 99 ss ; SSI, *Charte*, p. 13 (Principe n° 9).

¹⁴³ AIFI, *Guide*, art. 5.2.

¹⁴⁴ HCCH, *Guide médiation*, N 102 ; SSI, *Charte*, p. 9 (Principe n° 4).

émotionnels du litige. Il apparaît dès lors indispensable que dans une situation d'enlèvement d'enfant, conséquence de l'escalade du conflit entre les parents, où de nombreux obstacles et contraintes s'imposent si une médiation est entreprise, le médiateur ait déjà eu l'occasion de mener une médiation familiale « nationale » afin d'utiliser certains outils et certaines ressources similaires¹⁴⁵.

Une troisième caractéristique que le médiateur devrait présenter dans ce contexte est celle des compétences transculturelles¹⁴⁶. En matière de médiation familiale internationale, il arrive couramment que les parties soient issues d'origines différentes. Tel est aussi bien souvent le cas dans les situations d'enlèvements d'enfants. Des origines différentes impliquent parfois des cultures et religions divergentes, ce qui peut se manifester par des valeurs discordantes, des façons de communiquer dissemblables et des visions contraires des questions relatives aux enfants. Il peut alors en résulter une incompréhension plus ou moins prononcée entre les parties, celle-ci pouvant être à l'origine du conflit ou, à tout le moins, un élément ayant empêché une évolution favorable du conflit. Il est par conséquent primordial, d'une part, qu'une telle incompréhension ne naisse pas entre les parties et le médiateur, au risque de mettre en péril tout le processus de médiation, et, d'autre part, que le médiateur soit à même de comprendre les enjeux culturels du litige, pour chacune des parties¹⁴⁷.

Enfin, la quatrième et dernière caractéristique propre au médiateur réalisant une médiation dans le cadre d'un enlèvement d'enfants est celle des compétences linguistiques¹⁴⁸. En lien avec l'origine différente des parties à la médiation familiale internationale, celles-ci n'ont pas toujours la même langue maternelle. Le choix de la langue de la médiation est un élément à discuter avec les parties, qui peuvent opter pour différentes solutions : choisir que la médiation se déroulera dans la langue maternelle de l'une des parties, l'autre partie maîtrisant suffisamment bien cette langue ; retenir que chacune d'elle s'exprimera dans sa langue maternelle ; ou encore préférer l'utilisation d'une troisième langue, n'étant la langue maternelle d'aucune des parties, toutes deux la connaissant néanmoins suffisamment. Dans tous les cas, et même si un interprète participe à la médiation, des risques supplémentaires d'incompréhension apparaissent. Il est ainsi indispensable que le médiateur soit attentif à ces risques. Dans la mesure du possible, il devrait maîtriser la ou les langues utilisées dans la médiation, afin d'en comprendre toutes les subtilités¹⁴⁹.

Réunir toutes ces qualités chez un seul et unique médiateur pour chaque cas de médiation familiale internationale est d'une grande complexité. Une solution pratique apportée à cette problématique est la co-médiation, par laquelle plusieurs médiateurs, généralement deux, œuvrent conjointement¹⁵⁰. Il est par exemple possible de choisir deux médiateurs provenant chacun de l'origine ou de la culture d'une des parties ou encore que chaque médiateur soit de la même langue maternelle qu'une des parties mais dispose de connaissances de la langue maternelle de l'autre partie. Il convient à cet égard de souligner que les médiateurs ne représentent en aucun cas l'une ou l'autre des parties, mais demeurent neutres et multipartiaux.

¹⁴⁵ AIFI, *Guide*, art. 5.4 ; CARATSCH, p. 10 ; HCCH, *Guide médiation*, N 98 ; SSI, *Charte*, p. 13 (Principe n° 9) ; VIGERS, p. 57.

¹⁴⁶ CASONI DELCO, p. 28 s. ; HCCH, *Guide médiation*, N 101 ; KESHAVJEE, p. 109 ; VIGERS, p. 57 s.

¹⁴⁷ CARATSCH, p. 30 ss et 93 ; HCCH, *Guide médiation*, N 71 s. ; SSI, *Charte*, p. 13 (Principe n° 10).

¹⁴⁸ CASONI DELCO, p. 28 s. ; HCCH, *Guide médiation*, N 101.

¹⁴⁹ HCCH, *Guide médiation*, N 74 ss.

¹⁵⁰ CARATSCH, p. 42 ; HCCH, *Guide médiation*, N 222 ; VIGERS, p. 59.

Leurs aptitudes particulières n'ont en effet que pour but de faciliter la communication durant la médiation¹⁵¹.

Il est aussi possible qu'un médiateur peu expérimenté dans ce domaine intervienne en co-médiation avec un médiateur plus expérimenté, permettant au premier de gagner en expérience, sans pour autant compromettre le processus en lui-même¹⁵².

Notons enfin que la co-médiation permet également de faire intervenir une médiatrice, de sexe féminin, et un médiateur, de sexe masculin, ce qui peut être considérablement important dans une médiation entre des parents de sexe opposé, où chacun aura alors l'assurance de ne pas être défavorisé par rapport à l'autre et incompris par les médiateurs¹⁵³.

En pratique, certaines organisations de médiation favorisent, dans les cas internationaux, les co-médiations. Tel est notamment le cas de l'organisation MiKK e.V. qui propose des co-médiations au cours desquelles une médiatrice et un médiateur interviennent, l'un d'entre eux ayant suivi une formation dans le domaine social et l'autre une formation juridique, chacun parlant la langue d'une des parties et/ou provenant de l'État de l'une d'entre elles¹⁵⁴.

5.2.2.3. L'enfant

Dans les procédures mettant en cause des enfants, la CDE garantit un droit d'être entendu à l'enfant capable de discernement, les opinions de celui-ci « *étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité* » (art. 12 ch. 1 CDE). Il est par ailleurs précisé que la possibilité doit être donnée à l'enfant « *d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant* » (art. 12 ch. 2 CDE).

Quant à la procédure de retour immédiat prévue par la CLaH 80, l'art. 13 par. 2 de cette convention dispose que « *(l)'autorité judiciaire ou administrative peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion* ».

Il ressort ainsi de ces deux textes que le point de vue de l'enfant peut jouer un certain rôle dans les procédures judiciaires le concernant, si son âge et sa maturité le permettent¹⁵⁵.

En matière de modes alternatifs de résolution des conflits, aucun motif ne s'oppose par principe à entendre l'enfant. Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies a à cet égard observé que le droit de l'enfant d'être entendu « *s'applique à toutes les procédures judiciaires pertinentes concernant l'enfant* » ainsi qu'aux procédures administratives et que ces « *deux types de procédures peuvent faire appel à des mécanismes de règlements des conflits tels que la médiation et l'arbitrage* »¹⁵⁶. Il faut alors en conclure que dans la mesure du possible, l'avis de l'enfant devrait être pris en compte dans le processus de médiation.

¹⁵¹ CARATSCH, p. 42 ; HCCH, *Guide médiation*, N 73, 76 et 226 ss ; PAUL/KIESEWETTER, p. 41 ; SCHWARTZ/WENDENBURG, p. 119 et 123 ; VIGERS, p. 57 s.

¹⁵² HCCH, *Guide médiation*, N 98 et 223 ; Entretien avec Ida KOPPEN, qui explique parfois mener des médiations avec des stagiaires ayant déjà un niveau avancé, mais n'ayant pas encore achevé leur formation.

¹⁵³ PAUL/KIESEWETTER, p. 41 ; SCHWARTZ/WENDENBURG, p. 119 ; VIGERS, p. 59.

¹⁵⁴ Entretien avec Pascal GEMPERLI.

¹⁵⁵ HCCH, *Guide médiation*, N 239 ss ; VIGERS, p. 79 ss.

¹⁵⁶ CRC/C/GC/12, *General comment No. 12 (2009) on The right of the child to be heard* (Nations Unies) du 1er juillet 2009, p. 10, N 32.

Entendre l'enfant et le faire participer à la médiation dans le cadre d'un enlèvement international peut présenter un certain nombre d'avantages, pour autant que sa participation soit bien intégrée au processus¹⁵⁷. Parmi ceux-ci, le fait d'entendre les souhaits et les ressentis de l'enfant permet tout d'abord de constater si la solution amiable envisagée est conforme à son bien-être et, si tel n'est pas le cas, de l'adapter afin de servir au mieux son intérêt supérieur. Cela favorise en outre la remise en question des parents qui, en écoutant les besoins et intérêts de leur(s) enfant(s), sont généralement plus à même de se détacher de leurs propres besoins et intérêts¹⁵⁸. Finalement, le concours de l'enfant à la médiation lui donne l'occasion de communiquer avec ses deux parents sur des aspects fondamentaux pour son développement, facilitant la gestion du conflit ainsi que l'atténuation de son impact¹⁵⁹.

En pratique, la participation de l'enfant à la médiation n'est néanmoins pas simple et n'offre une plus-value que pour autant qu'elle soit conduite de façon appropriée.

Le prérequis à cette participation est la maturité et la capacité de l'enfant à s'exprimer. Aucune limite d'âge n'étant fixée, il convient d'évaluer la maturité de l'enfant dans chaque cas d'espèce, au vu des circonstances concrètes de celui-ci¹⁶⁰.

En raison de l'absence, dans une grande majorité de systèmes juridiques, de pouvoir d'interrogation du médiateur, celui-ci n'a pas, contrairement au juge saisi d'une procédure, la possibilité de convoquer l'enfant à une séance de médiation, ni même d'ordonner que ce dernier soit entendu par un tiers, comme un expert ou un spécialiste de l'enfance. L'intervention de l'enfant dans la médiation est par conséquent soumise à l'accord expresse des deux parents. Le médiateur conserve néanmoins un rôle notable puisqu'il lui revient d'attirer l'attention des parents sur l'intérêt d'entendre l'enfant et de prendre en compte son point de vue¹⁶¹.

Le consentement de l'enfant est bien évidemment également requis. A ce propos, il convient de souligner que le médiateur doit immanquablement vérifier que l'enfant assimile parfaitement ce qui lui est demandé dans ce cadre, à savoir exposer ses impressions, son ressenti, ses besoins et ses envies. Il doit en particulier comprendre que son rôle n'est pas de choisir entre ses parents ni de décider de quoi que ce soit, ce dernier élément relevant de la mission de ses parents¹⁶².

Passés ces obstacles liés à l'accord portant sur la participation elle-même de l'enfant, il convient de déterminer comment l'enfant prendra concrètement part au processus, plusieurs possibilités étant envisageables.

Selon une première façon de procéder, l'enfant peut être entendu directement lors d'une ou plusieurs séances de médiation, en présence des deux parents¹⁶³. Cette méthode encourage la communication, sans interférence, entre l'enfant et ses parents. Elle peut néanmoins être délicate, tant pour l'enfant qui doit faire preuve d'un certain courage pour exprimer ce qu'il ressent, que pour les parents qui reçoivent directement le message de leur enfant, souvent empl

¹⁵⁷ CARATSCH, p. 46 ; HCCH, *Guide médiation*, N 237.

¹⁵⁸ CARATSCH, p. 47 ; HCCH, *Guide médiation*, N 237.

¹⁵⁹ CARATSCH, p. 46.

¹⁶⁰ CARATSCH, p. 46 ; HCCH, *Guide médiation*, N 250 ; Entretien avec Pascal GEMPERLI, qui ne fait participer les enfants que rarement à la médiation et qui a constaté dans un cas de médiation que la participation d'un enfant de 12 ans était bien vécue et bénéfique, la communication étant aisée, alors que celle d'un enfant de 10 ans a été plus compliquée et n'a pas été véritablement efficace.

