HAL
open science

Les enlèvements internationaux d'enfants 25 ans après la convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement d'enfants:

Hajar Kadiri-Idoumghar

▶ To cite this version:

Hajar Kadiri-Idoumghar. Les enlèvements internationaux d'enfants 25 ans après la convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement d'enfants:. Droit. Université Paul Verlaine - Metz, 2006. Français. NNT : 2006METZ001D . tel-01752475

HAL Id: tel-01752475
https://hal.univ-lorraine.fr/tel-01752475

Submitted on 29 Mar 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ DE LORRAINE

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4
Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10
http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php
http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm

UNIVERSITE Paul Verlaine - METZ
S.C.D.
N° Inv 2006 002 D
Cote D/73 06/02

UNIVERSITE PAUL VERLAINE U.F.R. DROIT, ECONOMIE, ADMINISTRATION

LES ENLEVEMENTS INTERNATIONAUX D'ENFANTS 25 ANS APRES LA CONVENTION DE LA HAYE DU 25 OCTOBRE 1980 SUR LES ASPECTS CIVILS DE L'ENLEVEMENT D'ENFANTS

THÈSE DE DROIT

présentée et soutenue publiquement le 11 mai 2006

pour l'obtention du

Grade de Docteur de l'Université de Metz

par

Mme KADIRI-IDOUMGHAR Hajar

Sous la Direction de Madame Roselyne ALLEMAND

Composition du jury

Madame BENRADI Malika, Professeur à l'Université de Rabat - Agdal - MAROC
Monsieur WILLMANN Christophe, Professeur à l'Université de Mulhouse
Monsieur FOURNIER Alain, Professeur à l'Université de Metz
Monsieur LEBLAVEC Pierre, Attaché Parlementaire
Madame ALLEMAND Roselyne, Maître de Conférences à l'Université de Metz

L'Université de Metz n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Recherches arrêtées en décembre 2005

Je dédie cette thèse

A la mémoire de mon grand père,

A ma grande mère,

A mes très chers parents,

A mon mari pour son précieux soutien,

A mon frère, et à toute la famille.

REMERCIEMENTS

C'est pour moi un très agréable devoir de remercier Mme ALLEMAND Roselyne pour m'avoir encadré et qui m'a été d'un grand support afin d'orienter ce travail.

Ma gratitude et ma profonde reconnaissance s'adressent tout d'abord à M. LEBLAVEC Pierre qui a su orienter ce travail au moyen de nombreuses discussions que nous avons eues. Il m'a guidé et conseillé malgré ses multiples obligations.

Je remercie très chaleureusement M. FOURNIER Alain, Professeur à l'Université Paul Verlaine, pour sa précieuse collaboration.

Je remercie Mme BENRADI Malika, Professeur à l'Université de Rabat-Agdal, ainsi que M. WILLMANN Christophe, Professeur à l'Université de Haute Alsace, pour avoir accepté de rapporter sur cette thèse.

Je tiens à remercier également M. SADOK Hocine, Maître de conférences à l'Université de Haute Alsace, qui m'a apporté un soutien constant au cours de cette dernière année de thèse.

Mes remerciements vont aussi à Mme KERZAZI Naima, Mlle DEMIREL Derya et M. IDOUMGHAR Lhassane, Maître de conférences à l'Université de Haute Alsace, pour avoir contribué à l'amélioration de la qualité et de la clarté de cette thèse.

Avant de conclure j'adresse mes remerciements à la reprographie de la Faculté de droit de Metz pour leur extrême gentillesse, ainsi qu'à Brigitte, Thérèse et Maurice.

Pour conclure, je remercie tous ceux qui m'ont soutenu directement ou indirectement dans mon entourage, particulièrement mon mari qui a supporté mon stress et mes états d'âme avec beaucoup d'amour et de soutien.

LISTE DES ABREVIATIONS

AJ	Actualité jurisprudentielle (du Ecueil Dalloz)
AJ fam.	Actualité juridique Famille (Dalloz)
Al.	Alinéa
ALD	Actualité législative Dalloz
Arr.	Arrêt
Art.	Article
Ass.	Assemblée
Ass. plé.	Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
C.	Code
c/	Contre
Cah. dr. eur.	Cahiers de droit européen
Cass.	Cour de cassation
C. civ.	Code civil
CE	Arrêt du Conseil d'Etat
CEDH	Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
ch.	Chambre
chap.	Chapitre
Ch. mixte	Arrêt d'une chambre mixte de la Cour de cassation
Chron.	Chronique
CIDE	Convention internationale sur les droits de l'enfant
Circ.	Circulaire
Civ.	Arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes
CJI	Arrêt de la Cour de justice internationale
Comm. EDH	Commission européenne des droits de l'homme
Comm.	Commentaire
concl.	Conclusions

Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'homme
C. pén.	Code pénal
D.	Recueil Dalloz
Décis.	Décision
Décr.	Décret
Décr.-L.	Décret-loi
Défrénois	Répertoire du notariat Defrénois
DIP	Droit international privé
Dir.	Directive
Doctr.	Doctrine
Dr. fam.	Droit de la famille
Droits	Droits (Revue française de théorie juridique)
HCCH	Hague conference on priviate international law Conférence de la Haye de DIP
ibid.	Au même endroit
infra	Ci-dessous
Instr.	Instruction
J.	Jurisprudence
JAF	Juge aux affaires familiales
JCP	Juris-classeur périodique (Semaine juridique)
JDI	Journal de droit international
JO	Journal officiel
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JONC	Journal officiel, numéro complémentaire
Jur. CEDH	Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme
L.	Loi
Liv.	Livre
MAMIF	Mission d'aide à la médiation international pour la famille
n°	Numéro
NCPC	Nouveau Code de procédure civile
Nouv.	Nouveau

obs.	Observations
Ord.	Ordonnance
p.	Page
PACS	Pacte civil de solidarité
Petites affiches	Les petites affiches
préc.	Précité
PU	Presses universitaires
Quot. jur.	Quotidien juridique
R.	Rapport annuel de la Cour de cassation
rapp.	Rapport
Rec. CE	Recueil des arrêts du Conseil d'Etat
Rec. CJI	Recueil des arrêts de la Cour de justice internationale
réf.	Référé
Règl.	Règlement
REUNITE	Reunite international helping families on child abduction
RCADI	Recueil de l'académie de droit international privé
RCDIP	Revue critique de droit international privé
RJPF	Revue juridique Personnes et famille
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
S.	Recueil Sirey
s.	Et suivants
Sect.	Section
Somm.	Sommaire
ss.	Sous
supra	Ci-dessus
t.	Tome
Tit.	Titre
Trav. Com. fr. DIP	Travaux du Comité français de droit international privé
V.	Voir

PLAN SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE : UNE GENERATION OPTIMISTE DE MECANISME DE COOPERATION ET D'ENTRAIDE ; LE CONTENTIEUX FAMILIAL QUITTE LA SPHERE PRIVEE POUR DEVENIR UNE AFFAIRE INTERNATIONALE.

Chapitre I : L'enlèvement international à la lumière de la Convention de Luxembourg du 20 mai 1980 et de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980.

Section I : La place des deux conventions multilatérales dans le droit international privé ainsi que leurs objectifs communs.

Section II : Les moyens de lutte mis en place par les deux conventions cadres.

Chapitre II : A la recherche des solutions à travers les conventions bilatérales.

Section I : Enlèvement international et droit de visite transfrontière : conventions bilatérales et Etats de tradition musulmane.

Section II : Enlèvement international et droit de visite transfrontière : les rapports franco-allemand.

DEUXIEME PARTIE : LES REMEDES AUX ENLEVEMENTS INTERNATIONAUX D'ENFANTS.

Chapitre I : Les solutions innovantes au niveau international, européen et national.

Section I : Les solutions innovantes d'application internationale.

Section II : Les solutions innovantes au niveau communautaire : espace judiciaire européen en matière de droit de la famille, le nouveau règlement « Bruxelles II bis ».

Section III : Au niveau national : La loi du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale.

Chapitre II : A la recherche de solutions nouvelles

Section I : Vers une meilleure information, un approfondissement de la collaboration internationale et une amélioration éventuelle dans les pratiques internationales.

