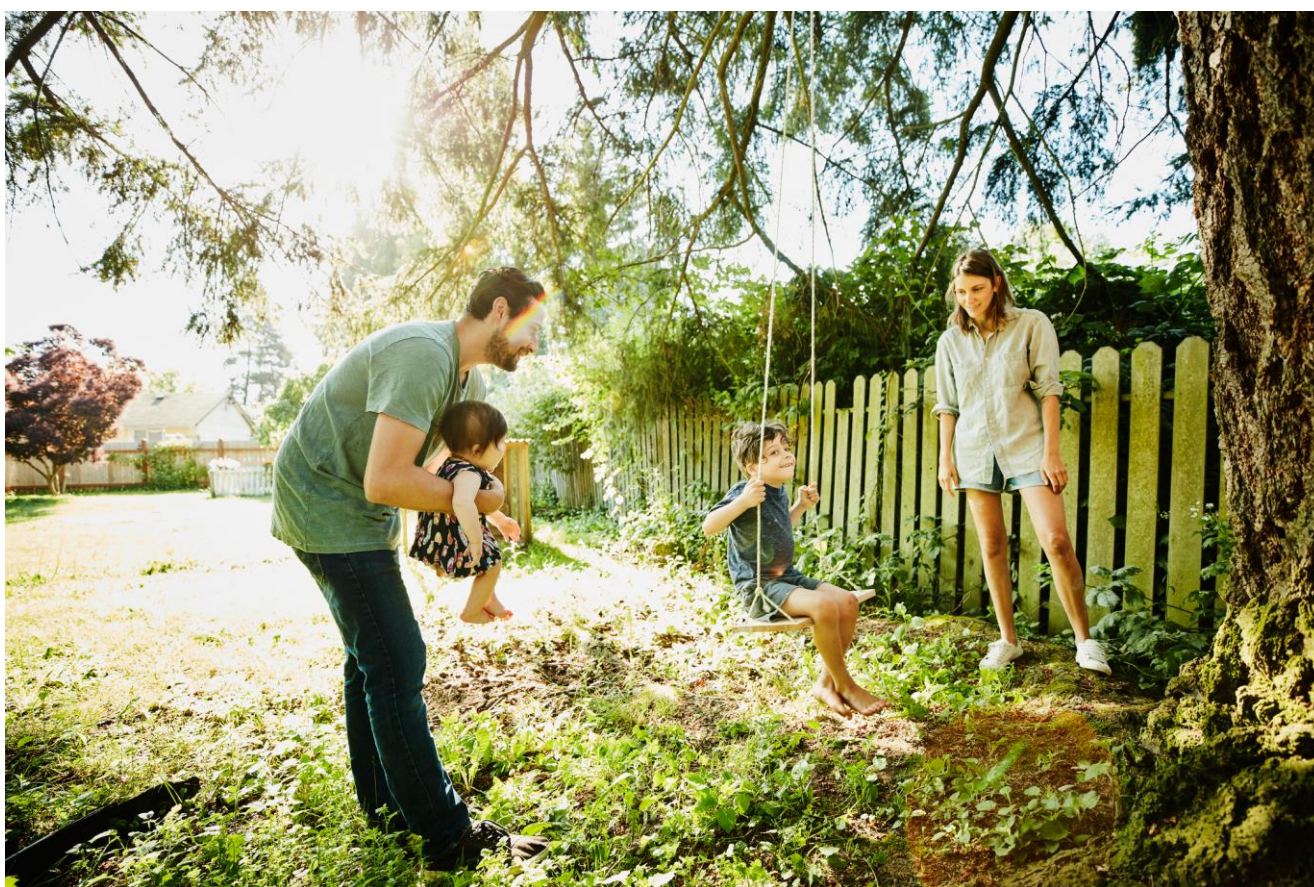


# Fachtagung «Gemeinsame elterliche Sorge – und die Kinder?»

12. November 2019 - Bern



In Kooperation mit:

**KOKES**  
**COPMA**  
**COPMA**

KONFERENZ FÜR KINDES- UND ERWACHSENENSCHUTZ  
CONFÉRENCE EN MATIÈRE DE PROTECTION DES MINEURS ET DES ADULTES  
CONFERENZA PER LA PROTEZIONE DEI MINORI E DEGLI ADULTI

Mit Unterstützung von :



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

Département fédéral de l'intérieur DFI  
Office fédéral des assurances sociales OFAS

## Programm

9.45	Empfang
10.15	Begrüssung durch die Organisatoren Ziele und Herausforderungen der Tagung  <b>Maya Sonderegger Sowe</b> , Leiterin Geschäftsstelle Deutschschweiz, SSI Schweiz
10.25	Eröffnungsrede  <b>Evi Allemann</b> , Regierungsrätin Kanton Bern, Vorstandsmitglied KOKES
10.40	Referat: <b>Entspricht das schweizerische und internationale Recht heute den Bedürfnissen der Kinder?</b>  <b>Prof. Dr. iur. Gian Paolo Romano</b> , Professor für internationales Privatrecht, Universität Genf
11.10	Referat: <b>5 Jahre Rechtsprechung zur GES</b>  <b>Prof. Dr. iur. Christiana Fountoulakis</b> , Professorin für Privatrecht, Universität Freiburg
11.40	Pause
12.00	Rundtischgespräch  <b>5 Jahre GES: Zwischenbilanz</b>  <b>Stephan Auerbach</b> , SSI Schweiz, Mediator SDM/FSM <b>Christian Nanchen</b> , Leiter Dienststelle für die Jugend, Kanton Wallis <b>Dr. iur. Patrick Fassbind</b> , Leiter Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Basel-Stadt <b>Alexandra Spiess</b> , Systemische Familientherapeutin Asthéfis, Leiterin As'trame Genf <b>Andrea Staubli</b> , Präsidentin Schweizerischer Dachverband Mediation SDM/FSM  <b>Die Sicht der Eltern vertreten :</b> <b>Bruno Roelli</b> , lic.iur., Rechtsanwalt, ehem. Oberrichter Luzern, Berater bei KESCHA <b>Oliver Hunziker</b> , Präsident GeCoBi (Schweizerische Vereinigung für gemeinsame Elternschaft)
13.00	Mittagpause
14.00	<b>Besondere Aspekte der GES: Alternierende Obhut / Transnationale Aspekte</b>  <b>Und die Kinder? - Erfahrungen des SSI</b> <b>Dicky Ndoye</b> , SSI Schweiz, Sozialarbeiterin, Transnationale Dienste <b>Annick Stooss</b> , SSI Schweiz, Sozialarbeiterin, Transnationale Dienste  <b>Kurzinputs von</b> <b>Dr. Heidi Simoni</b> , Leiterin Marie Meierhofer Institut für das Kind, Zürich <b>Daniel Bähler</b> , Oberrichter, Obergericht des Kantons Bern <b>Joëlle Schickel-Küng</b> , Leiterin Zentralbehörde internationale Kindesentführungen, Bundesamt für Justiz  <b>Grossgruppen-Workshop</b>
16.30	<b>Schlusswort</b>  <b>Rolf Widmer</b> , Direktor, SSI Schweiz
17.00	Ende der Tagung

## Referentinnen und Referenten

### Regierungsrätin Evi Allemann

Regierungsrätin Evi Allemann ist seit Juni 2018 Justiz-, Gemeinde- und Kirchen-Direktorin des Kantons Bern und ist Mitglied des Vorstands der KOKES. Zu ihrem Verantwortungsbereich gehört u.a. das Kantonale Jugendamt, dem auch die KESB zugeordnet sind. Vor der Wahl in den Regierungsrat war die Juristin u.a. als Mitglied des Nationalrates (15 Jahre), Präsidentin des Verkehrsclubs der Schweiz (VCS) und des Bernischen Mieter/-innenverbandes aktiv. Evi Allemann hat zwei Kinder und lebt in der Stadt Bern.

### Gian Paolo Romano

Gian Paolo Romano ist Professor an der Juristischen Fakultät der Universität Genf, wo er internationales Zivilprozessrecht, internationales Privatrecht der Familie und komparative Rechtswissenschaft unterrichtet und ein Seminar über internationalen Kinderschutz leitet. Mit Professor Andrea Bonomi von der Universität Lausanne gibt er das *Yearbook of Private International Law* heraus und ist Autor zahlreicher Publikationen auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts.

### Christiana Fountoulakis

Ordentliche Professorin und Inhaberin des Lehrstuhls für Zivilrecht an der Universität Freiburg. Ihre Fachbereiche sind u.a. Familienrecht, Persönlichkeitsschutzrecht und Kindes- und Erwachsenenschutzrecht. Sie schrieb mehrere Bücher zu diesen Themen, das Bundesgericht nimmt regelmässig Bezug auf diese Werke. Christiana Fountoulakis ist Mitherausgeberin des Basler Kommentars ZGB, der Zeitschrift Fampra sowie der nächsten Ausgabe des *Commentaire romand du Code civil*.

### Stephan Auerbach

Stephan Auerbach arbeitet beim Internationalen Sozialdienst Schweiz, wo er von 2004 bis 2019 die Abteilung "Transnationale Dienste" leitete. Er besitzt ein Lizentiat in Theologie und ist vom schweizerischen Dachverband Mediation anerkannter und bei der Kantonsregierung Genf vereidigter Mediator. Er interveniert hauptsächlich bei internationalen Kindesentführungen und gibt an diversen Fachhochschulen und Universitäten in der ganzen Schweiz Kurse über den internationalen Kinderschutz. Stephan Auerbach veröffentlichte mehrere Artikel im Zusammenhang mit seinem Tätigkeitsbereich. Im Jahr 2017 gründete er das Netzwerk "Réseau Enfants Genève", dessen Aktivitäten er koordiniert.

### Christian Nanchen

Seit dem 1. März 2011 ist Christian Nanchen Leiter des kantonalen Jugendamtes Wallis. Er besitzt ein Lizentiat der Rechtswissenschaften und einen Master-Abschluss in Public Administration. Ab 1997 führte er das kantonale Amt für Kinderschutz. Während 13 Jahren wirkte er zudem in der soziokulturellen Animation. Zwischen 2008 und 2011 war er Präsident der Schweizer Konferenz der kantonalen Verantwortlichen für Kinderschutz und Jugendhilfe.

### Patrick Fassbind

Patrick Fassbind studierte Rechtswissenschaft an der Uni Basel, promovierte im Kindesrecht und publiziert seither zu familienrechtlichen Themen. Er war vier Jahre als selbständiger Advokat im Familienrecht tätig. Im Glarnerland leitete er fünf Jahre das Vormundschafts- und Erbschaftsamt des Kantons Glarus. Mit der Einführung der KESB übernahm er das Präsidium der kantonalen KESB der Stadt Bern. Danach zog es ihn in seine Heimat Basel, wo er nun der KESB des Kantons Basel-Stadt vorsteht.

### Alexandra Spiess

Sozialpädagogin und Familientherapeutin Asthéfis. Alexandra Spiess leitet seit 2014 die Genfer Zweigstelle der Stiftung As'trame und begleitet in diesem Zusammenhang Familien, die mit einer Trennung, Scheidung oder anderen Problemsituationen konfrontiert sind, welche die familiären Bande belasten können (Trauer, Krankheit, Platzierung). Ihre Tätigkeit besteht hauptsächlich in der Arbeit mit den Familien, aber auch in der Ausbildung und der Supervision von Fachpersonen.

## **Andrea Staubli**

Lic. iur., Rechtsanwältin und Mediatorin SDM, ehem. Gerichtspräsidentin. Präsidentin Schweizerischer Dachverband Mediation (SDM). Vizepräsidentin Kinderanwaltschaft Schweiz. Präsidentin Begleitete Besuchstage Aargau (BBT AG).

Andrea Staubli war nach dem Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Zürich und dem Erwerb des Anwaltspatents während 20 Jahren als Gerichtspräsidentin am Bezirksgericht Baden mit Schwerpunkt Zivilrecht, insbesondere Familienrecht und Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, tätig. Ende der 1990er Jahre liess sie sich an der Fachhochschule Nordwestschweiz zur Mediatorin ausbilden. Sie wirkt als Referentin und Dozentin an verschiedenen (Fach-) Hochschulen und Universitäten. Daneben hat sie verschiedene Fachbeiträge zu den Themen Mediation und Kinder im Scheidungs- und Trennungsverfahren veröffentlicht. Sie ist heute als Mediatorin, Coach und Beraterin tätig.

## **Bruno Roelli**

Geboren 14.06.1956 in Luzern, Studium lic. iur in Zürich (1981), Anwaltspatent in Luzern (1983). 1983-1986 Gerichtsschreiber Bezirksgericht Luzern-Land; 1987-1990 Richter Bezirksgericht Luzern (Familienrecht). Mitte 1990 bis Mitte 2017 Obergericht Luzern (Familienrecht). Ab 2013 Präsident der familienrechtlichen Kammer. 2002 bis 2017 Lehrbeauftragter Uni Luzern (Familienrecht). Seit 2018 Berater bei KESCHA. Zwei erwachsene Kinder.

## **Heidi Simoni**

Heidi Simoni ist Fachpsychologin FSP und seit 2007 die Leiterin des Marie Meierhofer Institut für das Kind in Zürich. Das MMI beschäftigt sich mit der frühen Kindheit, mit dem Aufwachsen von Kindern innerhalb und ausserhalb von Familien, mit unterschiedlichen Lebensbedingungen und mit deren Ausgleich. Das MMI zeichnet sich durch seine multidisziplinäre Arbeitsweise sowie durch die Kombination von Forschung, Praxisprojekten, Weiterbildung und Beratung aus. Wichtige Orientierungspunkte für die Tätigkeit des Instituts sind die Rechte von Kindern und deren Umsetzung.

## **Joëlle Schickel-Küng**

Joëlle Schickel-Küng ist Co-Chefin des Fachbereichs Internationales Privatrecht (IPR) des Bundesamts für Justiz. Nach einem Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Freiburg erwarb sie 2009 im gleichen Kanton das Anwaltspatent. Der Fachbereich IPR ist die Zentralbehörde für mehrere Haager Übereinkommen, darunter das Übereinkommen aus dem Jahr 1980 über internationale Kindesentführungen und das Übereinkommen von 1996 über den internationalen Schutz von Kindern.

## **Daniel Bähler**

Geburtsjahr 1957, bernisches Fürsprecherpatent 1984, anschliessend Tätigkeit in Verwaltung und Advokatur. 1990 bis 2009 Gerichtspräsident in Thun. Seit 2009 Mitglied des Obergerichts des Kantons Bern, Vizepräsident der Zivilabteilung, u.a. Mitglied der 2. Zivilkammer, des Kindes- und Erwachsenenschutzgerichts und der Anwaltsprüfungskommission. Seit 2013 Mitglied des Richternetzwerks der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht. Publikationen im Scheidungsrecht und Kindesschutzrecht.



Internationaler  
Sozialdienst  
Schweiz

**Maya Sonderegger Sowe**

Leiterin Deutschschweiz



Internationaler  
Sozialdienst  
Schweiz

# Unsere Ziele

**Einfordern  
der Rechte  
des Kindes  
im trans-  
nationalen  
Kontext**

Unsere  
Ziele

**Unterstützung  
von Personen und  
Familien, die sich  
im grenzüber-  
schreitenden  
Kontext in einer  
schwierigen  
Situation befinden**

**Rechte  
des Kindes**

Unsere  
Schwerpunktbereiche

**Migration**

Unsere  
Vision

**Eine Welt,  
in der die Rechte  
des Kindes und  
seiner Familie  
über die Grenzen  
hinaus beachtet  
werden**

Jedes Kind soll in Sicherheit, in einem stabilen und respektvollen Beziehungsumfeld aufwachsen können, das ihm erlaubt, Perspektiven für seine Zukunft zu entwickeln.



Internationaler  
Sozialdienst  
Schweiz

# Der Internationale Sozialdienst (SSI)

**Gründung in der Zeit zwischen  
den beiden Weltkriegen**

Eine im Jahr 1924 gegründete NGO

Eröffnung einer Schweizer Zweigstelle  
im Jahr 1932

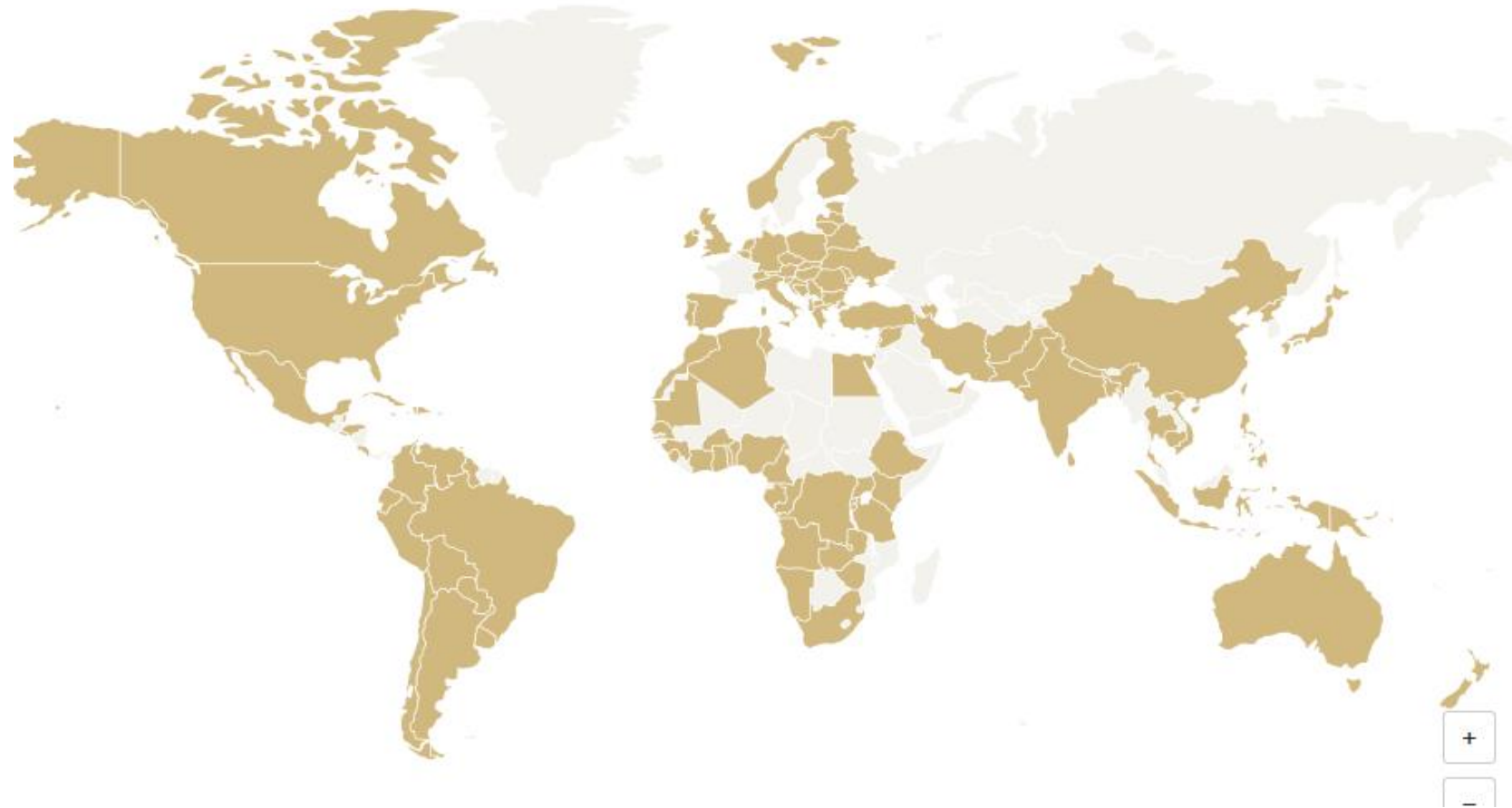
**Unterstützung von Kindern und  
Familien über die Landesgrenzen  
hinweg**





Internationaler  
Sozialdienst  
Schweiz

# Das internationale Netzwerk





# Tätigkeitsfelder

## Transnationale Dienste: grenzüberschreitende Interventionen

**Kindesschutz  
Erwachsenenschutz**

**Elterliche  
Verantwortung und  
Rechte**

**Elterliche  
Kindesentführung**

**Unbegleitete  
Minderjährige**

**Internationale  
Adoption**

**Herkunftssuche**



## **Begrüssung durch die Organisatoren**

Maya Sonderegger Sowe, Leiterin Geschäftsstelle Deutschschweiz, SSI Schweiz

Liebe Tagungsteilnehmende, liebe Referentinnen und Referenten. Ich begrüsse Sie im Namen des Internationalen Sozialdienstes Schweiz sehr herzlich zu unserer heutigen nationalen Fachtagung. Es freut uns ausserordentlich, dass wir heute ein so gemischtes Fachpublikum aus fast allen Kantonen vertreten haben.

Begrüssen möchte ich speziell auch:

- unsere Fachpartnerinnen und Fachpartner vom Bundesamt für Justiz (BJ) sowie vom Eidgenössischen Department für äussere Angelegenheiten (EDA), mit denen wir in unserer alltäglichen transnationalen Fallarbeit eine sehr gute Zusammenarbeit pflegen,
- die Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz (KOKES), welche unsere Tagung als Kooperationspartnerin ideell unterstützt hat und heute vertreten ist durch Regierungsrätin Evi Allemann. Herzlich willkommen!

Ich möchte Ihnen nun eine kurze Übersicht zum SSI geben und anschliessend darauf zurückkommen, was uns veranlasste, die heutige Tagung zu organisieren.

### **Wer also ist der SSI?**

In der Zeit zwischen den beiden Weltkriegen - eine Zeit, als viele Europäerinnen und Europäer auf der Suche nach einer besseren Zukunft jenseits des Atlantiks ihre Heimat verliessen - wurde in Genf das heutige Generalsekretariat des ISS gegründet, kurze Zeit später die Schweizer Zweigstelle SSI Schweiz und viele weitere Zweigstellen.

Die Vision ist bis heute ähnlich geblieben: Wir wollen eine Welt, in der die Rechte des Kindes und seiner Familie über die Grenzen hinweg respektiert werden. Jedes Kind soll in Sicherheit, in einem stabilen und respektvollen Beziehungsumfeld aufwachsen können, das ihm erlaubt, Perspektiven für seine Zukunft zu entwickeln.

In diesem Monat findet ein wichtiges Ereignis statt: Die KRK feiert ihr 30-jähriges Bestehen. Die UNO-Kinderrechtskonvention bildet die ethische und rechtliche Grundlage aller Tätigkeiten des SSI - bei all unseren Interventionen stehen das Kindeswohl und die Entwicklungsperspektiven des Kindes stets im Zentrum.

Wenn wir von der KRK sprechen, ist es mir wichtig zu erwähnen, dass natürlich die Sicht der Kinder auf die heutigen Fragen besonders interessiert. Diese Sicht werden diverse Fachpersonen auch einbringen. Da es schlichtweg Rahmen und organisatorische Möglichkeiten gesprengt hätte, mussten wir aber darauf verzichten, die Stimmen der Kinder selbst in das Tagungsprogramm einzubeziehen.

Neben der psychosozialen und juristischen Beratung und Begleitung von betroffenen Personen kann der SSI mit seinem internationales Netzwerk von Partnern (NGOs, Ministerien) in 120 Ländern beispielsweise Sozialberichte in der Schweiz und im Ausland einholen (d.h., dass unter anderen Gerichte oder Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden uns beauftragen, die soziale Situation des Kindes



oder der Familie im Ausland abzuklären, bevor sie eine Entscheidung fällen). Weiter übermittelt der SSI Gefährdungsmeldungen, führt transnationale Familienmediationen durch, sucht Personen, führt Familien zusammen und holt soziale und rechtliche Informationen ein (so auch bei Kindesentführungsfällen und bei Fragen zum Umzug ins Ausland (Zügelartikel)).

Je nach Situation realisieren die Netzwerkpartner die Aufträge direkt oder via örtliche Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden sowie andere Dienste. Dies gilt auch für Dienstleistungen, die wir auf Anfrage unserer ausländischen Partner in der Schweiz erbringen.

### **Warum braucht es neben den international kooperierenden Behörden das Netzwerk des SSI?**

Mit den Haager Übereinkommen wurde ein wichtiger rechtlicher Rahmen zum internationalen Kindes- und Erwachsenenschutz geschaffen. Sie sind jedoch nicht ausreichend, um für alle Situationen eine Lösung herbeizuführen, denn zahlreiche Länder haben die Übereinkommen nicht ratifiziert oder bieten nur administrative Dienste. In den meisten Fällen braucht es Interventionen auf mehreren Ebenen: psychosoziale Beratung und Begleitung, transnationale Mediation sowie rechtliche Beratung. Hier bietet der Internationale Sozialdienst mit seinem internationalen Netzwerk komplementäre und subsidiäre Unterstützung zu den Diensten der Zentralbehörden des Haager Übereinkommens.

### **Was veranlasste den SSI dazu, diese Fachtagung zu organisieren?**

Vor der Revision des ZGBs zur gemeinsamen elterlichen Sorge als Regelfall machten wir in unserer alltäglichen SSI-Praxis immer wieder die Erfahrung, dass Elternteile mit alleinigem Sorgerecht – damals oft Mütter - ohne das Gespräch mit dem anderen Elternteil zu suchen, ins Ausland gezogen sind. Häufig ist dabei der Kontakt zwischen dem zurückgebliebenen Elternteil und den Kindern abrupt abgebrochen. Der SSI setzte sich deshalb für die Gesetzesänderung zur GES und insbesondere für den Zügelartikel ein und wurde in diesem Zusammenhang auch von der Rechtskommission des Nationalrats angehört. Bereits damals hatten wir ein dem Gericht vorgelagertes mediatives Verfahren vorgeschlagen. Leider wurde diese Idee in der Gesetzesrevision nicht aufgenommen, sie ist uns aber nach wie vor ein wichtiges Anliegen.

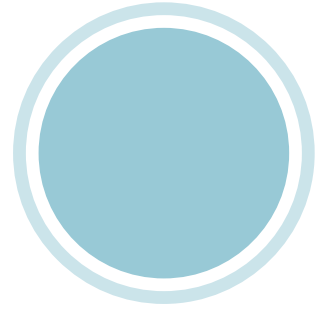
Ein halbes Jahr nach der Einführung des neuen Gesetzes haben wir dann eine erste Fachtagung organisiert, um die Auswirkungen dieses Gesetzes auf die Kinder zusammen mit Fachleuten interdisziplinär zu diskutieren und gemeinsam zu erörtern, wie das neue Gesetz am besten angewendet werden respektive wie die Umsetzung «gemonitort» werden kann. Einige der heute anwesenden Referentinnen waren schon damals vertreten.

Es war bereits zu jenem Zeitpunkt klar, dass in ca. 5 Jahren eine Zwischenbilanz gezogen werden soll. Dieses Versprechen halten wir heute ein, und wir werden auf der Grundlage der heutigen Diskussionen auch eine Tagungsresolution erarbeiten. Eines vorweg: Der «Spirit» hat sich verändert, die gemeinsame elterliche Sorge ist zur Normalität und Selbstverständlichkeit geworden. Zwei grosse



Hauptknackpunkte bleiben aus unserer Sicht: Es sind dies Fragen zur alternierenden Obhut und Fragen mit Auslandbezug. Diesen werden wir uns deshalb am Nachmittag auch besonders widmen.

Nun wünsche ich Ihnen eine interessante Tagung!



# Transnationale Dienste

Seit 1932 im Dienste  
des internationalen  
Kindeschutzes



Service social international – Suisse  
Internationaler Sozialdienst – Schweiz  
Servizio Sociale Internazionale – Svizzera  
International Social Service – Switzerland



**Die Schweizer Zweigstelle des Internationalen Sozialdienstes ist Mitglied eines in 120 Ländern tätigen Partnernetzwerks. Der SSI Schweiz setzt sich für die individuellen Rechte von Kindern, Familien und Migrantinnen/Migranten ein. Er bietet ihnen Unterstützung bei sozialen, rechtlichen und beruflichen Fragen im länderübergreifenden Kontext.**

## **Unsere Vision**

Eine Welt, in der die Rechte der Kinder und ihrer Familien über die Landesgrenzen hinaus respektiert werden.

## **Unsere Auftraggeber**

- Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden
- Zentralbehörden
- Gerichte
- Sozialdienste
- Kantonale Ämter
- Private Organisationen
- Privatpersonen



## Unsere Dienstleistungen

Der SSI Schweiz bearbeitet Aufträge in Zusammenarbeit mit seinen Partnern des Internationalen Sozialdienstes. Je nach Situation realisieren diese Netzwerkpartner die Aufträge direkt oder via örtliche Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden sowie andere Dienste. Dies gilt auch für Dienstleistungen, die wir auf Anfrage unserer ausländischen Partner in der Schweiz erbringen.

### Internationaler Kinderschutz

- Sozialbericht zur Situation des Kindes im Ausland
- Abklärung im Hinblick auf eine Unterbringung in einer Pflegefamilie oder in einer Institution
- Unterstützung bei der Übertragung von Kinderschutzmassnahmen
- Übermitteln von Gefährdungsmeldungen
- Unterstützung bei der Dokumentenbeschaffung

### Elterliche Kindesentführung

- Information und Beratung für Eltern und involvierte Behörden
- Lokalisierung des Kindes / Suche nach dem Elternteil
- Wiederherstellung des Kontaktes zwischen dem Kind und dem zurückgebliebenen Elternteil
- Unterstützung bei der Organisation von Besuchen vor Ort
- Sozialbericht zur Situation des Kindes
- Transnationale Familienmediation
- Begleitung nach erfolgter Kindesentführung

### Elterliche Verantwortung und Rechte

- Sozialbericht zur Situation eines Elternteils im Ausland
- Wiederherstellung des Eltern-Kind-Kontaktes
- Transnationale Familienmediation
- Unterstützung bei der Organisation des Besuchsrechts
- Unterstützung bei der Einforderung von Unterhaltszahlungen
- Unterstützung bei der Dokumentenbeschaffung

### Unbegleitete Minderjährige

- Familiensuche
- Abklärung der sozialen und familiären Situation im Ausland
- Unterstützung bei der Dokumentenbeschaffung
- Unterstützung bei der Entwicklung von Zukunftsperspektiven
- Vorbereitung eines eventuellen Rückkehrhilfeprojektes

### Beratung binationaler Paare und Familien

- Soziale und rechtliche Beratung
- Familienmediation

### Internationale Adoption

- Angebot für Personen, die adoptieren möchten (auf Englisch und Französisch):
  - Psychosoziale Beratung und Begleitung
  - Informationen zu den Herkunftsländern
  - Ethische und rechtliche Orientierung zum Adoptionsverfahren in der Schweiz
- Monatlich erscheinendes Fachbulletin

### Herkunftssuche Adoption

- Information, psychosoziale Beratung und Begleitung
- Unterstützung bei der Dokumentenbeschaffung
- Suche nach der Herkunft und nach Angehörigen im Ausland
- Wiederherstellung des Kontaktes zwischen den beiden Parteien (falls von beiden Seiten gewünscht)

### Internationaler Erwachsenenschutz

- Sozialbericht zur Situation einer erwachsenen Person im Ausland
- Unterstützung bei der Übertragung von Erwachsenenschutzmassnahmen
- Übermitteln von Gefährdungsmeldungen
- Unterstützung bei der Dokumentenbeschaffung

## Arbeitsweise

Um die komplexen Themen zu bearbeiten, führt der SSI Schweiz in Zürich und Genf je ein interdisziplinäres und mehrsprachiges Team mit Sozialarbeitenden, Juristinnen und Juristen sowie Mediatorinnen und Mediatoren.