¹⁶¹ CARATSCH, p. 46 ; HCCH, *Guide médiation*, N 250 ; VIGERS, p. 77 s.

¹⁶² CARATSCH, p. 46.

¹⁶³ CARATSCH, p. 46 et 96 (note 7) ; HCCH, *Guide médiation*, N 250.

de souffrance et qui peut prendre la forme de critiques ou de rejet. Le rôle du médiateur dans cette hypothèse consiste à aider l'enfant à formuler ses besoins et envies et à s'assurer que les parents les entendent et les réceptionnent au mieux, afin d'éviter que des difficultés nouvelles surgissent dans la relation entre l'enfant et l'un ou l'autre de ses parents¹⁶⁴. Une telle participation, sans pour autant être exclue dans d'autres cas, semble plutôt pouvoir être mise en œuvre lorsque l'enfant a un âge relativement avancé et est déjà entré dans l'adolescence¹⁶⁵. En effet, il sera plus à même d'expliquer ce dont il a besoin qu'un enfant en bas âge.

Une seconde méthode pour entendre l'enfant dans la médiation consiste, pour le médiateur ou un spécialiste de l'enfance (psychologue, assistant social, etc.), à le rencontrer en l'absence de ses parents. Le médiateur ou le spécialiste l'ayant entendu annonce ensuite, lors d'une séance avec les parents, les éléments essentiels issus de son échange avec l'enfant¹⁶⁶. Un des avantages non négligeables de cette forme de participation est que l'enfant peut révéler sans crainte son ressenti et faire part de son vœu de garder secrètes certaines informations, la personne l'ayant entendu devant alors respecter ce souhait, pour autant que cela ne le mette pas en danger¹⁶⁷. En outre, puisque le médiateur ou le spécialiste de l'enfance reformulera les propos de l'enfant, les parents seront en quelque sorte préservés et recevront par conséquent peut-être mieux le message de leur enfant, sans être blessés.

Quelle que soit la méthode employée, il est indispensable que le médiateur ou le spécialiste de l'enfance soit spécialement formé à la médiation avec participation des enfants, respectivement qu'il soit suffisamment formé pour recueillir les propos de l'enfant. Il est en effet impératif que la participation de l'enfant à la médiation ne nuise pas à son développement, en prenant particulièrement en compte ses besoins et en évitant de faire reposer sur ses épaules la responsabilité de la décision¹⁶⁸.

Pour terminer, il convient de relever qu'une séance particulière, dédiée à la mise en place de la participation de l'enfant, devrait avoir lieu entre les parents et le médiateur. Au cours de celle-ci, le médiateur devrait informer les parties sur la suite des événements et recueillir leur consentement. Le médiateur devrait ainsi notamment inviter les parents à ne pas tenter de manipuler leur enfant avant son intervention ou sa séance individuelle avec le médiateur ou spécialiste de l'enfance, ni même à le questionner après celle-ci. Il devrait également les préparer à l'éventualité qu'ils entendent des propos blessants, décevants ou négatifs, qu'ils auraient peut-être préféré ne pas entendre. Si le médiateur constate à ce stade que cela risque d'engendrer des difficultés, l'enfant ne devrait en aucun cas prendre part au processus de médiation¹⁶⁹.

5.2.2.4. Les représentants des parties à la médiation

En présence d'un conflit familial international faisant l'objet d'une médiation, de nombreuses questions juridiques se posent avant, pendant et après la médiation. En cas de médiation dans le cadre d'un enlèvement international d'enfants, l'autorité parentale, le lieu de résidence de l'enfant, l'exercice du droit de visite et du droit aux relations personnelles sont des éléments qui seront vraisemblablement évoqués lors des séances, dans le but de les régler par un accord

¹⁶⁴ CARATSCH, p. 46 et 96 (note 7) ; VIGERS, p. 77.

¹⁶⁵ CARATSCH, p. 46 et 96 (note 7).

¹⁶⁶ CARATSCH, p. 46 et 96 (note 7) ; HCCH, *Guide médiation*, N 250.

¹⁶⁷ CARATSCH, p. 96 (note 7) ; VIGERS, p. 78.

¹⁶⁸ CARATSCH, p. 44 ; HCCH, *Guide médiation*, N 250.

¹⁶⁹ VIGERS, p. 78.

commun. En raison de l'interaction d'au moins deux systèmes juridiques et de l'application de diverses sources de droit (internationales, nationales et/ou régionales), il est indispensable que les parties à la médiation soient renseignées avant de prendre une quelconque décision¹⁷⁰.

Comme mentionné ci-dessus¹⁷¹, le médiateur n'a pas pour rôle de prodiguer des conseils juridiques aux parents. Il est par conséquent bénéfique pour les parties de solliciter, chacune de leur côté, l'assistance d'un avocat ou de tout autre expert à même de les informer notamment sur les règlementations applicables, les délais prévus par celles-ci et les droits dont elles disposent¹⁷².

Si une partie consulte un conseil juridique spécialisé en la matière, leurs échanges peuvent n'avoir lieu qu'en dehors des séances de médiation. Il est néanmoins possible de faire participer les conseils des parties à une, plusieurs ou toutes les séances de médiation¹⁷³.

La question de la participation des avocats des parties à la médiation devrait être discutée en amont entre les parties et le médiateur. Afin de garantir l'égalité entre les parties, il ne devrait généralement pas arriver que seule l'une d'elle soit assistée d'un conseil juridique lors d'une séance. Cependant, en fonction de la situation concrète, une partie peut parfaitement donner son accord à la présence unique du conseil de l'autre partie. Le médiateur devra à cet égard s'assurer que cette présence ne déséquilibre pas la relation entre les parties et ne défavorise pas celle n'étant pas assistée¹⁷⁴.

La participation des avocats aux séances de médiation peut être particulièrement utile, afin notamment de soutenir les parties dans la situation émotionnellement chargée dans laquelle elles se trouvent, de les tranquilliser et ainsi permettre un échange plus serein entre elles. Elle donne aussi l'occasion aux parties d'être rassurées sur les solutions envisagées et de prendre conscience que telle solution, sans être celle idéalement souhaitée, est peut-être plus optimale que celle à laquelle aboutirait une autorité. Enfin, une bonne coopération entre le médiateur et les conseils juridiques des parties ne peut que favoriser l'adoption d'une solution amiable¹⁷⁵. Il est toutefois important que les avocats comprennent que leur rôle lors des séances de médiation ne correspond pas à celui qu'ils auraient devant une autorité, mais est un rôle subsidiaire d'accompagnement de leur client et qu'il ne leur revient pas de décider à la place des parties¹⁷⁶.

Quoi qu'il en soit, les conseils juridiques spécialisés devraient idéalement encourager le recours à la médiation et motiver leurs clients à prendre activement part à ce processus, sans pour autant

¹⁷⁰ CARATSCH, p. 53 s. et 94 (Principe clé n° 10) ; HCCH, *Guide médiation*, N 42 et ss ; PAUL/KIESEWETTER, p. 49 ; SSI, *Charte*, p. 9 (Principe n° 4) ; SSI, *Mode d'emploi*, p. 2 (Principe clé III).

¹⁷¹ Cf. *supra* 5.2.2.2.

¹⁷² CARATSCH, p. 56 ; HCCH, *Guide médiation*, N 143 ; PAUL/KIESEWETTER, p. 49 ; SSI, *Charte*, p. 9 (Principe n° 4).

¹⁷³ AIFI, *Guide*, art. 9.3 ; ALFIERI, p. 113 ; HCCH, *Guide médiation*, N 144.

¹⁷⁴ Entretien avec Pascal GEMPERLI, qui fait état d'un père s'étant présenté à une séance de médiation accompagné de son avocate, contrairement à ce qui avait été discuté entre les parties. Après avoir constaté que cela ne déséquilibrait pas la relation et avec l'accord de la mère, l'avocate du père a finalement pu assister à la séance.

¹⁷⁵ ALFIERI, p. 113 ; HCCH, *Guide médiation*, N 145 ; Entretien avec Pascal GEMPERLI, qui rapporte avoir eu un cas de médiation à laquelle l'avocat d'une des parties a participé, alors que cela n'était pas initialement prévu, et qui a su tempérer son client et le rassurer sur les propositions envisagées ; Entretien avec Ida KOPPEN.

¹⁷⁶ HCCH, *Guide médiation*, N 144.

négliger les autres voies utiles à la protection de leurs droits, telles qu'une procédure en vue du retour de l'enfant ou une procédure pénale¹⁷⁷.

5.2.2.5. Autres participants

La médiation étant un mode amiable de résolution des conflits offrant une grande souplesse, il est encore envisageable de faire intervenir d'autres participants à une, plusieurs ou toutes les séances de médiation, sous réserve de l'accord des deux parents et du médiateur, ce dernier évaluant l'opportunité de cette participation¹⁷⁸.

En matière de médiation dans le cadre d'enlèvement international d'enfants, il peut apparaître comme propice de faire participer certains proches de la famille, afin de trouver une solution durable qui pourra, pratiquement, être mise en œuvre. Il peut par exemple s'agir d'oncles et de tantes ou de grands-parents qui seraient amenés à s'occuper de l'enfant, mais également des nouveaux partenaires éventuels des parents et de la place qu'ils tiendraient auprès de l'enfant¹⁷⁹.

Eu égard aux enjeux culturels et religieux de l'enlèvement et de la médiation, la participation de personnes issues de la communauté des parents peut également être profitable. Il est ainsi concevable de faire intervenir notamment un prêtre, un imam, un rabbin ou un chef de tribu¹⁸⁰.

Si de tels autres participants prennent part à la médiation, le médiateur doit les informer de la stricte confidentialité à laquelle ils sont tenus dans le cadre du processus et doit attirer leur attention sur le fait que leur rôle ne consiste pas à prendre de décision, celle-ci reposant uniquement sur les parties¹⁸¹.

5.2.3. Déroulement de la médiation

5.2.3.1. Prise de contact et échanges initiaux

Lorsqu'un processus de médiation est enclenché, et indépendamment du stade de la procédure ou de la personne ou autorité à l'origine de cette initiative, la première étape consiste pour le médiateur (ou les co-médiateurs) à prendre contact avec les parties. En fonction des informations déjà transmises au médiateur, celui-ci peut contacter les parties par courrier, par courriel ou par téléphone. Le but de cette prise de contact étant d'informer brièvement les parties sur le processus et de les inviter à un entretien, un appel téléphonique semble être la méthode la plus rapide et efficace pour ne pas retarder le début de la médiation, en particulier dans un cas d'enlèvement international d'enfants où le temps écoulé joue un rôle important.

Après ce premier contact vient le moment du premier entretien entre les parties et le médiateur¹⁸². Ce dernier peut décider de rencontrer chaque partie individuellement lors

¹⁷⁷ ALFIERI, p. 113 ; HCCH, *Guide médiation*, N 142 ; PAUL/KIESEWETTER, p. 49 ; Entretien avec Ida KOPPEN, qui souligne que si le rôle de l'avocat est effectivement de préserver les intérêts de son client et, parfois, en ouvrant une action judiciaire, la perception des risques par les avocats les pousse parfois à activer des procédures qui ont des effets destructeurs sur la coparentalité, alors qu'une médiation pourrait éviter d'alimenter le conflit.