Section II : Vers un meilleur développement des solutions amiables et un renforcement des droits de l'enfant et des relations de ce dernier avec ses parents.

INTRODUCTION

C'est dans le contexte des séparations conflictuelles des couples mixtes binationaux que nous constatons malheureusement l'intensification, ces dernières années, des enlèvements internationaux d'enfants.

L'enlèvement international d'enfants ou « legal kidnapping »[1] se manifeste par :

- Soit, et c'est le cas le plus fréquent, le parent au moment de la séparation prend l'enfant pour retourner dans le pays d'origine ou, à l'occasion d'un droit de visite, ne ramène pas l'enfant. C'est une volonté quasi délibérée de soustraire l'enfant à l'autre parent, une attitude de toute puissance, parfois « légitimée » par un droit parental exclusif donné par la juridiction de son pays.

- Soit, c'est un enlèvement plus « réactionnel », en désespoir de cause, à la suite de l'impossibilité de recevoir son enfant et d'avoir quelque contact que ce soit avec lui, l'autre parent l'en empêchant.

Evidemment, aussi bien dans un cas comme dans un l'autre, ce passage à l'acte est regrettable, et rien n'est résolu ni pour l'enfant ni pour les parents.

Mais plus encore, que l'enlèvement, c'est la rétention prolongée d'enfant par l'un des parents, le plus souvent accompagné d'une dévalorisation de l'autre parent, qui est extrêmement traumatique, destructrice et dévalorisante en retour pour l'enfant. C'est une véritable prise d'otage, qui met l'enfant dans une grande fragilité psychologique au moment de la situation conflictuelle, mais aussi pour l'avenir.

Les parents victimes sont brutalement plongés dans un monde déroutant où ils vont se sentir impuissants, désespérés et désorientés. Ce traumatisme émotionnel est aggravé par les obstacles pratiques rencontrés pour localiser les enfants, ou simplement obtenir le droit de les voir. Il est déjà difficile de savoir où demander de l'aide. Les parents victimes se heurtent à des barrières légales, culturelles et linguistiques qui leur sont étrangères. Ils vont parfois au bout de leurs capacités émotionnelles et financières. Pendant ce temps, il arrive souvent que l'on fasse croire aux enfants enlevés que le parent victime les a abandonnés. En conséquence, les enfants, fâchés et blessés, affirment qu'ils ne veulent pas avoir de contact avec le parent victime. Avec les années qui passent, les chances de

[1] Legal kidnapping, le rapt parental d'enfants, l'enlèvement international d'enfants, sont tous des termes utilisés pour parler des soustractions d'enfants à son environnement habituel avec violation du droit parental.

retrouver les enfants diminuent et nombre de parents victimes en viennent à penser qu'il leur serait plus facile de faire le deuil que de rester dans cette situation d'incertitude et d'anxiété prolongée.

Les effets peuvent être dévastateurs sur les enfants. A court terme, c'est déjà traumatisant mais c'est également potentiellement dangereux à long terme. Ayant déjà souffert de la séparation d'avec l'un de leurs parents, les enfants subiront aussi le traumatisme d'avoir été brutalement retiré de leur monde familier (un parent, des grands-parents, l'école et les amis). Cette expérience est dévastatrice, mais beaucoup d'enfants ne comprennent pas ce qui se passe ou pourquoi le parent ravisseur doit se cacher de la police et doit prendre des précautions contre un enlèvement. Un tel « état de guerre » entre les parents écartèle les enfants.

L'explosion des voyages internationaux et du tourisme, les conséquences sociales de la globalisation de l'économie, la signification faiblissante des frontières nationales, spécialement en Europe, ont fait tomber les obstacles traditionnels aux mariages transnationaux. Ces unions ne sont pas moins que les autres sujettes aux divorces, ni aux disputes concernant les enfants. Lorsqu'un parent décide de se faire justice lui-même en enlevant les enfants vers un autre pays, les chances de retrouver ces enfants sont minces, sinon nulles.

Les conséquences de l'enlèvement sont dramatiques à la fois pour le parent victime mais surtout pour l'enfant. L'enlèvement d'un enfant est une situation brutale, imposée par la force, l'enfant est le plus souvent dans une insécurité totale en raison du changement de pays, de langue et de mœurs. Il est très vite atteint du syndrome de Stockholm, ce phénomène se traduit par une complicité avec son ravisseur, en effet l'enfant n'a plus que lui pour assurer sa sécurité, sans lui il se sent perdu. L'enfant est face à une situation très ambiguë, il est partagé entre deux sentiments contradictoires : la pérennisation de son enlèvement et l'envie d'être retrouvé.

Face à l'insuffisance des réponses nationales, des instruments internationaux ont été mis en place pour lutter contre ce phénomène mais qui, pour être efficaces, supposent une coopération effective entre Etats.

Le caractère international d'une situation lui confère un éclairage particulier.

Les causes d'internationalité d'une situation sont souvent diverses et souvent créatrices du besoin de protection de l'enfant concerné. L'origine du caractère international de la situation est, en effet, parfois intimement liée à celui du besoin de protection. Il en va ainsi des guerres qui donnent lieu à des déplacements massifs d'enfants, lesquels se

retrouvent souvent sans famille. Ils sont alors en situation de détresse et ont besoin d'être protégés[2]. De tels déplacements sont à l'origine de nombreux cas de figure dans lesquels la protection de l'enfant mineur doit être mise en œuvre. Autre cause d'internationalité mais sans aucune intensité dramatique à ce stade, la mixité des couples est également créatrice de situations à caractère international concernant les enfants de ces couples[3].

Le droit international privé intervient en principe indépendamment du contenu matériel des législations en présence. Aussi la question de la protection des enfants mineurs se pose-t-elle en termes différents dès lors qu'un élément d'extranéité affecte sa situation ? Le droit international privé est-il imperméable à la finalité de la protection des enfants mineurs ou bien peut-il s'imprégner de la matière pour élaborer des solutions adaptées au but poursuivi ? Quels sont les moyens dont dispose le droit international privé pour atteindre cet objectif matériel ? Est-il possible de jauger son efficacité ?

L'abondance du droit conventionnel en matière de protection des enfants mineurs et d'autorité parentale constitue l'élément de réponse principal. Depuis une vingtaine d'années en effet, le droit international privé est marqué par l'élaboration de conventions internationales spécifiques à la protection des mineurs et à l'autorité parentale.

Outre un certain nombre de conventions bilatérales, deux principales conventions multilatérales sont à recenser :

D'une part, le Conseil de l'Europe a élaboré la Convention de Luxembourg du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exercice des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants[4].

D'autre part, la Conférence de La Haye de droit international privé a élaboré la Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants[5].

Plus récemment, l'Union européenne a donné naissance au règlement de Bruxelles II du 28 mai 1998 en matière de compétence, de reconnaissance et d'exécution des décisions en matière matrimoniale[6], et enfin, le règlement Bruxelles II bis du 27

---

[2] U. Genesio, « L'implication des enfants dans les conflits armés », et S. Ebadi, « Les enfants et la guerre en Iran », Colloque organisé par l'Association Louis Chatin, « Les enfants sans enfance », , p. 50 et 57, *Les petites Affiches* 1999, 29 novembre 1999, n°237.

[3] D'après un rapport du Sénat du 15 mars 2006, 270 000 mariages célébrés en France chaque année et 45 000 mariages mixtes.

[4] Décret du 27 juillet 1983 (JO du 6 août 1983, p. 2567).

[5] Décret du 29 novembre 1983 (JO du 1er décembre 1983, p. 3466).

[6] *JCP* 1998.III.20099. *JOCE* 1998 C/221, p. 1.

novembre 2003 concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale[7].

Les deux conventions cadre (Convention de Luxembourg et Convention de La Haye), mettent en place des autorités centrales devant coopérer entre elles en vue de faciliter la mise en œuvre des conventions.[8]

A côté de ces accords, la France a signé des conventions bilatérales, relatives à l'enlèvement d'enfants à travers les frontières, avec un certain nombre de pays, qui s'inspirent des conventions multilatérales[9].

Au sein de ce type de conventions, on trouve des accords classiques notamment avec l'Egypte : la Convention franco-égyptienne met en œuvre une règle de compétence indirecte et spécifique d'exequatur, elle vise à la remise en l'état de la situation antérieure au déplacement illicite et au retour de l'enfant, cependant, il faut que le déplacement soit effectué en violation d'une décision judiciaire rendue exécutoire par le tribunal compétent sur la garde.