Die Arbeitsweise unserer Mitarbeitenden stützt sich auf einen mediationsbasierten Interventionsansatz, der das Kindeswohl stets in den Mittelpunkt stellt. Das bedeutet, dass wir mit den Kompetenzen und Ressourcen der direkt betroffenen Personen arbeiten und die Eltern unterstützen, Lösungen zu finden, die die Bedürfnisse ihrer Kinder am besten berücksichtigen.

## Rechtlicher Rahmen

Die UNO-Kinderrechtskonvention bildet die ethische und rechtliche Grundlage aller Tätigkeiten des SSI Schweiz. Noch spezifischer bilden die Haager Übereinkommen den rechtlichen Rahmen zum internationalen Kindes- und Erwachsenenschutz. Sie sind jedoch nicht ausreichend, um für alle Situationen eine Lösung herbeizuführen, denn zahlreiche Länder haben die Übereinkommen nicht ratifiziert oder bieten nur administrative Dienste. Dies kommt auch dann vor, wenn Interventionen auf mehreren Ebenen nötig sind: psychosoziale Beratung und Begleitung, transnationale Mediation sowie rechtliche Beratung. Hier bietet der Internationale Sozialdienst mit seinem internationalen Netzwerk komplementäre und subsidiäre Unterstützung zu den Diensten der Zentralbehörden der Haager Übereinkommen.

## Kosten und Finanzierung

In den meisten Kantonen sind die Zusammenarbeit und die Finanzierung unserer Dienstleistungen im Rahmen einer Leistungsvereinbarung geregelt. Unsere Mitarbeitenden in Zürich und Genf geben Ihnen gerne nähere Auskunft über die Bedingungen der Zusammenarbeit in Ihrem Kanton und die entsprechenden Kosten.



### Kontakt

#### Deutschschweiz

Internationaler  
Sozialdienst Schweiz  
Hofwiesenstrasse 3  
8057 Zürich  
Tel. +41 44 366 44 77  
info@ssi-schweiz.org  
www.ssi-schweiz.org

Mitglied des SSI

#### Französischsprachige Schweiz / Tessin

Service social  
international – Suisse  
9, rue du Valais  
Postfach 1469  
1211 Genf 1  
Tel. +41 22 731 67 00  
info@ssi-suisse.org  
www.ssi-suisse.org





# Internationale Kindesentführung



*Eine elterliche Kindesentführung liegt dann vor, wenn ein Kind von einem Elternteil gegen den Willen des anderen Elternteils ins Ausland gebracht oder dort zurückbehalten wird, ohne dass dieser das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht für das Kind hat.*

## **Was können Sie tun, wenn... ... Ihr Kind entführt wurde oder Sie befürchten, dies könnte geschehen? ... Sie sich mit dem Gedanken befassen, mit dem Kind ins Ausland zu ziehen?**

Eine Kindesentführung durch einen Elternteil kann schwerwiegende Auswirkungen für das Kind haben. Denn es befindet sich plötzlich in einem Land, das es unter Umständen nicht kennt, und ist das Opfer eines Konflikts zwischen Erwachsenen, mit dem es nicht umgehen kann.

Der Internationale Sozialdienst bietet betroffenen Eltern und involvierten Akteuren Beratung und Begleitung, um die beste Lösung für das Kind zu finden.

## **Der Internationale Sozialdienst Schweiz (SSI Schweiz)**

Die Schweizer Zweigstelle des Internationalen Sozialdienstes ist Mitglied eines in 120 Ländern tätigen Partnernetzwerks.

Unser mehrsprachiges Team mit Sozialarbeitenden, Juristinnen und Juristen sowie Mediatorinnen und Mediatoren ist spezialisiert auf internationalen Kinderschutz, Familienrecht, transnationale Familienprobleme sowie Familienmediation. Wir verfügen über eine langjährige Erfahrung in der Beratung und Begleitung von Kindesentführungsfällen.



## Unsere Dienstleistungen

### Information und Beratung für Eltern und involvierte Behörden

- um einer Entführung vorzubeugen
- nach einer erfolgten Entführung

### Unterstützung bei

- Lokalisierung des Kindes / Suche nach dem Elternteil
- Sicherung der Situation des Kindes und Organisation von Schutzmassnahmen
- Wiederherstellung des Kontakts zwischen dem Kind und dem zurückgebliebenen Elternteil
- Sozialbericht zur Situation des Kindes
- Organisation von Besuchen vor Ort

### Transnationale Familienmediation

### Begleiten des Kindes und des Elternteils nach

- einer allfälligen Rückkehr sowie kurz-, mittel- und langfristige Nachbetreuung

### Internationale Koordination der Akteure

### Empfehlungen zuhanden der Behörden

## Unser Vorgehen

Wir bieten Eltern eine rechtliche, administrative sowie psychosoziale Beratung und Begleitung.

Zunächst versuchen wir, das Kind zu lokalisieren und schalten dazu unser internationales Netzwerk in dem Land ein, in welches das Kind entführt oder in welchem es zurückgehalten wurde. Falls nötig, unterstützen wir dabei, Massnahmen zum Schutz des Kindes zu ergreifen. Wir vermitteln zwischen den Elternteilen, versuchen, Besuche vor Ort in die Wege zu leiten und eine transnationale Familienmediation einzuleiten.

Wir koordinieren zwischen den verschiedenen Akteuren im Zusammenhang mit der Entführung (kantonale und staatliche Behörden, Sozialdienste, Eltern, Anwälte, NGOs).

Falls es zu einer Rückkehr des Kindes kommt, treffen wir Vorbereitungen und begleiten das Kind sowie auch die Eltern dabei. Nach der Rückkehr bieten wir ebenfalls eine Betreuung der Eltern und des Kindes an und unterstützen den Kontakt zu dem allfälligen im Ausland verbliebenen Elternteil.

## Kosten und Kostenübernahme

Die genannten Dienstleistungen erbringt der SSI im Auftrag betroffener Eltern oder örtlicher Behörden. Über die Kosten und Möglichkeiten zur Kostenübernahme geben unsere Mitarbeitenden in Zürich und Genf gerne Auskunft.



### Kontakt

#### Deutschschweiz

Internationaler  
Sozialdienst Schweiz  
Hofwiesenstrasse 3  
8057 Zürich  
Tel. +41 44 366 44 77  
info@ssi-schweiz.org  
www.ssi-schweiz.org

#### Französischsprachige Schweiz / Tessin

Service social  
international – Suisse  
9, rue du Valais  
Postfach 1469  
1211 Genf 1  
Tel. +41 22 731 67 00  
info@ssi-suisse.org  
www.ssi-suisse.org

Mitglied des SSI



# Broschüre Kindesentführung 2019



Diese Broschüre dient zurückgebliebenen wie entführenden Elternteilen als Erstinformation. Neben Hinweisen, wie eine drohende Entführung frühzeitig erkannt und verhindert werden kann, finden sich Informationen zu rechtlichen Rahmenbedingungen und Abläufen, zu möglichen gütlichen Lösungswegen, zum persönlichen Umgang mit der Situation sowie eine ausführliche Liste von Anlaufstellen.



## BESTELLFORMULAR

<b>Name, Vorname:</b> <b>Adresse:</b> <b>Postleitzahl:</b> <b>Stadt:</b> <b>Telefon :</b> <b>Kontakt :</b>	<b>An :</b> SERVICE SOCIAL INTERNATIONAL - SUISSE <b>Adresse :</b> Rue du Valais 9 1202 Genève
---	--

**Datum (Tag der Bestellung):**

Bezeichnung	Preis	Gewünschte Menge
Broschüre Kindesentführung	15.00 CHF	

**GESAMT CHF**

**Bankverbindung:**

Adresse: Banque Cantonale de Genève, 1204 Genève  
 Bankkonto: 12 - 1 - 2  
 IBAN: CH22 0078 8000 R320 7578 5  
**Zweck der Zahlung: Broschüre Kindesentführung**

**Unterschrift :**

**KOKES**  
**COPMA**  
**COPMA**

KONFERENZ FÜR KINDES- UND ERWACHSENENSCHUTZ  
CONFÉRENCE EN MATIÈRE DE PROTECTION DES MINEURS ET DES ADULTES  
CONFERENZA PER LA PROTEZIONE DEI MINORI E DEGLI ADULTI

# **Evi Allemann**

Regierungsrätin, Kanton Bern  
Vorstandsmitglied KOKES

Münstergasse 2  
Postfach  
3000 Bern 8  
Telefon 031 633 76 76  
Telefax 031 634 51 54  
[www.jgk.be.ch](http://www.jgk.be.ch)  
[info.jgk@jgk.be.ch](mailto:info.jgk@jgk.be.ch)

## Eröffnungsrede von Regierungsrätin Evi Allemann an der Fachtagung «Gemeinsame elterliche Sorge – und die Kinder?» vom 12.11.2019 in Bern

Mesdames, Messieurs, cher public, vous tous ici présents,

C'est pour moi un grand plaisir de me trouver parmi vous aujourd'hui pour participer au colloque national organisé autour du thème de l'autorité parentale conjointe et de ses effets sur les enfants. Ich tue das sozusagen mit drei Hüten. Zu Einen kommt mir diese Ehre als Regierungsvertreterin des Kantons Bern zu, der heute als Gastgeber auftreten darf. Gleichzeitig kann ich zu Ihnen als Vorstandsmitglied der Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz KOKES sprechen, die als Kooperationspartnerin diese Tagung unterstützt. Schliesslich freue ich mich aber auch ganz persönlich darüber, ein paar einleitende Worte zu einem Thema sagen zu dürfen, das mich als Nationalrätin anlässlich der parlamentarischen Debatte sehr bewegt hat.



### Einleitung

Seit dem 1. Juli 2014 ist das gemeinsame Sorgerecht in der Schweiz der Regelfall. Mit der Bestimmung, dass sowohl Vater als auch Mutter unabhängig vom Zivilstand gemeinsam das Sorgerecht ausüben, wurde ein wichtiger Schritt in Richtung Gleichstellung von Mann und Frau gemacht. Die Eltern sollen gemeinsam Verantwortung für die Entwicklung und Erziehung ihres Kindes übernehmen. Endlich hat auch die Schweiz diesen wichtigen Paradigmawechsel vollzogen, die in diesem Fall der europäischen Rechtsentwicklung hinterherhinkte.

La rupture avec l'ancien modèle se traduit aussi par une nette avancée dans le domaine des droits de l'enfant. L'accent n'est plus seulement mis sur les parents ainsi que sur leurs droits et obligations envers leurs enfants; ces derniers peuvent aussi exiger de leurs parents qu'ils tiennent compte de leurs intérêts et s'efforcent de trouver un consensus pour les protéger à l'heure de prendre de grandes décisions dans le cadre d'une séparation. Le nouveau modèle concourt à préserver au mieux les liens étroits qui unissent l'enfant à ses deux parents – la condition élémentaire d'un développement sain et harmonieux.

Mir scheint der Tagungstitel, der das Kindeswohl ins Zentrum stellt, denn auch ausserordentlich passend, um nach fünf Jahren eine Zwischenbilanz zu ziehen. Tatsächlich geht es bei der gemeinsamen elterlichen Sorge in erster Linie um die Kinder und ihr Wohlergehen.

Hat sich die gemeinsame elterliche Sorge in der Praxis bewährt? Diese Frage können Sie als Fachleute sicher besser beantworten als ich. Natürlich lassen sich mit einer Gesetzesänderung die Familienstrukturen und Elternrollen nicht von heute auf morgen ändern. Ein Ziel des neuen Gesetzes war aber auch, einen Sinneswandel hin zu einer gemeinsamen Elternschaft anzustossen. Dieser Anspruch konnte meines Erachtens eingelöst werden. Aus meiner politischen Sicht

ziehe ich deshalb eine positive Bilanz: Die gemeinsame elterliche Sorge hat sich insofern bewährt. Zudem hat sich erwiesen, dass sich im Zuge der Einführung des neuen Sorgerechts vermehrt auch Väter an der Erziehung und Betreuung im Lebensalltag ihrer Kinder beteiligen wollen. In der grossen Mehrzahl der Fälle, in denen gemeinsam sorgeberechtigte Eltern die Kinderbelange kooperativ regeln, hat das neue Sorgerecht somit einen Mehrwert gebracht.

### **Empfehlungen der KOKES**

Allerdings gab es in der Praxis vor allem am Anfang da und dort Umsetzungsschwierigkeiten, was durchaus normal ist. Dabei hat sich gezeigt, wie eminent wichtig das 2013 in Kraft getretene neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht auch für die gemeinsame elterliche Sorge war. Es wurden professionelle Behördenstrukturen aufgebaut, die in der Lage waren, das neue Recht so umzusetzen, wie das vom Gesetzgeber gewollt war.

Dabei waren die KESB auf die Unterstützung der KOKES angewiesen. Da der Gesetzeswortlaut an verschiedenen Stellen unklar war und sich zahlreiche Umsetzungsfragen stellten, hat die KOKES 2014 ein Merkblatt mit Empfehlungen zur Umsetzung der neuen Rechtsgrundlagen formuliert. Ziel war eine möglichst einheitliche Rechtsanwendung der neuen Bestimmungen in allen Kantonen. Dies ist offenbar gelungen, denn die Empfehlungen finden bis heute eine breite Beachtung in der Praxis.

### **Herausforderungen bei der Umsetzung**

Mit den Herausforderungen bei der Umsetzung - namentlich hinsichtlich der alternierenden Obhut und dem Wegzug ins Ausland - werden Sie sich im Lauf der heutigen Tagung intensiv auseinandersetzen. Ich möchte hier lediglich zwei politisch aktuelle Themen herausgreifen:

Zum einen geht es um die Einführung eines nationalen Sorgerechts-Registers.

Zum anderen um die Frage, wie die Eltern befähigt werden können, die gemeinsame Sorge im Interesse des Kindes einvernehmlich auszuüben.

Die Einführung eines **nationalen Sorgerechts-Register** betrifft eine ganz praktische Frage: Besteht Unklarheit über die Zuteilung von elterlicher Sorge und Obhut, müssen Eltern jedes Mal separat und umständlich belegen, dass sie Inhaber der elterlichen Sorge sind. Ausserdem fehlt die Gewissheit, dass der vom Elternteil vorgelegte Beleg noch den aktuellen Tatsachen entspricht. Eine mögliche Lösung wäre ein nationales Sorgerechts-Register, dessen Bewirtschaftung aber mit einem grossen Aufwand verbunden ist. Im Rahmen des Postulats von Nationalrat Kurt Fluri (Nr. 16.3317 «Kindesschutzmassnahmen. Informationsfluss sicherstellen, Kundenservice stärken») wird der Bundesrat beauftragt, zu prüfen, ob und inwiefern eine Meldepflicht an die Einwohnerdienste das Problem lösen könnte. Der Bericht zum Postulat ist im 1. Quartal 2020 zu erwarten.

Die Antwort auf die zweite Frage, nämlich **wie Eltern befähigt werden** können, die gemeinsame elterliche Sorge im Interesse des Kindes auszuüben, ist noch anspruchsvoller. Im Fokus stehen hier Eltern, die sich in wichtigen Fragen nicht einigen können. Es gibt verschiedene Massnahmen und Beratungsangebote, welche die Eltern darin unterstützen, ihre Konflikte über die Kinderbelange so zu regeln, dass die Kinder nicht in Mitleidenschaft gezogen werden. Im Vordergrund stehen bei Elternkonflikten die Elternmediation oder das Gespräch mit Beratungsstellen. Diese Massnahmen werden von zerstrittenen Eltern idealerweise freiwillig in Anspruch genommen, können aber von den KESB auch behördlich angeordnet werden. Oftmals wird in diesem Zusammenhang eine Besuchsrechtsbeistandschaft angeordnet. Dabei versucht die Beiständin oder Beistand, zwischen den Eltern zu vermitteln und den Kontakt des Kindes zu beiden Elternteilen herzustellen. Aktuell gibt es in der Schweiz rund 17'000 solcher Besuchsrechtsbeistandschaften. Zudem gibt es Situationen, bei welchen es angezeigt ist, auch für Kinder ein geeignetes Beratungs- oder Therapieangebot zu installieren, um sie bei der Bewältigung der Trennungssituation

oder im Umgang mit den Elternkonflikten zu unterstützen. Der Bundesrat erkennt weiteres Optimierungspotenzial in der mediativen Beratung, wie er in seiner Antwort auf die Interpellation von Ständerat Konrad Graber unterstreicht (Nr. 18.4191 «Kindeswohl fördern durch mediatives Verfahren bei Familienstreitigkeiten»). Weitere Anstrengungen in diese Richtung sind sicher unterstützenswert.

Bei eigentlichen Hochkonfliktfamilien sind die Möglichkeiten der Behörden und Gerichte letztlich aber leider sehr begrenzt. Generell stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob obligatorische Schlichtungsverfahren eingeführt werden sollen. Ein entsprechendes Postulat von Nationalrat Stefan Müller-Altermatt (Nr. 19.3501 «Weniger Verletzungen beim Kampf ums Kind. Massnahmen für das Wohl von Kind, Mutter und Vater») wurde jedenfalls am 27. September 2019 angenommen. Der Bundesrat hat den Auftrag, die bestehenden Interventionsinstrumente zu evaluieren und allfällige Anpassungen des Familienrechts zu prüfen.

### **Abschluss**

Dans une semaine, le 20 novembre 2019 exactement, la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant fêtera son 30<sup>e</sup> anniversaire. Le traité international établit les valeurs fondamentales auxquelles les Etats du monde entier s'associent dans l'attitude à adopter envers les enfants, quelles que soient les différences sociales, culturelles, ethniques ou religieuses. Le texte insiste sur la responsabilité des Etats en matière de protection et de bien-être des mineurs, reconnaît aux enfants une personnalité juridique et oblige à la prise en compte du bien-être de l'enfant et de son opinion dans les décisions qui le concernent. L'article 12 énonce en particulier que l'enfant a la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant.

Chacun sait que ce droit devrait être encore davantage respecté et que les pratiques en la matière sont très différentes. La question est d'ailleurs à l'ordre du jour. Ensemble, réclamons la possibilité pour les enfants d'être entendus par des spécialistes formés afin qu'ils puissent exprimer leurs souhaits et besoins dans le cadre des procédures où un conflit oppose leurs parents.

Damit komme ich zu meinem Dank an den Internationalen Sozialdienst Schweiz (SSI Schweiz). Der SSI ist mit der UNO-Kinderrechtskonvention besonders verbunden, bildet diese doch die ethische und rechtliche Grundlage aller Tätigkeiten des SSI Schweiz. Der SSI Schweiz ist eine Anlauf- und Beratungsstelle im Bereich des internationalen Kindes- und Erwachsenenschutzes und bietet Unterstützung bei sozialen und rechtlichen Fragen im länderübergreifenden Kontext. Sie werden heute unter anderem auch Fragen mit Auslandsbezug - Stichwort «Zügelartikel» - erörtern und dabei feststellen, dass diese Dienste sowohl für Privatpersonen als auch für Behörden und Gerichte unverzichtbar sind, um die Bedürfnisse der Kinder auch im internationalen Kontext bestmöglich erfassen zu können.

Ihnen allen danke ich herzlich für Ihr Engagement und Ihre Aufmerksamkeit und wünsche Ihnen eine spannende Tagung mit vielen neuen Impulsen.

Regierungsrätin Evi Allemann, Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektorin des Kantons Bern.

*<Es gilt das gesprochene Wort.>*

# Wird das nationale und internationale Recht den Bedürfnissen von Familien gerecht?



**UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE**

**Prof. Dr. iur.  
Gian Paolo Romano**

Professor für internationales Privatrecht  
Universität Genf



# Rückblick: *Bisherige Fortschritte*

- « *Schwerpunkt* » : Kind und Eltern-Kind-Beziehung
- Fortschritte der letzten Jahrzehnte: **Beispiele**
  - **Übereinkommen über die Rechte des Kindes von 1989**
    - **196 Staaten** (nicht USA): **meistratifizierte Konvention der Welt**
    - Dient nationalen Parlamenten und Gerichten **immer häufiger** als Inspirationsquelle
    - **UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes** wacht über die Umsetzung
      - **3. Fakultativprotokoll 2014**: Recht des Kindes, Individualbeschwerde zu erheben
      - Mechanismus vergleichbar mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte

# Rückblick: *Bisherige Fortschritte*

- **Fortschritte** der letzten Jahrzehnte: **Beispiele**
  - **Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte: 47 Staaten**
    - Art. 8 EMRK enthält das **Recht auf Achtung des Privat— und Familienlebens**, Art. 14 EMRK das Diskriminierungsverbot
    - hunderte von Urteilen auf dem Gebiet der Adoption, Kenntnis der eigenen Abstammung, Sorgerecht, Entführung, etc.: *soft harmonisation*
  - **Kinder sind besser ernährt, untergebracht, gebildet, werden eher gehört...**
    - Beispiel: **Recht auf *Leben*, Kindersterblichkeit überall rückläufig**
    - Beispiel: **Recht, gehört zu werden, « Greta Thunberg-Effekt »**
      - Sollte man das Wahlrecht mit **16 Jahren** einführen? (Österreich, Australien, Malta)
    - Aber nach wie vor Handlungsbedarf: z.B. Tausende unterernährte Kinder **im Jemen**

# *Entstehung des Kindesverhältnisses*

- **Recht, die eigene Abstammung festzustellen, Vaterschaft oder Mutterschaft**
  - Im Allgemeinen: **häufiger anerkannt** als früher
  - Ausnahmen
    - **Vertrauliche Geburt (« sous X »)**: Frankreich, Italien, **neuerdings** auch andere Staaten
      - Aber EGMR (*Godelli*, 2012) gab Italien auf, den Zugang zu **anonymisierten** Informationen über die Mutter zu verschaffen und mit Zustimmung der Mutter eine **Aufhebung der Anonymität** zu ermöglichen

# *Entstehung des Kindesverhältnisses*

- **Recht, die eigene Abstammung festzustellen, Vaterschaft oder Mutterschaft**
  - Im Allgemeinen: **häufiger anerkannt** als früher
  - Ausnahmen
    - **Aussereheliche Kinder**
      - **Vater** wird teilweise immer noch versagt, seine Vaterschaft festzustellen, **wenn die Mutter sich widersetzt**: Niederlande, Deutschland etc.
      - **Kind und Mutter** wird versagt, die Mutterschaft festzustellen, **wenn der Vater sich widersetzt**: z.B. **arabisch-islamische Länder**
        - » Trib. Tanger hat im Februar 2017 eine **halb-Vaterschaft** ausgesprochen
        - » Berufungsgericht hat diese Entscheidung im Oktober 2017 aufgehoben
    - **Biologischer Vater und biologische Mutter** sind daran gehindert, die Abstammung feststellen zu lassen, **wenn der Ehemann der Mutter sich widersetzt**: z.B. Schweiz, Art. 256 des Zivilgesetzbuchs
      - » Aber Postulat zur Gesetzesänderung wurde am **18. Dezember 2018** eingeführt

# Entstehung des Kindesverhältnisses

- **Medizinisch unterstützte Fortpflanzung**
  - **Realität des « Fertilitäts-Tourismus »** (« *fertility tourism* »)
    - Folge der Diversität der Gesetze und der Aufweichung der Grenzen
  - **Beispiel 1: Samenspende**
    - Diskussion in Frankreich über das Thema « *Künstliche Befruchtung für alle* »
      - Im französischen Recht wird die Anonymität des Spenders gewährleistet
    - **In der Schweiz: beschränkt auf heterosexuelle, verheiratete Paare**
      - Aber: gleichgeschlechtliche Ehe wird bald in der Schweiz eingeführt
        - Sollten die schweizerischen Vorschriften über den Zugang zum Samenspende **geändert** werden?
      - **Zugang zur Identität** des Spenders durch das FMedG gewährleistet (seit 2001)

# Entstehung des Kindesverhältnisses

- **Medizinisch unterstützte Fortpflanzung**
  - **Realität des « Fertilitäts-Tourismus »** (« *fertility tourism* »)
    - Folge der Diversität der Gesetze und der Aufweichung der Grenzen
  - **Beispiel 2: Leihmutterschaft**
    - **Verboten in der Schweiz** sowie in vielen anderen Staaten Europas und der restlichen Welt
      - Erlaubt in Kalifornien, Georgien, Ukraine, Russland...
    - **Fortpflanzungstourismus:** z.B. Markus Hungerbühler, CVP, Zürich
    - **Zwei Entscheidungen des BGE aus 2015** (141 III 312, 141 III 328)
      - Verstoss gegen den **schweizerischen ordre public** bei **Abwesenheit genetischer Verbindung:** « Kommerzialisierung des Körpers » von Frauen (wobei die Schweiz Prostitution erlaubt); Schutz des Kindes
      - Rechtsunsicherheit über den Status des Kindes und des nicht-biologischen Vaters
    - **ABER: Stellungnahme des EGMR vom April 2019 (Mennesson):** Verpflichtung, die Abstammung anzuerkennen

# *Wirkungen* des Kindesverhältnisses: elterliche Konflikte

- **Elterliche Konflikte: Bedeutung der *Prävention***
  - **Verhängnisvolle Konsequenzen** eines fortdauernden Konfliktes zwischen den Elternteilen über das **Sorgerecht** und **Besuchsrechte**:
    - **Kinder:** emotionale Ausgeglichenheit, Selbstvertrauen, schulischer Erfolg
    - **Eltern:** finanzielle Situation, Gesundheit, berufliche Leistungsfähigkeit
    - **Angehörige:** Grosseltern, Freunde
    - **Gesellschaft im Allgemeinen:** Steuerzahler finanzieren einen Teil der Kosten der Justiz, der Gesundheit sowie des Systems zum Schutz von Kindern und Jugendlichen

# Wirkungen des Kindesverhältnisses: elterliche Konflikte

- Elterliche Konflikte: Bedeutung der Prävention
  - Stellenwert präventiven Handelns: zwei Vorschläge
    - « **Vaterschaftsurlaub** »
      - Fördert das **Gleichgewicht** zwischen Berufsleben und Elternrolle
      - Begünstigt die **finanzielle Unabhängigkeit** beider Elternteile
      - **Reduziert** konfliktgeladene Trennungen und verringert die Intensität von Konflikten (?)
    - Obligatorische Ausbildung der Eltern über die Folgen elterlicher Konflikte für die Kinder, die Eltern selbst, die Gesellschaft / Steuerzahler
      - **Ausbildung anlässlich der Geburt des Kindes zu vermitteln**
        - Eltern sind zu diesem Zeitpunkt empfänglicher
        - Nicht beherrscht von Spannungen, Groll, Rachegefühlen
          - Ursachen der hohen Misserfolgsrate von Schlichtungs- bzw Mediationsverfahren



# *Wirkungen* des Kindesverhältnisses: elterliche Konflikte

- **Elterliche Konflikte: Herausforderungen der Internationalität**
  - **Doppelte Dimension des Konfliktes**
    - *Zwischenmenschliche* Dimension: Konflikt zwischen Vater und Mutter
    - *Zwischenstaatliche* Dimension: Konflikt zwischen dem « **Vaterland** » und dem « **Mutterland** ».
      - z.B. **schweizerisch-tunesischer** Fall (OG ZU, 31.8.2016, LC150021): Tunesien überträgt Sorgerecht dem *tunesischen* Vater, die Schweiz der *schweizerischen* Mutter
      - Kinder und Eltern befinden sich im **Zustand internationaler Anarchie**
        - » (Gian Paolo Romano, Tribunaux transnationaux pour familles transnationales? L'exemple de la responsabilité parentale, *Semaine judiciaire*, 2019)

# Wirkungen des Kindesverhältnisses: elterliche Konflikte

- **Elterliche Konflikte: Herausforderungen der Internationalität**
  - **Abhilfe: Schaffung gemischter oder bi-nationaler Gerichte**
    - Erhöhte **Neutralität**, weniger « *richterlicher Nationalismus* » (*forum bias*), näher an der « Transnationalität » der Familie und des Kindes
      - Vorbild: **Internationale Schiedsgerichtsbarkeit**
    - **Erwartete Auswirkungen**
      - *Vermeidung* einer gewissen Anzahl von Konflikten
      - **Rückgang internationaler Kindesentführungen**
        - Grund für Entführung: Wille des entführenden Elternteils, vor einem « *feindlichen* » Gericht zu flüchten und von einem « *wohlwollenden* » Gericht zu profitieren
      - **Gerechtere, billigere und schnellere Lösungen**
        - Kind kann weiterhin Kontakt mit seinen beiden Eltern und dem Gemeinwesen beider Staaten unterhalten

# Le droit suisse et le droit international répondent-ils aux besoins des enfants d'aujourd'hui ?

Berne, 12 novembre 2019

Gian Paolo Romano

Mesdames et Messieurs,  
Chères et chers Collègues,

Permettez-moi d'abord de remercier les organisateurs de cette journée d'études.

Une pensée particulière pour Stephan Auerbach : l'aimable invitation qu'il m'a adressée m'honore au plus haut point.

Tâche complexe cependant que celle qu'il m'a confiée...

Je ne suis pas certain d'être à la hauteur.

Il s'agit de dresser un tableau du droit d'aujourd'hui, sur le plan interne et international, pour savoir s'il répond aux besoins des familles.

Et de prédire des lignes d'évolution future.

Compte tenu du temps limité, je me concentrerai sur le droit des *enfants* :

c'est le « *deal* » que j'ai conclu avec Stephan.

Enfants *mineurs* le plus souvent, mais pas exclusivement.

\*\*\*

Inutile de le souligner : le droit *interne* de la famille varie d'un pays à l'autre.

Mais des progrès ont été réalisés un peu partout lors des derniers *quarante* ans, et ce pour satisfaire à des principes *largement communs*.

Quarante ans : tranche temporelle choisie pas tout à fait au hasard.

Car c'est celle qu'a eu sous les yeux le quadragénaire que je suis.

Je pense que la prise de conscience des progrès que nous avons réalisés – nous, les êtres humains, et les collectivités étatiques que nous formons – rend palpable notre pouvoir de faire *évoluer* les choses.

Voilà qui devrait nous inciter à l'optimisme quant à la possibilité de marquer des progrès *ultérieurs*.

Ne passons donc pas sous silence les avancées accomplies.

\*\*\*

Evoquons en priorité la Convention internationale des droits des enfants, adoptée en 1989.

Parmi les 150.000 traités aujourd'hui en vigueur à travers le monde, tout domaine confondu, c'est là l'instrument le plus ratifié.

Le plus ratifié de l'histoire de l'humanité !

196 Etats en sont parties.

(Un seul manque à l'appel : les Etats-Unis. Ce qui est regrettable).

Autant dire que les êtres humains et les gouvernements qu'ils se donnent sont aujourd'hui *unanimes* pour reconnaître aux enfants un important catalogue de droits subjectifs, en raison de leur vulnérabilité *naturelle*.

Les parlements et les tribunaux nationaux en appellent de plus en plus à cet instrument interétatique pour justifier les solutions qu'ils adoptent ou recommandent.

Citons aussi le « monitoring » du Comité onusien des droits de l'enfant.

Il a son siège, vous le savez, à Genève.

Son activité de « *watchdog* » s'est intensifiée au cours des vingt dernières années.

Je pense aussi à la tâche qui lui est confiée par le troisième Protocole, de 2014.

Il permet à un enfant de déposer une « plainte » auprès du Comité contre un Etat-partie – ils ne sont pour l'instant qu'une vingtaine, dont la Suisse – pour violation d'un des droits consacrés par la Convention.

Le Comité se voit donc attribuer un pouvoir *quasi-juridictionnel*, le pouvoir de juger *un Etat*.

Il a été saisi une dizaine de fois, surtout par les enfants migrants et réfugiés.

Mécanisme semblable à celui que prévoit la Convention européenne des droits de l'homme, si ce n'est qu'il est *spécifique aux enfants*.

Prédisons-lui un important avenir.