¹⁷⁸ AUERBACH, N 57 ; CARATSCH, p. 28 ; HCCH, *Guide médiation*, N 254.

¹⁷⁹ CARATSCH, p. 48 ; HCCH, *Guide médiation*, N 253 ; PAUL/KIESEWETTER, p. 47.

¹⁸⁰ CARATSCH, p. 48 ; HCCH, *Guide médiation*, N 253 ; PAUL/KIESEWETTER, p. 47 ; SSI, *Charte*, p. 11 (Principe n° 10).

¹⁸¹ HCCH, *Guide médiation*, N 254 s.

¹⁸² Entretien avec Sabina TITARENKO : certains États, comme la République Tchèque, prévoient que cette première séance, ou une session informative, est obligatoire. Cela semble être utile, puisque près de 70% des parents participant à une telle séance continueraient la médiation.

d'entretiens séparés, ou de les rencontrer ensemble¹⁸³. À cette occasion, il leur donne des explications sur le fonctionnement de la (co-)médiation, son déroulement ainsi que son coût prévisible, ses règles et ses principes fondamentaux. Il convient en particulier d'expliquer clairement le rôle du médiateur, soit celui de facilitateur de la communication entre les parties. Le médiateur et les parties discutent aussi des éléments pratiques de la médiation, à savoir la langue qui sera utilisée et la nécessité de recourir à un interprète, les personnes qu'il pourrait être utile de faire participer, la façon dont les futurs entretiens auront lieu, etc¹⁸⁴.

Certains médiateurs, afin d'assurer un consentement libre et éclairé des parties à la médiation, ont recours à un « contrat de médiation »¹⁸⁵ stipulant les conditions de la médiation et contenant les informations relatives à celle-ci. À défaut d'un tel contrat, il est conseillé de transmettre des renseignements écrits aux parties, soit par le biais de brochures informatives, de conditions générales ou encore d'un courrier résumant les éléments clés exposés lors de l'entretien¹⁸⁶.

En matière d'enlèvement parentaux internationaux, le médiateur devrait attirer l'attention des parties sur leurs droits et la nécessité d'être assistées d'un conseil juridique spécialisé dans ce domaine. Lorsqu'il traite de son rôle dans la médiation, le médiateur devrait insister sur le fait qu'il ne représente aucune des parties, quand bien même il parlerait la même langue ou serait de la même origine que l'une d'elles. Ce premier entretien peut aussi offrir la possibilité de discuter la mise en place d'un contact provisoire entre l'enfant et le parent resté dans le pays de résidence habituelle. Enfin, le médiateur devrait également profiter de cet entretien pour informer les parties sur les effets de la médiation sur la procédure de retour et inversement¹⁸⁷.

À l'issue de cette rencontre, le médiateur devrait être en mesure d'évaluer l'opportunité, dans le cas d'espèce, d'une médiation. En cas de conclusion favorable à la médiation, celle-ci peut aller de l'avant. Dans le cas contraire, il convient de ne pas entreprendre de démarches supplémentaires dans ce sens¹⁸⁸.

5.2.3.2. Séance(s) de médiation

En raison de la souplesse que permet la médiation, il n'existe pas de modèle unique de séances, en particulier quant à leur nombre, leur durée ou encore la façon dont elles sont réalisées. Ci-après, seuls les éléments essentiels et propres à la médiation internationale dans des cas d'enlèvements internationaux d'enfants sont abordés. Pour le surplus, il est renvoyé aux ouvrages généraux sur la médiation¹⁸⁹.

Lorsqu'une médiation dans le cadre d'un enlèvement international est pratiquée, la question du lieu des séances de médiation se pose. Même si dans l'hypothèse d'une médiation « nationale », cette question se pose aussi, elle ne présente pas les mêmes difficultés puisque les parties résident dans le même État : le déplacement de l'une d'entre elles ou des deux, à l'intérieur de cet État, est généralement relativement aisé. En matière d'enlèvement international, la distance géographique entre les parties, plus ou moins importante, peut constituer un obstacle à

¹⁸³ CARATSCH, p. 40 ; HCCH, *Guide médiation*, N 152.

¹⁸⁴ AUERBACH, N 57 ; CARATSCH, p. 40 ; HCCH, *Guide médiation*, N 153 ; SSI, *Mode d'emploi*, p. 2 (Principe clé I) ; VIGERS, p. 23.

¹⁸⁵ Pour un exemple de contrat de médiation, voir Annexe I ci-dessous.

¹⁸⁶ HCCH, *Guide médiation*, N 175 ss ; PAUL/KIESEWETTER, p. 52 s. ; VIGERS, p. 24.

¹⁸⁷ HCCH, *Guide médiation*, N 153 s.

¹⁸⁸ CARATSCH, p. 40 ; HCCH, *Guide médiation*, N 148 ss.

¹⁸⁹ CHENOU/MIRIMANOFF, p. 292 s. ; MIRIMANOFF, *Première partie*, p. 27 ss ; MIRIMANOFF, *Une nouvelle culture*, p. 163 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 51 ss.

l'organisation de séances en personne. Il est dès lors imaginable d'entreprendre une médiation à distance par le biais de différents outils numériques¹⁹⁰.

Si une ou des séance(s) ont lieu en personne, elles se tiennent généralement dans l'État dans lequel l'enfant réside après l'enlèvement, permettant éventuellement l'organisation d'un contact provisoire entre l'enfant et le parent dont il a été séparé¹⁹¹. Les séances de médiation pourraient en théorie avoir lieu dans l'État de résidence habituelle de l'enfant. En pratique néanmoins, cela n'est que rarement la solution choisie : le parent ayant enlevé l'enfant ne souhaite pas forcément confier son enfant à un tiers durant son absence et, s'il fait l'objet de poursuites pénales dans l'État de résidence habituelle, risquerait d'y être arrêté s'il s'y rendait¹⁹². Enfin, il est encore envisageable d'organiser les séances de médiation dans un troisième État, neutre. Ceci ne présente toutefois pas moins de difficultés, puisque tous les participants doivent s'y déplacer, de telle sorte qu'il ne s'agit pas non plus de l'option la plus utilisée¹⁹³.

Afin de surmonter les difficultés rencontrées pour l'aménagement de séances en personne, soit notamment les frais de transports et de séjour, ainsi que l'obtention de visas, une ou des séances peuvent avoir lieu à distance, par exemple par appel téléphonique ou vidéo (Skype, Zoom, etc.). De telles séances peuvent aussi être préférées lorsque la présence des deux parents dans la même pièce est difficile à supporter pour eux¹⁹⁴. Dans cette hypothèse, et afin de garantir l'égalité entre les parties et la neutralité de la médiation, le(s) médiateur(s) ne devrai(en)t pas se trouver dans la même pièce qu'une des parties et n'être « à distance » qu'avec l'autre partie¹⁹⁵.

Deux précautions à prendre avant la mise en place de telles séances consistent d'une part à s'assurer que chaque partie dispose du matériel adéquat et, si nécessaire, d'une connexion Internet suffisante au bon déroulement des séances et, d'autre part, à prendre les mesures nécessaires à la sauvegarde de la confidentialité du processus.

Le choix entre ces deux façons de faire dépend entièrement des circonstances du cas d'espèce et de ce qui semble être le plus approprié. Notons encore qu'il est parfaitement envisageable de combiner ces deux types de séances et d'avoir, lors d'une médiation, certaines séances auxquelles les participants prennent part en personne et d'autres séances auxquelles ils participent à distance.

Les séances en tant que telles peuvent impliquer la participation directe et simultanée des deux parties et du/des médiateur(s), auquel cas il s'agit d'une médiation directe, ou alors avoir lieu séparément, les parties ne se rencontrant pas mais rencontrant uniquement le(s) médiateur(s), auquel cas il s'agit d'une médiation indirecte. Encore une fois, une combinaison de séances de médiation directe et indirecte au sein d'une même médiation est possible, le choix entre ces trois possibilités devant se faire selon les circonstances du cas concret¹⁹⁶.

¹⁹⁰ AIFI, *Guide*, art. 2 (qui ne prévoit qu'« exceptionnellement » que des sessions face à face aient lieu) et art. 4 ; CARATSCH, p. 40 ss ; HCCH, *Guide médiation*, N 78 ss, 82 ss et 166 ss ; VIGERS, p. 23 et 51 s.

¹⁹¹ AUERBACH, N 57 ; HCCH, *Guide médiation*, N 168 et 256 ss ; PAUL/KIESEWETTER, p. 44 s.

¹⁹² CARATSCH, p. 70 ; HCCH, *Guide médiation*, N 169.

¹⁹³ HCCH, *Guide médiation*, N 170.

¹⁹⁴ Entretien avec Ida KOPPEN.

¹⁹⁵ HCCH, *Guide médiation*, N 172 s ; PAUL/KIESEWETTER, p. 47 ; VIGERS, p. 23 et 51 s.

¹⁹⁶ AIFI, *Guide*, art. 2 ; CARATSCH, p. 42 ; HCCH, *Guide médiation*, « Médiation directe ou indirecte », p. 9 ; PAUL/KIESEWETTER, p. 46 s.

Le nombre de séances et la durée de celles-ci varient de cas en cas, particulièrement en fonction du stade auquel la médiation est entreprise.

S'il s'agit d'une médiation préventive ou post-judiciaire, il n'y a pas de contrainte temporelle : les séances peuvent être organisées librement, sur plusieurs semaines ou mois. L'objet de la médiation n'a pas non plus à être limité : les parties peuvent s'entendre sur les questions relatives aux enfants, telles que l'autorité parentale, la garde, l'exercice du droit aux relations personnelles, la contribution d'entretien, etc., mais aussi sur des questions plus larges, par exemple sur les effets de la séparation ou du divorce. Par ailleurs, cela donne l'opportunité aux parties de tester certaines solutions avant de parvenir à un accord final.

Au contraire, lorsque l'enlèvement a déjà eu lieu, et davantage encore lorsqu'une demande en vue du retour immédiat de l'enfant a été introduite, les séances de médiation doivent intervenir dans un laps de temps relativement bref¹⁹⁷. Dans le premier cas, le temps écoulé entre l'enlèvement et la résolution du conflit joue en faveur du parent ayant enlevé l'enfant, puisqu'il est ensuite plus difficile de rétablir un lien entre l'enfant et le parent resté sur place, et qu'en cas de procédure de retour introduite plus d'un an après l'enlèvement, l'autorité compétente peut, à certaines conditions, refuser le retour de l'enfant¹⁹⁸. Dans le second cas, l'art. 11 CLaH 80 prévoit que les autorités doivent « *procéder d'urgence en vue du retour de l'enfant* » (par. 1) et qu'à défaut de décision dans les six semaines depuis l'introduction de la demande, elles doivent, sur demande, justifier les raisons de leur retard (par. 2). Une suspension de cause ou la prolongation de ce délai, sur requête du médiateur, est parfois possible. Ainsi, une médiation dans le cadre d'enlèvement international d'enfants doit en principe intervenir dans un délai de six semaines dès l'introduction de la demande de retour¹⁹⁹.

En pratique, ce sont alors entre une et trois séances qui ont lieu²⁰⁰. Si une seule séance est tenue, celle-ci occupe souvent toute une journée pour une durée totale d'environ huit heures²⁰¹. Cette configuration peut être rencontrée dans des situations où la mise en place de la médiation a été délicate et a pris un certain temps ou lorsqu'elle a lieu en personne et que cela est nécessaire pour limiter les frais de déplacements et de séjour. Lorsque deux ou trois séances sont réalisées, celles-ci sont généralement réparties sur plusieurs jours consécutifs ou à quelques jours d'intervalle, sur deux ou trois semaines. Les séances durent alors moins longtemps et ne vont généralement pas au-delà d'une demi-journée. Au total, la médiation dure dans ces cas entre huit et douze heures²⁰².