En outre, il existe des accords spécifiques (par exemple avec la Tunisie et le Maroc) : ces conventions ne prévoient pas de règles de compétence directe, l'action en remise est calquée sur l'article 13 de la Convention de La Haye[10].

Enfin, parmi ces accords figure un accord très spécifique : la Convention franco-algérienne du 21 juin 1988. En effet, il fallait tenir compte de la spécificité de la relation franco-algérienne et de la double appartenance culturelle de l'enfant et ainsi assurer la libre circulation de l'enfant entre le domicile de ses parents séparés.

La Convention met en place une règle de compétence unique en matière de garde en vertu de laquelle la juridiction compétente est celle du domicile conjugal entendu comme lieu de vie familiale[11], de plus la convention institue une règle de fond innovante dans la mesure ou « toute décision judiciaire rendue par les juridictions des parties contractantes et statuant sur la garde attribue un droit de visite transfrontière à l'autre parent »[12].

De manière univoque, les conventions précitées reconnaissent qu'il est nécessaire d'agir dans l'intérêt de l'enfant. Cette notion guide les juges dans l'application des

---

[7] JO n°L 338 du 23 décembre 2003, p. 1.
[8] Article 2, 3, 4, 5, 6 de la Convention de Luxembourg, et les articles 6 et 7 de la Convention de La Haye.
[9] Principalement des conventions de La Haye et de Luxembourg.
[10] D'après cet article, l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat requis n'est pas tenu d'ordonner le retour de l'enfant, lorsqu'il existe un risque grave ou que le retour ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou le place dans une situation intolérable.
[11] Article 5 de la Convention franco-algérienne.
[12] Article 6 al 2 de la Convention franco-algérienne.

conventions et introduit une certaine souplesse dans l'interprétation de celles-ci. La notion est si fréquemment utilisée qu'elle est qualifiée de principe général de droit.

L'intérêt de l'enfant est synonyme de progrès dans la mesure où il vise à améliorer le statut des enfants et c'est un facteur d'unification du droit puisqu'il figure dans toutes les législations nationales et dans toutes les conventions internationales.

Cependant, en droit interne comme en droit international on lui a reproché son imprécision, il s'agit d'une notion à géométrie variable, dont les contours sont flous et mal définis.

En 1959, le doyen Carbonnier avait écrit que : « l'intérêt de l'enfant est la notion magique. Elle a beau être dans la loi, ce qui ne l'est pas, c'est l'abus qu'on en fait aujourd'hui, à la limite elle finirait par rendre superflues toutes les institutions du droit familial. Pourtant, rien de plus fuyant, rien de plus propre à favoriser l'arbitrage judiciaire »[13]. Force est de constater que le propos n'a pas vieilli et qu'il est toujours aussi pertinent !

Dès lors, il appartient au juge de déterminer l'intérêt de l'enfant même s'il devait être distinct de celui des parents. Laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, cette notion ne peut faire l'objet d'une définition. S'il est évident que la recherche de cet intérêt correspond à la poursuite du bien-être de l'enfant, elle peut être extrêmement difficile à concrétiser. Tous au plus, peut-on sélectionner un certain nombre de référents, fonctions de l'époque en cours, sur lesquels les juges s'appuieront. En droit international, les conventions se contentaient autrefois d'une simple mention de l'intérêt de l'enfant au sein de quelques dispositions isolées[14]. Les textes récents se réfèrent, en revanche, de façon générale à l'intérêt supérieur de l'enfant. Ils contiennent en effet, dans leurs dispositions préliminaires, une affirmation du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant pour résoudre toutes les questions le concernant[15].

L'abondance de droit conventionnel en la matière ainsi que le caractère récent et abouti des textes nous permettent d'aborder le thème sous un angle différent, tendant non seulement à prendre parti sur l'influence de ces textes conventionnels réduisant le domaine

---

[13] CHABERT Cyril « L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois », Thèse 2000 Aix-marseille III, P 65.

[14] Par exemple l'article 14 de la Convention de La Haye de 1961 relative à la protection des mineurs.

[15] Article 3§1 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». Voire également le préambule de la Convention de la Haye du 19 octobre 1996. La Convention de Bruxelles II se réfère à l'intérêt supérieur de l'enfant plus discrètement en raison du fois qu'elle ne concerne la responsabilité parentale qu'accessoirement aux procédures de dissolution ou relâchement du lien matrimonial.

du droit international privé commun, mais aussi sur la teneur de ces instruments et, plus précisément, sur les liens qui peuvent être réalisés entre les méthodes et les buts poursuivis. Ce développement spectaculaire des instruments conventionnels est révélateur de l'existence de difficultés en matière de protection des mineurs en cas d'enlèvement international, mais aussi d'une volonté de les résoudre et d'améliorer l'état des solutions existantes. Il est dès lors nécessaire de rechercher si l'ensemble des solutions élaborées, est doté d'une réelle efficacité.

Le phénomène conventionnel tend principalement à atteindre un objectif d'unification des règles de droit international privé. Une telle unification permet d'éliminer les inconvénients liés à la différence des règles de droit international privé entre pays et contribue, ainsi, à améliorer la circulation des situations à caractère international. La diversité des règles de droit international privé n'est cependant pas seule en cause. La variété des législations matérielles constitue l'une des difficultés en matière d'autorité parentale et de protection des mineurs. Les conceptions liées à l'éducation et à la protection des enfants sont, en effet, le reflet de la culture de chaque pays. Elles subissent, plus que dans d'autres domaines, l'influence de la religion ou de la morale et constituent, par là même, des matières sensibles. L'unification des règles de conflit de lois ou de compétence devrait ainsi contribuer, non pas à effacer les diversités nationales, mais à faire admettre qu'une conception plutôt qu'une autre puisse être retenue dans une situation déterminée. C'est la première étape atteinte par le droit conventionnel.

Au-delà de cette unification des règles internationales privées par le droit conventionnel, il est nécessaire d'examiner le contenu de ces règles afin d'en déterminer l'efficacité.

Une progression significative des règles de droit international privé doit également être soulignée, principalement en raison de l'élaboration d'un certain nombre de convention relative à la protection des enfants mineurs en cas d'enlèvement parental à travers les frontières. Il apparaît, en effet, que la recherche de l'efficacité a conduit à l'abandon du rattachement à la nationalité de l'enfant et à consacrer le rattachement à la résidence habituelle, le tout sur fond de coïncidence des compétences législatives et juridictionnelles[16].

Les partisans du statut personnel objecteront que sa stabilité est remise en cause par une telle solution, dès lors que le critère de la résidence habituelle est un critère modifiable. Or, il est certain que si le critère de la résidence habituelle devient le centre du système de

[16] E. Pataut, « Principe de souveraineté et conflits de juridictions », *LGDJ* 1999, n°336 et s, p. 225.

droit international privé en matière de protection des mineurs dans le cas des enlèvements internationaux, il doit être accompagné d'un solide ensemble de règles destinées à régir le conflit mobile. De telles règles devront, en effet, organiser les conséquences du changement de résidence habituelle du mineur, afin de préciser le domaine des lois qui se succèdent et tenter d'éviter que le statut du mineur puisse être l'objet de changements dont la fréquence pourrait nuire à sa protection.

Le déplacement de l'enfant mineur au-delà d'une frontière constitue nécessairement une difficulté importante au regard de sa protection, y compris en l'absence de toute modification de sa résidence habituelle. Par ce placement, il s'éloigne de ceux qui sont chargés de sa protection, parents ou tuteurs. Cet éloignement peut le placer dans une situation délicate et nécessiter l'intervention d'autorité, afin de le localiser et d'adopter les mesures qui s'imposent. Si une telle démarche est souhaitable, elle n'est cependant pas systématique en droit international et nécessite la détermination de règles précises afin d'obtenir des résultats concrets.