\*\*\*

S'agissant de la Convention européenne, le texte de celle-ci, qui date des années 1950, ne comporte pas de référence *expresse* aux enfants.

Mais bon nombre de décisions rendues par la Cour de Strasbourg au départ de l'article 8 – qui consacre le droit au respect de la vie *privée et familiale* – les concernent directement.

L'article 14, qui interdit une discrimination injustifiée, est aussi sollicité.

Les jugements de la Cour européenne en notre matière sont *légions* : droit du nom, établissement de la filiation, recherche des origines, adoption, enlèvement international, et j'en passe.

Ces jugements ont entraîné une harmonisation des lois et des pratiques dans les 47 Etats du Conseil de l'Europe.

La Cour de Strasbourg les a aidés à évoluer.

L'évolution ne se fait pas à chaque fois *tout de suite*.

Mais elle se fait ; lentement mais sûrement.

C'est là une pression « douce », dans l'intérêt des Etats entendus comme ensembles de leurs citoyens et résidents.

Gageons que l'œuvre de la Cour se poursuivra.

Et je ne me priverai pas de donner quelques illustrations qui concernent également la Suisse.

\*\*\*

Mais avant cela, permettez-moi de revenir aux droits fondamentaux de l'enfance tels que reconnus par la Convention universelle de 1989.

A l'échelle mondiale, les mineurs sont aujourd'hui mieux nourris, mieux logés, mieux soignés, mieux éduqués, plus écoutés – s'ils ont ou elles ont la capacité de s'exprimer – plus libres qu'il y a quarante ans.

Progrès remarquables.

Je prendrai pour illustration le *droit à la vie*.

Droit le plus fondamental qui soit.

La mortalité infantine a diminué pratiquement partout, grâce au progrès de la science, médicale et pharmaceutique.

Ces progrès ont été possibles, entre autres choses, du fait des progrès du droit.

Moins de conflits armés, percées de la démocratie, libéralisme en matière économique, vaccination obligatoire, protection de la propriété intellectuelle, aide au développement, prolifération des ONG...

L'*espérance de vie* des êtres humains a augmenté partout parce que moins d'êtres humains meurent en bas âge.

La diminution de la mortalité infantine a été certes plus sensible dans de pays moins favorisés, tels le Bangladesh, l'Inde ou la Chine.

Mais elle s'enregistre également dans les pays développés, comme l'Union européenne et la Suisse.

Bref, le droit d'un nouveau-né à *vivre* est davantage respecté aujourd'hui qu'il y a quarante ans.

(Je laisse de côté, vous l'aurez remarqué, l'avortement, car ce sont les enfants nés qui m'intéressent).

\*\*\*

Bien sûr, il y a quelques aires du monde où il n'en est pas ainsi.

Des milliers de mineurs sont affamés au Yémen.

Chaque jour, ils périssent par dizaines de malnutrition ou des maladies qu'elle induit.

Il y a quelques jours, j'ai regardé un documentaire qui retrace le siège d'Alep, épisode douloureux de la guerre en Syrie.

L'intitulé de ce long-métrage est « Sama ».

Sama est une petite fille qui naît à Alep en 2013.

Sa mère est journaliste et son père, médecin, l'un des rares à Alep-Est.

Les avions russes bombardent le quartier où ils vivent, cherchant à détruire l'hôpital où le père travaille.

Une proportion importante de victimes sont des enfants.

Certains viennent de naître, d'autres sont adolescents ; leurs frères et sœurs survivants au comble du désespoir. Crimes de guerre.

Prophétisons que les responsables devront tôt ou tard rendre compte devant la justice internationale.

Cela pourrait prendre dix ans, vingt ans, peut-être plus.

Mais ces crimes sont désormais, pour le droit international, imprescriptibles.

Et pourtant, aussi terribles soient-ils, ces conflits sont bien moins nombreux, et souvent moins meurtriers, qu'il y a quarante ans.

Les enfants massacrés par le régime des khmers rouges, qui s'est installé au Cambodge l'année de ma naissance, se comptent par dizaines de milliers.

\*\*\*

J'ai dit que les enfants sont plus *écoutés* qu'autrefois.

On sait l'importance qui devrait revenir à la « parole » des enfants.

Le droit à donner leur avis sur les affaires qui les concernent figure en bonne place dans la Convention de 1989.

Eh bien, n'est-ce la parole d'un enfant – Greta Thunberg – qui est responsable de la sensibilisation d'autant d'esprits sur la réalité et les méfaits des changements climatiques ?

Parmi les jeunes descendus dans la rue en début d'année en Suisse, bon nombre étaient *mineurs*.

A en juger des résultats des élections fédérales, ces mineurs ont été écoutés par les *adultes*, qui seuls ont le droit de vote.

Pour l'instant, en tout cas.

On peut en effet se demander s'il ne faudrait pas avancer la « majorité politique », et octroyer le droit de vote à 16 ans.

Certains pays ont déjà franchi le pas ; plus – il est vrai – pour les élections locales, ou municipales, que pour les élections nationales, chez nous fédérales.

Je pense à l'Autriche ou à l'Australie.

Mais il y a d'Etats pionniers – Malte par exemple – qui depuis peu octroient le droit de vote aux adolescents de plus de 16 ans pour tout scrutin.

Les enfants d'aujourd'hui mûrissent-ils, politiquement, civiquement, plus vite que les enfants d'autrefois ?

Celles et ceux qui ont accès à internet, et aux réseaux sociaux, sont plus exposés à la circulation des idées.

Mineurs et internet : c'est un vaste sujet.

\*\*\*

Je n'ai pas le temps de m'y attarder.

Car je souhaiterais en venir aux aspects de droit privé.

Et dire d'abord un mot de l'établissement de la filiation, de la relation juridique entre parents et enfants.

Les règles à ce sujet ont passablement évolué.

De manière générale, il est plus simple pour un enfant d'établir la filiation juridique qu'il ne l'était autrefois.

Il y a cependant des exceptions.

L'accouchement « sous X » – possibilité pour une mère d'accoucher de manière anonyme – est traditionnellement autorisé en France et en Italie.

Il l'a été introduit récemment dans des pays tels la Slovaquie ou la Russie.

Et ce afin aussi de diminuer le recours par les mères à l'avortement.

La pratique qu'ont adoptée certains hôpitaux en Suisse – « boîte à bébé » : une seule en Suisse romande, à Sion, une dizaine en Suisse alémanique – me paraît une solution mesurée.

Quoiqu'il en soit, la Cour de Strasbourg est intervenue en prescrivant à l'Italie de permettre aux enfants nés sous X l'accès à des informations « non identifiantes » sur la mère ;

et de mettre sur pied un système de *levée de l'anonymat* à la majorité de l'enfant avec le consentement de la mère, sur le modèle du droit français.

\*\*\*

Quant à la *paternité*, le droit de la faire établir gagne du terrain.

Mais il y a encore du chemin à parcourir.

Dans un certain nombre d'Etat, le père se voit empêché de faire reconnaître sa paternité si la mère s'oppose.

Je pense aux Pays Bas par exemple.

Dans d'autres, ce sont l'enfant et sa mère qui se voient empêchés de faire reconnaître la filiation si le père s'oppose.

En droit musulman classique, pas de paternité légale en dehors du mariage sans volonté du père biologique.

Les relations hors mariage, pourtant souvent encore réprouvées par les Codes de droit pénal, se multiplient dans cette aire du monde.

L'insatisfaction à l'égard de la règle classique aussi.

Une affaire l'illustre, qui date de 2017.

Une femme, espagnole et marocaine, a une relation avec un Marocain sans être mariée avec lui.

Elle souhaite faire établir la paternité contre la volonté du père, histoire d'obtenir un soutien financier.

Le Tribunal de Tanger lui donne gain de cause – c'est semble-t-il une première dans l'histoire juridique du Maghreb – en imposant au défendeur une *semi-paternité* :

un statut qui n'attribue pas à l'enfant un véritable droit d'entretien pas plus qu'un droit successoral, mais bien une *prestation compensatoire* au profit de la mère.

Les associations marocaines de mères célibataires ont célébré cette avancée, qualifiée d'historique.

Mais l'enthousiasme a été de courte durée.

La Cour d'appel de Tanger annule la décision en revenant à la position classique du droit musulman.

Il faudra donc attendre quelques années avant de voir ces pays reconnaître le droit de l'enfant à établir sa filiation naturelle.

L'évolution me paraît inévitable.

La majorité des jeunes d'aujourd'hui y sont favorables.

Et les jeunes d'*aujourd'hui* seront au pouvoir *demain* – quand ils seront un peu moins jeunes.

C'est la grande loi de la biologie.

\*\*\*

S'agissant de la filiation, j'ai récemment eu sous les yeux une affaire franco-suédoise-camerounaise, elle aussi de 2017.

Un enfant naît en France d'une mère camerounaise qui vit à Paris.

La mère introduit en France une action en recherche de paternité à l'encontre d'un homme suédois.

Le droit *camerounais* applicable selon les règles de conflit française empêche une mère d'« inconduite » notoire de faire établir la filiation du père biologique de son enfant.

A juste titre, la Cour de cassation déclare la contrariété à l'*ordre public* d'un tel interdit et permet l'établissement de la filiation sur le fondement du droit français.

\*\*\*

Je pense qu'il y a dans ce domaine des marges non négligeables d'évolution du droit suisse également.

Si un enfant naît hors mariage d'une femme qui est mariée à un autre homme que le père, il y a là, en Suisse, présomption de paternité.

C'est chez nous une présomption très forte.

Trop forte.

Car elle ne peut être combattue que par le *père présumé* et, de manière restrictive, par l'enfant, quand il accède à la majorité.

Article 256 du Code civil suisse.

Pas par la *mère*.

Pas par le *père biologique* lui-même.

J'ai un ami fiduciaire, qui s'appelle Philippe, qui est suisse.

Philippe a eu un enfant, Emmanuel, d'une mère népalaise, qui était mariée à un autre homme, lui aussi népalais.

Philippe n'a pas le droit de reconnaître son enfant, et d'établir sa paternité, et d'exercer ses droits de père, aussi longtemps que le mari n'a pas désavoué la sienne.

En l'occurrence, le mari a refusé pendant plusieurs années de désavouer l'enfant, tout en ne souhaitant pas véritablement l'élever.

Car il vivait séparé de son épouse, mère de l'enfant.

Il sait que l'enfant n'est pas le sien.

Il le considère « fruit du péché » de sa femme, selon les conceptions qui prévalent au Népal.

Philippe n'est pas le père légal d'Emmanuel alors qu'il l'a mis au monde et qu'il souhaiterait s'en occuper.

Situation insatisfaisante.

En bref, le conflit entre le *père présumé* et le *père biologique* est en Suisse résolu au profit du premier.

Pas sûr que cette règle obsolète passerait l'aval de la Cour de Strasbourg.

En Autriche, en Norvège, en Belgique, le père biologique peut provoquer la « dépaternisation » du mari de la mère pour pouvoir ensuite reconnaître l'enfant.

Le droit comparé est fécond en idées.

C'est avec satisfaction que j'ai appris qu'un postulat a été introduit visant une modification sur ce point du droit suisse.

Et que le Conseil fédéral a recommandé, le 14 décembre 2018, son adoption.

\*\*\*

L'autre point que je souhaiterais évoquer est la *procréation médicalement assistée*, ou « PMA ».

Acronyme qui désigne, on le sait, une variété de techniques, de la *fécondation in vitro* « homologue » jusqu'à la gestation pour autrui, « GPA » (et là aussi il y aurait plusieurs distinctions à faire).

C'est un grand sujet dont je pense qu'il intéressera de plus en plus de personnes.

Le cercle de couples éprouvant des difficultés à avoir d'enfants naturellement augmente, ce qui résulte de l'augmentation de l'âge auquel l'on projette de procréer.

Citons aussi la baisse d'attractivité de l'adoption.

Plusieurs raisons à cela.

La procédure d'adoption est souvent laborieuse, longue, onéreuse, à l'issue incertaine.

Le nombre d'enfants adoptables diminue – ce dont il faut bien sûr se réjouir.

Les pays sont de plus en plus rétifs à donner leurs enfants en adoption aux candidat-e-s d'autres pays.

Ce qui répond au caractère subsidiaire de l'adoption *internationale* par rapport à l'adoption *interne*.

Je pense à la Russie, au Vietnam, à la Roumanie...

Peut-être plus grave encore, on sait que bon nombre d'enfants adoptés font l'expérience de *troubles* dans leur évolution psycho-émotionnelle du fait de l'*abandon* ou en tout cas de l'expérience douloureuse, souvent *traumatisante*, qui est à l'origine de leur adoption.

Certains vont jusqu'à développer une *hostilité* à l'égard de leur famille adoptive.

On comprend que l'on recherche à mettre un monde un enfant dans des circonstances pour lui ou pour elle *moins troublantes*.

C'est ce besoin que visent aussi à satisfaire les techniques de procréation médicalement assistée.

\*\*\*

Un mot alors sur le don de gamètes.

En France, le gouvernement Macron souhaite ouvrir « la PMA pour toutes », quelques années après le « mariage pour tous ».

Le pays est certes *divisé*.

Mais à un croire aux sondages, une majorité assez nette de Françaises et de Français semblent *favorables* à cette évolution, même si la minorité est aguerrie, et prête à descendre dans les rues.

En clair, il s'agit d'ouvrir l'accès au don de sperme à une *femme seule* tout comme à un *couple de femmes homosexuelles*.

Alors qu'il est aujourd'hui réservé en France aux couples hétérosexuels ;

en Suisse il l'est aux couples hétérosexuels *mariés*.

Si bien que les Françaises – mais aussi les Suissesses – vont, pour se faire inséminer, en Belgique ou au Danemark, où se trouve la banque de gamètes masculins la plus grande au monde.

Conséquence de l'effritement des frontières.

Ce que la législation d'un Etat prohibe, la loi d'un autre Etat le permet.

Et on souhaite donc profiter de la législation la plus favorable à ses projets.

C'est ce qu'on appelle le « tourisme procréatif » (« *fertility tourism* »).

Phénomène délicat – préoccupant peut-être pour certains – mais appelé probablement à s'amplifier.

Je prédis que le débat qui a cours en France essaimera en Suisse, notamment à la suite de la « percée verte » lors des élections fédérales d'octobre, tout comme du virement plus à gauche du Conseil National.

L'ouverture du mariage homosexuel chez nous n'est qu'une question de temps, de mois peut-être.

Et la question se posera des bénéficiaires au droit d'accéder au don de gamète.

Les opposants en France réproouvent la négation aux enfants qui en sont issus du droit de connaître leurs origines.

Mais le droit suisse est différent sur ce point.

Car l'enfant peut, depuis 2001, avoir accès à l'identité du donneur dès ses 18 ans.

A partir du 1<sup>er</sup> janvier 2019, la procédure d'accès en est même simplifiée :

plus besoin de se rendre à Berne ; on peut recevoir l'information par la poste.

Il serait intéressant de connaître les premières expériences à ce sujet.

Car les premiers enfants nés en Suisse d'un don sont devenus majeurs cette année.

En Australie, il semble que bien de donneurs eux-mêmes sont intéressés à établir des contacts avec les enfants issus de leur matériel génétique.

\*\*\*

Mais où mettre la limite ?

Les couples d'hommes ne seraient en droit eux aussi de souhaiter procréer ?

Il en va de même des couples hétérosexuels dont la femme ne pourrait pas porter l'enfant, en raison d'une malformation ou de l'absence d'utérus.

Et là, les choses deviennent plus délicates.

On sait que la GPA, « *surrogacy* », est interdite en Suisse, comme dans la plupart des pays du monde.

On sait aussi qu'une telle interdiction n'empêche pas certains Suisses de se rendre à l'étranger, notamment en Californie, mais aussi en Ukraine, Géorgie ou jusqu'à il y a peu en Inde.

Un élu zurichois PDC, Markus Hungerbühler, a défrayé la chronique en admettant avoir eu recours à une mère porteuse.

Quel est le statut de ces enfants en Suisse ?

Par deux arrêts de 2015, le Tribunal fédéral a empêché le parent non génétique d'obtenir la reconnaissance de sa parenté pourtant régulièrement établie aux Etats-Unis.

L'ordre public suisse y ferait obstacle.

Le Tribunal fédéral évoque la possibilité pour le parent d'intention non-génétique d'adopter, mais les conditions peuvent ne pas être réunies.

Dans une de ces affaires, la mère d'intention était trop âgée :

le droit suisse l'empêchait d'adopter l'enfant dont elle était, pour la Californie, la mère légale.

Et quel est alors le statut de l'enfant par rapport à la mère d'intention ?

Force est de constater un *limbe juridique*, ce qui risque d'être préjudiciable à l'enfant.

Il faudra clarifier un tel statut.

Dans une affaire que j'ai eu sous mes yeux, la mère d'intention était décédée soudainement sans faire de testament.

L'enfant n'a pas pu hériter d'elle. Car pour la Suisse, elle n'était pas la mère.

Est-ce vraiment protéger l'enfant que l'empêcher de recueillir l'héritage ?

Parent génétique, Markus Hungerbühler a pu voir sa paternité établie.

Si son compagnon est indiqué comme père dans le certificat de naissance, une telle paternité ne devrait pas être reconnue en vertu des décisions du Tribunal fédéral de 2015.

Mais là aussi il y a du nouveau.

Je pense à l'« *opinion consultative* », qui a valeur de *quasi-décision*, émise au mois d'avril 2019 dans la fameuse affaire *Menesson* par la Cour de Strasbourg.

Celle-ci a recommandé à la France de donner effet à la relation materno-filiale entre Valentina et Fiorella Menesson, jumelles nées à San Diego en 2000, d'une part, et Mme Menesson, d'autre part.

Certes, pour la Cour, un Etat reste libre d'établir un tel lien en ouvrant l'adoption.

Mais il faut, précise la Cour, que la procédure d'adoption soit « rapide et efficace ».

La Cour de cassation a préféré reconnaître la maternité telle qu'établie dans le certificat de naissance délivré par les autorités de San Diego.

Je note que parmi les arguments d'ordre public dont se réclame le Tribunal fédéral, celui qui insiste sur la *marchandisation du corps de la femme* ne parvient pas à emporter tout à fait la conviction dans un pays comme la Suisse qui légalise la prostitution.

Si 2.000 femmes régulièrement enregistrées à Genève offrent leur corps contre rémunération, ne faudrait-il s'interroger sur la *cohérence* d'un tel argument s'agissant de justifier l'interdiction d'une grossesse au bénéfice d'autrui ?

\*\*\*

Tournons-nous vers les *effets* de la filiation.

Rappelons que les enfants nés *au cours* du mariage et les enfants nés *hors* mariage sont le plus souvent traités sur un pied d'égalité :

que ce soit sous l'angle du droit aux aliments ou successoraux, ou de la responsabilité parentale.

L'expression « filiation illégitime » a disparu presque partout dans les législations.

Il y a parfois encore quelques « résidus » d'une différence de traitement.

En droit italien des successions, les enfants nés au cours du mariage peuvent exclure les enfants nés hors mariage de la gestion d'une entreprise familiale.

Règle sûrement contraire à la Constitution italienne.

\*\*\*

C'est ce qui me conduit à évoquer les *conflits* entre les parents au sujet de la garde et des droits de visite.

Si des statistiques fiables manquent, tout porte à croire que le volume du contentieux est considérable, en Suisse comme ailleurs.



Ces conflits – dit-on – doivent être tranchés de la manière la plus conforme à l'*intérêt de l'enfant*.

Notion multi-dimensionnelle pourtant que celle d'intérêt de l'enfant !

Commençons par dire que le premier intérêt des enfants est en général que les *parents ne se disputent pas*, qu'ils *ne se déchirent pas*.

Le plus long et acharné le conflit parental, le plus l'intérêt de l'enfant est mis à mal.

Je pense qu'il faudrait alors s'attacher à étudier sérieusement les conséquences néfastes qu'ont les conflits de ce type.

Sur l'enfant d'abord :

sa stabilité émotionnelle, affective, sa confiance en soi – si nécessaire pour être « bien dans sa peau », comme on dit – sa réussite scolaire puis professionnelle.

Sur les parents eux-mêmes : leur équilibre, leur santé, leur stabilité au travail, leur portefeuille, car les conflits peuvent *ruiner* les familles.

Sur les proches :

les grands-parents, qui doivent intervenir pour soutenir leurs enfants, et leurs petits-enfants, les amis, mais aussi les employeurs, qui font face à des employés moins productifs, qui enchaînent des arrêts-maladie.

Sur la société en général : les contribuables, qui financent les coûts de la justice, les assurances-maladies qui payent pour les frais de santé...

Et il serait utile d'exprimer tout cela en termes *économiques*.

Une bonne partie de ces coûts sont « cachés ».

On ne les voit pas, on n'y fait pas attention, et on ne les étudie pas.

Une analyse des coûts humains et financiers exorbitants qu'induisent les conflits devrait conduire à une première conclusion :

il faut travailler davantage à la *prévention*, ou à la prévention de l'*escalade* des conflits.

On peut, sur ce terrain, faire mieux.

\*\*\*

Seulement, je ne suis pas certain que beaucoup de *juristes* aient réellement intérêt à œuvrer à la prévention.

Il ne faut pas, je pense, hélas, s'attendre des avocats, des juges, des professeurs de droit qu'ils y soient trop sensibles.

Les professeurs apprennent et enseignent les détails des procédures matrimoniales.

Certains célèbrent à l'excès le droit d'*accès au tribunal* – comme si le fait d'y accéder pour de bon soit chose épanouissante.

Pour d'autres, le droit trouverait *son expression la plus accomplie dans le procès* : art de l'argumentation, de la rhétorique, échange de joutes oratoires...

On a tendance à oublier la vérité de l'affirmation suivante :

« *People don't litigate for fun. Lawsuits cost money. Worse, they are for most participants miserable experiences, whether one wins or loses* ».

« Expérience douloureuse », quel que soit l'issue du procès.

Voilà qui est particulièrement vrai pour les litiges en matière de garde.

Bien des avocats spécialistes en droit de la famille tirent leur *gagne-pain* de conflits familiaux.

Souvent, le plus long le conflit, le plus élevé le gain.

Seulement, le plus long le conflit, le plus l'intérêt de l'enfant en pâtit.

Menace donc de conflits entre l'intérêt de l'enfant et l'intérêt des avocats qui représentent les parents.

On ne peut s'attendre des marchands des lunettes qu'ils s'engagent pour la *prévention de la myopie*.

Comment faut-il alors s'attendre des avocats qui s'engagent résolument pour la prévention des conflits entre les humains ?

C'est aussi compliqué pour les juges.

S'ils se sentent souvent désespérés, la raison d'être de leur travail, de leur rôle dans la société, tient aux conflits entre les membres de celle-ci.

« *Il faut bien* – m'avouait un ami magistrat – *qu'il y ait des litiges, car à défaut je serai licencié* ».

J'ai donc peu d'espoir que la *cause* de la prévention séduira beaucoup de juristes.

Il y faut des sociologues, des psychologues, des statisticiens, des médecins, des économistes, des spécialistes des finances publiques, des politologues, bien sûr.

Interdisciplinarité.

\*\*\*

Mesures – ai-je dit – visant une « déconflictualisation » des rapports entre les parents lorsqu'ils se séparent.

Voici quelques pistes.

Je pense que l'introduction d'un « congé-paternité » pourrait à la longue concourir à *réduire* les situations conflictuelles, à diminuer l'*intensité* des conflits.

Un déséquilibre dès le départ quant à l'implication du père et de la mère dans la vie des enfants, et quant à leur vie professionnelle, est source de frustrations, parfois refoulées.

Ces frustrations risquent d'*exploser* au moment de la séparation, et même de *favoriser* la séparation.

Madame a passé plus de temps avec les enfants, et a renoncé à un épanouissement professionnel.

Les enfants, c'est sa seule raison de vivre, ou presque.

Sur le terrain de la garde, elle n'est pas prête à lâcher d'un iota.

Monsieur ne s'accommode pas du rôle de *payeur* alors qu'il a beaucoup sacrifié pour la prospérité de la famille.

Un meilleur équilibre dès le départ des responsabilités parentales peut améliorer les choses.

Les mêmes opportunités de s'épanouir dans le travail et dans l'action parentale, une plus grande égalité dans la situation financière des parents :

voilà qui augure, dans un certain nombre de cas, d'une séparation plus équilibrée, plus harmonieuse, moins conflictuelle.

Car l'on peut « séparer sans se déchirer », pour reprendre le titre d'un ouvrage de Maître Reiser.

\*\*\*

Autre mesure, facile à mettre en place.

Formation dispensée aux parents, dans les hôpitaux ou cliniques quelques semaines avant la naissance ou peu après la naissance de l'enfant.

Ce peut-être le même jour de la formation qui leur est impartie par les *sages-femmes* sur comment tenir un bébé dans les bras, comment gérer les premiers mois.

Deux ou trois heures suffisent.

Avec des images *fortes*, des vidéos d'*interviews* d'enfants qui disent : « *les conflits, les avocats, les juges, tout cela m'a volé mon enfance* », pour reprendre Greta Thunberg.

Interviews de parents qui sont passé par là, qui évoquent l'impact sur la santé, sur leur situation financière.

Il faut une prise de conscience à *ce stade* des méfaits d'un éventuel conflit, d'un conflit prolongé.

Une sensibilisation à ce stade.

Au moment de la naissance de l'enfant, les parents sont plus lucides, plus réceptifs.

Je pense qu'on peut rendre cette formation *obligatoire*.

La société impose une formation de plusieurs dizaines d'heures pour apprendre à conduire, de manière à éviter des accidents – qui sont des « conflits » de voitures –, qui ont un coût pour la société.

Pourquoi ne pourrait-elle pas prescrire une formation de deux heures pour rendre les futurs parents attentifs aux conséquences d'une séparation conflictuelle ?

\*\*\*

On a beaucoup parlé, mais pas encore assez, ces dernières années de *médiation*.

Stephan, comme le Service social international, ont beaucoup œuvré dans ce domaine.

La médiation a aussi un coût.

Mais ce coût est cependant sans commune mesure avec celui de procédures prolongées.

Cependant, on souhaiterait que le taux de réussite soit plus élevé.

Si le taux d'échec demeure important, c'est que souvent elle intervient *trop tard*, quand le conflit est déjà irréversible.

Les parents, désormais adversaires, sont « *sourds* » à tout conseil.

Ils ne raisonnent plus de manière lucide, rationnelle.

Ils ont l'esprit obnubilé : par la frustration, la rancune, désir de revanche...

Le désespoir les rend aveugles, insensible à leurs propres *intérêts bien compris*.

Insensibles *aux intérêts bien compris* de leur enfant.

Un mot, l'action visant la prévention des conflits doit être *avancée*.

Elle devrait intervenir précisément quand les parents *s'entendent*, quand ils sont en harmonie.

C'est souvent le cas au moment de la naissance de l'enfant – peu avant ou peu après.

\*\*\*

Un mot du contexte international.

Car à l'international, les conflits entre les parents sont encore plus intraitables.

Il y a une dimension supplémentaire, *interétatique*, qui s'ajoute à la dimension inter-parentale.

Le conflit ici n'oppose pas seulement la mère et le père, mais il menace d'opposer également l'Etat de la mère et l'Etat du père.

Il menace d'être *juridiquement insoluble*.

Auquel cas les enfants et les parents vivent dans une espèce d'état d'*anarchie internationale*.

Un exemple, tiré d'une affaire helvético-tunisienne.

Deux enfants, tunisiens et suisses, naissent de mère suisse et père tunisien.

Ils vivent ensemble à Zurich pendant quelques années tout en faisant des fréquents séjours en Tunisie.

Les parents se séparent.

Le père les emmène en Tunisie.

La mère crie au scandale.

Procédure pénale contre le père en Suisse.

Le père est extradé du Maroc.

Il purge en Suisse une peine de prison pour enlèvement d'enfant.

Il obtient tout de même en Tunisie des décisions qui lui confient la garde, exercée *de facto* par les grands-parents tunisiens.

Alors que les juges suisses confient la garde à la mère.

Ce conflit entre le père et la mère s'est mué en conflit entre l'Etat du père, la Tunisie, et l'Etat de la mère, la Suisse.

Le résultat est terrifiant.

La mère, *persona non grata* en Tunisie, n'a pas vu les enfants depuis six ans.

Le père, qui croupit dans une prison à Zurich, ne les a pas vus non plus.

Comme le tribunal de Zurich en fait le constat :

« *Die Eltern sind in der Schweiz ohne die Kinder, die Kinder sind ohne die Eltern in Tunesien* ».

A cause du désaccord entre la Suisse et Tunisie sur comment résoudre le conflit entre les parents, les enfants sont *éloignés des deux géniteurs*.

Pensez à ça !

On ose à peine imaginer les blessures que provoque chez les enfants un tel conflit.

Et attention aux coûts.

Une vingtaine de décisions, en Suisse et en Tunisie.

Six ans de procédures.

Des centaines d'heures de travail investies par les autorités consulaires, administratives, policières, judiciaires, de poursuite pénale...

Des centaines de milliers de francs payés par les contribuables tunisiens et suisses.

Par vous, par nous.

Enorme gaspillage !

\*\*\*

Là aussi, on peut faire mieux.

On doit *faire* mieux.

Je crois qu'une mesure intelligente à prendre serait pour la Suisse et la Tunisie de permettre à chacun des parents de saisir un tribunal *mixte, bi-national, helvético-tunisien*.

Voilà qui répondrait au bien-être des enfants et des familles helvético-tunisiennes.

Ce n'est pas très compliqué.

L'arbitrage international peut bien offrir un modèle.

Je me suis permis d'écrire quelques pages à ce sujet, parues à la *Semaine judiciaire* (revue genevoise).

Je fournis une quinzaine d'exemples récents de ce type de conflits inter-étatiques au sujet de la garde des enfants.

Et j'essaie de démontrer que la mise sur pied d'un tribunal inter-étatique – qui intègre les deux cultures, les deux identités des mineurs, et des deux parents – promet d'améliorer les choses.

Moins d'enlèvements, moins de conflits, moins de coûts inutiles pour les parents et les contribuables des deux pays, solutions plus rapides.

Mesdames et Messieurs, je vous remercie de votre attention.

**VERS DES TRIBUNAUX TRANSNATIONAUX  
POUR LES FAMILLES TRANSNATIONALES?  
L'EXEMPLE DE LA  
RESPONSABILITÉ PARENTALE**

par

Gian Paolo ROMANO  
Professeur ordinaire, Université de Genève

Tiré à part de la Semaine Judiciaire 2019 II 245 ss



---

# VERS DES TRIBUNAUX TRANSNATIONAUX POUR LES FAMILLES TRANSNATIONALES? L'EXEMPLE DE LA RESPONSABILITÉ PARENTALE\*

par

Gian Paolo ROMANO

Professeur ordinaire, Université de Genève

1. — L'intitulé que se donnent ces pages en surprendra plus d'un. Spécialement en droit de la famille, il est communément admis que les juges «*mono-nationaux*» — ou «*mono-étatiques*», c'est-à-dire ceux qui tiennent leurs pouvoirs d'un Etat souverain, *un seul* — exercent le monopole de la compétence internationale, c'est-à-dire de la compétence à statuer sur le contentieux résultant des relations humaines multi-nationales: celles qui s'ancrent et se déploient à travers le territoire de plusieurs Etats, «*bi-territorialement*» ou «*multi-territorialement*». Un litige italo-suisse ou helvético-chinois opposant les parents d'un enfant italo-suisse ou helvético-chinois ne peut qu'être soumis à un tribunal «*mono-national*» — ou bien *italien* ou bien *suisse* ou bien *chinois* —, non pas à un tribunal *transnational*, *binational* ou *mixte*, italo-suisse ou helvético-chinois, qui précisément n'existe pas.