Il apparaît ainsi clairement que les médiations dans les cas où l'enlèvement d'enfants a déjà eu lieu sont des médiations brèves. Il est par conséquent indispensable de limiter l'objet de la médiation aux questions urgentes, soit en particulier au retour, ou non-retour, de l'enfant. Lors des séances, les parties devraient discuter en priorité des modalités et conditions du (non-)retour de l'enfant et des questions qui y sont directement liées, soit en particulier celle de l'autorité parentale, de la garde, des contacts parents-enfant et, si le temps le permet, du déménagement de l'enfant dans l'un des deux États. Des questions annexes, telles que la contribution

¹⁹⁷ ALFIERI, p. 112 ; AUERBACH, N 57 ; CARATSCH, p. 73 s. ; HCCH, *Guide médiation*, N 53 ss ; SCHWARTZ/WENDENBURG, p. 119 s.

¹⁹⁸ Art. 12 al. 2 CLaH 80 ; HCCH, *Guide médiation*, N 54 s.

¹⁹⁹ ALFIERI, p. 115 s. ; PAUL/KIESEWETTER, p. 39.

²⁰⁰ AIFI, *Guide*, art. 2 et 4 ; CASONI DELCO, p. 30 ss ; HCCH, *Guide médiation*, N 60 ; PAUL/KIESEWETTER, p. 45.

²⁰¹ CARATSCH, p. 40 ; CASONI DELCO, p. 30 ss.

²⁰² ALFIERI, p. 112 ; CARATSCH, p. 40 ; CASONI DELCO, p. 30 ss ; HCCH, *Guide médiation*, N 60.

d'entretien, n'ont pas besoin d'être traitées dans l'urgence et pourront, si les parties le souhaitent, constituer l'objet d'une médiation ultérieure²⁰³.

Pour le surplus, et comme dans toute médiation, il convient d'observer différentes étapes : une première phase introductive (accueil, présentations réciproques, explications/rappel sur le processus de médiation et le rôle de chaque participant, accord de médiation) ; une deuxième phase axée sur les problématiques à traiter, lors de laquelle chaque participant s'exprime et écoute l'autre, le médiateur reformulant les paroles des uns et des autres ; une troisième phase centrée sur les intérêts des parties et une quatrième phase de recherche d'idées de solutions. Il est par ailleurs essentiel de prévoir des temps de pause afin de relâcher la pression et de pouvoir prendre un peu de distance, d'autant plus si la médiation n'a lieu que sur un jour²⁰⁴.

5.2.4. Issues de la médiation

5.2.4.1. En l'absence d'accord

À défaut d'entente entre les parties, la médiation ne pourra pas aboutir à un accord²⁰⁵.

Si les parties ont entrepris une médiation préventive et que celle-ci ne mène pas à la conclusion d'un accord, le parent craignant l'enlèvement de son enfant peut requérir des mesures judiciaires auprès des autorités compétentes, sans garantie que cela empêchera l'enlèvement. Il peut par exemple demander que le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant lui soit attribué à lui seul, qu'une interdiction de quitter le territoire soit prononcée, qu'il soit fait obligation à l'autre parent de déposer les documents de voyage de l'enfant, que l'autorité parentale lui soit attribuée exclusivement ou que le droit de visite de l'autre parent soit limité. L'OFJ conseille par ailleurs de conserver les documents de voyage et d'informer le bureau des passeports cantonal ou l'ambassade/consulat de l'État dont l'enfant est ressortissant qu'aucun document de voyage ne doit être établi en son nom sans l'accord du ou des parent(s) titulaire(s) de l'autorité parentale. Enfin, il recommande encore d'informer l'école du risque d'enlèvement et de garder une photo de l'enfant et de l'autre parent ainsi que leurs données personnelles, afin de faciliter les démarches si l'enlèvement venait à avoir lieu²⁰⁶.

Si la médiation n'ayant pas abouti à un accord est une médiation pré-judiciaire ou judiciaire, soit une médiation ayant été mise en place après l'enlèvement et après le dépôt d'une demande de retour immédiat, la procédure judiciaire suivra son cours. Elle aboutira alors soit au retour immédiat de l'enfant dans l'État où il résidait avant son enlèvement, soit à son établissement dans l'État dans lequel il a été emmené.

En l'absence d'accord entre les parents, les moyens du parent victime de l'enlèvement sont ainsi extrêmement limités. Notons néanmoins que la mise en place, après un temps plus ou moins long, d'une nouvelle médiation ou d'un autre mode amiable de règlement des conflits reste concevable.

²⁰³ HCCH, *Guide médiation*, N 183 ss, en particulier N 189.

²⁰⁴ PAUL/KIESEWETTER, p. 46.

²⁰⁵ CARATSCH, p. 78.

²⁰⁶ OFJ, *Brochure*, p. 19.

5.2.4.2. En cas d'accord

5.2.4.2.1. Contenu de la convention de médiation

Comme mentionné à plusieurs reprises, la médiation est un processus souple qui s'adapte à chaque cas d'espèce. Le contenu de l'accord de médiation diffère donc d'un cas à l'autre²⁰⁷.

Dans le cadre d'un enlèvement international d'enfants, les parties qui parviennent à un accord s'entendent au minimum sur le retour ou le non-retour de l'enfant dans l'État de résidence habituelle. Dans le premier cas, les parents doivent prévoir comment l'enfant se rendra dans l'État de résidence, par qui il sera accompagné et qui prendra en charge les frais de transport. Dans le second cas, les parents doivent se mettre d'accord sur le lieu où l'enfant établira sa nouvelle résidence²⁰⁸.

Après accord, quatre configurations sont *a priori* possibles : si l'enfant retourne dans le pays de résidence habituelle, le parent l'ayant enlevé peut le suivre ou ne pas le suivre et, si l'enfant reste dans le pays dans lequel il a été emmené, le parent resté dans le pays de résidence habituelle peut déménager dans l'État dans lequel son enfant a été emmené ou rester dans l'État de résidence habituelle²⁰⁹.

Quelle que soit la configuration qui prendra place dans le cas d'espèce, les parents devraient mentionner dans l'accord issu de la médiation lequel d'entre eux aura la garde de fait et comment l'autre exercera son droit aux relations personnelles. À cet égard, il peut par exemple apparaître opportun de déterminer si des contacts téléphoniques et/ou par vidéo auront lieu entre l'enfant et le parent n'en ayant pas la garde et à quelle fréquence. En cas de relations transfrontières entre l'enfant et l'un de ses parents, la convention peut aussi traiter des visites de ce parent dans l'État de résidence de l'enfant, de leur durée et de leur organisation concrète (qui prend en charge les frais de déplacement du parent/de l'enfant ? si le parent se déplace, comment/où se loge-t-il ? ce parent peut-il passer des vacances avec l'enfant à l'étranger ? etc.)²¹⁰.

De nombreuses autres questions peuvent être traitées, selon ce que les parents considèrent comme nécessaire. Il est notamment possible de régler les questions suivantes : autorité parentale ; activités éducatives, religieuses ou culturelles (p. ex. : en cas de non-retour, prévoir que l'enfant prenne des cours de la langue maternelle du parent dont il a été séparé) ; contributions de chaque parent à la vie quotidienne et aux frais d'éducation de l'enfant ; contribution d'entretien due pour l'enfant ; etc²¹¹.

Quoi qu'il en soit, l'accord de médiation devrait contenir tous les éléments apparaissant comme nécessaires pour garantir le bien de l'enfant²¹². Il convient par ailleurs, comme pour tout accord de médiation, de veiller à adopter des solutions réalistes, les parties devant pouvoir tenir leurs engagements, et aussi précises que possible afin de limiter tout malentendu et faciliter

²⁰⁷ Pour des exemples d'accord de médiation, voire Annexes II et III ci-dessous.

²⁰⁸ CARATSCH, p. 87 ; HCCH, *Guide médiation*, N 284 et 287.

²⁰⁹ ALFIERI, p. 120 ss.

²¹⁰ CARATSCH, p. 87 ; HCCH, *Guide médiation*, N 284 et 287 ; Entretien avec Ida KOPPEN, qui relève avoir rédigé une convention dans laquelle les parents s'accordaient sur le fait que les enfants puissent rejoindre, pour des vacances, le parent dont ils étaient séparés, ce parent s'engageant à ne pas profiter de cette occasion pour ouvrir une action judiciaire. Les passeports des enfants avaient par ailleurs été gardés par le SSI afin de s'assurer que ceux-ci soient toujours disponibles pour le retour des enfants, à la fin des vacances.

²¹¹ CARATSCH, p. 29 et 87 ; HCCH, *Guide médiation*, N 284.

²¹² SSI, *Charte*, p. 8 (Principe n° 3) et 11 s. (Principe n° 8).

l'exécution de l'accord²¹³. Enfin, en matière d'enlèvement d'enfants, il est primordial de porter une attention toute particulière au cadre juridique applicable dans les différents États concernés, afin que l'accord puisse y déployer des effets juridiques²¹⁴.

Quant à ce dernier point, la place que prennent les conseils juridiques spécialisés des parties dans le processus de médiation peut avoir un impact lors de la rédaction de l'accord. Si les conseils des parties sont présents lors des séances de médiation, ils peuvent contribuer à la rédaction de la convention dans le sens voulu par les parties et renseigner leur client « en direct » sur les effets d'une telle convention. Au contraire, si les avocats ne participent pas aux séances de médiation, le médiateur est souvent celui qui rédige l'accord. Dans cette hypothèse, et si le temps le permet, un délai de réflexion devrait être laissé aux parties entre la rédaction de la convention et la signature de celle-ci. Les parties devraient alors profiter de ce délai pour se renseigner, chacune de leur côté, sur les effets de l'accord qu'elles s'apprêtent à signer. À titre d'exemple, en cas d'accord sur le non-retour de l'enfant, le parent restant dans l'ancien État de résidence devrait notamment être informé du fait qu'en raison du changement du lieu de résidence de son enfant, un changement de compétence, de for et de loi applicable peut intervenir relativement à certaines questions juridiques²¹⁵.

Après rédaction de l'accord, et lorsque les parties se sont suffisamment renseignées, elles peuvent finalement procéder à la signature de ce dernier²¹⁶.

5.2.4.2.2. Homologation, incorporation, reconnaissance et exécution

Une fois l'accord signé par les parties, il est encore indispensable de le rendre contraignant et exécutoire dans tous les États concernés. De nombreux systèmes juridiques considérant que les droits et le bien-être des enfants ne sont pas à la libre disposition des parents, il est effectivement rare qu'une convention de médiation produise d'office des effets juridiques²¹⁷.

Afin d'atteindre ce but, les parties doivent en pratique procéder en deux étapes. Dans un premier temps, elles doivent accomplir les démarches en vue de l'homologation de leur accord ou l'incorporation de celui-ci dans une décision judiciaire. Dans un second temps, elles doivent chercher à rendre leur accord juridiquement contraignant et exécutoire dans tous les autres États concernés. Deux possibilités s'offrent alors à elles : i) obtenir la reconnaissance et l'exécution, dans ces autres États, de la décision judiciaire incorporant leur accord ou ii) entamer les démarches de droit interne, au sein de ces autres États, pour que leur accord y soit juridiquement contraignant et exécutoire²¹⁸.