Pour résoudre ces problèmes, on pourrait certes espérer qu'à moyen ou long terme, se développent un certain nombre de convergences. De fait, face à des phénomènes communs (égalité homme-femme, précarisation du mariage et des couples, multiplication des familles hors mariage et des familles recomposées), on observe que les différents systèmes juridiques européens évoluent de façon largement comparable tant dans leur finalité que dans leurs modalités. De plus, au niveau international et communautaire, se sont multipliées les normes relatives à l'enfant et à sa famille : normes d'origines diverses (ONU, Union européenne, Conseil de l'Europe), de toutes natures (conventions, déclarations, recommandations, règlements) et de toutes valeurs (de la simple déclaration de principe à la règle directement applicable par les juridictions internes). Or, au-delà de leur diversité, ces normes font apparaître un certain nombre de principes qui constituent ce que l'on pourrait considérer comme l'ébauche d'un droit international, et au premier chef, d'un droit européen de l'enfance : le droit de l'enfant à une famille, la primauté du rôle de famille par rapport aux autorités administratives, politiques ou judiciaires, le droit de l'enfant à être élevé par ses deux parents et de conserver des relations personnelles avec chacun d'eux, la prise en considération de l'avis de l'enfant dans toutes les procédures qui le concernent.

De plus, on ne peut que placer de grands espoirs dans l'élaboration, la ratification et l'application d'instruments internationaux relatifs à la loi applicable, à la reconnaissance des décisions de justice et à la coopération judiciaire internationale.

Pourtant, malgré les facteurs de convergence, malgré les efforts de coopération internationale, malgré l'élaboration de techniques juridiques aussi efficaces que le mécanisme de retour immédiat prévu par la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, un certain nombre de blocages et de difficultés de coopération demeurent.

Ce travail de recherche a un double objectif. D'une part, il s'agit de faire le point sur les difficultés d'application des deux instruments cadre (la Convention de Luxembourg et la Convention de La Haye), en analysant la nature et l'origine des blocages et des difficultés de coopération entre les différentes autorités concernées par le règlement de ces litiges (partie I). D'autre part, il importe d'examiner les perspectives d'évolution en tenant compte des remèdes préconisés par les acteurs de ces deux instruments ou recueillies auprès des spécialistes et en rapportant ce qui pourrait être perçu comme de bonnes pratiques susceptibles de permettre de mieux traiter les cas d'enlèvements d'enfants (Partie II). Il convient donc de répertorier les meilleurs moyens de lutter contre le déplacement et lui ôter son efficacité, en assurant le retour immédiat de l'enfant, c'est-à-dire permettre le retour de l'enfant dans le pays de sa résidence habituelle et de le replacer sous l'empire de son juge naturel chargé, au besoin, de prendre les mesures nécessaires à sa protection.

PREMIERE PARTIE : UNE GENERATION OPTIMISTE DE MECANISME DE COOPERATION ET D'ENTRAIDE ; LE CONTENTIEUX FAMILIAL QUITTE LA SPHERE PRIVEE POUR DEVENIR UNE AFFAIRE INTERNATIONALE

INTRODUCTION DE LA PREMIERE PARTIE

Depuis 1970, le contentieux lié aux enlèvements n'a cessé de s'amplifier. Plusieurs causes sont à l'origine de cette recrudescence : la multiplication des unions mixtes, ainsi que celle des divorces et des séparations. S'y ajoute l'explosion des frontières, notamment en Europe, en absence d'harmonisation des législations nationales, permettant la saisine simultanée des autorités de plusieurs Etats et le prononcé de décisions contradictoires.

En France, le service du ministère de la justice chargé des enlèvements est saisi chaque année de 250 nouveaux dossiers et gère actuellement plus de 524 dossiers. En réalité, le nombre d'enfants déplacés s'élèverait à 1 000 enfants par an et à 1 500 d'après certaines associations[17].

Les pays occidentaux vers lesquels on enregistre le plus de déplacements sont les Etats-Unis suivis par l'Allemagne, l'Espagne, la Grande Bretagne et l'Italie. Pour ce qui est des pays de droit musulman, la première destination est l'Algérie suivie de la Tunisie et du Maroc[18].

Afin de lutter efficacement contre les enlèvements internationaux d'enfants, plusieurs solutions ont été envisagées, cependant la meilleure réponse à ce phénomène reste la coopération internationale qui passe par une entraide administrative et judiciaire des Etats.

De nombreuses Conventions multilatérales ont été signées afin de protéger l'enfant, la première Convention à avoir instauré un principe général d'entraide est la Convention de la Haye du 5 octobre 1961 sur la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs[19].

Cette Convention n'apporte cependant pas de remède spécifique à l'enlèvement international d'enfant. D'ailleurs, elle sera remplacée par la Convention de la Haye du 19 octobre 1996 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. La France a signé cette Convention le 01 avril 2003, mais ne l'a toujours pas ratifiée.

---

[17] D'après « collectif de solidarité aux mères des enfants enlevés » et « SOS enlèvements internationaux d'enfants », rapport annuel d'activité 2004.

[18] http://www.divorceoumonop.com/articles/enlevements.

[19] V. Droz, « la protection des mineurs en droit international privé depuis l'entrée en vigueur de la Convention de la Haye du 5 octobre 1961 » ; *JDI* 1973, p. 603.

La Convention qui est venue consacrer véritablement les droits de l'enfant est la Convention de l'ONU du 20 novembre 1989 (entrée en vigueur le 02 septembre 1990). Elle proclame tout un ensemble de droits dont les enfants sont susceptibles de se prévaloir. Elle affirme le droit pour l'enfant à ce que chaque Etat lutte contre les déplacements et les non retours illicites d'enfants perpétrés à l'étranger par un parent ou un tiers.

Afin de lutter contre les enlèvements internationaux, deux instruments de base très optimistes ont été élaborés à la même période :

- D'une part, la Convention de Luxembourg du 20 mai 1980, sur la reconnaissance et l'exercice des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants. Elle a été élaborée dans le cadre du conseil de l'Europe et adoptée lors de la 12ème conférence des ministres européens de la justice[20].

- D'autre part, la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfant a été adoptée dans le cadre de la conférence de la Haye de droit international privé. Elle vise à assurer le retour immédiat de l'enfant au lieu de sa résidence habituelle et auprès de la personne qui en avait la garde effective lorsqu'il a été déplacé illicitement dans un Etat[21].

La finalité de la Convention de la Haye est différente de celle de la Convention de Luxembourg. Cette dernière concerne davantage la reconnaissance d'une décision dans un autre Etat que celui dans lequel elle a été rendue. Elle est avant tout une Convention sur l'exequatur qui subordonne le retour immédiat de l'enfant déplacé à la reconnaissance et à l'exécution des décisions judiciaires dans l'Etat requis[22].

La Convention de la Haye quant à elle privilégie la remise directe des enfants déplacés au parent gardien, au détriment de la reconnaissance des décisions judiciaires. En effet, le déplacement introduit un facteur temporel, et l'enfant ne peut subir les conséquences douloureuses d'une procédure longue et encadrée, celle qui consiste à reconnaître ou à exécuter une décision relative à la garde[23].

---

[20] La France l'a ratifiée le 4 août 1982 (JO 6 août 1983, p. 2567).

[21] La France l'a ratifiée le 1er décembre 1983 (JO 1er décembre 1983, p. 3466).

[22] B. Ancel, « La réaction du droit international privé français face à l'enlèvement international d'enfants » ; Aspectos civiles de la sustraccion internacional de menores, Jornadas de derecho international privado, *Tolède* 1990, p.7.

[23] E. Perez-Vera : « Rapport explicatif de la 14e session de la Conférence de La Haye du 25 octobre 1980 », Actes et documents de la quatorzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé, t. 3, Enlèvement d'enfants, pp. 426-473 ; B. Deschenaux, « La Convention de La Haye sur les Aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, du 25 octobre 1980 » *annuaire suisse de droit international*, Vol. 37, 1981, p. 119 et p. 435, point 36.

La Convention de Luxembourg définit les décisions relatives à la garde comme « toute décision d'une autorité dans la mesure où elle statue sur le soin de la personne de l'enfant, y compris le droit de fixer sa résidence, ainsi que sur le droit de visite (article 1c)[24].

Quant à la Convention de la Haye, elle définit le droit de garde de la même manière que la Convention de Luxembourg. Cependant, contrairement à la Convention de Luxembourg, elle précise ce qu'il faut entendre par « droit de visite » : « le droit de visite comprend le droit d'emmener l'enfant pour une période limitée dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle » (article 5b de la Convention de la Haye)[25].