Spécialement en droit de la famille, ai-je dit. Car l'on tend à considérer que cette forme de justice que l'on appelle *arbitrale* est peu compatible avec les litiges ayant pour objet les droits subjectifs et les obligations de nature familiale. Précisons d'emblée que l'arbitrage *international* est

---

\* Le texte tire sa source d'une intervention prononcée le 6 mars 2017 à la Société genevoise de droit et de législation. Une version en italien, avec quelques adaptations, paraîtra au mois d'octobre 2019 au *Liber amicorum* en l'honneur du Professeur Angelo Davì, de l'Université de Rome-La Sapienza. Les réflexions dont fait état ce papier doivent beaucoup à beaucoup de personnes, adultes et enfants, notamment, mais non exclusivement, à Stephan Auerbach, Clément Bachmann, Vito Bumbaca, Andrea Bonomi, Céline Chateau, Christine Chappuis, Simona Florescu, Aïda Kaffel, Thomas et Joséphine Kadner Graziano, Gabrielle Kaufmann-Kohler, Eva Lein, Corinne Montineri, Horatia Muir Watt, Isabelle Neulinger, Regiane Pereira, Gabrielle Peressin, Doris Povse, Ilaria Pretelli, Anne Reiser, Marc-André RénoId, Valentin Rétonnaz, Adriana Schnyder, Angela Schnyder, Noam Shuruk et Matilde Valerio. Qu'elles veuillent bien trouver ici l'expression de ma gratitude.

administré par des tribunaux qui sont *transnationaux* à plusieurs égards<sup>1</sup>. Précisons également que s'ils sont aujourd'hui pratiquement les seuls tribunaux à composition *multi-nationale* auxquels les personnes privées peuvent s'adresser pour résoudre des litiges se nouant entre elles par-delà les frontières — *certain*s litiges, ceux qui, justement, sont *arbitrables* —, les tribunaux arbitraux ne sont pourtant pas les seuls auxquels il est concevable de confier une telle tâche. Car s'y ajoutent les tribunaux à composition multi-nationale que l'on pourrait qualifier de *judiciaires* — ou *interétatiques* — pour les opposer à *arbitraux*, encore qu'il n'est pas sûr qu'une telle opposition soit toujours nette et même vraiment utile<sup>2</sup>.

Je souhaiterais alors m'interroger sur l'opportunité d'offrir aux membres des familles transnationales l'accès à des tribunaux transnationaux, qu'ils soient arbitraux ou judiciaires. Le droit de la famille est certes vaste. Il englobe également l'aire du droit *patrimonial* de la famille: régimes matrimoniaux, obligations alimentaires, successions, etc. Les questions qui m'intéressent ici ne sont cependant pas directement patrimoniales: il s'agit, en simplifiant un peu, de la responsabilité parentale, du droit de garde, de visite et du droit aux relations personnelles. Et puisque de telles questions ne sont pas directement patrimoniales, l'on considère en général qu'elles sont imperméables à la justice internationale arbitrale. Si bien que l'on dénie aux êtres humains concernés — l'enfant et les deux parents, le plus souvent — le bénéfice de tribunaux à composition multinationale, reflétant l'internationalité de la famille<sup>3</sup>.

2. — Pour illustrer mon propos, je commencerai par évoquer deux histoires: «*histoires vécues*», pour faire écho au titre du volume que

---

<sup>1</sup> Et ce quelle que soit la nature du litige international dont le tribunal arbitral est chargé: commercial, d'investissement, sportif, interétatique, etc.

<sup>2</sup> L'essentiel des tribunaux judiciaires internationaux qui existent aujourd'hui — la Cour de justice du Bénélux (qui est une cour *tri-nationale*), la Cour internationale de justice, la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, la Cour de justice de l'Union européenne, la Cour commune de justice et d'arbitrage OHADA, la Cour pénale internationale, et tant d'autres — n'ont pas pour mission de trancher des litiges entre personnes privées. L'on assiste cependant, ces dernières années, à l'essor de tribunaux se nommant *internationaux* et s'inspirant à plusieurs égards de l'arbitrage commercial, qui sont — ou seront: car il s'agit parfois de projets — chargés du contentieux entre personnes privées: la Cour commerciale internationale de Singapour (SICC), les tribunaux internationaux de Dubaï en matière financière (DIFC), le Tribunal commercial international de Bruxelles (BIBC) et d'autres encore. Cette tendance, qui est appelée à s'accroître, n'intéresse pour l'instant que les litiges commerciaux. Parmi les précédents historiques de tribunaux internationaux chargés de différends interindividuels, y compris familiaux, figurent les «*tribunaux mixtes*» qui ont fonctionné en Egypte entre 1876 et 1949 — dont la compétence était à vrai dire étendue au domaine pénal et fiscal (HOYLE, M.S.W. «The Mixed Courts of Egypt 1938-1939», 3 *Arab. L. Q.* 83, 1988) — à propos desquels on a pu écrire à l'époque qu'ils «*sont... sans comparaison la plus grande institution judiciaire internationale du monde entier*» (HANSSON M., «Les Tribunaux Mixtes en Egypte», 5 *Nordisk Tidsskrift Int'l Ret.* 104, 1934). Cf. *infra*, note 64.

<sup>3</sup> Car, justement, d'une part, l'accès aux tribunaux transnationaux de type *arbitral* leur est fermé et, d'autre part, des tribunaux transnationaux *judiciaires* n'existent pas.

le narrateur du *Petit Prince* dit avoir découvert «à l'âge de six ans». Comment ne pas se souvenir de ce riche petit livre et de la célébration de l'enfance que l'on y rencontre? «*Les grandes personnes — en revanche — ne comprennent jamais rien toutes seules, et c'est fatigant, pour les enfants, de toujours et toujours leur donner des explications*»<sup>4</sup>.

La première histoire a pour protagonistes deux époux libanais sunnites, qui se sont installés à Genève quelques années après leur mariage, lequel a été célébré à Saïda<sup>5</sup>. De leur union est né un petit garçon, Naël. Naël a vécu à Beyrouth, d'abord, puis à Genève. Il parle couramment deux langues: l'arabe et le français. Hélas pour lui, quand il a huit ans, une crise, qui devient bientôt irréversible, éclate entre ses parents. A la suite de laquelle, le père retourne vivre au Liban et il souhaite que son fils s'y réinstalle avec lui. La mère veut que Naël continue de grandir à Genève auprès d'elle. Dissension entre parents quant au sort — consécutif à la séparation — de leur enfant commun. Situation hélas fréquente dans toute région du monde. A défaut pour les parties de parvenir à un accord transactionnel, il faut bien qu'une autorité — neutre, impartiale, «*équidistante*» d'elles — «*arbitre*» leur conflit et le tranche. Seulement, les juges de deux Etats ont ici «*vocation*» à le faire. En effet, la famille présente des attaches avec deux communautés étatiques, qui sont, l'une et l'autre, mises en cause par ce litige et en principe «*cointéressées*» à le résoudre. Il s'agit d'une famille transnationale, dont les membres évoluent et sont destinés à évoluer «*transterritorialement*». L'exercice des droits subjectifs de garde et de visite, quel que soit le parent qui en est le titulaire, et l'exécution des obligations qui en résultent à la charge de l'autre parent, supposent un ensemble de comportements qui se déploient tout autant sur le territoire suisse que sur le territoire libanais.

La double «*vocation*» juridictionnelle s'est en l'espèce concrétisée. Le Tribunal de première instance de Genève, saisi par la mère, affirme sa compétence en vertu de la dernière résidence habituelle de l'enfant<sup>6</sup>; et c'est à la mère qu'il attribue la garde de Naël, dont il prescrit qu'il intégrera, à la rentrée, le Collège du Léman. Voilà pour le côté suisse. Mais il y a un côté libanais. Car le père s'oppose à ce qu'un tribunal «*helvético-helvétique*» ait le dernier mot. Il saisit le juge sunnite de Beyrouth, lequel s'estime lui aussi compétent — et même *exclusivement*

<sup>4</sup> DE SAINT-EXUPÉRY A., *Le Petit Prince*, Chapitre premier.

<sup>5</sup> L'ancienne Sidon, qui fut dans l'Antiquité capitale incontestée de la Phénicie, évoquée à plusieurs reprises par la Genèse, à cinquante kilomètres de Beyrouth.

<sup>6</sup> En vertu de la 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 (CLaH96 – RS 0.211.231.011), dont la Suisse est partie, et que la Suisse applique d'ailleurs en tous les cas, y compris dans les affaires impliquant des Etats non-contractants (art. 85 al. 1 de la Loi fédérale sur le droit international privé, du 18 décembre 1987, LDIP).

compétent — en vertu de la nationalité, et de la religion, de tous les intéressés, néglige la litispendance, confie la garde au père et enjoint à la mère de lui remettre l'enfant, qui devra suivre l'Ecole américaine de Beyrouth<sup>7</sup>.

Le conflit parental est-il résolu? Si oui, comment?

Nous sommes face à un conflit helvético-libanais de (soi-disant) décisions fixant chacune la future résidence de Naël dans le pays qui la rend et en confie la garde au parent qui réside sur le territoire de ce pays. C'est là un conflit entre deux justices étatiques mono-nationales, qui, en substance, se neutralisent mutuellement. «*Jugée*», la «*chose*», le rapport humain en question, ne l'est pas. Comment, du reste, une autorité mono-nationale, qui statue moyennant une décision ne valant qu'en deçà des frontières du «*territoire intérieur*» («*Inland*») de l'Etat dont elle tient ses pouvoirs, peut prétendre «*dire le droit*» («*ius dicere*») et, par là, régler une relation humaine se déployant sur un espace multinational, c'est-à-dire sur un territoire qui englobe également le territoire «*souverain*» d'un autre Etat<sup>8</sup>? La Justice, avec un grand «*J*», ne s'est pas vraiment prononcée. Car Naël ne sait toujours pas qui a la garde sur lui, s'il doit vivre avec sa mère en Suisse ou avec son père au Liban, s'il doit intégrer le Collège du Léman à Genève ou l'Ecole américaine de Beyrouth. Il est otage des dissensions des deux Etats qui devraient pourtant pourvoir à son bien-être. Il est plongé dans ce qui a l'apparence d'un «*déni international de justice*».

Notons que les hostilités juridictionnelles sont susceptibles d'escalader. Le juge libanais pourrait bien assortir l'ordre qu'il adresse à la mère — qui a des biens au Liban — de sanctions pécuniaires progressives pour chaque jour de retard: cent dollars par jour pour la première semaine de retard, deux cents par jour pour la deuxième, trois cents pour la troisième. Et comme en atteste un arrêt du Tribunal fédéral, les juridictions libanaises n'hésitent pas à se prévaloir de telles *astreintes*<sup>9</sup>. Les autorités genevoises, de leur côté, peuvent craindre que, dès que Naël met son pied sur sol libanais, la police de ce pays s'en saisisse de force et le remette au père. Conséquence: pour éviter une rétention de Naël au Liban qui, bien que parfaitement licite pour le Liban, serait illicite pour la Suisse, Naël se voit en Suisse retirer le passeport jusqu'à nouvel

<sup>7</sup> Le Liban n'a pas ratifié la CLaH96 et n'est donc tenu à reconnaître la primauté des autorités de l'Etat où l'enfant a sa résidence habituelle au moment du contentieux.

<sup>8</sup> Je me permets de renvoyer à «Souveraineté 'mono-nationale', relations humaines 'transterritoriales' et 'humanisation' du droit international privé. Libre propos», *Mélanges B. Ancel*, Paris, 2018, p. 1415 s., et «Successions internationales et (sémi-) loi fédérale sur le droit international privé: quelques défis», *RSDIE/SZIER*, 2018, p. 183 s.

<sup>9</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 5A\_342/2015 du 27 janvier 2016.



ordre: *interdiction de quitter le territoire helvétique*<sup>10</sup>. Pas de visite à son père au Liban, pas plus qu'à ses quatre grands-parents, qui habitent tous Beyrouth et avec qui il a développé des liens forts au cours des premières années de sa vie<sup>11</sup>. Il est coupé de son environnement libanais, qui concourt pourtant à définir son identité familiale, linguistique, culturelle, sociale et religieuse.

3. — La deuxième affaire s'inscrit au sein de l'Union européenne<sup>12</sup>. Madame Sneersone, de nationalité lettone, et Monsieur Campanella, italien, se rencontrent à Rome. De leurs œuvres naît un enfant, Marko. Marko a la double nationalité, lettone et italienne. Les parents de Marko vivent ensemble dans la «*Ville éternelle*». Loin d'être éternelle, leur union est même plutôt éphémère, car Marko a un an à peine lorsque ses parents se séparent. S'estimant sans perspective en Italie et ayant besoin de soutien, y compris financier, soutien que son ancien compagnon ne lui fournit précisément pas, Madame Sneersone retourne en Lettonie. Avec Marko bien sûr. Et ce, sans solliciter l'autorisation du père. A quoi bon demander ce qui sera à coup sûr refusé? Techniquement, la mère de Marko s'est rendue coupable d'un enlèvement au regard de la

---

<sup>10</sup> Pour être extrême, la mesure prononcée par les organes de l'un des Etats «*cointéressés*» consistant à interdire à l'enfant de sortir du territoire de cet Etat est aujourd'hui passablement fréquente — et souvent recommandée par les spécialistes avec bien de désinvolture — afin de prévenir les enlèvements ou les rétentions illicites. Le résultat qui en découle n'en est pas moins incompatible avec l'article 10 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, du 20 novembre 1989, dont voici le texte: «*Un enfant dont les parents résident dans des Etats différents a le droit d'entretenir, sauf circonstances exceptionnelles, des relations personnelles et des contacts directs réguliers avec ses deux parents. A cette fin... les Etats parties respectent le droit qu'ont l'enfant et ses parents de quitter tout pays, y compris le leur, et de revenir dans leur propre pays...*». En somme, un enfant transnational devrait se voir reconnaître par l'un des Etats avec lequel il a des attaches le droit de «*quitter*» le territoire de celui-ci, et donc aussi, et à plus forte raison, le droit d'en sortir provisoirement, afin «*d'entretenir des relations personnelles et des contacts directs* [non pas, semble-t-il, uniquement par téléphone, skype ou whatsapp et semblables moyens de communication] *réguliers*» avec sa famille établie dans l'autre Etat avec lequel il a également des attaches. N'est-il surprenant que Naël, qui a la seule nationalité libanaise, soit empêché de se rendre au Liban, sa «*patrie*»? Citons aussi l'article 2 par. 2 de ladite Convention, qui énonce que: «*Les Etats parties prennent toutes mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de... sanction motivées par la situation juridique... de ses représentants légaux ou des membres de la famille*». Motivée par la «*situation juridique*» que les tribunaux libanais ont reconnue au père de Naël, celle de parent gardien, l'interdiction de sortie du territoire suisse prononcée par le juge genevois paraît bien être une «*sanction*» infligée à l'enfant, pourtant innocent.

<sup>11</sup> Et dont deux se trouvent dans l'impossibilité de voyager — et donc de se rendre en Suisse — pour des raisons de santé. REISER A., «*Propositions tendant à la régulation efficace des transitions familiales*», in *Ordre des avocats de Genève – Commission ADR, Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, Zurich, 2018, p. 371 s., évoque (p. 380, note 37) les «*grands-parents*» en tant que premiers «*exclus du processus judiciaire... dont la situation est réglée par une procédure dans laquelle ils n'ont pas été entendus*».

<sup>12</sup> Les faits sont relatés dans l'arrêt CEDH, 12 octobre 2011, *Sneersone et Kampanella c. Italie*, requête n° 14737/09.

Convention de La Haye de 1980 dont l'Italie et la Lettonie sont parties. Si bien que le père, irrité par ce coup de force unilatéral, et en principe illicite, de Madame Sneersone, saisit le Tribunal de Riga d'une demande en retour. Celui-ci refuse cependant d'ordonner le rapatriement de Marko à Rome invoquant la «*situation intolérable*» à laquelle le retour en Italie, et la séparation d'avec sa mère, exposerait le petit garçon<sup>13</sup>. Suivent plusieurs années de lutte juridictionnelle sur les deux fronts, italien et letton. Par une décision ultérieure, le juge letton confie à la mère la garde de Naël. Mais le père s'était entre-temps adressé au Tribunal de Rome, qui avait statué en sa faveur et ordonne à Madame Sneersone de ramener Marko en Italie.

Le désaccord entre la mère et le père de Marko a généré un désaccord — et il a *dégénéré en* désaccord — entre l'«*Etat de la mère*», la *mère-patrie* au sens propre du terme, la Lettonie, et l'«*Etat du père*» — *Vaterland* en allemand — l'Italie. Ne dit-on pas l'«*enfant du pays*»? Or, Marko est l'enfant de *deux* pays. Il a non seulement deux parents, *coresponsables à titre primaire* de son bien-être; mais aussi, deux Etats dont il est l'«*enfant*», qui en sont *coresponsables à titre subsidiaire*, une telle responsabilité subsidiaire des collectivités étatiques se déclenchant précisément en cas de conflit entre les responsables primaires, les parents<sup>14</sup>. Seulement, ces deux *coresponsables subsidiaires* — la Lettonie et l'Italie — sont ici tout autant en désaccord que le sont les deux *coresponsables primaires*, la mère et le père. Et, du fait qu'ils sont en désaccord sur la façon de résoudre ce litige familial italo-letton, les deux Etats finissent par *crystalliser* celui-ci. Ils alimentent la guerre parentale au lieu de ramener la paix dans la famille, et l'ordre dans la vie «*biterritoriale*» de Marko. Il est évident que le désaccord entre collectivités étatiques est tout aussi menaçant pour l'intérêt de l'enfant que le désaccord entre les parents eux-mêmes; et il l'est même davantage dès lors qu'il risque d'être juridiquement insoluble.

Pour surmonter ce bras de fer juridictionnel, la République lettone ouvre une procédure contre la République italienne devant la Cour de justice de l'Union européenne pour violation du Règlement Bruxelles II-*bis*<sup>15</sup>,

---

<sup>13</sup> Sur le fondement de l'art. 13 b) de la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, du 25 octobre 1980 (CLaH80 – RS 0.211.230.02).

<sup>14</sup> Pour plus de détails, v. Conflits entre parents et conflits d'ordres juridiques en matière de responsabilité parentale, Enlèvement parental international d'enfants, Neuchâtel / Bâle: CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel / Helbing Lichtenhahn, 2015, p. 85-127 <<https://archive-ouverte.unige.ch/unige:46496>>.

<sup>15</sup> Règlement (CE) n° 2201/2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, du 27 novembre 2003.

ce qui propulse au premier plan la dimension inter-étatique du conflit<sup>16</sup>. L'affaire est ensuite portée devant la Cour européenne des droits de l'homme. Je préfère en négliger l'issue.

4. — Ce qu'il m'importe de souligner, c'est que ces deux affaires n'ont rien d'exceptionnel. Il suffit, pour s'en apercevoir, de parcourir le résumé des batailles judiciaires fourni par la Cour de justice de l'Union européenne à l'occasion des décisions rendues sur l'interprétation du Règlement Bruxelles II-*bis*. En voici un échantillon.

Les deux arrêts *Purrucker* ont été suscités par une affaire hispano-allemande, laquelle, avant d'être soumise à la Cour de Luxembourg, avait provoqué 16 décisions, dont 11 en Allemagne et 5 en Espagne, et qui avait débouché sur un conflit hispano-allemand de décisions: les juridictions espagnoles ont statué en faveur du père espagnol, et les

---

<sup>16</sup> Il n'est en effet pas rare qu'après les juges, les Gouvernements des deux Etats concernés — ou l'un d'entre eux — prennent fait et cause pour leurs ressortissants ou leurs résidents. L'un des cas des plus médiatisés aux Amériques est sans doute celui de Sean Goldman, né en 2000 dans le New Jersey d'un père américain, David Goldman, et d'une mère brésilienne, Bruna Bianchi Carneiro Ribeiro. En 2004, la mère séjourne au Brésil avec Sean pour deux semaines et annonce par la suite à son mari qu'elle ne retournera plus aux Etats-Unis et qu'elle retiendra l'enfant au Brésil. S'ensuit une série invraisemblable de procédures, aux Etats et au Brésil, qui escaladeront jusqu'au plus haut sommet des deux pays. Les tribunaux brésiliens prononcent le divorce, refusent d'ordonner le retour de Sean aux Etats-Unis et accordent la garde à la mère. Le père saisit les juridictions du New Jersey qui lui confient l'enfant et lui prescrivent de résider aux Etats-Unis. Conflit américano-brésilien de décisions. Pris dans l'étau de ce conflit inter-parental, devenu inter-étatique, Sean ne peut pas quitter le Brésil et son père est pratiquement empêché par la famille de la mère de lui rendre visite. Bruna Ribeiro épouse en 2007 un avocat brésilien et meurt en 2008 en accouchant de leur enfant. Les juges brésiliens accordent initialement la garde de Sean à son beau-père, second mari de la défunte, qui l'exerce de concert avec les grands-parents maternels. C'est au début de l'année 2009 que le Congrès américain se mobilise, à l'instigation d'un membre républicain du New Jersey, Chris Smith, qui — après avoir assisté à une interview de David Goldman diffusée à la NBC le 30 janvier 2009 — soutiendra *mordicus* son «*concitoyen*», et va jusqu'à introduire une proposition de loi menaçant le Brésil de suspendre des accords commerciaux en vigueur entre les deux pays au sein de l'OMC aussi longtemps que Sean ne sera rapatrié aux Etats-Unis (pour un résumé de ce «*bill*», v. <<https://www.govtrack.us/congress/bills/111/hr2702/summary>>). Ce n'est que le 22 décembre 2009, cinq ans et demi après le déplacement de l'enfant au Brésil, à la suite de l'intervention du Congrès américain, de la Secrétaire d'Etat Hillary Clinton et d'innombrables contacts politiques entre les deux pays que la Cour suprême brésilienne retire la garde au beau-père et la confie au père, autorisant ainsi Sean à quitter le Brésil. Il y a lieu de penser que si la mère n'était pas décédée, l'«*Etat de la mère*», le Brésil, n'aurait pas accepté de rendre cet «*enfant des deux pays*» à l'«*Etat du père*», les Etats-Unis. Le nationalisme des cours brésiliennes et la *partialité* («*unfair bias*») des juges qui les composent ont été certes souvent pointés du doigt dans des rapports du Congrès américain et du Parlement européen. Cette autre affaire helvético-brésilienne racontée dans un reportage à la RTS en septembre 2017 (<<https://www.rts.ch/play/tv/mise-au-point/video/enlevement-parental?id=8907927>>) semble suggérer que la situation ne s'est pas beaucoup améliorée. Mais comme en attestent les affaires européennes citées, le nationalisme judiciaire est, dans ce domaine, à tel point généralisé qu'on en est conduit à penser qu'il est presque *naturel*, inhérent à la nature des choses, ce qui entraîne la remise en cause de l'aptitude *naturelle* d'un juge mono-national, qui se prononce «*au nom*» d'un seul des Etats intéressés, à administrer la justice, dans des affaires où la dimension inter-étatique est souvent latente et parfois — comme dans les cas de Marko Campanella et de Sean Goldman — fait irruption au premier plan.

juridictions allemandes en faveur de la mère allemande<sup>17</sup>. L'affaire *Rinau* a généré, elle aussi, 16 décisions, dont 4 en Allemagne et 12 en Lituanie, et renferme un conflit germano-lituanien de décisions, les juges allemands s'étant prononcés en faveur du père allemand, et les tribunaux lituaniens en faveur de la mère lituanienne<sup>18</sup>. L'affaire *Povse* est, entre toutes, probablement la plus terrible. Mauro Alpago, italien, et Doris Povse, autrichienne, se rencontrent à Venise où Doris Povse est venue apprendre l'italien. Ils ont une petite fille, Sofia, qui vit d'abord avec les deux parents en Vénétie. A la suite de leur désunion, la mère rentre à Vienne en y emmenant Sofia. Le père crie au scandale et saisit la justice. Dans une première phase du litige — avant que la Cour de Luxembourg n'en soit saisie — 14 décisions, 3 en Italie et 11 en Autriche, sont rendues: en simplifiant un peu la multitude d'appels, contre-appels, requêtes en mesures provisoires et en changement de circonstances, les tribunaux italiens confient la fille au père et lui ordonnent de rentrer en Italie; les tribunaux autrichiens, quant à eux, estiment qu'elle doit être confiée à la mère et qu'elle doit rester en Autriche. L'affaire se poursuit avec encore une quinzaine de décisions, donc 30 décisions au total<sup>19</sup> — trente! — jusqu'à la Cour européenne des droits de l'homme<sup>20</sup>. Citons encore l'affaire *Zarraga*, 10 procédures judiciaires, 7 en Espagne, 3 en Allemagne, qui se soldent par un conflit hispano-allemand de décisions particulièrement manifeste: les tribunaux espagnols confient la fille, Andrea, au père espagnol et les tribunaux allemands, à la mère allemande<sup>21</sup>. Encore, l'affaire *W, V c. X*, qui a donné lieu à un arrêt de la Cour de Luxembourg du 15 février 2017<sup>22</sup>: mère lituanienne et père néerlandais, 15 décisions au total, six ans de guerre acharnée... Les décisions lituaniennes quasi-systématiquement en faveur de la mère, décisions non reconnues aux Pays-Bas, dont les juges se prononcent en faveur du père. Dernier exemple: Stefano Liberato, italien, et Luminita Luisa Grigorescu, roumaine, se marient à Rome en 2005, où ils fixent leur domicile conjugal et où un enfant né en février 2016; ils se séparent en 2007 suite à quoi Mme Grigorescu emmène l'enfant à Bucarest; suivent *douze ans* (12!) de batailles — au cours desquels le Tribunal de Teramo (aux Abruzes) attribue la garde exclusive au père italien et le Tribunal de Bucarest attribue la garde exclusive à la mère roumaine — jusqu'à la Cour de

---

17 CJUE, 15 juillet 2010, *Purrucker I*, C-256/2009, et 9 nov. 2010, *Purrucker II*, C-296/10.

18 CJUE, 11 juillet 2009, *Rinau*, C-195/2008.

19 CJUE, 1<sup>er</sup> juillet 2010, *Povse*, C-211/2010.

20 Saisie aussi bien par la mère (CEDH, 18 juin 2013, *Povse c. Autriche*, requête n° 3890/11) que par le père (CEDH, 15 avril 2015, *M.A. c. Autriche*, requête n° 4097/13).

21 CJUE, 22 décembre 2010, *Zarraga*, C-491/10.

22 CJUE, 15 février 2017, *W, V, c. X*, C-499/15.

Luxembourg qui statue en janvier 2019<sup>23</sup>. Pendant ces douze ans, l'enfant, qui est sûrement binational, italo-roumain, n'a pas pu remettre ses pieds en Italie.

Dans chacun de ces cas, deux machines judiciaires mono-nationales ont tourné largement à vide puisqu'elles ont tourné *l'une contre l'autre*.

Tâchons d'imaginer les coûts. D'abord pour les *contribuables*, qui financent dans une large mesure les prestations fournies par les autorités judiciaires, les autorités administratives — y compris diplomatiques et policières —, les services de protection de l'enfant et tous les autres professionnels appelés à intervenir dans un contentieux transfrontalier. Le litige opposant Doris Povse à Mauro Alpagò a coûté aux contribuables *italiens* et aux contribuables *autrichiens* plusieurs centaines de milliers d'Euros: argent public asservi au financement de la guerre intra-familiale, au déchirement des familles, au lieu d'être utilisé pour soutenir ces mêmes familles, et pour construire des hôpitaux, améliorer l'état de nos routes et de nos ponts qui, comme en atteste le drame du Pont Morandi de Gênes, en ont cruellement besoin.

L'Union européenne, dans son ensemble, perd en prospérité.

Une partie des frais est prise en charge par les parties au litige elles-mêmes. Au cours d'un entretien ayant eu lieu au mois de décembre 2018, Doris Povse a révélé avoir dépensé plus de 100'000 euros pour mener sa croisade judiciaire<sup>24</sup>. On peut imaginer qu'il en aille semblablement de Mauro Alpagò pour mener la sienne. C'est là, évidemment, de l'argent qu'ils n'ont pas pu investir dans l'éducation de leur fille. Il y a quelques mois, nous avons, avec deux collègues, eu l'occasion d'interviewer Isabelle Neulinger, protagoniste de l'affaire probablement la plus célèbre d'enlèvement international d'enfant de ces dernières années<sup>25</sup>. Il s'agissait de son fils, Noam Shuruk, qu'elle a réussi, au comble du désespoir, à emmener avec elle d'Israël en Suisse en l'éloignant de son père. Père qui, après le mariage, avait adhéré à une secte ultraorthodoxe et menaçait de disparaître avec Noam au sein d'une des communautés Chabad-Lubavitch à travers le monde. Pour faire face aux coûts des procédures judiciaires — qui se sont déroulées devant

---

<sup>23</sup> CJUE, 16 janvier 2019, *Liberato*, C-386/17.

<sup>24</sup> Au cours d'une interview qui a été menée par Regiane Pereira, doctorante à l'Université de Genève, au mois de décembre 2018. Je tiens à remercier Doris Povse pour sa disponibilité et Regiane Pereira pour le temps investi et pour avoir partagé les résultats.

<sup>25</sup> La rencontre a eu lieu à l'hôtel Palace de Lausanne le 14 septembre 2018. Vito Bumbaca, assistant à l'Université de Genève, et Simona Florescu, chercheuse à l'Université de Leyden, y ont participé. Simona Florescu a rendu compte de certaines des questions abordées dans un papier accessible au lien suivant: <<https://strasbourgobservers.com/2018/11/12/justice-from-the-perspective-of-an-applicant-meeting-ms-neulinger>>

sept tribunaux différents<sup>26</sup> — Isabelle Neulinger a dû emprunter des sommes importantes. Elle est, encore aujourd’hui, en train de les rembourser.

Evoquons également les coûts indirects, qui ont tendance à échapper au calcul, à passer «*sous les radars*», comme on dit. Citons le passage d’un livre au titre évocateur: «*Au nom de l’enfant — Séparer sans se déchirer*». L’auteure, Maître Anne Reiser, l’une des spécialistes les plus connues du contentieux familial international, s’exprime ainsi: «*Les coûts de la santé explosent... Chacun a son psychiatre de son côté; la situation socio-professionnelle des [personnes] en litige se péjore avec des gens qui... démissionnent de leur emploi après un arrêt-maladie prolongé et finissent soit invalides soit bénéficiaires de l’assistance sociale*»<sup>27</sup>. Béatrice Martha C., qui a déplacé sa fille<sup>28</sup> de Tunisie en Suisse aux débuts des années 90 pour la soustraire à son père tunisien qui, avec le soutien des autorités tunisiennes, menaçait de l’empêcher de sortir de Tunisie jusqu’à la majorité, a vécu pendant plusieurs années dans un état d’alerte, et d’angoisse, semi-permanente de crainte que le père vienne chercher la fille en Suisse et la ramène de force vers la Tunisie. Béatrice Martha C. est aujourd’hui gravement atteinte d’un cancer qui a été — *dixit* son médecin — favorisé par les années de détresse et qui l’a astreinte à prendre une retraite anticipée. Ce sont les résidents suisses affiliés à l’assurance-maladie qui paient pour son traitement à hauteur de dizaines de milliers de francs par an. Isabelle Neulinger a vécu elle aussi pendant plusieurs années dans la crainte d’un «*contre-enlèvement*» et, encore aujourd’hui, nous a-t-elle avoué, elle est «*sur ses gardes*». Il n’est pas difficile d’imaginer le calvaire vécu par des enfants et adolescents qui grandissent «*déchirés*» par des procédures infinies, par les conflits prolongés entre les parents, et les désaccords prolongés entre les Etats sur la manière de résoudre les conflits entre les parents, et les séparations forcées de l’un de leurs parents qu’entraînent les interdictions dont ils sont frappés de sortir du territoire d’un des Etats pourtant «*co-intéressés*». Les cicatrices que leur laissent de tels drames sont très souvent indélébiles.