Il convient ici de souligner qu'en raison des subtilités liées aux enlèvements internationaux d'enfants, l'homologation, l'incorporation, la reconnaissance et l'exécution des conventions de médiation peuvent se heurter à de nombreux obstacles et, finalement, ne pas être appliquées

²¹³ CARATSCH, p. 30 ; HCCH, *Guide médiation*, N 287.

²¹⁴ HCCH, *Guide médiation*, N 289 ss ; SSI, *Charte*, p. 9 (Principe n° 4) ; SSI, *Mode d'emploi*, p. 3 (Principe clé V).

²¹⁵ AIFI, *Guide*, art. 10 ; CARATSCH, p. 56 ; HCCH, *Guide médiation*, N 286 et 293 ; PAUL/KIESEWETTER, p. 49 et 53 ; SSI, *Charte*, p. 9 (Principe n° 4) ; SSI, *Mode d'emploi*, p. 3 (Principe clé V).

²¹⁶ AIFI, *Guide*, art. 10.

²¹⁷ ALFIERI, p. 118 ; ALFIERI, *MFI et CLaH*, p. 153 s. ; CARATSCH, p. 57 s. ; HCCH, *Guide médiation*, N 290 s. ; OFJ, *Brochure*, p. 12 ; Entretien avec Ida KOPPEN, qui rapporte avoir rencontré un cas où les parents étaient parvenus à un accord mais où celui-ci n'a par la suite pas été respecté en raison du fait qu'il n'a pas été ratifié dans tous les pays concernés.

²¹⁸ CARATSCH, p. 58 ; HCCH, *Guide médiation*, N 294 ss.

conformément à la volonté des parties, voire à la défaveur de l'une d'entre elles. Afin d'exclure ou du moins de limiter ces risques, la consultation d'un conseil juridique spécialisé en la matière est d'une importance capitale²¹⁹.

5.3. Frais de la médiation

Le processus de médiation engendre logiquement un certain nombre de frais, tels que les honoraires du ou des médiateur(s), les frais de déplacement de ceux-ci, les frais liés à la location d'une salle ou d'un local pour les séances de médiation et éventuellement d'autres frais, liés à la participation d'autres intervenants (interprète, experts, conseils juridiques). Le montant total de ces coûts, habituellement réparti entre les deux parents, varie par conséquent d'un cas à l'autre²²⁰.

Quant aux honoraires des médiateurs, peu de pays imposent une limite fixée dans la loi ou déterminée par un tribunal. Les médiateurs sont donc en principe libres pour arrêter leurs honoraires. Cependant, les médiateurs rejoignant des associations de médiation sont souvent soumis à un barème d'honoraires. De la même façon, des codes de conduite et chartes éthiques imposent des limites à cet égard²²¹. Il est par ailleurs possible, pour chaque médiateur, d'adapter le montant de ses honoraires en fonction des moyens financiers des parties²²².

Afin d'éviter que les coûts de la médiation ne constituent un frein à sa mise en place, la question de la gratuité de celle-ci ou du soutien financier apporté aux parties se pose, chaque État disposant de ses propres règles en la matière. Même si les art. 26 CLaH 80 et 5 ch. 3 CE 80 prévoient que les États membres n'imposeront pas de frais en relation avec les demandes introduites en application de la Convention, certains États n'ont pas étendu cette disposition à la médiation ou ont tout simplement émis une réserve²²³. D'autres États – malheureusement pas la majorité pour le moment – offrent au contraire des médiations gratuites dans les cas d'enlèvements internationaux d'enfants. À défaut d'une gratuité totale, il est possible, pour les États connaissant un système d'aide juridique, de ne pas le réserver aux procédures judiciaires et de l'ouvrir à la médiation²²⁴.

En Suisse, l'art. 14 LF-EEA prévoit quant à lui l'application des dispositions précitées de la CLaH 80 et CE 80 aux médiations. En pratique, lorsque la LF-EEA est applicable, les parents peuvent solliciter une prise en charge partielle ou totale des coûts de la médiation auprès de l'OFJ, quelles que soient leurs ressources financières. Usuellement, l'autorité centrale suisse prend en charge jusqu'à CHF 2'500.- par médiation, soit l'équivalent de dix heures de médiation²²⁵.

²¹⁹ CARATSCH, p. 56 ; HCCH, *Guide médiation*, N 286 et 293 ; PAUL/KIESEWETTER, p. 49 et 53 ; SSI, *Charte*, p. 9 (Principe n° 4) ; SSI, *Mode d'emploi*, p. 3 (Principe clé V).

²²⁰ CARATSCH, p. 10 ; HCCH, *Guide médiation*, N 154 ; PAUL/KIESEWETTER, p. 53.

²²¹ HCCH, *Guide médiation*, N 160 ; PAUL/KIESEWETTER, p. 53.

²²² Entretien avec Sabina TITARENKO, qui souligne que cette solution est adéquate et favorise grandement le recours à la médiation, les parents ne craignant ainsi pas des frais excédant leurs moyens.

²²³ ALFIERI, p. 99 ss ; AUERBACH, N 58 ; VIGERS, p. 49 s.

²²⁴ CARATSCH, p. 10 ; HCCH, *Guide médiation*, N 158 s. et 161 ; PAUL/KIESEWETTER, p. 53 ; SSI, *Mode d'emploi*, p. 3 (Principe clé VI) ; VIGERS, p. 50.

²²⁵ ALFIERI, p. 115 et 148 s. ; ALFIERI, *MFI et CLaH*, p. 153 ; AUERBACH, N 59 ; Entretien téléphonique avec Anna Claudia ALFIERI, celle-ci confirmant que le montant maximal actuellement octroyé par l'OFJ est toujours de CHF 2'500.- par médiation et précisant que les moyens financiers des parents ne sont plus examinés pour déterminer s'ils ont droit, ou non, à une prise en charge des coûts de la médiation.

Quels que soient les coûts de la médiation et la façon dont ils seront pris en charge, les parties doivent être clairement et précisément informées, afin de mesurer ce que cela représentera pour elles. Le médiateur devrait donc les renseigner au plus tôt, soit lors de la séance informative²²⁶.

5.4. Avantages et risques, quand mettre en œuvre une médiation ?

Arrivant au terme de ce travail, il semble pertinent d'évoquer la question de l'opportunité de la médiation dans les cas d'enlèvements internationaux d'enfants. Si celle-ci présente de nombreux avantages suggérant qu'elle devrait être vivement recommandée aux parents et être mise en place dans une majorité de cas, il convient de relever l'existence de certains risques devant mener à y renoncer, afin de préserver la sécurité de tous les participants.

Parmi les avantages offerts par la médiation dans les cas d'enlèvements se trouve principalement l'intérêt de l'enfant, dans la mesure où il s'agit du but premier de la médiation dans de telles situations. En effet, la médiation tendant à l'adoption d'un accord convenant aux deux parents, elle est propre à réduire ou à faire disparaître le conflit, à permettre aux parents d'exercer leur coparentalité de façon saine et à l'enfant de se développer en conservant des relations avec ses deux parents²²⁷.

Un deuxième avantage, relevant des caractéristiques de la médiation, est la participation active des parties. Dans les cas d'enlèvement d'enfants, le parent resté sur place peut ressentir une forme d'impuissance et d'injustice, alors que le parent ayant emmené l'enfant peut avoir le sentiment de ne pas maîtriser la suite de l'enlèvement. Ces impressions peuvent même être amplifiées par la procédure de retour, au cours de laquelle les autorités décident pour les parties. Par la médiation, les parents peuvent reprendre la gestion de leur conflit, en communiquant et en s'accordant sur la solution qui leur semble être la plus appropriée²²⁸.

En lien avec la participation active des parties, deux avantages supplémentaires apparaissent. D'une part, figure celui de l'adoption d'un projet d'avenir réaliste. En effet, les parents composant un accord correspondant à leurs besoins, leurs capacités et leurs ressources, celui-ci coïncide avec les réalités de la famille et est par conséquent plus à même d'être appliqué après la fin de la médiation²²⁹. D'autre part, apparaissent la souplesse de la médiation et sa faculté à s'adapter à chaque situation concrète. Ceci permet alors de ne pas se limiter aux aspects purement juridiques du conflit et d'opter pour une solution à l'image de la créativité des parents²³⁰.

Un cinquième avantage de la médiation dans le cadre d'enlèvements internationaux d'enfants est l'accélération de la procédure, la réduction des coûts et la diminution des risques de contradiction. Même si les procédures de retour sont rapides vu les limites imposées par les textes applicables, la médiation peut permettre, en quelques séances de quelques heures, de trouver un accord et de remédier au litige. Par conséquent, les frais liés à la médiation, quand bien même ils peuvent être d'une certaine importance, sont souvent inférieurs aux frais engendrés par une procédure. Enfin, le fait de trouver un accord au terme de la médiation permet, si les parties en obtiennent la reconnaissance et l'exécution dans tous les États

²²⁶ HCCH, *Guide médiation*, N 163 ss ; cf. *supra* 5.2.3.1.

²²⁷ ALFIERI, p. 124 ; HCCH, *Guide médiation*, N 33 ; Entretien avec Ida KOPPEN.

²²⁸ ALFIERI, p. 124 s. ; CARATSCH, p. 28 ; HCCH, *Guide médiation*, N 34.

²²⁹ CARATSCH, p. 29 s. ; HCCH, *Guide médiation*, N 33.

²³⁰ CARATSCH, p. 28 ; HCCH, *Guide médiation*, N 34 ; Entretien avec Ida KOPPEN, qui a souligné que les solutions auxquelles parviennent les parents leur sont spécifiques et qu'il s'agit parfois de solutions qui n'auraient pas pu être décidées par un juge, en raison des possibilités limitées qu'offre le cadre des procédures judiciaires.

concernés, d'éviter un risque de contradiction entre la décision résultant d'une procédure et l'impossibilité de la faire exécuter dans un autre État²³¹.

Un dernier avantage, et non des moindres, est que la médiation dans le cadre d'enlèvements internationaux d'enfants offre la possibilité de considérer les différences notamment culturelles et religieuses et d'en tenir compte dans le cadre de la convention de médiation, afin de respecter les singularités de chaque participant²³².

Tous ces avantages laissent à penser qu'une médiation dans le cadre d'un enlèvement international d'enfants devrait toujours être tentée. Or, il existe des risques susceptibles de mettre en péril la sécurité personnelle des participants ou leur bien-être, de telle sorte qu'une médiation ne devrait pas être entreprise, à tout le moins sans mesures de protection spécifiques.

Parmi les risques devant mener à renoncer à une médiation figure celui d'un rapport de force déséquilibré entre les parties. En effet, la médiation fonctionne si une collaboration équilibrée entre les parties est possible. Si l'un des parents exerce une pression sur l'autre ou qu'il tente de l'intimider et que le rapport de force apparaît comme nettement déséquilibré, le risque que l'accord auquel aboutirait la médiation soit inéquitable est important. Il n'est dès lors pas opportun de mettre en œuvre une médiation, puisque les droits d'un des parents risqueraient d'être mis en danger²³³.

Un autre risque devant être évalué avant de débiter une médiation est l'existence de dépendances chez les participants, notamment à l'alcool ou à certaines substances. Le but de la médiation étant de trouver, par la discussion, un accord qui pourra être respecté par toutes les parties, une dépendance peut constituer un obstacle à des négociations saines et/ou empêcher la partie qui en souffre de tenir ses engagements si un accord venait à être trouvé²³⁴.