Ces deux Conventions cadres, instituent des autorités centrales devant coopérer entre elles en vue de faciliter la mise en œuvre des Conventions afin de lutter contre ce phénomène des enlèvements (Chapitre I).

En dehors de ces deux Conventions, la France a signé des Conventions bilatérales relatives à l'enlèvement avec un certain nombre de pays (par exemple avec le Portugal le 20 juillet 1983 et avec le Brésil le 30 janvier 1981...).

La plupart de ses accords intéressent les pays de droit musulman (Algérie, Egypte, Maroc, Tunisie). Cela s'explique par les liens particulièrement privilégiés que la France a conservé avec ces pays ainsi que l'importance de l'immigration issue de ces pays qui facilite les mariages mixtes (Chapitre II).

---

[24] B. Ancel, note : *RCDIP* 1993, p658-664.

[25] B. Ancel, « La réaction du droit international privé français face à l'enlèvement international d'enfants » ; Aspectos civiles de la sustraccion internacional de menores, Jornadas de derecho international privado, *Tolède* 1990, p.7.

CHAPITRE I : L'ENLEVEMENT INTERNATIONAL A LA LUMIERE DE LA CONVENTION DE LUXEMBOURG DU 20 MAI 1980 ET DE LA CONVENTION DE LA HAYE DU 25 OCTOBRE 1980

L'internationalisation des conflits familiaux est aujourd'hui un phénomène délicat à l'origine de situations nouvelles que le droit tente d'appréhender. La plus difficile et la plus douloureuse est certainement l'enlèvement d'enfant.

Appréhender ce type de litige fait naître un certain sentiment d'impuissance à plusieurs points de vue. En premier lieu, nul ne peut empêcher ces comportements consistant à se faire justice soi-même et à exploiter la discontinuité des ordres juridiques. L'enfant est alors l'enjeu d'un véritable conflit de civilisation[26].

En second lieu, les notions juridiques internes en cause sont inconciliables. Le droit de garde en droit français, est un attribut de l'autorité parentale qui appartient aux deux parents (article 371-1 du c. civ.)[27].

Le droit français prévoit, cependant, le cas où l'intérêt de l'enfant commande l'attribution conjointe de l'autorité parentale, mais le parent non titulaire conserve toujours le droit de surveiller l'éducation et l'entretien de l'enfant. Ce droit est complété par le droit de visite et d'hébergement ; par contre, le code de la famille algérien ou marocain envisage différemment le droit de garde, ceux-ci consistent en l'éducation dans la religion de son père. Seule la garde du père est juridique, celle de la mère est nourricière et matérielle[28].

Il est difficile de concilier la notion d'intérêt de l'enfant qui fait toujours l'objet d'une appréciation nationaliste dans le cas de conflits internationaux sur la garde.

Enfin, les solutions juridiques traditionnelles se sont révélées inopérantes à régler les conflits nés de déplacements illicites. La répression pénale est peu adaptée aux conflits familiaux, niant toute possibilité de médiations et de solutions amiables que les Conventions et la jurisprudence recherchent. En plus, l'engagement de poursuite dans un

---

[26] Barreau du Québec, « Développements récents en droit de famille » 1992, Editions *Yvon Blais Inc., Cowansville* 1992, p. 231 et s.. I. Barrière Brousse, note sous *Conseil d'Etat*, 30 juin 1999. *Journal du Droit International (Clunet)*, 2000, NO 3, p. 725.

[27] L. n°2002-303 du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale.

[28] A. Bodard-Hermant, « La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants », *Gazette du Palais*, 120e année, 23-25 janvier 2000, p.2. « La coopération judiciaire civile en matière familiale à l'heure de la construction de l'Europe », *Les annonces de la Seine*, suppl. au No 6 du 27 janvier 2003.

Etat risque de paralyser la coopération entre autorités des différents Etats : coopération indispensable pour ce type de conflit.

L'application du droit international privé français ne peut répondre aux impératifs de célérité inhérente à l'enlèvement international. Le parent victime va se heurter à l'inefficacité du titre sur lequel se fonde son droit de garde devant le juge de l'Etat de refuge. Si ce titre résulte de plein droit de la loi personnelle du parent demandeur, celui-ci ne sera reconnu que si la règle de conflit de l'Etat requis reconnaît compétence à cette même loi. Si le titre résulte d'un jugement obtenu dans l'Etat requérant, ce jugement dans l'Etat requis n'est qu'un titre formel dont la force exécutoire dépendra d'une procédure d'exequatur[29].

Dans la première hypothèse, la seule solution est d'intenter une action au fond devant le juge de l'Etat requis. Cette action aura un intérêt lorsqu'il est prévisible qu'une procédure d'exécution n'aboutira pas, ou lorsque le droit litigieux ne reposant sur aucune décision judiciaire est exercé ex lege ou de facto.

Dans la seconde hypothèse, il sera nécessaire d'entamer une procédure d'exequatur du jugement étranger attribuant la garde. En France, depuis la jurisprudence Bulkley du 28 février 1860[30] les jugements étrangers relatifs à l'état et la capacité des personnes produisent effet indépendamment de tout exequatur, tant que ces jugements ne donnent pas lieu à des actes d'exécution matérielle sur les biens ou de coercition sur les personnes. Ces jugements jouissent de l'autorité de la chose jugée. Mais la notion de coercition sur les personnes trouve sa principale application dans la garde des enfants. Les effets des jugements étrangers de divorce concernant la garde des enfants seront soumis à la procédure d'exequatur. Pourtant une partie de la jurisprudence a été sensible au problème délicat de la garde après divorce. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 3 avril 1951[31] a octroyé la faculté de porter devant le juge des référés une action en remise d'enfant, le jugement étranger étant un titre susceptible d'engendrer des conséquences en droit[32]. Mais ce mouvement, initié en 1951, est aujourd'hui incertain. Il faut noter que la difficulté est accrue lorsque le droit international privé doit résoudre un litige qui met en jeu des personnes appartenant à des systèmes juridiques très éloignés. Dans le système musulman, la religion est un facteur de rattachement, le droit musulman s'applique peu importe la

---

[29] A. Von Overbeck, « L'application par le juge interne des conventions de droit international privé », *RCADI* 1971,t. I, p. 1, spéc. p. 14.
[30] Ancel et Lequette, *D.P* 1860.I.57. *Grand arrêt de la jurisprudence française de DIP*, 2° ed., p. 27.
[31] *RCDIP* 1951.325, note J. P. Niboyet. *Clunet* 1951.1178, note J. B. Sialelli.
[32] Poitiers, 6juin 1967 : *RCDIP* 1969.284, 2e esp., note J. Prévault et J. Voncent. *Clunet* 1968.925, note P. Level. *JCP* 1967.II.15155, note J. A.. *Gaz. Pal.* 1967.2.232, note R. Sauraute. *Rec. Gén. Lois*, 1969.218, note G. Droz, 653, note L. Boyer.

nationalité ou le domicile de la personne musulmane, créant alors des situations boiteuses n'ayant de valeur que dans la sphère juridique qui a dicté la solution[33]. Les nombreuses étapes qui jalonnent l'application normale du système de solution de droit international privé témoignent de son inadaptation à régler les litiges sur l'enlèvement international d'enfant.

Dès lors par quels moyens juridiques appréhender efficacement ce type de conflits ?

Tout d'abord, ils se caractérisent de la façon suivante :

Le problème posé par l'enlèvement international s'est révélé être surtout celui de la protection au plan international de la personne de l'enfant, de la permanence de son statut et de la sauvegarde de ses droits fondamentaux. Il ne s'agit pas tellement d'un problème de droit international privé. Le litige intervient toujours après le prononcé de jugement attribuant la garde ou en violation du droit de la résidence habituelle, que l'enfant avait immédiatement avant son déplacement. La solution est dans la protection internationale du droit de garde et du droit de visite. La communauté internationale a alors élaboré un droit Conventionnel spécifique. Ce droit nouveau a eu plusieurs objectifs :

- La reconnaissance du caractère illicite de l'enlèvement, peu importe la nationalité de l'enfant et le territoire où il se trouve.

- Le rétablissement de l'enfant dans son cadre de vie initial avant toute discussion sur le fond.