---

<sup>26</sup> Le récit de ces procédures se trouve dans l’arrêt CEDH, Grande Chambre, 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, requête n° 41615/07. Isabelle Neulinger a raconté son expérience dans le livre intitulé: «*Jamais vous n’aurez mon fils – Le combat d’une mère pour sauver son fils de l’emprise de religieux intégristes*», éd. La boîte à Pandore, 2015.

<sup>27</sup> REISER A., *Au nom de l’enfant — Se séparer sans se déchirer*, éd. Favre, 2012; v. ég. REISER A., «Propositions tendant à la régulation efficace des transitions familiales», in *Ordre des avocats de Genève — Commission ADR, Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, Zurich, 2018, p. 371 s.

<sup>28</sup> Qui est aujourd’hui étudiante à l’Université de Genève.

5. — Citons aussi la jurisprudence suisse récente. Un tribunal de Roumanie confie la garde de l'enfant au père, citoyen roumain résident à Bucarest. La mère, vivant en Suisse, obtient la décision d'un tribunal vaudois, fixant la résidence de l'enfant auprès d'elle à Lausanne<sup>29</sup>. Conflit helvético-roumain de décisions. Ou alors cette autre affaire: un tribunal de Sousse décide que l'enfant vivra en Tunisie auprès de son père, tunisien. La mère, genevoise, s'oppose à la reconnaissance en Suisse de ce jugement qu'elle estime «biaisé» — j'y reviendrai. La Cour de justice de Genève constate un défaut de compétence indirecte et refuse la reconnaissance. Le Tribunal fédéral l'en approuve<sup>30</sup>. La voie est grande ouverte pour que la mère obtienne une «contre-décision» suisse qui pourrait bien lui être favorable et qui entrera en conflit avec la décision tunisienne, laquelle, bien sûr, ne cessera pas d'être exécutoire sur le territoire tunisien du fait que la Suisse refuse de l'accueillir. Ce désaccord entre la Suisse et la Tunisie plongera l'enfant et les parents dans un espace international de non-droit<sup>31</sup>.

29 Arrêt du Tribunal fédéral 5A\_324/2015, du 17 janvier 2016.

30 Arrêt du Tribunal fédéral 5A\_264/2016 du 17 juin 2016.

31 S'agissant des familles helvético-tunisiennes, une autre affaire montre les conséquences extrêmes auxquelles peut aboutir le bras de fer qu'engagent l'«Etat de la mère» et l'«Etat du père» sur le sort de «leur» enfant commun qui en est l'otage («enfant des deux pays»). Un couple, composé d'une Suissesse et d'un Tunisien, a deux petits garçons (nés en 2004 et 2006), qui sont binationaux, suisses et tunisiens. La famille vit d'abord en Suisse. Les parents se séparent en 2009 et le père parvient à rentrer en Tunisie en 2010 avec les enfants, sans l'autorisation de la mère. S'ensuivent, durant les six années consécutives (de 2010 à 2016), au moins une dizaine de procédures, pénales et civiles, en Suisse (sans compter l'implication des autorités consulaires et du Ministère des affaires étrangères) et au moins cinq procédures en Tunisie, jusqu'à la Cour de cassation tunisienne (elles sont relatées dans *Obergericht Zurich*, 31 août 2016, LC150021, disponible sur le site du pouvoir judiciaire zurichois: <<http://www.gerichtszh.ch>>). En essayant tant bien que mal de résumer la situation, les juridictions civiles suisses saisies par la mère prononcent le divorce et confient les enfants à la garde de la mère. Décision largement inefficace puisqu'elle n'est pas reconnue en Tunisie. Les juridictions pénales suisses condamnent le père (qui a été extradé semble-t-il par le Maroc) à six ans de prison pour enlèvement d'enfant. Depuis la prison zurichoise, le père parvient tout de même à obtenir une série de décisions tunisiennes, lui attribuant la garde; garde qui est *de facto* exercée en Tunisie par les grands-parents paternels. Ces décisions tunisiennes ne sont pas reconnues en Suisse. Donc, conflit helvético-tunisien de décisions. Comme en fait l'amer constat l'Obergericht de Zurich: «les enfants sont en Tunisie sans les parents, et les parents sont en Suisse sans les enfants» («Die Kinder sind... ohne Eltern in Tunesien und die Eltern ohne Kinder in der Schweiz»; v. p. 48, décision précitée). Plus précisément, les enfants n'ont jamais, depuis 2010, pu voyager en Suisse, pourtant leur «mère-patrie». Ce qui est plus grave encore: la mère n'a pas pu voir ses enfants depuis plusieurs années, car elle est *persona non grata* en Tunisie et le Département des affaires étrangères l'a informée que «sa sécurité personnelle ne serait pas garantie» («Die Beklagte ist ihrerseits faktisch daran gehindert, nach Tunesien zu reisen... das EDA der Beklagten seit 2013 empfiehlt, nicht mehr nach Tunesien zu gehen, weil ihre persönliche Sicherheit nicht mehr gewährleistet erscheint»). L'opposition entre les ordres publics mono-nationaux des deux Etats, et sa radicalisation, provoque un déchirement de la famille. Au lieu de permettre le maintien des contacts directs avec les deux parents et les deux collectivités étatiques dont ils sont membres — comme leur prescrit la Convention des Nations Unies de 1989 — la Suisse et la Tunisie éloignent précisément les enfants de leurs deux parents, à la fois de leur père et de leur mère. Combien d'heures de travail ont été investies par les autorités suisses et les autorités tunisiennes (cf. *infra*, note 55), combien d'argent public a été mobilisé pour parvenir à un tel résultat, si désastreux pour le bien-être des enfants et des parents, membres de cette famille helvético-tunisienne?

Puisque le droit se dérobe, rien n'empêche que ce conflit entre humains soit solutionné par une *irruption de la loi de nature* — loi du plus fort, du plus rapide, du plus durand, du plus teigneux, du plus menaçant — celle-là même qui domine dans la jungle, et aussi dans la savane, dans la steppe et dans les océans. Dans une affaire semblable — franco-suisse, car ce genre de désaccords peut survenir entre bons voisins —, le curateur nommé au mineur m'a confié: *«L'enfant est en très grande détresse. Il se sent responsable du conflit entre ses parents et maintenant aussi du conflit étatique au sujet de la meilleure manière de trancher le conflit entre ses parents. Tout cela est insupportable pour lui. Il a déjà tenté deux fois de se suicider»*.

6. — Je crois que tout le monde est d'accord: le bien de nos enfants et de leurs parents impose que l'on résolve, et d'abord que l'on prévienne, ces situations de désaccord entre communautés étatiques sur la manière dont il convient de résoudre un conflit entre parents quant à la fixation de la résidence d'un mineur, qui est membre de deux communautés. Mais comment faire?

Je me suis, quant à moi, permis de demander l'avis... de qui? Non pas d'un adulte mais... d'un enfant. N'insiste-t-on sur l'importance qui revient à la *«parole»* des enfants, à leur point de vue sur le litige opposant leurs parents?

Cet enfant m'est proche. Il s'agit de ma nièce, fille de ma sœur jumelle. Elle s'appelle Matilde. Matilde a bientôt quatorze ans. Elle est italienne et vit à Milan. Elle est intelligente, attachante, *«connectée»* au monde, sensible, même si elle se prend parfois pour une star... Et, comme certaines stars, elle se rend souvent en Suisse pour les vacances, d'été comme d'hiver. Elle aime bien des choses de la Suisse: le chocolat, évidemment, les pistes de ski, le soleil généreux de l'Engadine, les trains de montagne, les cabanes avec leur drapeau... Eh bien, lors d'une randonnée il y a quelques temps au Val d'Aoste — elle avait douze ans — en remuant ces questions dans mon esprit, je l'ai interrogée ainsi: *«Imagine pour un instant que ton Papa est Suisse et que Maman et Papa vivent séparés. Maman veut que tu habites avec elle en Italie. Papa veut que tu habites avec lui en Suisse. Maman va voir le juge italien. Papa va voir le juge suisse. Le juge italien te dit: 'tu vivras avec Maman en Italie'. Et le juge suisse te dit: 'tu vivras avec Papa en Suisse'. Qu'est-ce qu'on fait, Matilde?»*.

Sa réponse, immédiate: *«On licencie les deux»* (*«li licenziamo entrambi»*)<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Non vraiment, Antoine de Saint-Exupéry ne se trompait pas.



«D'accord. Mais... si on licencie les deux, on fait comment? Tu n'as toujours pas de réponse».

«Appelons Obama» («Chiamamo Obama»).

C'est sûrement la perception de la sagesse du Président américain de l'époque, et de son «*équidistance*» de la Suisse et de l'Italie, de son Papa et de sa Maman, qui a inspiré à Matilde cette idée.

Imaginons alors que nos protagonistes s'en inspirent à leur tour. Et que, quant à la première affaire, les parents de Naël, pour surmonter l'impasse résultant du conflit helvético-libanais de décisions et d'ordres juridiques, s'en remettent à un «*panel*» helvético-libanais de trois «*sages*». Quant à la désignation des membres de ce collège, une première option consisterait à permettre aux parents d'y participer de manière paritaire. La mère désignerait, par exemple, un-e spécialiste suisse, en le ou la sélectionnant à partir d'une liste de noms prestigieux établie par la Suisse, si tant est que la procédure de nomination serait «*publique-privée*», car les deux parents intéressés, et les deux Etats intéressés, y concourent. Il peut s'agir d'un-e juge, y compris à la retraite, d'un-e professeur-e, d'un-e avocat-e... Que l'on pense aux Professeurs Andrea Bonomi ou Andreas Bucher, à Maître Anne Reiser, aux juges Grégory Bovet ou Yves Donzallaz, pour n'en citer que quelques-uns. Embarras du choix. Le père choisirait de son côté un expert libanais — supposons-le de confession musulmane — parmi les noms figurant sur une liste de personnes qualifiées à cet effet établie par le Liban. Une seconde option consisterait à en confier la nomination aux deux Etats intéressés *uniquement*, sans une participation directe des deux parents. Je préfère ne pas m'attarder sur les avantages et inconvénients respectifs de ces deux options.

Quant au troisième membre, l'on pourrait en remettre le choix au Secrétaire général de la Conférence de La Haye, auprès duquel pourraient au demeurant être déposées les listes nationales des membres potentiels. Seulement — dira-t-on — le Liban n'est pas membre de la Conférence de La Haye. L'on pourrait alors, en faisant preuve d'un peu de créativité — comme Matilde, comme sont créatifs nos enfants — en remettre la tâche à la Présidente du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies. Sur le modèle de la quasi-totalité des tribunaux internationaux, il faudrait que notre président-e ne soit en l'espèce ni suisse ni libanais: il peut s'agir d'un-e Italien-ne, d'un-e Anglais-e, d'un-e Canadien-ne... La Suisse et le Liban ne sont-elles «*nations unies*», unies par l'appartenance à l'organisation — justement — des Nations Unies? Unies, ces deux communautés étatiques le sont aussi en tant que co-contractantes de la Convention des Nations Unies de 1989 sur les droits de l'enfant. Comme pratiquement tous les Etats du monde — il s'agit bien d'un traité universel — la Suisse et le Liban, en ratifiant ce texte, se sont ensemble engagés en faveur des droits de l'enfant qu'il consacre, à les respecter et à les faire respecter. Or, pour ce qui est de

Naël, bon nombre de ces droits sont en train d'être violés par la Suisse et le Liban<sup>33</sup>; il s'agit d'une violation conjointe, dont la Suisse et le Liban sont «*coresponsables*» à cause de leur incapacité à trouver un accord sur le sort de Naël. «*Désunies*» sur ce point, ces deux nations «*désunissent*» notre famille helvético-libanaise.

Ne nous attardons pas sur la procédure que suivra ce «*collège*» binational. Supposons que la détermination de celui-ci soit la suivante: Naël vivra jusqu'à ses 16 ans à Genève; le père bénéficiera de larges droits de visite qu'il pourra exercer où il voudra, y compris bien sûr au Liban; la mère pourra également emmener Naël au Liban pour retrouver ses grands-parents maternels; à l'âge de 16 ans, à moins qu'il ne s'y oppose, Naël sera scolarisé à Beyrouth et résidera, pendant une année, chez son père; il pourra par la suite choisir où passer la dernière année d'école avant sa maturité.

7. — Quelle serait la valeur d'une telle décision? Dans la mesure où les parents sont autorisés à participer à la désignation de deux membres de ce collège «*sur-étatique*» — il s'agit de la première option évoquée plus haut — on serait probablement tenté de qualifier d'*arbitral* ou de *semi-arbitral* le tribunal qu'il forme. Faut-il rappeler que les tribunaux arbitraux sont des *tribunaux* véritables, composés de *juges*, qui exercent la *juridiction* afin de trancher une controverse internationale moyennant une *décision*?

---

<sup>33</sup> *Supra*, note 10. De tels droits sont au demeurant proclamés par le mystérieux «*Accord entre la Confédération suisse et la République libanaise concernant la coopération en certaines matières familiales*», en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> mars 2006: mystérieux car aucune information au sujet de l'histoire de celui-ci n'est, semble-t-il, nulle part publiée, et aussi parce qu'il s'agit, semble-t-il, du seul de ce genre que la Suisse a conclu avec un autre Etat. Posant des règles «*bi-étatiques*», un tel accord helvético-libanais évoque en préambule que «*les affaires d'ordre familial, y compris les questions relatives à la garde des enfants et aux droits de visite, peuvent fréquemment représenter des tragédies humaines et présenter un défi particulier pour trouver, au niveau bilatéral, une solution rapide, équitable et humaine*». Si bien que les deux parties se déclarent «*désireuses de promouvoir et de favoriser la coopération entre leurs deux Etats pour régler ces questions*». A cet effet, la Suisse et le Liban ont prévu la création d'une «*commission mixte*», helvético-libanaise (art. 2), dont l'activité se fonde, en vertu de l'art. 3, sur «*a) les principes généralement admis en droit international, les principes d'équité et le droit de chaque enfant de vivre et de partager une affection mutuelle avec ses deux parents; b) le droit de l'enfant, séparé d'un de ses parents ou des deux, d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si, dans des cas exceptionnels, cela est contraire à son intérêt supérieur; et c) le respect du droit de visite du parent qui n'est pas investi du droit de garde*». Or, le bras de fer juridictionnel entre le tribunal helvétique et le tribunal libanais, et l'interdiction de sortie de territoire infligée à Naël par le tribunal helvétique, qui empêche le père d'exercer ses droits de visite au Liban, entraînent une restriction significative des droits subjectifs internationaux de Naël qui viennent d'être évoqués. L'idée de créer un «*tribunal mixte*» est conforme à l'esprit qui anime cet accord binational et un tel «*tribunal mixte*» n'est au fond qu'une *évolution*, un «*upgrade*» comme on dit aujourd'hui, de la «*commission mixte*» qu'évoque l'art. 2 et il résulte de l'attribution à celle-ci, par les deux Etats «*partenaires*», d'une fonction juridictionnelle sur-étatique, binationale.

Observons alors que rien dans une autre Convention des Nations Unies celle du 10 juin 1958, sur la reconnaissance des sentences arbitrales, n'empêche les Etats qui l'ont ratifiée, presque 160, de l'appliquer aux *litiges non commerciaux*. L'obstacle — si obstacle il y a — viendrait plutôt des textes *nationaux* définissant l'*arbitrabilité*. On sait qu'une telle notion varie d'un Etat à l'autre. Pour la LDIP suisse, c'est la «*matière patrimoniale*» qui marque le litige arbitrable<sup>34</sup>. On se souviendra de la décision libanaise qui a menacé d'infliger à la mère une peine pécuniaire — *astreinte* — pour chaque jour de retard dans la remise de l'enfant au père. Cela suffit-il à conférer au litige un caractère patrimonial? Assurément non. Précisons que le contentieux susceptible de s'élever au sujet de la pension alimentaire est, lui, indiscutablement patrimonial: cet aspect, fondamental, de la responsabilité parentale, qui est aussi une responsabilité *financière*, devrait donc être arbitrable au sens de la LDIP et des autres lois qui font dépendre l'arbitrabilité de la nature patrimoniale des situations juridiques litigieuses.

D'autres Etats autorisent les personnes opposées par un litige non-patrimonial à recourir à la justice arbitrale. Citons l'Allemagne et le Portugal: les dispositions de la ZPO et de la loi portugaise sur l'arbitrage énoncent que, s'agissant de *contestations non-patrimoniales*, la voie de l'arbitrage reste ouverte aussi longtemps que sont en cause des matières au sujet desquelles les parties ont la liberté de conclure un «*accord transactionnel*» («*Vergleich*»)<sup>35</sup>. Il s'agit de la tendance la plus moderne, qui paraît promise à se répandre<sup>36</sup>. Est-ce que les questions inhérentes à la responsabilité parentale satisfont à un tel critère? Si les «*parties*» sont d'abord les *parents*, il faut bien reconnaître qu'aujourd'hui, plus que jamais, on insiste sur l'importance de *favoriser* un *accord*, une solution amiable entre eux. Pensons aux ressources croissantes que les Etats investissent dans la médiation familiale<sup>37</sup>. Or, la médiation ne

---

<sup>34</sup> Art. 177 LDIP.

<sup>35</sup> Voici le texte du par. 1030 du Livre de la *Zivilprozessordnung* de 1998: «§ 1030 *Schiedsfähigkeit* (1) *Jeder vermögensrechtliche Anspruch kann Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein. Eine Schiedsvereinbarung über nichtvermögensrechtliche Ansprüche hat insoweit rechtliche Wirkung, als die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streites einen Vergleich zu schließen*». L'art. 1 de la «*Lei da Arbitragem Voluntária*» (Lei nº 63/2011, de 14 de Dezembro 2011) énonce pour sa part comme suit: «Artigo 1.º *Convenção de arbitragem: 1. – Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros. 2. – É também válida uma convenção de arbitragem relativa a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido...*».

<sup>36</sup> Cf. l'art. 354 du Code de procédure civile: «*L'arbitrage peut avoir pour objet toute prétention qui relève de la libre disposition des parties*».

<sup>37</sup> Dernièrement, v. Ordre des avocats de Genève – *Commission ADR, Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, Zurich, 2018.

visait-elle pas à encourager les parents à trouver eux-mêmes une manière concertée d'organiser la résidence de leur enfant et les relations personnelles? Il est parfois question de *privatisation* — «*private ordering*» dans la doctrine anglo-américaine — ou de *contractualisation* du droit de la famille. Quoiqu'il en soit de ces étiquettes, il serait tout de même assez paradoxal que, d'une part, l'on dise aux parents: «*il serait bon que vous trouviez un accord*» et «*on va vous encourager à le faire*»; et qu'on leur dise, d'autre part: «*au fait, cet accord, si vous le trouvez, ne vaut pas grand-chose car vous n'aviez pas le pouvoir de le conclure*», car ces questions ne sont pas «*transigibles*». Je pense donc que si l'arbitrabilité des litiges non-patrimoniaux tient à la possibilité pour les parents de conclure un accord transactionnel, un certain nombre de différends parentaux devraient d'ores et déjà être tenus pour arbitrables.

Je pense cependant aussi qu'épiloguer sur la lettre des dispositions de telle ou telle loi n'est pas vraiment la meilleure manière d'aborder la question. Il vaut mieux s'attaquer au cœur du problème, qui consiste à repérer les réserves qu'inspire l'arbitrage international en notre matière sous l'angle de la *politique législative*. Disons d'emblée qu'une recherche sommaire, doctrinale et jurisprudentielle, de telles réserves se solde sur deux constats. Premier constat: celles-ci sont citées le plus souvent de manière fugitive, machinale, un peu par inertie, quand elles le sont: car l'implicite l'emporte largement sur l'explicite; on a parfois l'impression d'être confronté à un dogme — la non-arbitrabilité du contentieux touchant à l'enfant — que l'on n'aurait pas besoin de démontrer et qui serait même insusceptible de démonstration. Deuxième constat: c'est en ayant à l'esprit un litige *interne*, c'est-à-dire au sujet d'un enfant dont la vie s'inscrit dans le milieu d'une seule collectivité étatique — et par conséquent l'arbitrage *interne* — que l'analyse a été essentiellement menée. On ne s'est pas vraiment soucié, à ma connaissance, de vérifier si les préoccupations que l'on peut nourrir sur le plan interne sont transposables à l'international<sup>38</sup>. Il manque une analyse fournie, à nouveaux frais, au sujet de l'enfant transnational, qui prendrait en compte l'absence de tribunaux judiciaires binationaux ou internationaux. Comme le révèlent les cas d'études, les deux plans ne sont pas, à l'égard d'un point fondamental, analogues: un tribunal arbitral interne — y compris le tribunal arbitral formé par un arbitre *unique* — est l'*alter ego* du tribunal judiciaire interne, dont l'accès est garanti aux justiciables par les Constitutions nationales; un tribunal arbitral international n'est en revanche pas l'*alter ego* d'un tribunal judiciaire international, qui n'existe pas. Bref, si la justice interne est soit judiciaire soit arbitrale, la justice internationale, aussi longtemps que l'on n'institue pas des tribunaux internationaux judiciaires, ne peut qu'être arbitrale.

---

<sup>38</sup> V. par exemple KENNETT W., p. 1-31.

Je passe donc à l'énumération des réserves que suscite l'arbitrage dans le contentieux multinational au sujet de l'enfant, et à l'examen de leur pertinence, à l'égard notamment de la situation de Naël et de Marko.

8. — *a) Ordre public.* Les questions en jeu — voici en substance le premier argument — engagent l'ordre public et cet engagement serait mal conciliable avec les caractéristiques inhérentes à l'arbitrage. A quoi il est possible d'objecter que le conflit entre les ordres juridiques libanais et suisse au sujet du sort de Naël traduit bel et bien un conflit d'ordres publics mono-nationaux. Chacun des Etats a sa propre idée de la manière d'«ordonner» au mieux le régime transfrontière de la garde et des relations personnelles. Or, un conflit d'ordres publics ne procure pas de l'«ordre» aux destinataires, mais les plonge dans le *désordre international*, qui est la *négarion* de l'ordre et favorise, on l'a vu, l'avènement d'une justice *privée*, celle qu'on se fait soi-même («*self-justice*»), qui marque la faillite du Droit. Un exemple banal: si un couple souhaite faire de l'ordre dans son appartement que l'on supposera en désordre, et que Madame a sa vision de comment ranger les choses, et que Monsieur a sa vision de comment ranger les choses, et qu'aucun n'est prêt à faire des concessions, il y a des chances que cet espace commun restera en désordre.

En acceptant de remplacer leurs décisions de justice mono-nationale contradictoires par une décision de justice internationale arbitrale — une seule — la Suisse et le Liban feraient véritablement profiter Naël et ses parents d'un *ordre public* digne de ce nom, qui ne peut être, ici, que *bi-étatique*.

*b) Droits indisponibles.* Le deuxième argument tient à l'indisponibilités des droits. Supposons que les droits subjectifs en question soient vraiment *indisponibles*. C'est tout de même paradoxal d'*assimiler* à une *disposition*, c'est-à-dire à une *renonciation*, de leurs droits de garde et de visite, la démarche entreprise par le père et la mère de Naël qui, constatant le conflit international de décisions, s'adressent, pour essayer, de le surmonter, à notre collègue binational. En se soumettant à un tribunal helvético-libanais, nos personnages ne sont vraiment pas en train de «*disposer de leurs droits*». Ils cherchent à savoir *quels* sont leurs droits, afin de les exercer, et *quelles* sont leurs obligations, afin de s'en acquitter. La décision suisse a énoncé: «*C'est la mère qui a le droit de garde et le père le droit de visite*». La contre-décision libanaise: «*Non, c'est le père qui a le droit de garde et la mère le droit de visite*». Or, des droits subjectifs de garde et de visite dignes de ce nom — que les parents ont la possibilité d'exercer et dont ils peuvent prétendre réciproquement le respect, y compris moyennant le recours à la force publique — n'existent pas encore. En effet, pour exister, il faut que de tels droits subjectifs

soient reconnus et protégés bi-nationalement. C'est précisément afin que les droits de garde et de visite puissent exister en tant que *droits* — protégés bi-nationalement — que les parents de Naël se tournent vers un tribunal «*sur-étatique*». Ils espèrent de la sorte obtenir une décision déployant une efficacité bi-territoriale, simultanément exécutoire à l'intérieur de l'espace géographique formé par le territoire suisse et le territoire libanais, qui est le territoire binational sur lequel est établie et est appelée à vivre la famille formée par Naël et ses parents.

c) *Intérêt étatique*. La troisième réserve tient à l'intérêt *étatique* en lien avec le caractère prétendument *privé* d'un tribunal arbitral et des juges qui le composent. Citons une décision newyorkaise des années 90, qui a refusé de donner effet à une clause d'arbitrage — je précise: *interne* — en matière de «*custody*» au motif que «*the function of parens patriae cannot be usurped*» (entendre: par un arbitre): juge qualifié de «*générateur de la patrie*», représentant de la collectivité étatique dont il tient ses pouvoirs, responsable du bien-être de la jeunesse<sup>39</sup>.

Voilà qui appelle plusieurs remarques.

Notons d'abord et une fois de plus que le nœud du problème, c'est qu'il y a deux «*patries*», deux collectivités étatiques avec lesquelles l'enfant a des liens: la Suisse et le Liban, l'Italie et la Lettonie... Et il y a donc deux *parentes patriae*, ou *parentes patriarum*: le juge suisse et le juge libanais, le juge italien et le juge letton, chacun étant le «*générateur*», le représentant d'une des «*collectivités étatiques*» en présence.

Mais en quoi consiste, au juste, cet *intérêt étatique*? S'il tient en ceci que le litige familial soit résolu une fois pour toutes, il s'agit assurément d'un intérêt étatique *commun* à la Suisse et au Liban. Car la Suisse et le Liban, en tant que coresponsables du bien-être de Naël, ont le *devoir* commun de trancher le contentieux entre ses parents et de ramener la paix au sein notre famille helvético-libanaise. Comme le disait Georges Del Vecchio, «*on a toujours intérêt à remplir son devoir*»<sup>40</sup>. On peut donc sûrement penser que le fait de confier la résolution du conflit de décisions mono-nationales à un tribunal international travaillerait précisément à la satisfaction de cet intérêt étatique «*partagé*» par la Suisse et le Liban. Un tel intérêt étatique est méconnu si le conflit helvético-libanais de choses jugées n'est pas résolu juridiquement: un tel conflit perpétue le conflit parental et les deux Etats «*cointéressés*» manquent à leur *devoir commun*, si bien qu'en suivant Georges Del Vecchio, les deux Etats manquent à leur *intérêt commun*, qui est précisément de s'acquitter au mieux de leur devoir, ici — justement — commun.

---

<sup>39</sup> Sur la «*parens patriae doctrine*», v. entre tous BLOKHUIS J.

<sup>40</sup> DEL VECCHIO G., p. 270.

Mais — dira-t-on — ce fameux «*intérêt étatique*» pourrait bien être un autre: non pas tant un intérêt de nature *formelle*, à ce que le litige soit tranché dans l'absolu, mais un intérêt de nature aussi *substantielle*, celui de déterminer, ou contrôler, la *manière* dont il le sera. Seulement, si l'enfant et les parents ont des liens avec deux collectivités étatiques, chacune d'elles peut avoir un *intérêt* à ce que le conflit soit tranché par ses propres organes d'une *certaine manière*. Le Liban peut avoir un intérêt — intérêt donc étatique — à ce que le litige helvético-libanais soit résolu au profit du père, c'est-à-dire en fixant la résidence de Naël à Beyrouth. Mais la Suisse peut avoir un intérêt contraire, un «*contre-intérêt*» si l'on veut — intérêt également *étatique* — à ce que le litige soit résolu au profit de la mère, c'est-à-dire fixant la résidence de Naël à Genève. A l'entendre d'une telle manière, l'implication d'un *intérêt étatique*, jointe à l'implication de *deux Etats «cointéressés»*, entraîne, on le voit, la possibilité d'une divergence de ces intérêts étatiques, c'est-à-dire la possibilité d'un *conflit d'intérêts étatiques*. Le conflit entre deux décisions étatiques — le conflit entre les juridictions dont elles émanent — ne traduit-il pas la *réalité* d'un tel conflit? Mais le juge d'un des Etats qu'oppose un conflit d'intérêts étatiques, le juge qui administre la justice «*au nom de cet Etat*» seulement, et non pas également de l'autre, et dans l'intérêt de cette communauté seulement — risque d'être mal placé pour le trancher car il est lui-même frappé d'un «*conflit d'intérêts*».

Revenons à notre deuxième cas d'étude. En dessous de la dimension *inter-parentale* du litige au sujet de cet enfant italo-letton, qui reste, bien sûr, prépondérante, on peut avancer qu'il y a, en toile de fond, une dimension *inter-sociétale*, subsidiaire mais néanmoins perceptible. La collectivité italienne et la collectivité lettone pourraient chacune avoir un intérêt non seulement à exercer la responsabilité *subsidaire* sur Marko, mais aussi à fixer la résidence principale de Marko sur leur propre territoire et le voir grandir à titre principal en leur sein, c'est-à-dire auprès du parent qui, par sa nationalité et sa résidence, a des liens avec elle. Dans la mesure où il en est ainsi, un juge italien, ne risque-t-il pas *de ne plus être*, pour ce qui est de cette dimension inter-étatique subsidiaire du conflit, «*indépendant*»? Insistons sur ce point car il est central. Si la collectivité italienne est aussi *partie subsidiaire* à la cause, *en concours* avec la collectivité lettone, l'une et l'autre candidates à accueillir la résidence future de Marko, et c'est pourquoi il y a «*intérêt étatique*», le juge italien n'est pas vraiment *au-dessus* des parties, *super partes*: mais en tant qu'«*organe*» de la «*République italienne*» qui statue «*Au nom du peuple italien*», «*dépendant*» de la collectivité italienne à la manière des organes qui sont dépendants de l'organisme auquel ils sont rattachés, il finit par être «*intra partem*», si l'on

me passe l'expression, c'est-à-dire «*partie d'une partie*». Bref, osons le mot, *partial*<sup>41</sup>.

Constatons donc le paradoxe: la présence d'un *intérêt étatique*, ainsi entendu dans la résolution du contentieux autour de l'enfant bi-national, et la présence de *deux Etats*, loin de disqualifier la justice *internationale* arbitrale, semble plutôt disqualifier la justice judiciaire *mono-nationale*.

L'ouvrage de Gabrielle Kaufmann-Kohler et Antonio Rigozzi sur l'arbitrage international énonce tout net dès les premières pages: «*l'avantage principal de l'arbitrage international est sa neutralité*»<sup>42</sup>. Emmanuel Gaillard insiste là-dessus dans un article-bilan paru il y a peu, au *Clunet*<sup>43</sup>. Au prix d'une évidence, rappelons que la «*neutralité*» d'un tribunal n'est pas un «*plus*», un «*accessoire*» auquel l'on pourrait renoncer — comme le toit ouvrant lorsqu'on achète une voiture — mais une caractéristique consubstantielle de la justice. C'est là du *non-négociable*. Pourquoi alors une telle garantie de neutralité devrait être *déniée* aux individus impliqués dans un litige familial où la *composante inter-étatique*, et donc le risque de «*dépendance*» et de «*partialité*» du *juge mono-étatique*, pourrait être encore plus accusé que dans des litiges, par exemple, *commerciaux*?