Par ailleurs, la médiation ne devrait pas être employée de manière contraire à son but. Ainsi, elle ne devrait pas être utilisée pour « *harceler, mépriser ou nuire à l'autre partie* »²³⁵, pour contourner ou retarder une procédure judiciaire, ni pour alimenter le conflit en se servant des enfants. Il est aussi primordial que la médiation ne soit pas utilisée comme une thérapie : quand bien même la médiation et la thérapie peuvent mener à la résolution d'un conflit et à la disparition de tensions, la première ne sert pas à traiter les individus, contrairement à la seconde²³⁶.

Enfin, la suspicion de violences domestiques, qu'il s'agisse de maltraitance envers l'enfant ou de violences conjugales, doit mener à s'interroger sur l'opportunité d'une médiation. En pratique, il arrive régulièrement que des allégations de violences domestiques surgissent dans les situations d'enlèvements internationaux d'enfants. Si les avis divergent sur la question de savoir si, en présence de soupçons de violences domestiques, une médiation ne devrait jamais avoir lieu ou si elle peut, selon les circonstances du cas d'espèce, être envisagée, il est dans tous les cas indispensables que les médiateurs et professionnels intervenant dans de tels cas soient

²³¹ ALFIERI, p. 125 ; CARATSCH, p. 28 ; HCCH, *Guide médiation*, N 35.

²³² CARATSCH, p. 29 s.

²³³ CARATSCH, p. 12 ; HCCH, *Guide médiation*, N 155 ; SSI, *Charte*, p. 7 (Principe n° 2).

²³⁴ CARATSCH, p. 12 ; HCCH, *Guide médiation*, N 155.

²³⁵ AIFI, *Guide*, art. 11.1.

²³⁶ CARATSCH, p. 12 ; SSI, *Charte*, p. 6 s. (Principe n° 2).

bien formés et informés sur le sujet, que cela soit pour décider de l'opportunité de la médiation ou, par la suite, pour gérer son déroulement²³⁷.

Ces risques ne doivent pas être compris comme des éléments empêchant toujours la mise en œuvre de la médiation. Comme celle-ci est souple et peut s'adapter aux circonstances du cas d'espèce, il convient d'examiner la configuration du cas concret. À cet égard, il est nécessaire de procéder à un examen préliminaire de l'opportunité de la médiation, par exemple à l'occasion des échanges initiaux entre le(s) médiateur(s) et les parties²³⁸. Il revient alors au(x) médiateur(s) choisi(s) pour la médiation, à un autre médiateur ou à un autre professionnel disposant d'une expérience et de connaissances suffisantes en matière de médiation familiale internationale, de conduire cet examen. Au terme de cette évaluation, la personne l'ayant réalisée doit indiquer si la médiation ne peut pas être mise en œuvre ou si, au contraire, elle peut avoir lieu en dépit des risques existant, et si des mesures de protection doivent éventuellement être instituées²³⁹. Ainsi, il est par exemple envisageable de tenir une médiation à distance ou une médiation indirecte si, pour la sécurité d'une des parties, une médiation en personne n'est pas recommandée²⁴⁰.

Notons encore que si une médiation est entreprise car elle apparaissait initialement opportune et qu'au fil des séances, le médiateur constate que tel n'est plus le cas, il conserve la possibilité de la suspendre ou d'y mettre un terme, à tout moment. Les parties quant à elles ont la possibilité, à tout moment également, de se retirer du processus, en particulier si elles ne se sentent plus en sécurité²⁴¹.

6. Critiques et améliorations proposées

Avant de conclure ce travail, relevons certains aspects critiquables du système actuel et quelques suggestions d'amélioration de celui-ci.

« *Si les gens en savaient plus, ils essaieraient peut-être la médiation avant d'engager une procédure judiciaire, et ça leur permettrait d'éviter beaucoup de souffrance et de stress, surtout pour les enfants.* »²⁴². Un élément devant selon moi être développé, illustré par cette citation, est l'information générale, tant du grand public que des autorités et des avocats, sur le processus de médiation dans le cadre d'enlèvements internationaux d'enfants. Par une recherche des termes « *enlèvement international d'enfants* » dans un moteur de recherches, une des premières pages Internet apparaissant est celle de l'OFJ consacrée à cette problématique. Il est alors possible d'y télécharger une brochure explicative²⁴³, ainsi que le guide du SSI²⁴⁴.

La brochure contient certes des informations utiles afin d'appréhender globalement une situation d'enlèvement international d'enfants, mais n'évoque la médiation que brièvement, conjointement avec la conciliation, sans véritablement détailler ces processus et sans exposer leurs avantages respectifs. Il me paraîtrait utile de compléter cette succincte présentation, en insistant notamment sur l'importance du bien de l'enfant et la possibilité de parvenir, par une

²³⁷ CARATSCH, p. 12 ; HCCH, *Guide médiation*, N 155 et 261 ss.

²³⁸ Cf. *supra* 5.2.3.1.

²³⁹ HCCH, *Guide médiation*, N 148, 150 et 152 ss ; SSI, *Charte*, p. 6 s. (Principe n° 2) ; SSI, *Mode d'emploi*, p. 3 (Principe clé IV) ; VIGERS, p. 23.

²⁴⁰ HCCH, *Guide médiation*, N 264.

²⁴¹ AIFI, *Guide*, art. 11.

²⁴² CARATSCH, p. 19.

²⁴³ OFJ, *Brochure*.

²⁴⁴ CARATSCH.

participation active, à un accord favorisant celui-ci, tout en mentionnant la souplesse et l'adaptation que permet la médiation. Ainsi, toute personne lisant cette brochure serait davantage encouragée à entamer un tel processus.

Quant au guide du SSI, intégralement dédié à la médiation familiale internationale, celui-ci me semble particulièrement complet et adéquat pour tout parent impliqué ou confronté à un enlèvement international d'enfants. Même s'il ne traite pas uniquement de la médiation dans le cadre d'enlèvements, il présente de manière claire et efficace tous les aspects de la médiation et les spécificités de celle-ci dans une configuration transnationale. Complété par les témoignages de différents participants à des médiations, il donne par ailleurs des exemples réels de ce qui peut être attendu d'une médiation familiale internationale. Il serait par conséquent adéquat de transmettre ce guide, aussi tôt que possible, à toutes les personnes concernées par un enlèvement d'enfants.

Outre les parents, principaux acteurs du dénouement de la situation litigieuse constituée par l'enlèvement et à qui s'adressent notamment la brochure et le guide précités, il serait également important de fournir aux autorités et avocats une information complète sur la médiation. D'une part, le but serait que ceux-ci puissent encourager les parties à s'engager dans un tel processus au plus tôt. D'autre part, cela leur permettrait d'être à même de les accompagner dans le processus de médiation.

Un second point d'amélioration, lié à l'information générale du public, des autorités et des avocats, est la promotion de la médiation préventive. En effet, les médiations pré-judiciaires et judiciaires sont plus répandues que les médiations préventives. N'intervenant qu'après l'enlèvement, et malgré le fait qu'elles puissent mener à la résolution du conflit, le bien de l'enfant concerné a déjà été mis en danger lorsqu'une médiation pré-judiciaire ou judiciaire est entreprise. De mon point de vue, lors d'une séparation, d'un divorce ou lorsque les questions relatives aux enfants font l'objet de discussions entre des parents non-mariés, en particulier lorsque les parents sont de nationalités différentes et que la situation semble conflictuelle, il conviendrait de renseigner les parents sur les risques liés à un enlèvement et sur la possibilité d'entamer une médiation préventive. Dans de telles configurations, il est courant que les parents consultent un conseil juridique spécialisé ou qu'une procédure devant une autorité ait lieu. Ma proposition consisterait alors à ce que ces conseillers et/ou autorités, eux-mêmes informés sur la médiation préventive, puissent aviser les parents et les encourager vers cette voie.

Sur le déroulement de la médiation dans le cadre d'un enlèvement international d'enfants en tant que tel, et tout en réservant les spécificités de chaque cas d'espèce ainsi que la souplesse adaptative du processus, le modèle de médiation vers lequel il faudrait tendre est à mon avis le suivant :

Dans un premier temps, une première séance informative obligatoire devrait être imposée aux parties. Celle-ci, menée par un médiateur, permettrait de renseigner précisément les parents sur tous les éléments généraux de la médiation. En particulier, le médiateur les informerait sur le fonctionnement de la médiation, son déroulement et son coût probable, ses règles et ses principes fondamentaux. Il ne s'agirait en revanche pas de discuter des modalités de la médiation qui pourrait être mise en œuvre dans le cas concret. À l'issue de cette séance, les parents pourraient donner leur accord, sur le principe, à la mise en marche d'un tel processus ou, au contraire, refuser d'avancer en ce sens. Le principe fondamental selon lequel la médiation est un processus volontaire ne serait alors pas mis à mal.

Dans la mesure où cette pratique est déjà installée dans certains États, mais pas dans d'autres, et afin de disposer d'une base légale suffisante pour exhorter les parties à une telle séance obligatoire, il serait approprié de modifier les bases légales internationales en la matière. Il

serait en particulier possible d'ajouter, tant dans la CLaH 80 que dans la CLaH 96, que « *les Autorités centrales sont en particulier tenues de convoquer les parties à une séance informative obligatoire portant sur les modes amiables existant dans l'État contractant concerné* ». De telles modifications seraient également nécessaires et envisageables dans les traités binationaux ou multilatéraux liant des États non-membres à ces conventions. Notons néanmoins, vu le nombre d'États ayant ratifié de telles conventions et les différentes pratiques que ceux-ci observent, qu'il serait certainement délicat de parvenir à une entente entre tous les États membres.

Concernant la LF-EEA, il conviendrait de préciser à l'art. 4 al. 2, respectivement 8 al. 1, qu'« *Elle/Il [l'autorité centrale, respectivement le tribunal] convoque en particulier les personnes concernées à une séance informative obligatoire portant sur la conciliation ou la médiation* ».

Dans un second temps, si les parents ont donné leur accord au principe de la médiation, les échanges initiaux entre les parties et le(s) médiateur(s) devraient avoir lieu. Vu la nécessité d'évaluer précocement l'opportunité d'une médiation, et vu les risques, en cas de séance en présence des deux parents, que l'un d'entre eux ne se sente pas entièrement libre d'exprimer son opinion, il est à mon avis indispensable que cette séance ait lieu individuellement. Le médiateur pourrait alors discuter, séparément avec chaque parent, de l'existence de violences domestiques, de dépendances ou d'autres éléments requis pour l'évaluation de l'opportunité de la médiation. En outre, le médiateur pourrait échanger sur les attentes de chacun des parents et les modalités propres à la médiation, comme le type de séance que chaque parent préférerait, les personnes qui devraient intervenir ou la langue de la médiation.

Ce n'est qu'après ces deux étapes que la médiation en tant que telle pourrait débuter. Quant à la façon dont les séances devraient se dérouler, à savoir à distance ou en personne et de manière directe ou indirecte, il n'y a de mon point de vue pas d'arguments généraux en faveur de l'une ou de l'autre manière de procéder. En effet, toutes peuvent finalement permettre de parvenir à un accord. Ce ne sont pas tant ces modalités qui impactent l'issue de la médiation, mais bien plus la participation des parties, la communication entre elles et l'aide apportée par le médiateur qui sont déterminantes. Le choix entre ces différentes façons de faire doit donc selon moi dépendre des circonstances concrètes du cas d'espèce et être laissé aux parents et au médiateur.