- La solution au problème d'attribution du droit de garde et de visite en considération de l'intérêt de l'enfant pris objectivement et permettant la liberté d'aller et venir de l'enfant entre le père et la mère.

- Le rôle actif des Etats par la prévention et le rétablissement du statu quo ante.

L'originalité du contentieux de l'enlèvement a ainsi été prise en compte pour la première fois par la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfant et par la Convention de Luxembourg du 20 mai 1980 sur le rétablissement de la garde[34].

Ces Conventions multilatérales ont développé trois moyens principaux de lutte contre le phénomène de l'enlèvement (section II). Avant l'étude séparée de ces moyens de

---

[33] H. Gaudemet Tallon, La désunion du couple en DIP : *Rec. Cours la Haye* 1991, t. 226, p. 201 s.

[34] Il convient de noter l'existence de Convention similaires en Amérique, comme la Convention interaméricaine sur le retour international d'enfants, Montevideo 15 juillet 1989, ILM 1990.63 (texte anglais), Actos y documentos de la cuarta Conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado, 1991, Vol. 1, p. 579 (texte espagnol), ou la Convention interaméricaine sur le trafic international de mineurs, Mexico mars 1994, V^e^ conférence interaméricaine de droit international privé, ILM 1994.721. Les Conventions bilatérales n'ignorent pas le phénomène, et certains instruments récents prennent modèle sur la Convention de La Haye de 1980.

lutte, il convient de préciser deux points importants (section I) : la place des deux Conventions dans le droit international privé, ainsi que leurs objectifs communs.

SECTION I : LA PLACE DES DEUX CONVENTIONS MULTILATERALES DANS LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE AINSI QUE LEURS OBJECTIFS COMMUNS

Il est nécessaire de connaître la place de ces deux textes au sein du mouvement d'unification du droit international privé, et de voir l'influence, sur les conflits relatifs à l'enlèvement, des Conventions récentes ayant pour objet la défense au plan international des droits de l'enfant (§I). Ensuite, il convient de faire le point sur les objectifs communs aux deux Conventions multilatérales sur l'enlèvement comme moyen de prévention (§II) et enfin une appréciation critique de ces moyens mis en place par les deux Conventions (§III).

§ I - INTEGRATION AU SEIN DU MOUVEMENT CONVENTIONNEL SUR LE DROIT DE LA FAMILLE

C'est au sein du mouvement universaliste contemporain, élaboré sous l'égide de la conférence de la Haye, que les deux Conventions multilatérales ont pris leur essor. Bien que leur objet ne soit pas l'unification des règles de conflit nationales quant à la dévolution de la garde après le divorce, elles relèvent bien de ce mouvement d'unification dans son aspect utilitariste (A)[35]. Il convient aussi de recadrer ces Conventions dans le mouvement de mondialisation de la protection juridique des enfants, consacré par la Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989, également par la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants du 22 janvier 1996 et par la Convention de la Haye du 19 octobre 1996 (B).

[35] Y. Lequette, « L'unification du droit international privé », *Recueil Cours la Haye* 1994. J. Baker, « International Conventions on Child Abduction and Related Issues », An *fnf Statement, Families Need Fathers*, London 1996. I.L.S. Balfour & E.B. Crawford, « The Hague Convention on International Child Abduction », *Recent Scottish Cases*, Scottish Law & Practice Quarterly, October 1996, Vol. 1, No 5, p. 441.

A – UNIFICATION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE DE LA FAMILLE

Au moment même où triomphait la doctrine particulariste en droit international privé, le mouvement universaliste refit surface. Mais ce renouveau amena le droit international privé vers un universalisme différemment conçu. Alors que les universalistes de la fin du XIX° siècle voyaient dans le conflit de lois un conflit de souverainetés, se fit jour l'idée que les conflits de lois concernent d'abord les rapports entre particuliers. Tout rapport qui se développe au sein de plusieurs ordres juridiques doit pouvoir être traité de manière équivalente des deux côtés de la frontière. Les intérêts des particuliers s'accommodent mal de la diversité des règles de conflit, un rapport de droit pouvant être considéré comme valable dans un pays et ne pas l'être dans un autre. Cette discontinuité est dangereuse pour les situations relevant du droit de la famille, domaine où la stabilité est requise. L'objectif des universalistes fut donc l'unification des règles de conflits existantes. Selon P. Lerebours-Pigeonnière, « en toute matière de droit civil, l'intérêt privé est au premier plan et sa satisfaction sert le bien commun »[36].

Par ailleurs, la doctrine avait posé les objectifs d'unification progressive des règles de droit international privé, il fut nécessaire alors de déterminer les procédés. Les auteurs des Conventions étaient au début du siècle doctrinaires, mais après la seconde guerre mondiale ils devinrent pragmatiques. L'objectif de l'utilitarisme étant de privilégier les moyens par rapport aux fins. Selon Villey, « seule compte l'efficience »[37], et pour R. Séve « les grands principes de justice, de liberté, d'égalité se voient dénier toute valeur absolue pour être subordonnés sous le principe d'utilité »[38]. Dès lors la méthode sera peu ambitieuse, les rédacteurs s'attachant à distinguer deux étapes :

- Ils isolent une question limitée à propos de laquelle se rencontre un besoin jugé manifeste.

- Puis ils y apportent des solutions propres et originales, délaissant la méthode conflictualiste traditionnelle, afin d'atteindre le résultat escompté.

---

[36] P. Lerebours-Pigeonnière, *précis de droit international privé*, 6° éd. 1954, n° 208, p 226.

[37] M. Villey, « critique de l'utilitarisme juridique », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, 1981, pp 166. G. Castex, « Les déplacements illicites d'enfants à l'étranger, Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales » (Colloque du Lab. D'études et de recherches appliquées au droit privé – Univ. De lille II), *L.G.D.J.*, Paris 1993, p. 159.

[38] R. Séve, « l'utilitarisme comme philosophie de l'avenir », dans *Le droit et le futur*, p 49. L. Chatin, « Les conflits relatifs à la garde des enfants et au droit de visite en droit international privé », Travaux du Comité français de droit international privé, Séance du 12 mai 1982, *publication du Ministère de la Justice.*

L'objet des Conventions est cantonné à des questions plus étroites que celles traditionnellement abordées dans les grandes catégories du droit international privé. Les Conventions traitent non des effets du mariage ou de la filiation, mais des obligations alimentaires[39], de la protection des mineurs[40] et du déplacement illicite d'enfants[41]. Se limitant à des questions étroites qui correspondent à des besoins précis, les rédacteurs répondent à ces problèmes en usant de règles spéciales appropriées, de techniques originales, au détriment des méthodes et des impératifs du droit international privé traditionnel. Pour l'enlèvement international d'enfant, les Conventions étendent à des matières habituellement traitées sous l'angle exclusif des conflits de lois et de juridictions, des formules de coopération judiciaire ou administrative qui paraissent devoir plus relever du domaine de la procédure civile que celui de la famille. Ainsi les trois techniques mises en œuvre depuis 1980 :

- La coopération des autorités centrales.
- La procédure simplifiée d'exequatur.
- L'action en remise d'enfant.

Les Conventions de la Haye et de Luxembourg relèvent donc de la méthode utilitariste, ayant permis de répondre rapidement et efficacement au phénomène de l'enlèvement, il n'en reste pas moins que les rédacteurs de ces textes ne se sont pas préoccupés de l'unification de la catégorie des effets du divorce ou de la filiation. Mais en ce domaine du droit de la famille, c'est certainement plus qu'un esprit de compromis qui permettra l'unification tant les différences sont importantes, à tel point que l'on peut même douter de l'éventualité d'un tel projet.