Pourquoi?

Et d'ailleurs, ce serait intéressant de poser à Naël et à Marko — qu'on supposera capables de discernement et échappant à l'emprise du conflit de loyautés — la question que voici: «*tu préfères que le juge qui dira si c'est ta mère ou ton père qui habitera avec toi à titre principal soit un juge choisi uniquement par ton père ou uniquement par ta mère ou un juge choisi par l'un et l'autre?*».

J'ai posé la question à Matilde. On devine bien se réponde.

Puisqu'on parle de cela, n'est-il plus conforme à l'intérêt «*bien compris*» de l'enfant transnational que le tribunal qui se prononce sur son sort parvienne à s'élever — du fait de l'investiture et de la provenance de ses membres, de leurs cultures, des connaissances qu'ils ont

41 Comment un tribunal italien qui agit en tant qu'organe de la «*Repubblica italiana*» et prononce «*In nome del popolo italiano*» — mentions qui figurent en épigraphe des décisions prononcées par les tribunaux italiens — peut-il être «*indépendant*» de la collectivité italienne qui le désigne? Comment peut être «*indépendant*» de la collectivité lettone le tribunal de Riga qui statue au nom de la «*Latvijas Respublika*»? Comment un tribunal allemand qui prononce «*im Namen des deutschen Volkes*» peut-il être «*indépendant*» du «*peuple allemand*», de la collectivité allemande, dont on commence par admettre qu'elle pourrait avoir un *intérêt* en l'affaire?

42 KAUFMANN-KOHLER G. / RIGOZZI A., p. 13: «... the principal advantage of international arbitration is its *neutrality*». L'italique est en original.

43 GAILLARD E., p. 530: «*L'intérêt de l'arbitrage ne tient pas, comme on l'écrivait autrefois..., au fait que l'arbitrage serait rapide, peu onéreux et maintiendrait d'excellentes relations entre les parties... L'avantage de l'arbitrage est ailleurs. Il tient à la neutralité, géographique et en termes de nationalité, des arbitres (personne ne voulant plaider chez l'autre), à la participation des parties à la nomination des arbitres...*».



ensemble des deux collectivités concurrentes, de leurs religions — à une vision internationale, binationale de l’environnement dans lequel l’enfant a vécu et est appelé à vivre? Même à le supposer libéré du soupçon de *partialité*, un juge italien ne dispose pas moins d’une perspective «*partielle*», mono-territoriale<sup>44</sup>. Il peut tout ignorer de ce à quoi ressemblerait la vie de Marko *en Lettonie*: des dispositifs du soutien à l’enfance, des écoles, des infrastructures récréatives etc. Un tribunal où siègent côte à côte un membre italien et un membre letton aurait une vision sur-étatique, bifocale, «*grand-angulaire*», et non pas «*biaisée*», au sens ici *optique* du terme («*de biais*»). La justice exige que le champ de perception du tribunal soit le plus possible *coextensif* avec l’espace occupé par la réalité humaine sur laquelle il est appelé à intervenir et qu’il est censé orienter. Il faut ici un tribunal pouvant se hisser à un point de vue suffisamment «*surélevé*» pour pouvoir observer, et évaluer, les deux contextes prospectifs que promettent d’offrir à leur enfant commun les parents et les collectivités étatiques en présence.

9. — *d) Arbitres, juges privés.* Je viens au caractère prétendument *privé* du juge arbitral. L’équation semble être celle-ci: en tant que juge *privé*, l’arbitre ne peut que trancher des conflits d’intérêts *privés*. Puisque les litiges impliquant un mineur mettent en cause un intérêt *public*, un tribunal arbitral est mal adapté pour les résoudre.

Les arguments susceptibles d’être convoqués pour combattre un tel raisonnement sont à tel point nombreux qu’il convient d’être sélectif.

Rappelons d’abord que la fonction confiée au tribunal arbitral est une fonction *publique*, celle d’exercer la *juridiction*, et de régler les *conflits* entre les membres de la société afin d’éviter qu’ils se fassent justice eux-mêmes: ce en quoi consiste la vraie *justice privée*, qui est celle que l’on se fait soi-même (*self-justice, Selbstjustiz*).

44

La partialité dont il a été question se rencontre également chez les services étatiques de protection de l’enfance dans la mesure où ils dépendent eux aussi de l’un des Etats «*cointéressés*». Il y a quelques années, je me suis trouvé à Bruxelles au sein du Parlement européen et, après avoir présenté, devant la Commission des pétitions, un rapport de l’Institut suisse de droit comparé adressant quelques propositions pour la réforme du Règlement Bruxelles II-bis, j’ai été approché par un homme, la quarantaine, qui s’est dit représentant d’une association de pères qui avaient subi le nationalisme des puissants *Jugendämter* allemands. Il m’a tenu à peu près le propos que voici: «*Dès qu’un parent est allemand, l’autre a peu de chances de se voir attribuer la garde. Les juges allemands suivent systématiquement les recommandations des Jugendämter. Et les Jugendämter poursuivent une ‘germanisation’ des enfants franco-allemands, italo-allemands, hispano-allemands, polono-allemands... Vous devez faire quelque chose!*». «*Germanisation*» ... Il a employé ce terme deux fois en quelques minutes. Il n’est pas rare que les conflits de décisions émanant de l’Etat A et de l’Etat B sur la garde d’un enfant binational puissent leur source dans un conflit de rapports d’expertises psycho-sociales établis par les services de protection de l’Etat A et de l’Etat B. Ce *biais* — le risque d’une telle «*partisanerie*» — n’affecte en revanche pas le travail du Service social international qui, justement, est un organisme «*sur-étatique*», trans-étatique, pouvant travailler à la coordination inter-étatique sans dépendre de l’un des Etats en présence.

Ensuite, qu'il relève de l'essence de l'arbitrage international de résoudre des conflits entre *intérêts privés* uniquement — typiquement entre sociétés commerciales — voilà qui est démenti par l'histoire, ancienne et récente, de ce mode de résolution des litiges. L'arbitrage dit de l'«Alabama», dont on sait qu'il a inauguré le succès de Genève comme place privilégiée à cet égard, opposait les Etats-Unis et la Grande Bretagne: il y allait d'un conflit d'intérêts *étatiques*<sup>45</sup>. Est-ce que le piémontais Federico Sclopis — qui présidait ce vénérable collège — et ses partenaires étaient des juges *privés*?<sup>46</sup> S'ils l'étaient, cela ne les a pas empêché d'arbitrer un conflit à composante interétatique *exclusive*. Pourquoi alors des juges arbitraux seraient mal positionnés pour trancher un conflit à composante inter-étatique *modérée* — subsidiaire, avons-nous dit — tels ceux qui nous occupent?

Songeons aussi à la diffusion de l'arbitrage de *droit public*, de *droit administratif*<sup>47</sup> et de *droit fiscal*. En ce qui concerne ce dernier, notons que la nouvelle génération de traités contre la double imposition, sous l'impulsion de l'Organisation pour la coopération et le développement économique (OCDE), comporte une clause d'arbitrage international. Prenons le traité que l'Italie a conclu avec le Liban, entré en vigueur en 2011. Supposons qu'une personne possède des activités professionnelles à la fois en Italie et au Liban et voyage constamment d'un Etat à l'autre. Supposons que chacun des deux Etats «*partenaires*» considère que la résidence de cette personne se trouve sur son propre territoire de manière à pouvoir exercer la compétence fiscale. Chaque Etat essaye de «*tirer l'eau à son moulin*» car, comme le moulin a besoin d'eau, l'Etat a besoin d'argent. Il est de bonne guerre. Seulement, pour résoudre ce conflit italo-libanais de résidences fiscales, et pour épargner à cette personne, dont la vie se déploie transterritorialement, un conflit italo-libanais de compétences et de lois fiscales, l'Italie et le Liban ont prévu le recours à un tribunal international arbitral. Lequel, bénéficiant d'un angle de vue sur-étatique, «*équidistant*» par rapport aux perspectives propres aux autorités fiscales mono-nationales, tranchera une fois pour toutes, d'une manière qui lie en principe les deux Etats et leurs organes, avec donc une efficacité bi-territoriale, en retenant la résidence

---

45 Pour un compte rendu récent, v. BINGHAM T. Les audiences se sont déroulées en juillet 1872 dans une salle de l'Hôtel de Ville, connue aujourd'hui sous le nom de «*Salle de l'Alabama*», celle-là même où quelques années auparavant, le 22 août 1864, avait été signée la Convention de Genève, acte fondateur du Comité international de la Croix-Rouge.

46 La veille de Pâques de l'année 2017, en me promenant sous les arcades de la préfecture de Turin qui ouvre sur l'élégante place du Château («*Piazza Castello*»), j'ai découvert une place commémorative dédiée au Comte Federico Sclopis di Salerano (1798-1878) et évoquant, parmi les «*nobili ricordi*» qu'il laissa de soi, le fait que «*presiedette il Congresso degli arbitri che pacificò l'Inghilterra e gli Stati Uniti*».

47 V. MCGREGOR E.

de notre personnage dans l'un ou l'autre Etat. On voit mal pourquoi il ne serait pas possible d'organiser un mécanisme semblable pour trancher le conflit entre deux résidences futures hypothétiques d'un enfant dont la vie se distribue sur le territoire de deux Etats, lorsque chacun des parents — et, subsidiairement, des deux Etats intéressés — essaye de «tirer» l'enfant vers lui et insiste pour que la résidence de l'enfant soit fixée auprès de lui, sur «son» propre territoire.

Rappelons, en quatrième lieu, l'arbitrage qui est en cours entre l'Italie et l'Inde dans l'affaire dite des marins italiens («*marò*» en argot italien) qui, à bord du navire *Enrica Lexie*, auraient provoqué la mort de deux pêcheurs indiens<sup>48</sup>. Cinq membres forment le collège compétent — sous les auspices de la Cour permanente d'arbitrage — pour trancher cette controverse inter-étatique portant sur la question de savoir si c'est à l'Inde ou à l'Italie que revient l'exercice de la juridiction pénale à l'égard des deux militaires en question. Dès lors qu'un tribunal international arbitral a le pouvoir de trancher un désaccord inter-étatique au sujet d'une question de droit *pénal* international, pourquoi ne pourrait-on pas lui confier le pouvoir de trancher un désaccord inter-étatique sur la manière de trancher le désaccord entre deux parents au sujet de la garde d'un mineur binational, question dont il est communément admis qu'elle tient au droit international *privé*?

Evoquons encore le développement spectaculaire de l'arbitrage dit d'«*investissement*» qui oppose (en simplifiant un peu) un particulier, l'investisseur, à un Etat. C'est précisément parce que l'Etat peut avoir un *intérêt* dans le contentieux résultant de telles opérations que l'on permet à l'investisseur de se soustraire aux juges mono-nationaux de cet Etat — qui, en tant qu'organes d'une partie en cause, sont «*parties d'une partie*» et par-là affectés de partialité — et s'adresser, pour obtenir justice, à un tribunal international arbitral<sup>49</sup>. Voilà qui semble bien confirmer, non seulement que la présence d'un intérêt étatique n'est pas incompatible avec la justice internationale arbitrale, mais bien

<sup>48</sup> Les audiences ont eu lieu au mois de juillet 2019. Pour accéder aux écritures déposées jusque-là par les deux parties, v. <<https://pca-cpa.org/en/cases117>>

<sup>49</sup> Le tribunal compétent au niveau de l'appel devrait lui aussi être transnational. C'était le cas dans le système des «*tribunaux mixtes*» d'Egypte: la glorieuse «*Cour d'appel mixte*», dont le siège était à Alexandrie, disposait d'une composition non moins multinationale que celle des trois tribunaux mixtes administrant la justice en première instance. Il en est également ainsi aujourd'hui du «*Comité ad hoc*» («*ad hoc committee*») de trois membres compétents pour statuer sur le recours (en la forme d'une requête en annulation), formé à l'encontre des sentences prononcées par les tribunaux d'investissements en vertu de la Convention pour le Règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, du 18 mars 1965 (Convention de Washington de 1965 – RS 0.975.2). En revanche, l'arbitrage commercial est marqué par un retour à la *mono-nationalité* du tribunal *en degré d'appel* car le recours contre la sentence est normalement formé devant les tribunaux judiciaires mono-nationaux de l'Etat du siège (soit une cour d'appel — comme en Italie — soit la cour suprême, comme en Suisse).

au contraire, que la présence d'un tel intérêt peut rendre plus impérieux encore le recours à une telle justice «*sur-étatique*». C'est ce que confirme aussi, si besoin était, le mécanisme de règlement des différends figurant dans le projet d'«*accord institutionnel*» entre la Suisse et l'Union européenne dont il a tant été question ces derniers mois<sup>50</sup>. C'est bien à un *tribunal arbitral*, parfois qualifié de «*mixte*» ou «*paritaire*», «*indépendant*» des parties en litige — ou en tout cas *également dépendant* de l'une et de l'autre: cela suffit — qu'il est envisagé de soumettre de tels désaccords interétatiques lorsque les échanges de vue au sein des «*comités mixtes*», eux aussi paritaires et formant la première instance de la procédure de résolution de ces désaccords, ne parviennent pas à les surmonter<sup>51</sup>.

10. — Si l'on décide d'ouvrir l'accès à un tribunal transnational pour *surmonter* un conflit de justices étatiques, pourquoi ne pas permettre aux intéressés de s'y adresser dès le départ, et pour *conjurer* un tel conflit? On épargnerait à l'enfant, aux parents et aux collectivités une multitude de procédures souvent inutiles et mêmes dommageables. On éviterait un gaspillage de ressources collectives — humaines et financières — en réduisant la durée, les tensions, le mal-être qui en résultent<sup>52</sup>.

Parmi les bienfaits que promet de procurer un tel régime, j'en citerai un supplémentaire. On se souviendra du geste désespéré de Madame Sneersone, qui a enlevé Marko de Rome pour l'emmener à Riga. Pourquoi l'a-t-elle fait? S'il est difficile de généraliser, l'une des raisons qui, statistiquement, poussent un parent à l'enlèvement, c'est qu'il sent qu'il n'obtiendra pas justice devant les juges, pour lui étrangers, de la résidence actuelle de l'enfant. L'auteur d'un enlèvement réagit souvent à ce qu'il perçoit comme une *injustice* — à un système qu'il tient pour injuste — en commettant une «*contre-injustice*», une injustice *égale et contraire*, motivée à ses yeux par la première injustice et destinée à la

---

<sup>50</sup> Accord facilitant les relations bilatérales entre l'Union européenne et la Confédération suisse dans les parties du marché intérieur auxquelles la Suisse participe, version qualifiée de *finale* du 23 nov. 2018 (disponible sur le site du DFEA: <[www.eda.admin.ch](http://www.eda.admin.ch)>).

<sup>51</sup> Protocole III sur le Tribunal arbitral, qui forme partie de l'Accord institutionnel (v. note précédente); pour un commentaire, v. Département fédéral des affaires étrangères, *Accord institutionnel Suisse-EU, Document explicatif*, 19 janv. 2019 (disponible sur le site du DFEA: <[www.eda.admin.ch](http://www.eda.admin.ch)>), B.2.1.3, p. 8-9.

<sup>52</sup> On aura également épargné aux juges mono-nationaux la frustration résultant de l'exercice d'une compétence internationale qui, non seulement risque d'être largement inutile, car pouvant entrer en conflit avec le même exercice égal et contraire par les juges de l'autre Etat cointéressé, mais peut même faire du mal à l'enfant, concourir à son mal-être, au lieu de lui faire du bien, de concourir à son bien-être. Le fait est que les juges étatiques se disent eux-mêmes souvent «*dépassés*» par ce contentieux transfrontalier car, précisément, celui-ci «*dépasse*» les frontières de leur pouvoir d'*imperium* pour s'inscrire dans un espace binational échappant largement à leur contrôle.

neutraliser<sup>53</sup>. Comme le rappelle Giuseppe Chiovenda, le fondement du contrat social, qui se traduit par la renonciation de chacun des membres de la communauté au droit de se faire justice soi-même, ne vaut que dans la mesure où chacun de ses membres se voit offrir l'accès à la justice publique<sup>54</sup>. Si la garantie d'un juge impartial et indépendant — autrement dit d'une justice véritablement *super partes* — est dénié, la renonciation à se faire justice soi-même perd sa contrepartie, et donc sa justification la plus puissante.

Madame Sneersone voulait sûrement éviter d'être confrontée à la *justice mono-nationale italienne*. Elle sentait qu'un tribunal de composition «italo-italienne», exerçant la justice au nom de la «République italienne» et du «peuple italien» risquait d'être *biaisé*, qu'il ne disposerait pas de la hauteur de vue nécessaire pour statuer en connaissance de cause sur un contentieux où les deux collectivités étatiques intéressées, italienne et lettone, pouvaient avoir — justement — un «*intérêt*» dans la cause, et seraient par conséquent parties à la cause, encore que subsidiaires, avons-nous dit. Et pourquoi Monsieur Campanella ne s'est pas soumis à une procédure à Riga mais a tout fait pour ramener le litige dans le giron des tribunaux italiens? Il a dû se dire: «*J'ai peu de chances de l'emporter face à une mère lettone devant un tribunal letton qui administre la justice au nom de la République de Lettonie*». Et les faits lui ont donné raison. Dès le début de l'entretien auquel j'ai déjà fait allusion, Isabelle Neulinger a expliqué ce que je soupçonnais à vrai dire déjà: c'est-à-dire que le tribunal israélien s'était montré dès le départ du «*côté*», sinon du père, du moins de la collectivité israélienne. Et qu'en raison également de la politique démographique poursuivie par Israël, il n'aurait jamais autorisé la mère d'un enfant israélien, fils d'un père israélien, à quitter Israël et s'installer en Suisse avec la mère contre la volonté du père. C'est pourquoi, elle a commencé à développer le désir, et le plan, d'échapper à la justice israélienne qu'elle percevait comme «*partisane*», c'est-à-dire comme impuissante à juger l'affaire, à statuer avec la sérénité et l'objectivité nécessaires sur la requête d'autorisation du changement de résidence de Noam, d'Israël vers la Suisse. La justice mono-nationale devant *se récuser* mais ne se récusant pas — ne pouvant pas se récuser —, il ne reste qu'à la récuser soi-même, en se plaçant en dehors de son pouvoir de contrainte.

Si l'on fait évoluer la *mono-nationalité* du tribunal compétent vers une *binationalité* de celui-ci — ou une «*européanité*» au sein de l'Union européenne — le risque de partialité, et la perception du risque de partialité, devraient s'estomper. Madame Sneersone aurait eu moins

---

53 Henri Lacordaire ne disait-il pas que «*l'injustice appelle l'injustice, la violence engendre la violence*»?

54 CHIOVENDA G., n° 77.

de raison de déplacer Marko à Riga si elle avait pu, dès le départ, s'adresser à un tribunal letto-italien, un tribunal «*inclusif*», où elle aurait été représentée de manière égalitaire, ou bien à un tribunal européen à composition multinationale, pour demander l'autorisation de déménager avec son fils en Lettonie. Il en va de même de Doris Povse et Isabelle Neulinger — comme l'une et l'autre l'ont volontiers admis: si elles s'étaient vues reconnaître le droit de solliciter d'un tribunal italo-autrichien (ou d'un tribunal européen), respectivement d'un tribunal helvético-israélien la permission de se déplacer avec Sofia et Noam, respectivement, de l'Italie en Autriche et d'Israël en Suisse.

Je me permets d'insister: la *simple garantie du bénéfice d'un tribunal binational promet de réduire le nombre d'enlèvements d'enfants, car elle en supprime l'un des mobiles les plus puissants*. Dans la mesure où l'enlèvement traduit une contre-injustice, issue de la perception d'une injustice antérieure — l'absence d'un tribunal «*équidistant*» des parents et des collectivités intéressées, qui assurerait neutralité et «*superpartialité*» —, si l'on élimine cette première injustice, on peut espérer conjurer le spectre de cette deuxième (contre-)injustice. S'il est utopique de croire que l'on puisse éliminer les déplacements illicites d'enfants d'un Etat à un autre, il n'en demeure pas moins qu'il est fondamental d'essayer de les faire décroître et que c'est là l'objectif premier poursuivi par la CLaH80 et la centaine d'Etats qui l'ont ratifiée. Le constat qu'il est impensable de parvenir à éliminer les accidents de la route dispense-t-il les pouvoirs publics d'œuvrer pour que leur nombre, leur gravité et les coûts qui en résultent pour la collectivité soient constamment réduits? Les coûts induits par les enlèvements et pesant sur les collectivités étatiques donnent le vertige: il n'est pas rare que jusqu'à *cinquante* professionnels s'affairent dans les deux Etats concernés pour tenter d'en pallier les conséquences, souvent en vain<sup>55</sup>.

11. — Mais il y a plus. J'ai déjà signalé que la crainte d'un enlèvement international, et la crainte qu'en cas d'enlèvement, l'«*Etat-refuge*» ne prescrive pas le retour de l'enfant mais «*ratifie*» le résultat du déplacement illicite, «*légalisant*» ainsi, de son point de vue, la nouvelle résidence de l'enfant sur son territoire, conduisent, dans un certain nombre de cas, le tribunal mono-national de l'Etat sur lequel l'enfant se trouve — et sur lequel réside le parent auquel les autorités ont confié la garde — à prohiber à l'enfant de quitter son territoire. C'est bien ce qui est arrivé

---

<sup>55</sup> Que l'on pense au personnel des tribunaux, civils mais parfois aussi pénaux, des autorités centrales, des services de protection des mineurs, nationaux et internationaux (tels le Service social international), de la police, d'Interpol, des ambassades et consulats, du ministère public, et puis encore aux curateurs de l'enfant, aux pédopsychiatres, aux médiateurs, aux avocats, etc., dans l'un et l'autre Etat. Les salaires et l'équipement de toute cette armée de professionnels sont assez largement financés par l'argent public.

à Naël: craignant un non-retour en Suisse s'il était autorisé à séjourner au Liban avec son père pendant les vacances scolaires, le juge suisse lui a retiré le passeport, empêchant ainsi un tel séjour. Seulement, on l'a évoqué<sup>56</sup>, l'interdiction de sortir du territoire infligée à un enfant innocent atteint gravement sa liberté de mouvement multinational, en «*gelant*» son droit subjectif de se rendre dans son propre pays (l'un de ses pays) et de rendre visite à son autre parent et l'autre partie de sa famille qui y résident. Conséquence — je l'ai déjà relevé<sup>57</sup> — contraire à la Convention des Nations Unies de 1989 et, ajoutons maintenant, dans l'Union européenne, au principe fondateur de la liberté intra-européenne de circulation des personnes. Et conséquence souvent vécue comme injuste par le parent qui la subit, et parfois par l'enfant lui-même. Une telle injustice, la perception d'une telle injustice, puise sa justification, aux yeux de l'Etat qui adopte la mesure extrême qui l'entraîne, dans la volonté de combattre, en la prévenant, la «*contre-injustice*» que constitue, dans la perspective de cet Etat, l'enlèvement de l'enfant vers l'autre Etat intéressé. Il s'agit en somme, si l'on me passe l'expression un peu déroutante, d'une «*contre-contre injustice*», d'une mesure adoptée pour neutraliser la menace de cette autre contre-injustice que constitue l'enlèvement, laquelle à son tour réagit à la perception de l'*iniquité d'origine*, c'est-à-dire l'absence d'un tribunal géographiquement et culturellement «*équidistant*» des parents et *superpartes* par rapport aux deux collectivités intéressées. L'accès à un tribunal binational, éliminant à la racine cette *première* injustice, élimine la source d'incitation au déplacement international, c'est-à-dire la source de la *seconde* injustice, et par conséquent supprime également la tentation de prononcer l'interdiction de quitter le territoire, source de la *troisième* injustice.

Revenons une fois de plus à Naël. Dès lors que ses parents ont le loisir de compter sur un tribunal helvético-libanais, sans qu'il importe que Naël se trouve en Suisse ou au Liban, le tribunal helvético-libanais, saisi par la mère en Suisse — où se trouve la dernière résidence habituelle de Naël — n'aura le plus souvent pas de raison de lui retirer le passeport, ne serait-ce qu'à titre de mesure provisoire, pour l'empêcher de se rendre au Liban et rendre visite à son père. Car au cas où le père se risquerait à ne pas le ramener en Suisse, il appartiendrait à ce même tribunal helvético-libanais, en principe identiquement composé — et non pas à un tribunal uniquement libanais — de réagir et de lui ordonner, pour être cohérent avec sa décision antérieure, de l'y ramener, au besoin en sanctionnant le comportement. Et comme la probabilité que le Liban «*ratifie*» la nouvelle résidence de l'enfant auprès du père est

---

<sup>56</sup> *Supra*, notes 10 et 31.

<sup>57</sup> *Supra*, notes 10 et 31.

en principe négligeable, le dernier mot, même du point du Liban, revenant à ce tribunal helvético-libanais (qui a par hypothèse fixé la résidence de Naël à Genève), la probabilité que le père enlève ou retienne illicitement l'enfant est aussi négligeable<sup>58</sup>. Tant et si bien que la mesure extrême de l'interdiction de quitter le territoire suisse devient inutile, et en tout cas largement disproportionnée. On mesure le bienfait qu'en retirerait Naël sous l'angle de l'effectivité de son droit subjectif de maintenir des contacts directs avec ses deux parents, et avec les deux familles, et d'avoir non seulement une résidence *principale* en Suisse auprès de la mère mais également une résidence *secondaire* au Liban auprès du père.

Notons que l'enchaînement des injustices que provoque le régime actuel — qui voit pour seuls juges compétents des juges mono-étatiques — compte un «anneau» supplémentaire. Une fois que l'Etat-refuge a donné son *placet* au non-retour de l'enfant et qu'il l'a confié au parent qui l'a enlevé, «*légalisant*» tout autant le déplacement que la nouvelle résidence de l'enfant, celui-ci aura souvent les plus grandes des difficultés à rentrer et séjourner, ne serait-ce que pendant quelques jours, dans l'Etat de sa résidence antérieure, afin de maintenir des contacts avec le parent «*abandonné*» («*left-behind*») qui, le plus souvent, continue d'y vivre. Il arrive en effet que pour cet Etat, le déplacement reste illégal alors même que l'Etat-refuge l'a ultérieurement validé; par conséquent, le parent «*abandonné*» continue à avoir, du point de vue de cet Etat, le droit de garde et peut légitimement retenir l'enfant qui viendrait à se trouver de nouveau sous son empire territorial. Pour se prémunir contre l'éventualité d'un non-retour, l'Etat-refuge est alors tenté d'empêcher l'enfant de remettre ses pieds sur le territoire de l'Etat où il résidait antérieurement. Nouvelle interdiction de quitter le territoire, mais en sens inverse. Que l'on pense au cas de Noam Shuruk. Dans un premier temps, Israël a prohibé à la mère, Isabelle Neulinger, de se

---

<sup>58</sup> Pour s'exprimer autrement, le parent qui se résout à «*soustraire*» son enfant à l'autre parent est souvent motivé par la perspective du changement qui en résulte de la composition, et de la nationalité, du tribunal dans l'orbite territoriale duquel se trouvera l'enfant et qui, partant, détient le dernier mot. Le déplacement de l'enfant du territoire souverain de l'Etat A au territoire souverain de l'Etat B a pour conséquence que le sort de l'enfant est à son tour transféré des mains des juges de l'Etat A aux mains des juges de l'Etat B, de l'orbite territoriale où s'exerce le pouvoir de contrainte de l'Etat A à l'orbite territoriale où s'exerce le pouvoir de contrainte de l'Etat B. Un parent est souvent tenté par l'enlèvement car, avons-nous dit, il perçoit les juges de l'Etat A comme *hostiles* et les juges de l'Etat B comme de potentiels *alliés*. Mais si l'on fait en sorte que le déplacement de l'enfant de l'Etat A vers l'Etat B demeure *sans influence* sur la composition du tribunal compétent pour statuer — car il s'agira toujours d'un tribunal qui compte un membre de l'Etat A et un membre de l'Etat B —, tout à la fois la  *Crainte* d'avoir affaire à des juges *hostiles* et l'*espoir* d'avoir affaire à des juges *alliés* devraient disparaître et, avec elles, la double incitation à l'enlèvement que l'une et l'autre constituent. Si bien qu'il y a des chances que celui-ci reste *en puissance*, ne soit pas traduit *en acte*. C'est là, bien sûr, le but de la *prévention* à laquelle aspire au premier chef la CLaH80.



rendre avec Noam à l'étranger, spécialement en Suisse, de crainte qu'une fois en Suisse, elle ne retourne plus en Israël. Première interdiction de sortie, d'Israël vers la Suisse. La mère parvient, on l'a rappelé, à l'emmener à Lausanne éladant l'ordre du juge de Tel Aviv et la surveillance des autorités israéliennes. Le rapatriement de Noam vers Israël n'intervient pas, notamment à la suite de la décision de la Grande Chambre de la Cour de Strasbourg, laquelle estime qu'un tel rapatriement serait contraire aux droits humains. Noam, à partir du moment où il a mis son pied en Suisse, c'est-à-dire depuis ses deux ans — aujourd'hui il en a quinze<sup>59</sup> — n'a en pratique jamais pu voyager en Israël, qui reste sa «*patrie*», son *Vaterland*. Cela fait donc treize ans qu'il n'a pas pu revoir en Israël le père dont il porte le nom, Shuruk, et sa famille paternelle. Le fait est que, pour Israël, le transfert en Suisse était et reste illicite, peu importe que la Suisse ait dû par la suite le valider. Donc si Noam devait se trouver sur sol israélien — pour citer Isabelle Neulinger — «*la police israélienne ne le laisserait pas s'échapper une seconde fois*», c'est-à-dire pourrait bien l'empêcher de retourner en Suisse auprès de sa mère conformément à la décision israélienne, qui est encore en vigueur<sup>60</sup>. D'où la deuxième interdiction — en tout cas l'impossibilité factuelle — de quitter le territoire, ici le territoire suisse pour se rendre en Israël, afin de conjurer une troisième interdiction de sortie, à nouveau d'Israël vers la Suisse. Il n'en demeure pas moins que cette deuxième interdiction de sortie entraîne en soi une injustice, à l'égard de Noam et aussi du père, c'est-à-dire une nouvelle violation des droits de Noam tels que consacrés par la Convention des Nations Unies de 1989, à laquelle ont pourtant adhéré la Suisse et Israël. Or, le simple fait que les intéressés puissent saisir un tribunal helvético-israélien devrait avoir pour effet d'éviter aussi bien la première interdiction de sortie, d'Israël vers la Suisse, que la seconde interdiction de sortie, de Suisse vers Israël, et logiquement aussi la troisième interdiction de sortie. Dès lors que la décision au sujet de la responsabilité parentale est unique et «*binationale*», elle a en principe une efficacité «*bi-territoriale*» et Noam ne court plus le risque d'un désaccord interétatique entre la Suisse, l'Etat de sa mère, qui lui dirait: «*Ta résidence légitime est dorénavant en Suisse*» et Israël, l'Etat de son père, qui lui dirait «*Ta résidence légitime est — et continue d'être — Israël*». Nul besoin d'empêcher un mineur binational de mère suisse et de père israélien — «*enfant*» de l'un et l'autre pays — d'exercer son droit subjectif de voyager librement, au besoin accompagné, entre

---

<sup>59</sup> Noam est né le 10 juin 2003; la mère a quitté le territoire israélien avec lui le 24 juin 2005.