Quant à la participation des enfants à la médiation, je suis d'avis qu'il n'est de manière générale pas nécessaire de les entendre. Les éléments relatifs au bien-être de l'enfant ressortent presque toujours, à un moment ou à un autre, des déclarations des deux parents en médiation²⁴⁵, de telle sorte qu'il est possible, sans entendre l'enfant, de parvenir à une solution favorisant son intérêt supérieur²⁴⁶. Néanmoins, dans l'hypothèse où un enfant participerait à la médiation, une participation indirecte de celui-ci est selon moi plus pertinente qu'une participation directe et ce quel que soit son âge, afin de lui permettre de s'exprimer librement sans craindre de péjorer sa relation avec ses parents. Si lors de son entretien avec le médiateur, l'enfant manifeste vivement son souhait de communiquer directement à ses parents certaines informations et si cela ne présente pas de risque particulier au vu des circonstances du cas concret, sa participation

²⁴⁵ Entretien avec Pascal GEMPERLI.

²⁴⁶ Entretien avec Ida KOPPEN, qui indique ne pas se limiter à la « *child inclusive mediation* », où l'enfant est inclus dans la médiation, mais également pratiquer la « *child focused mediation* », où l'enfant ne participe pas physiquement à la médiation, mais est le centre de la discussion. Dans une telle médiation, il est par exemple possible d'installer une chaise et d'y poser une photo de l'enfant, afin de le représenter et de ne pas oublier que le but de la médiation est de se concentrer sur ses besoins et son bien-être.

directe à l'une ou plusieurs séance(s) de médiation devrait alors être organisée. Une alternative à la participation directe de l'enfant serait également l'intervention, lors d'une ou plusieurs séances de médiation, d'un représentant de celui-ci, par exemple un curateur.

Enfin, la médiation dans le cadre d'enlèvements internationaux d'enfants devrait à mon avis si possible être menée par des co-médiateurs et n'avoir lieu avec un seul médiateur que lorsqu'il n'est en pratique pas possible de réunir deux médiateurs. En effet, afin de maintenir un équilibre entre les parents et de prendre en compte les spécificités des enlèvements internationaux d'enfants – langue, nationalité, origine, religion et culture – et afin de faciliter un accord entre les parents, il me semble particulièrement opportun de favoriser les co-médiations. Néanmoins, celle-ci représente logiquement un coût plus important puisqu'il convient de rémunérer deux médiateurs, de telle sorte qu'en pratique, il est compréhensible qu'elle ne puisse pas toujours être mise en place.

Pour terminer, une amélioration au niveau de la prise en charge des frais de la médiation s'impose. Les disparités de système entre les différents États ont pour conséquence qu'en fonction de l'État dans lequel l'enfant est emmené, soit dans un État X où les frais doivent entièrement être assumés par les parents, soit dans un État Y où une participation de l'État ou une limitation des honoraires des médiateurs est possible, les parents risquent de n'entreprendre une médiation que si l'enfant est enlevé vers l'État X. Les parents étant logiquement influencés, au moment de décider s'ils souhaitent tenter une médiation ou non, par les coûts globaux que cela représentera pour eux, il est important d'encourager les États à accorder la gratuité de la médiation ou à tout le moins une assistance juridique prenant partiellement en charge les frais d'une médiation. Une telle solution est en pratique envisageable, dans la mesure où en application de la CLaH 80, la procédure de retour est entièrement gratuite ou bénéficie d'une aide juridique²⁴⁷. Les États devraient par conséquent accorder la même gratuité ou la même aide juridique aux médiations dans le cadre d'enlèvements internationaux d'enfants.

À cet égard, la solution adoptée par l'autorité centrale suisse, à savoir qu'elle accorde un montant maximal de CHF 2'500.- pour la médiation dans le cadre d'un enlèvement international d'enfants à tous les parents en faisant la requête et indépendamment de leurs moyens financiers, me semble propre à favoriser le recours à la médiation et est par conséquent satisfaisante. Il conviendra évidemment, à l'avenir, d'adapter ce montant au coût réel que représente une médiation, si celui-ci devait évoluer.

7. Conclusion

Le but de ce travail consistait à présenter la place de la médiation dans les cas d'enlèvements parentaux d'enfants.

L'étude de cette problématique a débuté par un exposé des notions d'enlèvement international d'enfants ainsi que de la médiation en général. Ensuite, les principaux textes internationaux ainsi que la loi fédérale jouant un rôle en matière de médiation dans les situations d'enlèvements internationaux d'enfants ainsi que les systèmes respectifs qu'ils mettent en place ont été présentés. Puis, les différentes caractéristiques de la médiation dans de telles situations ont été étudiées de manière détaillée. Ceci a enfin permis de mettre en lumière certains points d'amélioration et de progrès, tout en proposant un modèle de médiation à suivre.

Au vu de ce qui précède, en particulier des spécificités des enlèvements internationaux d'enfants et du caractère éminemment sensible de ces situations, la présente contribution

²⁴⁷ Cf. *supra* 5.3.

reconnait de nombreux avantages à la médiation. Si la procédure de retour immédiat de l'enfant dans l'État de résidence habituelle est appropriée dans certaines situations, la médiation semble adéquate dans une majorité de cas, puisqu'elle prend en compte les intérêts et besoins de chacun des parents et qu'elle permet à ceux-ci de choisir comment régler leur conflit, favorisant par conséquent le bien de l'enfant.

Sans pour autant la considérer comme un remède à toute situation d'enlèvement, la médiation devrait être appréhendée comme une chance additionnelle, pour toute la famille, de trouver une issue au conflit. En effet, la mise en œuvre d'une médiation ne constitue jamais une garantie que les personnes s'y engageant seront pleinement satisfaites, puisqu'il s'agit de faire des compromis, ni même qu'un accord sera trouvé. Néanmoins, la médiation offre de multiples possibilités aux parties pour trouver comment s'adapter au mieux à la situation familiale impossible dans laquelle elles se trouvent, en accordant une attention bien spécifique au bien de leur(s) enfant(s). La médiation dans les hypothèses d'enlèvements internationaux d'enfants ne peut donc qu'être encouragée et vivement recommandée.

* * *

« La médiation était indispensable – pour découvrir ce que chaque parent voulait réellement (dans notre cas, ni l'un ni l'autre ne voulait un retour) et pour écouter des professionnels indépendants, calmes et diplomates, nous dire pourquoi nos idées respectives étaient réalistes ou pas. J'ai eu le sentiment qu'il y avait de l'espoir dans mon cas, que je pouvais m'exprimer et que j'avais déjà été très conciliant. (Un père) »²⁴⁸.

« Je n'ai pas atteint mon but ultime, que mon fils revienne. Mais c'est ça la médiation. Je suis quand même heureux du résultat parce qu'il est probablement meilleur que ce que j'aurais pu obtenir au tribunal. Et j'espère que l'atmosphère sera plus détendue pour mon fils. (Un parent) »²⁴⁹.

« Pour la première séance, nous marchions sur des trottoirs différents ; à la dernière réunion, nous sommes allés prendre un café ensemble. (Une mère) »²⁵⁰.

²⁴⁸ CARATSCH, p. 77.

²⁴⁹ CARATSCH, p. 77.

²⁵⁰ CARATSCH, p. 5.

Annexes

Annexe I – Contrat de médiation²⁵¹

CONVENTION D'ENTREE EN MEDIATION FAMILIALE A DISTANCE

ENTRE LES SOUSSIGNES :

Mme
Demeurant : (Pays)

D'UNE PART

M.
Demeurant : (Pays)

D'AUTRE PART

Ci-après appelées "les personnes en médiation"

Et

Madame
Médiateur
Demeurant : (Pays)
Ci-après appelé "le médiateur"

Préambule

Les parties sont opposées dans le cadre d'une affaire de déplacement illicite d'enfants entre le (1^{er} pays) et (2^{ème} pays).

Mme et M. désirent recourir à la médiation dans le but de trouver un accord amiable au différend qui les oppose et ont désigné, médiateur pour les accompagner dans ce processus. Les parties ont accepté la mise en place d'un processus de médiation à distance afin de rechercher ensemble, en considération des besoins de chacune, et dans l'intérêt de leur enfant, des solutions pérennes et mutuellement acceptables aux différents problèmes posés par la situation actuelle.

Le présent contrat a pour objet de définir les engagements de chacun dans le processus de médiation.

EN CONSEQUENCE, LES PARTIES CONVIENNENT DE CE QUI SUIT :

ARTICLE 1 - *Du processus volontaire*

Les personnes en médiation désirent se concerter afin de parvenir à la résolution amiable de leur différend. La médiation est un processus volontaire et chaque personne consent librement à y participer de façon active.

Chaque personne peut suspendre provisoirement sa participation au processus ou se retirer et y mettre fin unilatéralement à sa discrétion.

1/4

²⁵¹ Modèle transmis par Sabina TITARENKO, au terme de l'entretien du 26.04.22.

ARTICLE 2 – Du rôle des personnes en médiation

Les personnes engagées dans la médiation se rendront disponibles pour les rencontres de médiation, le cas échéant accompagnés de leurs avocats respectifs. Elles acceptent que les négociations se déroulent à distance, au moyen du dispositif « Zoom » ou tout autre dispositif de conversation à trois.

Les personnes en médiation s'engagent à œuvrer dans un climat de coopération, où chacun respectera l'autre et travaillera à rechercher des solutions d'intérêt mutuel et à partager les craintes ou doutes qu'elles pourraient ressentir quant au déroulement de la médiation.

Si la médiation comprend des aspects financiers, elles s'engagent à la transparence, afin d'avoir une connaissance mutuelle de leurs situations respectives et une complète compréhension de leurs intérêts communs et séparés.

Les personnes en médiation ont connaissance du fait que leur engagement dans la médiation n'a pas vocation à suspendre le cours des procédures judiciaires préalablement engagées, sauf à faire elles-mêmes la demande auprès du tribunal saisi.

ARTICLE 3 – Du rôle du médiateur

Le médiateur agit comme tiers neutre, en vue de favoriser une entente à l'amiable. A cette fin, il s'emploie à créer les conditions qui facilitent et permettent :

- l'information et la compréhension des personnes engagées dans la médiation sur leur situation respective ;
- la communication entre elles au sujet de leurs difficultés et leurs attentes réciproques ;
- la recherche de solutions permettant de répondre aux attentes et difficultés manifestées ;
- la négociation efficace et franche ;
- la conclusion par les personnes engagées dans la médiation, sur la base d'un libre consentement, d'un accord permettant de mettre fin à leur différend.

Il n'a donc pas le rôle de conseil des parties, lesquelles demeurent libres de se référer à leurs avocats respectifs à tout moment.

Il informe néanmoins les parties des incidences de leurs décisions et les invite, s'il y a lieu, à les reconsidérer.

Il peut également suspendre le processus de médiation ou y mettre fin.

Le médiateur agit en toute indépendance, dans le respect du Code de déontologie du médiateur.

ARTICLE 4 – De l'impartialité

Toutes les personnes participant au processus de médiation reconnaissent que le médiateur est une personne impartiale et indépendante, qui ne représente aucune d'entre elles.

Elles s'engagent, ainsi que le médiateur, à aviser l'ensemble des personnes en médiation de tout élément qui pourrait être considéré comme mettant en cause son indépendance ou son impartialité.

Le médiateur ne donnera pas d'avis technique, comptable, fiscal et juridique aux médiés. S'il en exprime, ses avis n'auront qu'une valeur indicative.