B – PROTECTION INTERNATIONALE DU STATUT DE L'ENFANT

1. La Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant

Il convient d'intégrer l'étude de l'enlèvement international dans le mouvement de mondialisation de la protection juridique de l'enfant qui a trouvé une consécration dans l'élaboration et l'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies relatives aux droits de l'enfant adoptée à New York le 20 novembre 1989 et qui lie aujourd'hui 187 Etats. C'est

[39] Convention du 24 octobre 1956 et du 15 avril 1958 ainsi que du 2 octobre 1973.
[40] Convention du 5 octobre 1961.
[41] Convention de Luxembourg du 20 mai 1980 et de la Haye du 25 octobre 1980.

une Convention cadre, qui doit trouver son prolongement dans les dispositions à adopter, pour la mettre en œuvre, par les Etats parties. La Conférence de la Haye, depuis que la Convention de New York existe, est considérée comme le « bras armé » des Nations unies en matière de protection juridique internationale des enfants[42]. En France, la controverse issue de la jurisprudence de la Cour de cassation du 10 mars 1993[43], estimant que la Convention n'avait pas de caractère auto-exécutoire et qu'elle ne pouvait être invoquée directement devant les tribunaux français[44], est apparue excessive puisque certaines dispositions de la Convention sont applicables immédiatement dans l'ordre interne[45], ainsi la cour de cassation le 18 mai 2005 et le 14 juin 2005 a estimé que l'article 3.1 de la Convention de New York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant est d'applicabilité directe[46].

L'apport de celle-ci à l'enlèvement international est limité malgré les articles 10 et 11 consacrés aux enfants séparés de leurs parents par une frontière. Elle encourage cependant les Etats parties à conclure des accords bilatéraux ou multilatéraux pour lutter contre l'enlèvement et afin de faire respecter le principe que l'enfant a droit à des relations personnelles et à des contacts directs réguliers avec ses deux parents. Elle pose également la nécessaire prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant et le principe de non-discrimination entre enfants, légitimes ou naturels. La force de cette Convention est son autorité symbolique considérable[47].

2. La Convention européenne des droits des enfants du 22 janvier 1996 relative à l'exercice des droits de l'enfant

---

[42] Droz, cité supra, p 33 *RCDIP* 1991. A propos de cette convention voire notamment G. Raymond, « La convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant et le droit français de l'enfance », *JCP* 1990.I.3451. Groupe des associations et braches françaises des organisations non gouvernementales présidé et coordonné par l'IDEF, Rapport à Mme H. Dorlhac de Borne, Secrétaire d'Etat chargé de la famille, « Au service d'une dynamique du respect des enfants : 73 idées pour l'application en France de la convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989 », Paris, 27 septembre 1991. Actes de la rencontre entre le Groupe des associations et branches françaises des organisations non gouvernementales présidé et coordonné par l'IDEF pour l'application de la convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant et les pouvoirs publics, 20 novembre 1001. C. Neirinck et P. Martin « Un traité bien maltraité », *JCP* 1993.I.3677. M. C. Rondeau-Vivier : « La convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant devant la Cour de Cassation : un traité hors jeu », *D.* 1993, chron. pp. 203. C. BYK : « La réception des convention internationales par le juge français : à l'occasion de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant », *Clunet* 1994, p. 967. J. Pousson-Petit, « Le juge et les droits aux relations personnelles des parents séparés de leurs enfants en France et en Europe », *RID comp.* 1991.795, spéc. P.837 et les références citées note 148.

[43] *D.* 1993.361, note J. Massip.

[44] *RCDIP*, 1993, 449, note Lagarde ; *D.* 1993, 361, note Massip ; *JCP* 1993.I.3688, note Rubellin Devechi.

[45] A. Braunschweig et R. de Gouttes, *Gaz. Pal.* du 8 juillet 1995 ; C. Cass. 1er ch civil du 8 novembre 2005, Legifrance.gouv.fr ; C. Cass. 1er ch civil du 13 juillet 2005, Legifrance.gouv.fr.

[46] C. Cass. 1er ch civ. 18 mai 2005, Bulletin 2005 I N°211 p.179; C. Cass. 1er ch civ. 14 juin 2005, Bulletin 2005 I N°245 p.207.

[47] J. Massip, *PA* 3 mai 1995, n°53, p 41.

L'évolution internationale qui a suivi l'adoption de cette Convention a conduit la direction des affaires juridiques et les parlementaires du conseil de l'Europe à élaborer un projet de Convention européenne des droits de l'enfant[48] qui a donné naissance à la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants du 22 janvier 1996, pour répondre avant tout à deux préoccupations : la Convention des Nations Unies est assez floue, et son application directe est difficile ; ensuite il y a en Europe une aggravation des périls pour l'enfant (maltraitance, abus sexuel...).

L'objectif était d'avoir un instrument contraignant qui soit directement applicable en droit interne. Cette Convention a pour but de promouvoir les droits des enfants lors des procédures familiales qui se déroulent devant une autorité judiciaire. L'article 3 prévoit le droit pour l'enfant doté d'un discernement suffisant, d'être informé, consulté et d'exprimer son opinion dans les procédures l'intéressant. Ce texte est conforme à l'article 12 de la Convention de New York, à l'article 388-1 du code civil tel qu'il résulte de la loi n°93-22 du 8 janvier 1993 et surtout avec l'article 13 al 2 de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980. La Convention prévoit également pour l'enfant le droit de demander à être assisté par une personne appropriée de son choix afin de l'aider à exprimer son opinion (article 5), ainsi que son droit à demander lui même, ou par intermédiaire, la désignation d'un représentant, dans les cas appropriés, un avocat (article 5-b). Cette disposition rompt avec l'incapacité procédurale du mineur, écartant les règles de capacité juridique pour ester en justice du droit interne (article 388-1 al 3) et fait de l'enfant une véritable partie à l'instance, ce qui n'a jamais été le cas avant. Celui-ci n'aura plus besoin de la médiation d'un représentant. De plus la Convention rappelle aux autorités judiciaires qu'elles doivent agir proprement, prévoyant des procédures assurant une exécution rapide des décisions et des mesures d'urgence (article 7).

Ces dispositions développent ce qui ce trouvait déjà dans les Conventions de la Haye et de Luxembourg.

3. La Convention de la Haye du 19 octobre 1996 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

[48] L. Pettiti, *PA* 3 mai 1995, n° 53 ; Y. Benhamou, *Gaz. Pal.* 1995, p 880.

L'objet de la Convention est précisé dès la lecture de son titre : elle concerne « la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants ». Ainsi, la Convention de la Haye du 19 octobre 1996 concerne la protection des enfants, dans leur personne ou dans leurs biens. Bien que la question ait été soulevée, lors des travaux préparatoires de la Convention, de savoir s'il ne serait pas mieux d'élaborer deux instruments distincts, l'un pour la protection de la personne du mineur, l'autre pour la protection de ses biens[51], la conférence s'est finalement décidée en faveur de règles communes. Sauf disposition spécifique, les deux aspects font ainsi l'objet d'un traitement identique.

Si l'article 1er de la Convention de 1996 n'est pas sans rappeler celui de la Convention de 1961, mentionnant les « mesures tendant à la protection de la personne ou des biens de l'enfant », le nouveau texte donne plus de précisions quant à son champ d'application matériel.

En effet, non seulement il prévoit qu'un certain nombre de matières seront exclues de la Convention (article 4), mais il contient également une liste énumérant des exemples de mesures pouvant faire partie du champ d'application de la Convention (article 3). Cette liste n'est pas exhaustive : elle recouvre tout de même de nombreuses hypothèses et permettra de faciliter la tâche des juges nationaux et de les guider sur ce qu'ils doivent considérer comme une mesure de protection de l'enfant au sens de la Convention. Il semble que cette énumération obéisse au souci de résorber les doutes auxquels avaient dû faire face les juridictions saisies sous l'empire de la Convention de 1961, et d'éviter dans une certaine mesure les décisions contradictoires entre Etats contractants[52].

La Convention de 1996 a voulu elle-même préciser le concept de responsabilité parentale. Ainsi, l'article 1er§2 prévoit expressément que les termes de « responsabilité parentale » comprennent au sens de la Convention, « l'autorité parentale ou tout autre rapport d'autorité analogue déterminant les droits, les pouvoirs et les obligations des parents, d'un tuteur, ou autre représentant légal à l'égard de la personne ou des biens de

---

alimentaires envers les enfants et du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants visent les enfants de moins de 21 ans (*RCDIP* 1956.753 et 755). L'article 1er de la Convention du 15 novembre 1965 concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption s'adresse aux enfants de moins de 18 ans (*RCDIP* 1964.815). L'article 3 de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale qui concerne les enfants de moins de 18 ans (*RCDIP* 1993.506, *JCP* 1993.I.3710).