<sup>60</sup> Et si la mère, qui a également la nationalité israélienne (en sus des nationalités suisse et belge) devait se trouver sur territoire israélien, elle est punissable d'une peine sévère en Israël pour enlèvement international d'enfant et désobéissance à un ordre du juge.

sa *mère-patrie*, la Suisse, et son *Vaterland*, Israël, entre la résidence de sa *mère* à Lausanne et la résidence de son *père* à Tel Aviv. Droit subjectif que la Suisse et Israël, du fait de leur désaccord, ont méconnu pendant treize ans, c'est-à-dire pendant pratiquement toute la vie de Noam — désormais adolescent — et qu'ils méconnaissent encore aujourd'hui.

12. — La garantie du bénéfice d'un juge transnational est susceptible non seulement de réduire les enlèvements d'enfants mais, plus généralement, de réduire les conflits au sein des familles transnationales. Le fait que les tribunaux mono-nationaux soient les seuls à disposition des membres de celles-ci finit par *stimuler la litigiosité des parents*. La  *Crainte de perdre la course vers le juge («race to the courthouse»)* et d'être désavantagé dans la détermination de la résidence future de l'enfant, d'une part, et d'autre part, l'*espoir* d'obtenir une plus grande bienveillance du juge mono-national de sa propre culture, nationalité, religion et résidence, incitent les parents à une judiciarisation rapide de leurs dissensions. Un désaccord, qu'il serait possible de surmonter moyennant le dialogue ou la médiation, s'aggrave lorsque les juges et avocats sont saisis, surtout lorsque le for est choisi par le parent qui l'a saisi afin d'obtenir un avantage que l'autre parent estime inéquitable. Les choses s'enveniment. Les parents se muent en adversaires. La crise se radicalise. Pour rééquilibrer tant bien que mal la situation, le parent défendeur saisit à son tour l'autre juge mono-national ou s'oppose auprès de ce dernier à la reconnaissance de la décision rendue par le juge saisi par le parent adversaire, qu'il estime affectée de partialité et donc injuste. Les procédures se multiplient. La bataille *escalade* sous l'angle de l'intensité, des coûts, de la durée, des séquelles qu'elle laissera, inévitablement, sur la santé, physique, psychologique et financière, des personnes et des collectivités intéressées.

Si l'on offre l'accès à un tribunal *sur-étatique* au sein duquel les deux parents sont représentés d'une manière paritaire, reflétant les deux identités géographiques, culturelles, linguistiques, parfois religieuses de la famille, on élimine tout autant la *«prime»* pour celui qui prend le premier l'initiative judiciaire que la pénalisation de celui qui cherche à renouer le dialogue en vue d'une solution concertée. La judiciarisation du conflit restera, dans un certain nombre de cas en tout cas, *virtuelle*: ou bien le litige ne surgit pas ou bien il est résolu à l'amiable. Moins de conflictualité, moins de procès, plus d'affaires où les parents trouvent un compromis sans porter la question devant le juge, par hypothèse transnational, ou lui demandent simplement d'homologuer un tel accord, sans donc mettre en mouvement des machines judiciaires onéreuses pour tout le monde et sans s'infliger et infliger aux enfants des années de luttes qui peuvent se révéler tout aussi acharnées qu'autodestructrices. La multi-nationalité du tribunal travaille d'abord à la *prévention des*

*litiges*, premier objectif du droit privé, et donc à la *déconflictualisation* et à la *déjudiciarisation* des relations humaines. L'intérêt de l'enfant n'en aura qu'avantage, tout comme l'intérêt bien compris des parents et des collectivités impliquées.

Comme le rappelait Pierre Lalive: le premier objectif poursuivi par deux parties quand elles négocient une clause d'arbitrage — quand elles prévoient ensemble un mécanisme de résolution de leurs éventuels litiges qui est tel que chacune pourra concourir à former le tribunal qui en sera chargé, de manière à en assurer équidistance et supernationalité — est de *diminuer les probabilités* qu'un litige les opposera. Prévention du *conflit de juridictions*, dissuasion de la course vers le for, du «*forum shopping*». La première fonction à laquelle aspire la démarche assurant l'accès à un tribunal transnational est «*déconflictualisatrice*» et *pacificatrice*: réduire les conflits et encourager les parties à surmonter elles-mêmes les différends. John Fitzgerald Kennedy ne disait-il, au comble de la guerre froide, que «*seulement lorsque nos armes seront fortes au-delà de tout doute, nous serons certains au-delà de tout doute que nous n'aurons pas à les utiliser*»?<sup>61</sup> Rappelons aussi, et avec peut-être plus de pertinence, la maxime inscrite sur la façade du Palais de la Paix à La Haye<sup>62</sup>: «*Si tu veux la paix, cultive la justice*» («*si vis pacem, cole iustitiam*»). Si les collectivités étatiques souhaitent garantir la paix au plus grand nombre de celles et ceux de leurs membres qui composent des familles transnationales, elles se doivent de «*cultiver*» la justice; et la recherche de la justice, dans un domaine où la dimension inter-étatique est présente, requiert la création d'un régime d'administration de justice qui est sur-étatique, multinational, indépendant des Etats, ou dépendant d'eux de façon égale, équidistant, fédérateur, inclusif.

13. — Le schéma de base organisé par la CLaH96, en vigueur dans environ un quart des Pays du monde (49), et suivi par le Règlement Bruxelles II-bis, qui a cours dans 27 Pays de l'Union européenne, voit certes, comme il est logique et naturel, impliqués dans le processus décisionnel autour du sort de l'enfant transnational les deux (ou plusieurs) Etats sur le territoire souverain desquels vit et vivra l'ensemble de la famille. Chacun de ces Etats, notamment les Etats de résidence des parents dont chacun est «*candidat*» à recevoir la résidence future, post-séparation, du mineur, a «*voix au chapitre*», détient le pouvoir de participer à la détermination du régime de garde et des relations personnelles. Seulement, les juges de ces deux Etats ne se prononcent pas

---

<sup>61</sup> Reflétant l'esprit de l'adage: «*Si tu veux la paix, prépare la guerre*» («*Si vis pacem, para bellum*»).

<sup>62</sup> Une telle maxime se retrouve également sur la première pierre du bâtiment abritant le siège de l'Organisation internationale du travail (OIT), récipiendaire du Prix Nobel pour la Paix en 1969: v. SENGHAAS-KNOBLOCH E.

ensemble, en même temps, conjointement et collégalement, mais bien de manière disjointe, chacun de son côté, au moyen des décisions mono-nationales, rendues à des moments différents. L'Etat A statue au sein de l'instance *directe*, et s'il estime que la résidence habituelle se trouve sur son territoire, affirme et exerce la compétence, en fixant la résidence future du mineur. L'Etat B se prononce le plus souvent ultérieurement, au sein d'une instance *indirecte*, à la suite de la requête en reconnaissance ou en non-reconnaissance. Et il a le pouvoir de ne pas reconnaître la décision de l'Etat A en vertu de l'un des motifs légitimes de refus de reconnaissance, dont le premier concerne l'ordre public mono-national<sup>63</sup>. Il arrive cependant que l'Etat B se prononce lui aussi au sein d'une instance directe, à la suite de la non-reconnaissance dans l'Etat B de la décision de l'Etat A ou à la suite de l'enlèvement de l'enfant de l'Etat A vers l'Etat B, si l'Etat B n'ordonne pas le rapatriement du mineur en vertu de la CLaH80, comme dans le cas de Marko. Bref, d'abord se prononce l'Etat A, selon sa propre vision, mono-nationale, et donc «*partielle*», puis l'Etat B, selon sa propre vision, tout aussi mono-nationale, et donc tout aussi «*partielle*». Et comme chacun se prononce pour son propre compte et à des moments différents, les deux Etats, et les deux «*partialités*», peuvent s'exprimer en sens contraire et donner naissance à un conflit international de décisions, qui ouvre la voie à l'anarchie dans la vie internationale de l'enfant et de la famille.

Pourquoi alors ne pas faire en sorte que les organes judiciaires en tant que représentants des deux collectivités intéressées œuvrent de manière *conjointe* et non pas disjointe, *ensemble* et non pas chacun de leur côté? Il s'agirait simplement de *réunir* en un seul tribunal interétatique les juges, qui aujourd'hui ont le pouvoir de se prononcer disjointement au sein de tribunaux mono-étatiques différents, et leur permettre, et même leur prescrire, de travailler ensemble, de manière collégiale. On aura une seule procédure de première instance, et non pas deux. Une seule procédure d'appel, et non pas deux. Une seule décision finale bi-étatique, qui déploiera son efficacité bi-territorialement, la seule qui soit à même de créer des droits subjectifs et obligations, et non pas deux pseudo-décisions qui, du fait qu'elles sont en conflit, ne *règlent* rien mais *dérèglent* beaucoup et génèrent des conflits de droits subjectifs de garde et de visite qui marquent la négation du droit subjectif.

14. — Je pense, pour conclure, qu'ouvrir aux familles internationales l'accès à des tribunaux internationaux — arbitraux ou judiciaires —

---

<sup>63</sup> Article 23 de la CLaH96et article 23 Règlement Bruxelles II-bis.

c'est évoluer dans la voie du progrès<sup>64</sup>. Et concourir à rendre notre monde plus juste, plus paisible, plus prospère. Gageons que le nombre des enfants

64

Il semble bien que le droit d'accès à un tribunal transnational devrait revenir non seulement aux deux parents à la suite d'un accord, ou à l'un d'eux en vertu d'un accord parental antérieur, mais également à un seul parent en l'absence d'accord, un peu comme, aux États-Unis, la saisine des tribunaux fédéraux dans des situations de «diversity of citizenship» (diversité de résidence des plaideurs) dépend de la volonté de l'une ou de l'autre partie au litige. Il serait aussi approprié d'en ouvrir l'accès à l'enfant lui-même. Rappelons que le troisième «Protocole optionnel» à la Convention des Nations Unies de 1989, entré en vigueur au mois d'avril 2014, permet au mineur lui-même de saisir le Comité des Nations Unies pour les droits de l'enfant en lui adressant des «réclamations» relatives à des violations, commises par les États qui y ont adhéré, aux droits subjectifs qui lui sont reconnus par la Convention. La situation dans laquelle se sont trouvés Naël et Marko, Noam et Sofia est incompatible — nous l'avons relevé: *supra*, notes 10 et 31 — avec nombre de ces droits subjectifs. Il n'est pas certain que s'il suffit de la volonté d'une seule partie individuelle pour le déclencher, un tel mécanisme juridictionnel sortirait de l'arbitrage: d'une part, l'«arbitrage forcé» est parfois une réalité, d'autre part et surtout, compte tenu de la dimension inter-étatique, certes subsidiaire, que peut revêtir le contentieux au sujet d'un enfant transnational, le principe du consensualisme serait en tout cas partiellement respecté dans la mesure où le mécanisme en question serait agréé par les États potentiellement en conflit entre eux au sujet du sort d'un enfant transnational et que chacun accepte, par anticipation, de s'y soumettre si l'une des parties individuelles — l'un des parents ou l'enfant — en fait la requête. C'est là une espèce de «bilateralisation» du mécanisme que consacrent les traités bilatéraux d'investissements, une espèce d'offre réciproque et croisée d'arbitrage que les États contractants s'adresseraient mutuellement. Ainsi, la Suisse et le Liban pourraient faire évoluer la «commission mixte» inscrite à l'Accord de 2006 vers un «tribunal mixte» que les deux États s'engageraient à former — et dont les deux États s'engageraient à respecter et mettre en œuvre sur leurs territoires la décision — si l'un des parents ou l'enfant expriment le désir que le litige soit tranché par un tel tribunal (*supra*, note 26). Je pense en tout cas qu'il est bon de ne pas s'arrêter à la surface des choses, aux étiquettes — «ça c'est de l'arbitrage, ça ce n'est pas de l'arbitrage» — qui, occultant largement la diversification des modes de justice arbitrale, empêchent parfois d'aller à l'essentiel des choses. Et l'essentiel est ici que les êtres humains — les parents et l'enfant — engagés dans une relation qui se déploie bi- ou multiterritorialement puissent compter sur un tribunal neutre et équidistant, sur-étatique, à composition multinationale, rendant la justice au nom de deux collectivités étatiques, à même de prononcer une décision ayant une efficacité directement bi- ou multiterritoriale. L'appellation d'un tel tribunal est une question en définitive secondaire. Il faudrait bien sûr éviter que pendant que les juristes, dont l'activité est souvent financée par les contribuables, débattent avec subtilité autour de la question de savoir jusqu'où s'étend le judiciaire et à partir de quand commence l'arbitral et se bagarrent à ce sujet, des enfants transnationaux continuent d'être coupés d'une partie de leur identité et de leur histoire du fait des désaccords entre les «pays» dont ils sont les «enfants» jusqu'à éprouver des tendances suicidaires, et que des parents sont éloignés de leurs enfants et vivent dans la détresse et développent un cancer, et que les contribuables de l'un et de l'autre États paient des millions pour des procédures qui se neutralisent réciproquement et encore des millions pour les traitements médicaux et le soutien psychologique que nécessitent les membres de ces familles déchirées. A l'échelle multilatérale, un nouveau protocole à la Convention des Nations Unies de 1989 pourrait constituer le siège naturel pour créer ces tribunaux à composition multi-nationale et en organiser la procédure. Il s'agirait de réaliser un pas de plus sur le chemin entrepris par les Nations Unies avec le troisième «protocole optionnel» qui vient d'être cité. Le Comité des Nations Unies pour les droits de l'enfant — auquel le protocole assigne déjà une mission quasi-juridictionnelle — pourrait fonctionner en tant que «comité d'appel» («appellate committee») en deuxième instance. Je pense cependant aussi qu'on marquerait déjà un progrès en offrant, pour les litiges internationaux concernant la garde et les relations personnelles, y compris la «relocation», l'accès à un tribunal international arbitral en vertu de la volonté concordante des parents, laquelle pourrait s'exprimer moyennant une clause d'arbitrage inscrite, par exemple, s'agissant de parents mariés, dans une convention pré- ou post-matrimoniale. Il faudrait bien sûr prévoir une série d'adaptations à la procédure suivie en matière commerciale en s'inspirant également de l'arbitrage d'investissements dont la composante inter-étatique est plus visible. Cf. le titre de la contribution de KENNETT W., «It's Arbitration, But Not As We Know It», cit. S'est-on au demeurant suffisamment avisé de ce que les avantages communément prêtés à l'arbitrage international — confidentialité, célérité, moindre conflictualité, préservation des rapports futurs entre les parties — ont une importance particulière dans le contentieux international au sujet de l'enfant? A ce propos, v. l'étude de MARCASTEL A.

ayant vocation à vivre transterritorialement — des Naëls, des Markos, des Noams, des Sofias, des Matildes... — ne cessera pas de croître à l'avenir de notre planète chaque jour plus «*intégrée*». Leur nier le droit à un tribunal «*sur-étatique*», «*équidistant*» de leurs parents et des collectivités nationales auxquelles ils appartiennent, intégrant la variété et la richesse de leurs origines, cultures, contextes sociaux, refuser de leur épargner les affres des procédures parallèles mono-nationales et des conflits entre l'«*Etat de leur mère*» et l'«*Etat de leur père*», c'est s'exposer — pour citer la mystérieuse dédicace du Petit Prince — à devoir tôt ou tard leur «*demander pardon*».

---

**BIBLIOGRAPHIE**

- BINGHAM T., *The Alabama Claims Arbitration*, 50 *International and Comparative Law Quarterly* 1 (2005)
- BLOKHUIS J., *Parents Patriae: A Comparative Legal Study of Sovereign Authority and Public Education in the Province of Ontario and the State of New York*, Dissertation University of Rochester, NY, 2009
- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. 1, Napoli, 1933, n° 12, cité par S. Guinchard / C. Chanais / F. Ferrand, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, 30<sup>e</sup>, Paris, 2010
- DEBOURG CL., *La contrariété des décisions dans l'arbitrage international*, Paris, 2011
- DE SAINT-EXUPERY A., *Le Petit Prince*, Reynal and Hitchcock, France, 1943
- DEL VECCHIO G., *Philosophie du droit*, Paris, 1953, rééd. Paris, 2004 (prés. D. Gutmann)
- GAILLARD E., *L'apport de la pensée française à l'arbitrage international*, *Journal de droit international*, 2006
- HANSSON M., *Les Tribunaux Mixtes en Egypte*, 5 *Nordisk Tidsskrift Int'l Ret* 104 (1934)
- HOYLE, M.S.W. *The Mixed Courts of Egypt 1938-1939*, 3 *Arab. L. Q.* 83 (1988)
- KAUFMANN-KOHLER G. / RIGOZZI A., *International Arbitration – Law and Practice in Switzerland*, Oxford University Press, 2016
- KENNETT W., *It's Arbitration, But Not As We Know It: Reflections on Family Law Dispute Resolution*, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 30, Issue 1, 1<sup>st</sup> April 2016, p. 1-31
- MARCASTEL A., *Le «private judging» comme mode alternatif de règlement des différends familiaux*, 2017
- MCGREGOR E., *L'arbitrage en droit public suisse. Une comparaison avec la France, les Etats-Unis et l'arbitrage d'investissements*, Zurich, 2015
- REISER A., *Propositions tendant à la régulation efficace des transitions familiales*, in *Ordre des avocats de Genève – Commission*

*ADR, Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, Zurich, 2018, p. 371 s.

REISER A., *Au nom de l'enfant – Se séparer sans se déchirer*, Ed. Favre, 2012

SENGHAAS-KNOBLOCH E., 'Si vis pacem cole justitiam' – Die programmatischen Herausforderungen des IAO-Konzepts für weltweit menschenwürdige Arbeit, artec-paper, Nr. 139 Januar 2007

---



# 5 Jahre Rechtsprechung zur gemeinsamen elterlichen Sorge



UNIVERSITÉ DE FRIBOURG  
UNIVERSITÄT FREIBURG

**Prof. Dr. iur.**

**Christiana Fountoulakis**

Lehrstuhl für Privatrecht, Universität Freiburg

# Gesetzliche Grundlagen (Art. 296 II ZGB)

- Seit 1. Juli 2014:
  - Prinzip der gemeinsamen elterlichen Sorge für das minderjährige Kind
    - Unabhängig vom Zivilstand der Eltern
    - Unabhängig davon, ob die Eltern zusammen leben oder getrennt/geschieden sind
    - Unabhängig davon, ob die Eltern die gemeinsame Sorge wollen oder nicht
    - Unabhängig davon, ob die Eltern (oder das Kind oder der Kindsvertreter) im Verfahren die gemeinsame Sorge beantragen oder nicht → *Offizialmaxime*
  - Ausnahme (Art. 298 I, 298b II, 298c ZGB):
    - Alleinige elterliche Sorge, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist

# Inhalt der elterlichen Sorge (Art. 301 ff. ZGB)

- Gesetzliche Vertretung des Kindes gegenüber Dritten
  - «im Rechtsverkehr» (vermögensrechtliche Rechtsgeschäfte)
  - Solange Kind urteilsunfähig ist: in der Ausübung seiner sog. höchstpersönlichen Rechte, soweit vertretungsfähig, z.B.
    - Medizinische Belange
    - Zustimmung zur Publikation von Fotos u.dgl.
    - Namensänderung
      - OGer Bern v. 14.12.2017: Mutter kann nicht allein beantragen, dass das Kind den Namen des neuen Ehemanns der Mutter annimmt (und auch kein Beistand zu ernennen wegen fehlender Kindeswohlgefährdung)
- Verwaltung des Kindesvermögens
- Entscheidungsbefugnis in wichtigen Belangen der Erziehung des Kindes
  - «strategische» Belange
  - Allgemeine und schulische Bildung, Religionszugehörigkeit [bis 16 Jahre], Musikunterricht ja/nein, sonstige Freizeitaktivität ja/nein, ...
- Seit 1.7.2014: Namensgebung (vgl. Art. 270a ZGB)
- Seit 1.7.2014: Aufenthaltsbestimmungsrecht des Kindes (vgl. Art. 301a ZGB)
- Seit 1.7.2014: bei Getrenntleben der Eltern: Alleinentscheidungsbefugnis des Elternteils, welcher das Kind gerade betreut, bei alltäglichen oder dringlichen Angelegenheiten oder wenn der andere Elternteil nicht erreichbar ist (Art. 301 Abs. 1<sup>bis</sup> ZGB)

# Wer keine elterliche Sorge hat ...

- ... hat folglich lediglich Unterhaltspflichten
- ... sowie Recht auf persönlichen Verkehr
- ... und Informations- und Auskunftsrecht
  - Recht auf Benachrichtigung über besondere Ereignisse im Leben des Kindes
  - Anhörung vor wichtigen Entscheidungen
  - Auskunft über Zustand und Entwicklung des Kindes

# Oberstes Leitprinzip: das Kindeswohl

- Art. 296 I ZGB: «Die elterliche Sorge dient dem Wohl des Kindes.»
- Vermutung, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl entspricht
- Vermutung kann durch Vorbringen gegenteiliger Tatsachen umgestossen werden

# Wann rechtfertigt sich die alleinige elterliche Sorge?

- BGer 5A\_89/2016 v. 2.5.2016
  - Es geht nicht um eine freie Überprüfung, ob dem Kindeswohl mit oder ohne gemeinsame elterliche Sorge «besser gedient» ist
- BGE 142 III 197
  - «Die Zuteilung ... der Alleinsorge muss die eng begrenzte Ausnahme bleiben für den Fall, dass [sie] eine Verbesserung der Lage ... verspricht»
- BGE 141 III 472 (leading case)
  - Alleinzuteilung der elterlichen Sorge bemisst sich nicht nach den Kriterien, die für den Entzug der elterlichen Sorge als Kindesschutzmassnahme gelten
  - Es muss also nicht zwingend ein Fall von Vernachlässigung, Gewalt, Krankheit, schwerer Verletzung der elterlichen Pflichten vorliegen (= fehlende Erziehungsfähigkeit)
  - Auch ein «heftig geführter Nachtrennungskonflikt, der sich zunehmend verstärkt, chronifiziert und auf die verschiedensten Lebensbereiche des Kindes erstreckt», kann ausreichen

# Nachtrennungskonflikt

- Neben der «fehlenden Erziehungsfähigkeit» zum wichtigsten «Kriegsschauplatz» geworden
- Konflikt der Eltern muss zu einer Beeinträchtigung des Kindeswohls führen
- Wann ist die Schwelle erreicht?
  - I.d.R. kindespsychiatrisches Gutachten, das eine psychische Störung beim Kind attestiert (BGer 5A\_903/2017 v. 17.5.2017: «psychisch angeschlagen»)
  - Nicht bereits «bei empfindlicher gestörter Kommunikation», «Kontakte zwischen den Eltern, die von Feindseligkeit und Unmut gezeichnet sind» (BGer 5A\_903/2017 v. 17.5.2017)
  - Nicht bereits, wenn Konflikt wegen Umzug ins Ausland ausbricht/sich verschärft (BGE 142 III 1: Wegzug der obhutsberechtigten Mutter nach Katar zu ihrem neuen Partner; BGE 142 III 56: Umzug nach Tunesien; KGer Wallis v. 23.2.2018: Wegzug des Vaters allein nach Italien)

# Aber auch: «Mindestmass an Übereinstimmung und an persönlichem Kontakt»

- BGE 142 III 197

- Vater beantragte gemeinsame elterliche Sorge für die inzwischen 6 Jahre alte Tochter, die er nicht mehr gesehen hatte, seit sie 16 Monate alt war
- Einseitige elterliche Blockade seitens der Mutter (Unterbindung Besuchsrecht)
- BGer: «Indem der Beschwerdeführer ... keinerlei physischen Zugang zum Kind hat und er weitgehend auch vom Informationsfluss über das Kind abgeschnitten sein dürfte, wäre das gemeinsame Sorgerecht eine bloss formale Hülse, welcher er inhaltlich nicht zu füllen wüsste»



# Aber auch: «Mindestmass an Übereinstimmung und an persönlichem Kontakt» (Fortsetzung)

- BGE 142 III 197 (Fortsetzung)

- Kindeswohl gebietet, die Alleinsorge der Mutter zu belassen (Frage, wer «schuld» ist am mangelnden Kontakt und der mangelnden Kooperation, darf keine Rolle spielen)
- Auch wenn Vater «gute Bindungstoleranz» attestiert wird
- Weiteres Argument des BGer: Vater habe «keinen Antrag auf alleinige Sorge gestellt» (aber: Offizialmaxime... !?)

→ bisher alleinbetreuender Elternteil kann durch Verweigerungshaltung eine Eskalation herbeiführen und so letztlich weiterhin die alleinige Sorge beanspruchen  
→ *in casu* hinzunehmen, weil gemeinsames Sorgerecht unvermeidlich zu behördlichen Interventionen führen würde, die nicht seinem Wohl entsprechen

# «Mindestmass an persönlichem Kontakt»

- BGer 5A\_214/2017 v. 14.12.2017
    - Kein gemeinsames Sorgerecht, wenn Vater zwei Jahre in Ausschaffungshaft sitzt und sein knapp 3-jähriges Kind erst nach seiner Wiedereinreise in die Schweiz wiedersieht
    - «Vater muss Bedürfnisse seines Sohnes kennen, um in gemeinsamer Verantwortung grundlegende Entscheide für seinen Sohn treffen zu können»
    - «im vorliegenden Sonderfall» erübrigt sich eine «tatsachenorientierte Prognose über das Zusammenwirken der Eltern»
- Kind verbleibt unter der Alleinsorge der – drogenabhängigen – Mutter

# Falls keine gemeinsame elterliche Sorge : Kriterien für Zuteilung der Alleinsorge

- Erziehungsfähigkeit der Eltern
  - Oft bei beiden vorhanden
  - Bsp. für fehlende Erziehungsfähigkeit: Mutter, die Aspergersyndrom des Sohnes nicht wahrhaben will, Sohn suizidgefährdet (BGer 5A\_305/2018 v. 15.5.2018)
- Wenn Erziehungsfähigkeit bei beiden Eltern vorhanden:
  - Ohne hierarchische Gliederung («Gesamtwürdigung»):
  - Bereitschaft, Kind in eigener Obhut zu haben (bei [vor-]schulpflichtigen Kindern)
  - Kooperationsfähigkeit
  - «Bindungstoleranz»
  - Stabilität der Verhältnisse
    - bei grösseren Kindern: gewohntes äusseres Umfeld (Schule, Freizeit, Freunde)
    - Bei kleineren Kindern (auch noch für 7-jährige): Wechsel bei betreuender Person vermeiden
  - Wunsch des Kindes (Anhörung im Prinzip ab ca. 6 Jahren)

# Bewilligung des Umzugs (Art. 301a ZGB)

- Elterliche Sorge umfasst Aufenthaltsbestimmungsrecht des Kindes
- Will der obhutsberechtigte Elternteil mit dem Kind umziehen, muss der andere Elternteil (bei gemeinsamer elterlicher Sorge) dem Umzug zustimmen, wenn
  - Umzug ins Ausland
  - Umzug «erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge *und* den persönlichen Verkehr durch den andern Elternteil hat»
    - *recte*: «oder» (BGE 142 III 502, 510: weil Umzug heutzutage nur selten Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge hat)
- Bei Verweigerung der Zustimmung zum Umzug können das Gericht oder die KESB angerufen werden
- Diese regeln, wenn nötig, auch die elterliche Sorge, die Obhut, den persönlichen Verkehr und den Unterhalt neu

# Bewilligung des Umzugs (Art. 301a ZGB)

- Gericht/KESB regelt, wenn nötig, auch die elterliche Sorge, die Obhut, den persönlichen Verkehr und den Unterhalt neu
- In der Sache kann Bewilligung des Umzugs des Kindes nicht losgelöst von der Frage beantwortet werden, welchen Einfluss der Umzug auf die Ausübung der Eltern-Kind-Rechte hat
- Bewilligung des Umzugs des Kindes setzt deshalb ein Minimum an handfesten Anhaltspunkten voraus («Konturen des Wegzugs müssen feststehen», BGE 142 III 502, 513)
  - Bisher gelebtes Betreuungskonzept
  - Welches Land, welche Umgebung
  - Bedürfnisse des Kindes
  - Angebotener Betreuungsumfang
  - Tatsächliche Betreuungsmöglichkeiten der Eltern angesichts der neuen Situation

# Bewilligung des Umzugs (Art. 301a ZGB)

Elternteil will mit Kind umziehen

Anderer Elternteil nicht einverstanden

└─┬─> Anrufen von Gericht oder KESB

Prüft:

- Umzug ins Ausland → zustimmungspflichtig
- Umzug innerhalb der Schweiz → Umzug «erhebliche» Auswirkungen auf Verhältnis des Kindes zum anderen Elternteil?

→ Kommt namentlich auf  
Betreuungsmodell an: geteilte Obhut?  
Ausgedehntes Besuchsrecht? (BGE 142  
III 502, Interlaken – Solothurn)

← zustimmungspflichtig

Darf umzugswilliger Elter das Kind mitnehmen?

→ Kindeswohl → Ausgangsbasis: gelebtes Betreuungsmodell

→ + weitere Kriterien → Konturen des Wegzugs müssen feststehen

↓ Kind darf mit ja/nein

# Bewilligung des Umzugs (Art. 301a ZGB)

- Prämisse: der obhutsberechtigte Elternteil darf wegziehen (Niederlassungs-, persönliche Freiheit)
  - Keine «Residenzpflicht», «Schweiz kein Müttergefängnis» (BGE 142 III 481, 490)
  - Behörde darf also zB nicht anordnen, dass eine geteilte Obhut gilt und die Eltern nicht wegziehen dürfen
- Gericht/KESB entscheidet nur, wo sich angesichts der neuen Umstände der Aufenthaltsort des Kindes befinden soll
  - Entscheidet sich nach dem Kindeswohl
  - Kriterien dieselben wie für Zuteilung der Alleinsorge bzw. der alleinigen Obhut (BGE 142 III 481, 492)
  - Erzieherische Fähigkeiten, persönliche Beziehung zwischen Kind und Eltern, Bereitschaft, Kind in Obhut zu haben und es weitgehend persönlich zu betreuen, Bedürfnis nach emotionaler und/oder äusserer Stabilität der Verhältnisse

# Bewilligung des Umzugs (Art. 301a ZGB)

- Faktischer Ausgangspunkt: bisher gelebtes Betreuungsmodell
- Hat wegzugswilliger Elternteil die Kinder bisher weitgehend selbst betreut, «wird es tendenziell zum Wohl der Kinder sein, wenn sie bei diesem verbleiben und folglich mit ihm wegziehen» (BGE 142 III 481, 493)
- Bei annähernd gleicher Betreuung, und sofern beide Elternteile weiterhin willens und in der Lage sind, «persönlich oder im Rahmen eines dem Kindeswohl liegenden Betreuungskonzeptes für das Wohl der Kinder zu sorgen», ist «die Ausgangslage gewissermassen neutral» (BGE 142 III 481, 493)
  - Dann spielen weitere Kriterien eine Rolle:
    - Alter der Kinder (Personenbezogenheit versus gewohnte Wohn- und Schulumgebung)
    - Umzug ins Heimatland bzw. zum neuen Lebenspartner oder vielmehr «Abenteuerlust»? Sprachkenntnisse vorhanden?
    - Je älter das Kind ist, desto wichtiger sind seine eigenen Wünsche, soweit mit konkreten Begebenheiten vereinbar
- Argument, Ex-Partner wolle mit Umzug dem anderen die Kinder «entziehen»?
  - BGer: «es entspricht keiner verbreiteten Realität, dass ein Elternteil ins Nichts wegzieht», sondern das hat meist Gründe
  - Falls aber wirklich ausnahmsweise schädliche Absicht → Bindungstoleranz des Wegziehenden in Frage gestellt → kann «Umteilung» des Kindes rechtfertigen (BGE 142 III 481, 494 f.)