Les personnes en médiation donnent d'ores et déjà leur accord pour n'y attacher aucun poids juridique.

ARTICLE 5- De la confidentialité

Le médiateur et les personnes en médiation veillent à préserver la confidentialité de l'ensemble du processus de médiation. Les personnes en médiation s'engagent à n'en rien invoquer ou dévoiler dans le cadre d'une procédure judiciaire ou arbitrale existante ou future.

Le médiateur ne sera pas assigné à comparaître pour témoigner dans une procédure judiciaire ou autre. Les personnes en médiation lui reconnaissent le droit de se taire et de ne rien dévoiler de leur affaire.

Les participants au processus de médiation conviennent par ailleurs que l'accord qui pourrait être conclu au terme du processus de médiation n'existera que lorsqu'il sera signé par chacune des personnes en médiation. Ils acceptent de considérer qu'il n'y aura pas d'accord ou de convention entre eux tant qu'ils ne parviendront pas à un écrit.

La présente convention de médiation, ainsi qu'un éventuel document émanant du médiateur constatant l'échec de la médiation, ne sont pas visés par la présente obligation de confidentialité. A leur demande, le médiateur rendra compte aux parties de la médiation en indiquant uniquement si la médiation s'est effectivement déroulée ou si elle a donné lieu à un accord ou non.

ARTICLE 6 – Des entretiens individuels

Avec le consentement des personnes engagées dans la médiation, le médiateur peut avoir un entretien individuel avec l'un ou l'autre d'entre elles, à leur initiative ou à la sienne.

Les éléments reçus par le médiateur lors de cet entretien resteront confidentiels, le médiateur ne pouvant en faire état qu'à l'intérieur du processus de médiation et avec le consentement express de la personne.

ARTICLE 7 – De la valeur de l'accord

Il n'appartient pas, en principe, au médiateur de juger de la valeur ou de l'opportunité de l'entente qui doit demeurer l'expression de la volonté des personnes engagées dans la médiation et leur "propriété".

Avant de signer l'accord, il appartient aux personnes en médiation de prendre conseil auprès de toutes personnes de leur choix pour apprécier les conséquences juridiques de l'accord et s'assurer qu'il ne porte pas atteinte aux droits des tiers et qu'il n'est pas contraire aux dispositions légales d'ordre public.

ARTICLE 8 – De la durée du processus

Il est convenu que la médiation se déroulera sur une durée de deux mois maximum, le délai commençant à courir à partir du paiement complet de la provision de rémunération convenue à l'article 9 du présent protocole.

Les personnes en médiation s'entendent sur les modalités suivantes, qu'elles s'engagent à respecter :

- Première rencontre de médiation d'une durée de 2 heures, **le samedi ... mars 2013 de 11h30 à 13h30**

- Puis selon le planning établi suivant, pour des séances de **1heure 30 minutes** chacune :

....

A la demande du médiateur ou des personnes en médiation, et d'un commun accord entre eux, ce délai pourra être prolongé ou reconduit une seule fois pour une même durée.

ARTICLE 9 - Des honoraires

Les honoraires convenus **par partie** sont les suivants :

..... pour la première rencontre de médiation de 2 heures (comprenant les frais d'ouverture du dossier, l'organisation des réunions de médiation, leur déroulement, les frais de timbre et si possible l'ouverture de la négociation et la rédaction d'un éventuel protocole d'accord) ;

.... pour une séance d'1h30 de médiation ;

.... de l'heure pour les entretiens individuels téléphoniques ;

Les frais de déplacement et plus généralement tous les frais liés à l'organisation de la médiation seront pris en charge à parts égales par les parties. Tout entretien de médiation commencé est dû.

Fait à (Pays), en 3 exemplaires, chaque partie et le médiateur reconnaissant avoir reçu et lu le sien.

Date et signature

(Faire précéder chaque signature de la mention « Bon pour accord » et rappeler le nom, prénom et qualité de chaque signataire.)

Annexe II – Accord de médiation portant sur le retour des enfants²⁵²

Accord traitant uniquement du retour des enfants.

PROTOCOLE D'ACCORD SUITE A MEDIATION FAMILIALE

Entre

Madame L. M.

Née le 6 août...

Adresse: ... Belgique

Et

Monsieur N. C.

Né le 29 juillet...

Adresse: France

Préambule

Saisi conjointement par **Madame L. M.** et **Monsieur N. C.** le 9 octobre 2016 pour la mise en œuvre d'une médiation familiale, les médiateurs familiaux, J. K. et E. B., respectivement médiatrice familiale agréée en Belgique et médiateur familial diplômé d'Etat en France, tous deux membres de cross-border family mediators, constatent l'accord intervenu entre Madame L. M. et Monsieur N. C. relatif au retour en Belgique de leurs enfants, **O. C.** née le 13 février 2005, **L. C.** née le 10 avril 2006, **I. C.** né le 4 février 2009 et **F. C.** né le 7 avril 2011, déplacés par leur père en France.

Le processus de médiation a eu lieu les 27, 28 et 29 octobre au siège de à Bruxelles.

1- Les modalités liées au retour des enfants en Belgique

Les parents conviennent que le retour de leurs enfants en Belgique devra être effectif entre le **31 octobre et le 3 novembre 2016.**

Monsieur N. C. s'engage à les ramener en voiture au domicile de Madame L. M. situé à et s'engage en outre à prendre en charge les frais liés à ce retour.

Monsieur N. C. ne restera pas quant à lui en Belgique.

2- La résidence habituelle des enfants

Les parents conviennent que la résidence habituelle des enfants est fixée au domicile de leur mère, Madame L. M., en Belgique jusqu'à ce qu'une nouvelle décision relative à l'exercice de l'autorité parentale n'intervienne.

Les contacts téléphoniques entre les enfants et leur père, Monsieur N. C., demeurent libres.

Les parents conviennent que les papiers d'identité des enfants seront gardés par Madame M.

1/2

²⁵² Modèle transmis par Sabina TITARENKO, au terme de l'entretien du 26.04.22.

3- Les dispositions diverses

Madame L. M. s'engage à mettre un terme à sa demande de retour dès que Monsieur N. C. lui aura ramené les enfants en Belgique.

Fait en 6 exemplaires à Bruxelles, le 29 octobre 2016.

1 exemplaire pour Madame L. M.

1 exemplaire pour l'avocat de Madame M.

1 exemplaire pour Monsieur N. C.

1 exemplaire pour l'avocat de Monsieur C.

1 exemplaire pour Madame J. K., médiatrice familiale

1 exemplaire pour Monsieur E. B., médiateur familial.

Madame L. M.

Monsieur N. C.

Annexe III – Accord de médiation portant sur la situation familiale²⁵³

Accord prenant en compte toute la situation des deux parents et de l'enfant.

PROTOCOLE D'ACCORD SUITE A MEDIATION FAMILIALE

Entre

Monsieur

Né le à (Pays)

Nationalité:

Adresse:

Et

Madame

Née le à (.....)

Nationalité:

Adresse:

Préambule

....., médiateur familial agréé (médiateur familial diplômé), saisie par Monsieur / Madame le pour la mise en œuvre d'une médiation familiale avec Madame / Monsieur, constate qu'à l'issue du processus amiable, les deux parents sont parvenus à une convention relative à l'exercice de leur autorité parentale à l'égard de leur(s) enfant(s), **nom(s), prénoms(s), date(s) et lieu(x) de naissance.**

1- L'autorité parentale

Les parents conviennent que l'autorité parentale à l'égard de leur(s) enfant(s),, est exercée conjointement.

Les parents s'engagent à se tenir informés de la situation de leur(s) enfant(s), notamment sur le plan de son (leur) éducation, santé, loisirs, etc. conformément au principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale.

Le parent auprès duquel la résidence habituelle de l'enfant (des enfants) est fixée s'engage à maintenir des liens réguliers de celle-ci / celui-ci/ ceux-ci/ celles-ci avec l'autre parent.

En cas de changement d'adresse, chaque parent s'engage à tenir l'autre parent informé de son nouveau lieu de résidence au plus tard deux mois avant le déménagement.

Le parent auprès duquel la résidence habituelle de l'enfant / des enfants est fixée s'engage à transférer cette résidence au lieu de résidence de l'autre parent si pour une raison ou pour une autre il/elle se sent dans l'incapacité de s'occuper de l'enfant. En aucun cas, aucun parent ne saurait être substitué dans sa responsabilité par un membre de la famille de l'autre parent.

²⁵³ Modèle transmis par Sabina TITARENKO, au terme de l'entretien du 26.04.22.

2- La résidence de l'enfant/ des enfants

Les parents conviennent que la résidence habituelle de leur(s) enfant(s) est fixée au domicile de sa/ son/ leur mère/ père, Madame / Monsieur à ..., en

3- Le droit de visite et d'hébergement

Sauf meilleur accord des parents, Monsieur / Madame exercera un droit de visite et d'hébergement à l'égard de son / ses enfant(s) au selon les modalités suivantes :

.....;

..... ;

..... ;

.....

Le père / la mère s'engage à prendre en charge les frais de transports de l'enfant / des enfants et à la / les retourner à sa / leur mère/ père à la fin de son/ leur séjour au

OU

Les parents s'engagent à participer pour moitié aux frais de transport de leur(s) enfant(s). Le père / la mère s'engage à retourner l'enfant / les enfants à sa / leur mère/ père à la fin de son/leur séjour au

OU

Les parents s'engagent à participer (selon modalités retenues financières retenues) aux frais de transport de leur(s) enfant(s). Le père / la mère s'engage à retourner l'enfant / les enfants à sa / leur mère/ père à la fin de son/leur séjour au

Si les vacances ont lieu en dehors du ... ou de , les parents s'engagent à se tenir informés du lieu du séjour de l'enfant / des enfants.

4- Le maintien des liens réguliers entre l'enfant /les enfants et son / leur père

En dehors des vacances scolaires ci-dessus citées, Madame/ Monsieur s'engage à maintenir des liens réguliers de l'enfant/ des enfants avec son/ leur père/ mère :

L'enfant / les enfants devra / devront pouvoir appeler son / leur père/ mère quand il(s)/elle(s) le souhaite ;

Le père / la mère aura une communication par Skype/ téléphone avec son/ ses enfant(s) au moins ... fois par semaine ;

La mère/ le père tiendra régulièrement le père/ la mère informé (e) des conditions d'éducation de l'enfant/ des enfants par tous moyens de communication.

5- La contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant

Monsieur ... déclare gagner au moins par mois.

Madame déclare de son côté toucher au minimum par mois.

Monsieur / Madame s'engage à payer mensuellement à la mère / au père au titre de la contribution à l'entretien et à l'éducation de leur(s) enfant(s) jusqu'à sa majorité. Ce paiement interviendra la première fois le

Chaque année, ce montant sera révisé annuellement et augmenté de Il ne pourra cependant pas dépasser dollars par mois.

6- Procédure de divorce

Les parents conviennent de reconnaître la compétence du juge ivoirien pour leur divorce.

Dispositions diverses

Afin que cet accord ait force exécutoire, les deux parties conviennent de le soumettre conjointement à l'homologation du Juge du ressort de la résidence habituelle de l'enfant / des enfants en

Pour que la décision soit exécutoire au, les parties (dispositions juridiques d'exequatur ou de reconnaissance d'un jugement étranger dans le pays de l'autre parent).

M.

Mme

Fait en 3 copies à (pays) le