# Bewilligung des Umzugs (Art. 301a ZGB)

- Falls umzugswilliger Elternteil bereits mit dem Kind umgezogen ist?
- BGer: Gericht hat stets von der aktuellen (= neu geschaffenen) Situation auszugehen
  - Vgl. z.B. BGE 142 III 502, 515 (Interlaken – Solothurn: Mutter während Rechtsmittelfrist unbewilligt mit Kind weggezogen), bestätigt in BGer 5A\_397/2018 v. 16.8.2018 (3 Jahre seit Umzug vergangen)
  - BGer 5A\_395/2017 v. 10.7.2018 (Zürich – Tessin)
- «vollendete Tatsachen» bei Umzug im Inland
- Bei Umzug im Ausland: je nachdem, ob Umzugsstaat Vertragsstaat des Haager Kindesentführungsübereinkommens ist oder nicht

# Neuregelung von elterlicher Sorge etc. wegen Umzugs

- Bei Uneinigkeit der Eltern → Gericht bzw. KESB entscheidet
- Elterliche Sorge kaum je geändert
- Wichtig:
  - Anpassung Besuchsrecht
  - Ev. Unterhalt (verändertes Lebensniveau, v.a. aber bei Änderung der Betreuung des Kindes)
  - Bei bisheriger geteilter Obhut? → Neuregelung notwendig
- Prozessuales: wenn es um Umteilung der Obhut geht, wird manchmal bis zur obersten Instanz gefochten
  - Frage: ist Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung zu versagen bzw. zu entziehen?
  - BGE 144 III 469: Eltern hatten geteilte Obhut, Mutter will von Brig nach Thun ziehen, Gericht erlaubt Umzug und ordnet Alleinobhut der Mutter an, Vater ficht Entscheid an
  - BGer: Rechtsmittel des Vaters muss grundsätzlich aufschiebende Wirkung zukommen (anders, wenn umzugswilliger Elternteil bereits vorher alleinige Obhut hatte)

# Alleinige oder geteilte Obhut

- Bei Getrenntleben: Obhut kommt grundsätzlich einem Elternteil allein zu
- Seit 1. Januar 2017 allerdings:
  - Pflicht der Gerichte resp. KESB, bei gemeinsamer elterlicher Sorge die Möglichkeit einer «alternierenden Obhut» zu prüfen
  - Nur auf Antrag eines Elternteils oder des Kindes (bzw. des Kindsvertreters)
  - Rechtliche Grundlagen: Art. 298 II<sup>ter</sup>, 298b III<sup>ter</sup> ZGB

# Zuteilung/Umteilung der alleinigen Obhut

- Selbe Kriterien wie für Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge, also:
  - Erziehungsfähigkeit der Eltern
  - Möglichkeit zur persönlichen Betreuung
  - Bindungstoleranz
  - Stabilität der Verhältnisse
- Zudem:
  - Grundsätzlich keine Trennung von Geschwistern, v.a. wenn geringer Altersabstand
    - Aber siehe BGer 5A\_488/2017 v. 8.11.2017: 14-jähriger will 5 Jahre nach Wegzug aus dem Wallis wieder zurück zu seinem Vater, wohingegen das 2 Jahre jüngere Geschwister bei der Mutter und deren neuem Partner in Österreich bleiben will
  - Wünsche des Kindes (je älter, desto mehr Gewicht; nicht hingegen «weniger Regeln und coolere Spielsachen», BGer 5A\_395/2017 v. 10.7.2018)

# Zuteilung/Umteilung der alleinigen Obhut

- Auch hier: es ist stets von den aktuellen Verhältnissen auszugehen
  - BGer 5A\_105/2016 v. 7.6.2016 (Fall Nepal)
    - Ehepaar mit 4 minderjährigen Töchtern lebt in Nepal
    - Nach der Trennung kehrt die Mutter mit drei der vier Töchter ohne Ankündigung und ohne Wissen des Vaters in die Schweiz zurück
    - Scheidungsverfahren in der Schweiz, Mutter erhält letztlich Obhut über die 3 jüngeren Töchter
    - Vater erhebt Beschwerde und verlangt gemeinsame Obhut oder aber Alleinobhut über alle 4 Kinder
    - Nepal ≠ Haager Vertragsstaat, deshalb bloss materielles Zivilverfahren
    - Kindeswohl nach jetziger Lage beurteilt
    - Keine Gründe ersichtlich, weshalb es zum zwingenden Vorteil der Kinder sein soll, wieder zurück nach Nepal zu kehren (BGer: «im dortigen Alltagsleben auffallende Westler», «eigentliches Expat-Leben», kein familiäres Umfeld abgesehen vom Vater, keine nepalesische Nationalität)
- Können unter der Obhut der Mutter bleiben

# Kriterien für geteilte Obhut

- Selbe Kriterien wie für Zuteilung der alleinigen Obhut
- Plus:
  - Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit der Eltern
    - Allerdings: Tatsache, dass ein Elternteil die geteilte Obhut nicht will, lässt noch nicht auf fehlende Kooperationsfähigkeit schliessen, sofern sich die Eltern in sonstigen Belangen verständigen können (BGE 142 III 612, 615)
    - Ggf. mit Hilfe eines Beistands nach Art. 308 ZGB
  - geografische Situation
  - Bestehende Verhältnisse → alternierende Obhut fällt eher in Betracht, wenn die Eltern das Kind schon vor der Trennung abwechselnd betreuten (BGE 142 III 612, 616)
    - Aber frühere alleinige Obhut schliesst Gutheissung einer geteilten Obhut nicht aus
    - Eltern können zu einer Mediation verpflichtet werden (BGer 5A\_34/2017 v. 4.5.2017)
- Stets Gesamtumstände entscheidend; keine Hierarchie innerhalb der Kriterien (abgesehen von Erziehungsfähigkeit, die zwingend vorliegen muss, vgl. jüngst BGer 5A\_369/2018 v. 14.8.2018)

# Fazit

- Kindeswohl als oberste Prämisse
- Wobei «Kindeswohl» stets im Lichte der zu beantwortenden Frage definiert werden muss
- Für elterliche Sorge besteht die – schwer zu widerlegende – Vermutung, dass die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl dient
- «Kindeswohl» bei Fragen des Umzugs anders zu verstehen
- Grundsatz: wer Fakten schafft, hat einen Vorteil (Ausnahme: Haager Kindesentführungsübereinkommen; Strafrecht)
- Gilt in gewissem Masse auch für Frage der Obhut



**Internationaler  
Sozialdienst  
Schweiz**

# **Rundtischgespräch: 5 Jahre GES : Zwischenbilanz**

## **Stephan Auerbach**

SSI Schweiz, Mediator SDM / FSM

## **Christian Nanchen**

Leiter Dienststelle für die Jugend, Kanton Wallis

## **Dr. iur. Patrick Fassbind**

Leiter Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Basel-Stadt

## **Alexandra Spiess**

Systemische Familientherapeutin Asthéfis, Leiterin As'trame Genf

## **Andrea Staubli**

Präsidentin Schweizerischer Dachverband Mediation SDM/FSM

Die Sicht der Eltern vertreten :

**Bruno Roelli**, lic.iur., Rechtsanwalt, ehem. Oberrichter Luzern

Berater bei KESCHA

**Oliver Hunziker**, Präsident GeCoBi (Schweizerische

Vereinigung für gemeinsame Elternschaft)



## Spezifische Aspekte der GES:

- a. Gemeinsame elterliche Sorge: Bilanz
- b. Alternierende Obhut
- c. Transnationale Aspekte

## 2. Experten - Panel

### **Dr. Heidi Simoni**

Leiterin Marie Meierhofer Institut für das Kind, Zürich

### **Daniel Bähler**

Oberrichter, Obergericht des Kantons Bern

### **Joëlle Schickel-Küng**

Leiterin Zentralbehörde internationale Kindesentführungen  
Bundesamt für Justiz

## Diskussionspapier

### *Erfahrungen mit der alternierenden Obhut bzw. der GES (im transnationalen Kontext)*

- Alternierende Obhut kann seit der Gesetzesrevision vom Gericht angeordnet werden, wird auch verlangt, Motivation manchmal fragwürdig.
- Alternierende Obhut setzt (jedenfalls mit Einsetzen der Schulpflicht) räumliche Nähe voraus, und ist daher im transnationalen Kontext kaum zu verwirklichen.
- GES als Regelfall zusammen mit Neuumschreibung des Inhalts und «Zügelartikel» hat zu vermehrtem Einbezug der Behörden in transnationale Kindschaftskonflikte geführt.

### *Verbesserungen aus der Sicht des Kindeswohls*

- Lösungssuche, nötigenfalls mit Hilfe der Behörden, statt durch den hauptbetreuenden (früher: obhutsberechtigten) Elternteil geschaffener «faits accomplis».
- Möglichkeit, vor dem Umzug flankierende Massnahmen anzuordnen, die im Bereich des HKsÜ vollstreckbar sind (Art. 14, 23, 26 HKsÜ).
- Der Aufrechterhaltung des Kontakts zum nicht wegziehenden Elternteil wird höhere Bedeutung beigemessen als früher.

### *Gleichbleibend/Verschlechterungen aus der Sicht des Kindeswohls*

- Das Kindeswohl verlangt nach Kooperationsbereitschaft trotz Konflikt auf der Elternebene. Fehlende Kooperationsbereitschaft kann auch durch neue gesetzliche Vorschriften nicht aufgewogen werden.
- Realitäts- und praxisfremde Vorstellungen eines Elternteils (i.d.R. des nicht wegziehenden) können zu langwierigen Streitigkeiten zwischen den Eltern vor den Behörden führen.
- Ein nicht bewilligter Wohnortswechsel des hauptbetreuenden Elternteils ist nunmehr rechtlich eine Kindesentführung, auch wenn er vom Kind nicht als solche wahrgenommen wird, und kann zu einem Rückführungsverfahren führen, in dem das Kindeswohl nur beschränkt von Bedeutung ist.

# Art. 301a ZGB, Interessenanalyse

Verglichen mit dem gegenwärtigen Zustand gibt es immer Verlierer, Kindeswohl kann nicht optimal gewahrt werden.

Bei hauptsächlicher Betreuung durch umzugswilligen Elternteil:

- **Lösung 1:** Hauptbetreuender Elternteil mit Kind im Ausland → anderer Elternteil und Kind verlieren Kontakt
- **Lösung 2:** Verbleib Kind beim anderen Elternteil im Inland → Änderung der Betreuungsverhältnisse, bisher hauptbetreuender Elternteil und Kind verlieren Kontakt
- **Lösung 3:** Verbleib hauptbetreuender Elternteil mit Kind im Inland → Elternteil kann Pläne nicht verwirklichen, ev. Auswirkungen auf Kind



# Art. 301a ZGB, Rechtsprechung

*BGE 142 III 481, 142 III 498, BGer 5A\_1013/2018*

- Lösung 3 fällt wegen Niederlassungsfreiheit ausser Betracht, unabhängig von Motiven für Umzug.
- Ausgangspunkt der Überlegungen = bisher gelebtes Betreuungsmodell.
- Hauptbetreuendem Elternteil ist Umzug i.d.R. zu gestatten.
- Bei alternierender Betreuung Ausgangslage neutral → verschiedene Kriterien, Stabilität des Ortes wichtig.
- Bei fortgeschrittenem Alter grosse Beachtung Wille Kind.
- Bei Bewilligung Umzug ist gleichzeitig persönlicher Verkehr zu regeln (flankierende Massnahme).



# Art. 301a ZGB, aufschiebende Wirkung

- Wenn keine aufschiebende Wirkung (aW) des Rechtsmittels → Umzug rechtmässig → Übergang der Zuständigkeit; wenn in HKsÜ-Staat → Rechtsweg in CH entfällt (*BGE 143 III 193*).
- In transnationalen Fällen aW deshalb i.d.R. zu erteilen bzw. nicht zu entziehen (*BGE 144 III 469, BGer 5A\_520/2017*).
- KES-Beschwerde hat aW, kann aber von KESB entzogen werden (*Art. 450c ZGB*).
- Berufung gegen vorsorgliche Massnahmen des Gerichts (inkl. Eheschutz) hat keine aW, kann (nur) von Rechtsmittelinstanz wiederhergestellt werden (*Art. 315 Abs. 1 Bst. 4b und 5 ZPO*).
- Bewilligung kann von erstinstanzlichem Gericht auf späteren Zeitpunkt erteilt werden.





## Gemeinsame elterliche Sorge und internationale Kindesentführung – Fachtagung des SSI vom 12.11.2019

---

Das Bundesamt für Justiz ist die **Zentrale Behörde des Bundes** im Bereich internationaler Kindesentführungen nach dem Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung von 1980.

Ob eine **Entführung widerrechtlich im Sinne des Kindesentführungsübereinkommens** ist, bestimmt sich nach dem **Landesrecht am gewöhnlichen Aufenthaltsort** vor der Entführung. Wurde ein Kind aus der Schweiz ins Ausland entführt, ist deshalb entscheidend, wer nach Schweizer Recht befugt ist, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen. Mit der Revision des Zivilgesetzbuches von 2014 wurde als Neuerung eingeführt, dass bei gemeinsamer elterlicher Sorge **der Aufenthaltsort des Kindes nur noch mit Zustimmung des anderen Elternteils oder gestützt auf eine Entscheidung des Gerichts oder der Kindesschutzbehörde ins Ausland verlegt werden darf** (Art. 301a Abs. 2 ZGB). Unter dem alten Recht bedurfte ein gestützt auf eine gerichtliche Entscheidung alleine obhutsberechtigter Elternteil selbst bei gemeinsamer elterlicher Sorge keiner Zustimmung des andern Elternteils zum Umzug ins Ausland. Ausserdem besaßen unverheiratete sowie geschiedene Mütter sehr häufig die alleinige elterliche Sorge. Mit der Revision wurde der Anwendungsbereich des Kindesentführungsübereinkommens zugleich klargestellt und erweitert. Seit 2014 ist die Zahl der Rückführungsanträge wegen Kindesentführungen aus der Schweiz um 30% gestiegen (von durchschnittlich 50 auf 65 pro Jahr); die folgenden Jahre werden allerdings weisen, ob sich diese Tendenz bestätigt. Bei dieser Zahl ist jedoch zu berücksichtigen, dass auch andere Faktoren zur Erhöhung beigetragen haben können: der Zuwachs von Mitgliedstaaten zum Übereinkommen, der Anstieg von binationalen Eheschliessungen und die wachsende Mobilität der Bevölkerung.

In der Praxis erwiesen sich folgende Situationen als problematisch:

- Gemeinsame elterliche Sorge und **alternierende Obhut über zwei Länder** (dies betrifft grundsätzlich noch nicht schulpflichtige Kinder): Schwierigkeit der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthaltsortes (vgl. BGE 5A\_131/2019 vom 18. April 2019 und BGE 5A\_1021/2017 vom 8. März 2018, wonach aus rechtlicher Sicht ein Kind nicht parallel mehrere gewöhnliche Aufenthaltsorte haben kann; allerdings kann ein Kind zwei alternative und aufeinanderfolgende Aufenthaltsorte haben, insbesondere im Fall einer über mehrere Monate ausgeübten alternierenden Obhut)
- Elterliche Vereinbarung über einen **zeitlich befristeten Umzug ins Ausland** (zwischen 6 Monaten und 2 Jahren) und deren Auswirkungen auf den gewöhnlichen Aufenthaltsort und die Anwendung des Kindesentführungsübereinkommens (Anmerkung: Der Begriff *gewöhnlicher Aufenthaltsort* steht nicht in der freien Disposition der Parteien). (vgl. z.B: BGE 5A\_301/2019 vom 25. Juni 2019)

- Bewilligung eines **versuchsweisen Umzugs für 6 Monate als superprovisorische Massnahme** eines Gerichts/einer KESB: Frage der Auswirkungen auf die Zuständigkeit der Schweizer Behörden (vgl. Art. 5 HKsÜ, welcher keine *perpetuatio fori* vorsieht bei einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltsorts – die Zuständigkeit ändert dadurch automatisch, es gibt keine Litispendenz).
- Sorgerechtsverfahren bei einer KESB oder einem Gericht; dann Sistierung dieses Verfahrens nach einer Kindesentführung, dann anschliessend an die Rückkehr des Kindes in die Schweiz wird der Umzug ins Ausland bewilligt.

*Zur Information: Broschüre des BJ zur internationalen Kindesentführung:*

<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/kindesentfuehrung/bro-kindsentfuehrung-d.pdf>



## Bedeutung der neuen Bestimmungen des Zivilgesetzbuches über die gemeinsame elterliche Sorge bei internationalen Fällen

Per 1. Juli 2014 sind die neuen Bestimmungen zur gemeinsamen elterlichen Sorge in Kraft getreten. Diese können Auswirkungen auf die Beurteilung der Widerrechtlichkeit des Verbringens ins oder des Zurückhalten eines Kindes im Ausland nach dem Haager Kindesentführungsübereinkommen haben (Art. 3 und 5 HKÜ). Das vorliegende Dokument fasst die wichtigsten Auswirkungen und gesetzlichen Grundlagen zusammen. Weiterführende Informationen sind auf der Webseite des Bundesamts für Justiz unter der Rubrik Gesetzgebung/elterliche Sorge verfügbar:

(<https://www.bj.admin.ch/content/bj/de/home/themen/gesellschaft/gesetzgebung/elterlichesorge.html>), insbesondere im Bericht des Bundesamtes für Justiz vom Mai 2014:

<https://www.bj.admin.ch/content/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/elterlichesorge/ber-bj-d.pdf>.

---

### Grundsatz

Gemeinsame elterliche Sorge bedeutet, dass die Eltern alles, was das Kind betrifft, gemeinsam regeln. Ausnahmen: Alltägliche oder dringliche Angelegenheiten; anderer Elternteil ist nicht mit vernünftigem Aufwand zu erreichen (Art. 301 Abs.1<sup>bis</sup> ZGB).

### Aufenthaltsbestimmungsrecht

Die elterliche Sorge schliesst das Recht ein, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen (Art. 301a Abs. 1 ZGB). Das bisherige alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht nur aufgrund der Zuteilung des Obhutsrechts entfällt per 1. Juli 2014.

### Umzug ins Ausland

Bei gemeinsamer elterlicher Sorge darf der Aufenthaltsort des Kindes nur mit Zustimmung des anderen Elternteils oder gestützt auf eine Entscheidung des Gerichts oder der Kindeschutzbehörde ins Ausland verlegt werden (Art. 301a Abs. 2 ZGB).

### Aufenthalt im Ausland

Hat das Kind gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland, besteht in der Regel keine Zuständigkeit der schweizerischen Behörden zur Regelung der elterlichen Sorge (Art. 5 HKsÜ). Dies gilt auch für die nachträgliche Beantragung der gemeinsamen elterlichen Sorge (Art. 12 Abs. 1 SchIT ZGB).

### Ausländisches Recht

Besteht die gemeinsame elterliche Sorge am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes im Ausland, gilt sie auch bei einer Verlegung des gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Kindes in der Schweiz (Art. 16 Abs. 3, 20 HKsÜ).

---





---

## Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (Haager Kindesentführungsübereinkommen, HKÜ)<sup>1</sup>

---

### Art. 3

Das Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes gilt als widerrechtlich, wenn

- a) dadurch das Sorgerecht verletzt wird, das einer Person, Behörde oder sonstigen Stelle allein oder gemeinsam nach dem Recht des Staates zusteht, in dem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, und
- b) dieses Recht im Zeitpunkt des Verbringens oder Zurückhaltens allein oder gemeinsam tatsächlich ausgeübt wurde oder ausgeübt worden wäre, falls das Verbringen oder Zurückhalten nicht stattgefunden hätte.

Das unter Buchstabe a genannte Sorgerecht kann insbesondere kraft Gesetzes, aufgrund einer gerichtlichen oder behördlichen Entscheidung oder aufgrund einer nach dem Recht des betreffenden Staates wirksamen Vereinbarung bestehen.

### Art. 5

Im Sinn dieses Übereinkommens umfasst

- a) das «Sorgerecht» die Sorge für die Person des Kindes und insbesondere das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen;
- b) das «Besuchsrecht» das Recht, das Kind für eine begrenzte Zeit an einen anderen Ort als seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort zu bringen.

---

## Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern (Haager Kindesschutzübereinkommen, HKsÜ)<sup>2</sup>

---

### Art. 5

(1) Die Behörden, seien es Gerichte oder Verwaltungsbehörden, des Vertragsstaats, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, sind zuständig, Massnahmen zum Schutz der Person oder des Vermögens des Kindes zu treffen.

(2) Vorbehaltlich des Artikels 7 sind bei einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes in einen anderen Vertragsstaat die Behörden des Staates des neuen gewöhnlichen Aufenthalts zuständig.

### Art. 16

(1) Die Zuweisung oder das Erlöschen der elterlichen Verantwortung kraft Gesetzes ohne Einschreiten eines Gerichts oder einer Verwaltungsbehörde bestimmt sich nach dem Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes.

(2) Die Zuweisung oder das Erlöschen der elterlichen Verantwortung durch eine Vereinbarung oder ein einseitiges Rechtsgeschäft ohne Einschreiten eines Gerichts oder einer Verwaltungsbehörde bestimmt sich nach dem Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes in dem Zeitpunkt, in dem die Vereinbarung oder das einseitige Rechtsgeschäft wirksam wird.

(3) Die elterliche Verantwortung nach dem Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes besteht nach dem Wechsel dieses gewöhnlichen Aufenthalts in einen anderen Staat fort.

(4) Wechselt der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes, so bestimmt sich die Zuweisung der elterlichen Verantwortung kraft Gesetzes an eine Person, die diese Verantwortung nicht bereits hat, nach dem Recht des Staates des neuen gewöhnlichen Aufenthalts.

### Art. 20

Dieses Kapitel ist anzuwenden, selbst wenn das darin bestimmte Recht das eines Nichtvertragsstaats ist.

---

## Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB)<sup>3</sup>

---

### Art. 301 Abs. 1bis

Der Elternteil, der das Kind betreut, kann allein entscheiden, wenn:

1. die Angelegenheit alltäglich oder dringlich ist;
2. der andere Elternteil nicht mit vernünftigem Aufwand zu erreichen ist.

### Art. 301a

1. Die elterliche Sorge schliesst das Recht ein, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen.

2. Üben die Eltern die elterliche Sorge gemeinsam aus und will ein Elternteil den Aufenthaltsort des Kindes wechseln, so bedarf dies der Zustimmung des andern Elternteils oder der Entscheidung des Gerichts oder der Kindesschutzbehörde, wenn:

- a. der neue Aufenthaltsort im Ausland liegt; oder
- b. der Wechsel des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und den persönlichen Verkehr durch den andern Elternteil hat.

3. Übt ein Elternteil die elterliche Sorge allein aus und will er den Aufenthaltsort des Kindes wechseln, so muss er den anderen Elternteil rechtzeitig darüber informieren.

4. Dieselbe Informationspflicht hat ein Elternteil, der seinen eigenen Wohnsitz wechseln will.

5. Soweit dies erforderlich ist, verständigen sich die Eltern unter Wahrung des Kindeswohls über eine Anpassung der Regelung der elterlichen Sorge, der Obhut, des persönlichen Verkehrs und des Unterhaltsbeitrages. Können sie sich nicht einigen, entscheidet das Gericht oder die Kindesschutzbehörde.

---

<sup>1</sup> [SR 0.211.230.02](#)

<sup>2</sup> [SR 0.211.231.011](#)

<sup>3</sup> [SR 210](#)



## **Statistik 2018**

### **Internationale Kindesentführungen und Ausübung des Besuchsrechts – Haager und Europäisches Übereinkommen von 1980**

**Die Zentralbehörde zur Behandlung internationaler Kindesentführungen im Bundesamt für Justiz (BJ) behandelt jährlich rund 250 Fälle, wovon etwa die Hälfte bereits laufende Verfahren aus dem Vorjahr sind. Die Zentralbehörde berät zudem Privatpersonen und Behörden im In- und Ausland insbesondere über Präventiv- und Schutzmassnahmen. 82% (95) der neuen Fälle betreffen die Rückführung von Kindern, 18% (21) die Ausübung des Besuchsrechts. Die Anträge ans Ausland überwiegen; sie werden hauptsächlich an europäische Staaten übermittelt.**

**Der entführende Elternteil ist zu 73% die Mutter, bei der Verweigerung des Besuchsrechts liegt der Anteil der Mütter bei 100%. Das Durchschnittsalter der betroffenen Kinder liegt bei rund sechs Jahren.**

Die Schweiz ist über das Haager Kindesentführungs- und das Europäische Sorgerechtsübereinkommen mit 92 bzw. 37 Staaten vertraglich verbunden. Die meisten Rückführungs- und Besuchsrechtsanträge stützen sich auf das Haager Kindesentführungsübereinkommen; das Europäische Sorgerechtsübereinkommen wird hingegen jährlich in weniger als fünf Fällen angewandt. Beide Übereinkommen verfolgen das gleiche Ziel: Zum Schutz des Kindeswohls stellen sie das durch eine Entführung verletzte Sorgerecht wieder her und gewährleisten die Ausübung des Besuchsrechts. Sie haben zudem eine beachtliche präventive Wirkung. Die Nationalität des Kindes und der Eltern spielt bei der Anwendung der beiden Übereinkommen keine Rolle.

Die oftmals komplexen Fälle stellen die Behörden, Gerichte und Fachleute immer wieder vor ausserordentliche Herausforderungen. Das Bundesgesetz über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen (BG-KKE) strebt eine rasche, einvernehmliche Konfliktbeilegung und kindgerechte Verfahren an. Daher werden vor der Einleitung eines Gerichtsverfahrens gütliche Lösungen durch Vermittlung und Mediation durch das BJ gefördert und falls nötig auch finanziell unterstützt, sofern die Bereitschaft der Parteien vorhanden ist. Im Idealfall erübrigen sich damit die für alle Beteiligten, insbesondere für die Kinder belastende Gerichtsverfahren und allfällige Zwangsvollstreckungshandlungen. Kommt keine Einigung zustande, wird der Rückführungsantrag durch ein Gericht geprüft. Auch im Gerichtsverfahren werden soweit möglich gütliche Regelungen angestrebt und Kinder erhalten eine eigene Vertretung.

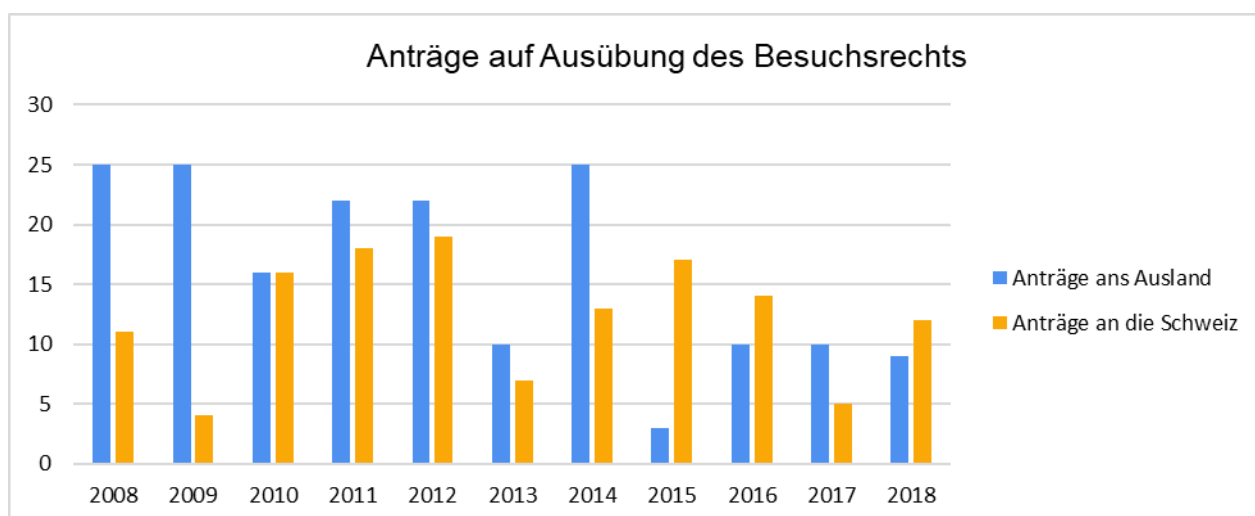
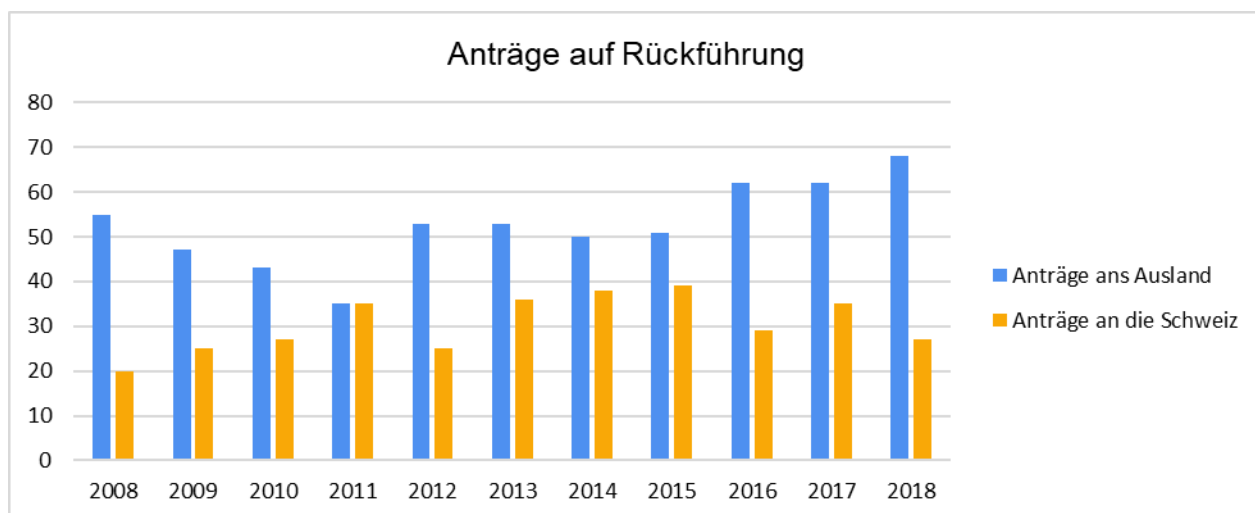
Die Rückführung von ins Ausland entführten Kindern in die Schweiz bildet die Hauptarbeit der schweizerischen Zentralbehörde. Das Gelingen eines Rückführungsverfahrens im Ausland hängt in hohem Masse von der Leistungsfähigkeit und Qualität des Rechtssystems und Gerichtswesens, sowie vom Kooperationswillen des ersuchten Staates und der betroffenen Eltern ab. Schweizerische Errungenschaften wie die Einsetzung eines Kinderrechtsvertreters oder die Durchführung von Mediation und Vermittlungsverfahren existieren in den wenigsten Vertragsstaaten. Die Zentralbehörde ist oft mit langen und aufwändigen Verfahren konfrontiert. Hohe Verfahrenskosten in gewissen Vertragsstaaten verunmöglichen zuweilen die Einleitung eines Rückführungsverfahrens durch Antragstellende aus der Schweiz.

## Anträge der Schweiz ans Ausland:

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Anträge auf Rückführung	55	47	43	35	53	53	50	51	62	62	68
Anträge Besuchsrecht	25	25	16	22	22	10	25	3	10	10	9
Total der neue Fälle	80	72	59	57	75	63	75	54	72	72	77

## Anträge des Auslandes an die Schweiz:

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Anträge auf Rückführung	20	25	27	35	25	36	38	39	29	35	27
Anträge Besuchsrecht	11	4	16	18	19	7	13	17	14	5	12
Total der neue Fälle	31	29	43	53	44	43	51	56	43	40	39



Weitere Auskunft:

Anna Claudia Alfieri, Bundesamt für Justiz, Tel: 058 463 88 64