[51] D'après une proposition canadienne.

[52] W. E. De Steiger, « Rapport explicatif de la Convention du 5 octobre 1961 sur la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs », *Actes et documents de la neuvième session, Conférence de La Haye de droit international privé*, pp. 219-243, spéc. p. 238, ci-après « Rapport explicatif ». G. Drouz « La protection des mineurs en droit international privé français depuis l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 », *Clunet* 1973.603, spéc. p. 608.

l'enfant ». Il s'agit d'englober des institutions sensiblement analogues et jouant le rôle, bien qu'ayant des dénominations différentes selon les législations, comme l'autorité parentale, la puissance parentale, ou la curatelle par exemple. Cette responsabilité parentale va s'appliquer non seulement à la personne de l'enfant mais aussi à ses biens. Elle est en principe exercée par les parents, qui assurent la protection normale de l'enfant, mais il est possible que cette responsabilité parentale soit confiée à des tiers, selon les conditions prévues par les différentes lois des Etats contractants, en cas de défaillance des parents[53]. Cette idée est également présente dans la Convention de New York relative aux droits de l'enfant, puisque l'article 18 précise que la responsabilité parentale incombe au premier chef aux parents de l'enfant, ou, le cas échéant, à ses représentants légaux.

Ainsi, les définitions retenues par la Convention sont suffisamment larges pour englober les différentes institutions recoupant des concepts variables d'un Etat à l'autre, et pour éviter des accords sur ce qui peut entrer ou non dans le cadre de la responsabilité parentale.

§ II – LES MODES DE PREVENTION, LE SCHEMA TYPE DES CONVENTIONS SUR L'ENLEVEMENT D'ENFANT

Il s'agit d'assurer par avance le respect du droit de garde d'un enfant et éventuellement du droit de visite du parent non gardien (B), avec un seul objectif, l'intérêt de l'enfant (A), dans le but d'éviter l'enlèvement de l'enfant qui sera soustrait de sa résidence habituelle (C).

L'intérêt de l'enfant occupe une place primordiale dans les deux Conventions multilatérales (Luxembourg, la Haye)[54].

---

[53] P. Lagarde, « Rapport explicatif », n°14, p. 543-544.

[54] Voire le « Rapport explicatif concernant la Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants », Conseil de l'Europe, Strasbourg 1980, p. 8. Voir également E. Perez-Vera, « Rapport explicatif de la convention du 25 octobre 1989 sur les aspects civils de l'enlèvement international », *Actes et documents de la quatorzième session, conférence de La Haye de droit international privé*, p. 450.

A – PRISE EN COMPTE DE L'INTERET DE L'ENFANT

Le droit de l'enfance s'est unifié autour de la notion de l'intérêt de l'enfant, elle est facteur de progrès et d'unité. Mais l'expérience a montré qu'étant une notion cadre, à géométrie variable, elle doit être utilisée avec précaution.

En matière internationale, cette notion qui doit être objective est en réalité livrée à l'imaginaire des juges, appréciant cet élément au regard de critères particularistes, traduisant le plus souvent une appartenance culturelle. Pour le juge français, le réflexe consiste en attribution quasi systématique de la garde à la mère et en la considération qu'il est de l'intérêt de l'enfant de rester sur le sol national et de favoriser ainsi son épanouissement individuel. Pour les juges maghrébins, la conception arabo-islamique fait dépendre l'intérêt de l'enfant de l'intérêt du groupe, et l'épanouissement de celui-ci passe par la religion du père. Dès lors, cette notion n'est plus un facteur d'universalité mais permet au contraire de légitimer les réflexes particularistes[55].

Or, le préambule des deux Conventions multilatérales donne une importance primordiale à l'intérêt de l'enfant en matière de décision visant la garde. C'est dans la perspective de cet intérêt que sera ordonné ou non le retour de l'enfant dans l'Etat d'origine. Force est de dire que les deux textes ne définissent pas précisément cette notion, mais se contentent d'y renvoyer. Cette abstention marque l'intention de ne pas susciter, par une définition trop précise et de parti pris, des réflexes particularistes qui empêcheraient le retour de l'enfant.

Ainsi c'est dégagée l'idée par les textes que l'intérêt de l'enfant est dans le droit de ne pas être déplacé ou retenu hors de l'Etat de sa résidence habituelle et qu'un développement harmonieux de celui-ci s'accommode mal de ruptures brutales dans le cours de son existence. Son intérêt est le retour dans l'Etat d'origine[56].

---

[55] Y. Benhamou, « Réflexions en vue d'une meilleure défense en justice de l'enfant », *D.* 1993, p. 103. H. Parcheminal : « Le juge aux affaires familiales et la protection de l'intérêt de l'enfant », *RD sanit. soc.* 1994, pp. 201. J. Rubellin-Devichi, « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises », *JCP* 1994.I.3739. A. Von Overbeck, « L'intérêt de l'enfant et l'évolution du droit international privé de la filiation », Mélanges Schnitzer, Librairie de l'Université de Genève, 1979, p. 361.

[56] Rapp. Explicatif de Mlle Perez-Vera, actes et docs. Quatorzième session de la conférence de la Haye de DIP, t.III.

B – PROTECTION DU DROIT DE VISITE

L'exercice du droit de visite transfrontière suscita la multiplication des enlèvements. Ainsi le parent étranger, non gardien, profitant de l'exercice de son droit, emmène l'enfant dans son pays d'origine et refuse de le restituer. Par la suite, il intente une action devant ses juges et obtient ainsi le plus souvent un jugement inversant la garde. Ce cas est le plus fréquent et concerne l'abus du droit de visite, mais un autre cas peut exister qui met en jeu l'abus du droit de garde, empêchant l'exercice effectif du droit de visite. L'affaire du TGI de Périgueux du 17 mars 1992[57] a montré le cas où le parent qui exerce l'autorité parentale quitte le pays d'origine avec l'enfant, sans même s'opposer à la légitimité du droit de visite, mais ce déplacement a pour effet de rendre impraticable le droit de visite. Afin de permettre le maintien des relations avec deux parents tout en évitant les abus de droits, les Etats ont dû intervenir au plan interne (1), avant d'être relayés par l'action internationale (2).

1 – Droit interne français

Chaque Etat fut amené à organiser un système propre de prévention, permettant de concilier dans l'intérêt de l'enfant la permanence du droit de garde avec le maintien de la faculté de communiquer avec l'autre parent. L'idée étant que la protection du droit de garde ne doit pas entraver les relations normales de l'enfant avec ses parents. Au plan interne français, le système de prévention a longtemps été insuffisant. Seul le droit pénal avait pour objectif d'assurer la bonne exécution des décisions civiles sur la garde des enfants, l'article 227-5 du code pénal prévoyant le délit de non représentation d'enfant[58]. Mais au plan international, cette institution a montré ses limites.

Afin de suppléer au silence du législateur, la jurisprudence a élaboré un système prétorien de prévention comprenant un certain nombre de mesures :

- Localisation du droit de visite.
- Interdiction de sortie du territoire.
- Dépôt temporaire des pièces d'identité pendant l'exercice du droit de visite.

---

[57] *Clunet* 1993.938, note H. Gaudmet-Tallon ; *RCDIP* 1993.650, note B. Ancel ; *JCP* 1993.II.22104, note T. Clay ; *JCP* 1993.I.3688, chr. H. Fulchiron ; *Gaz. Pal.* 1992.2.678, note G. C. ; D. 1992.315, note G. C. ; *Petites affiches* 3 septembre 1993. P. 7, note T. Clay.

[58] V. anc. Art. 345 et 357, c. pén. ; J.-cl. Pén., Atteintes à l'exercice de l'autorité parentale par F. Dreifuss-Netter et, soustraction internationale de mineurs et droit Conventionnel de l'entraide judiciaire civile par B. Sturlese.

- Obtentions de garanties diverses.

Ainsi l'arrêt Alami-Cavin de la Cour de cassation du 3 février 1982[59] : la mère était française et résidait en France, le père marocain résidait au Maroc. La garde fut attribuée par le juge français à la mère. La Cour d'appel décida que le droit de visite serait limité au territoire métropolitain, décision approuvée par la Cour de cassation, reconnaissant par là même aux juges du fond un pouvoir souverain de fixer, selon l'intérêt de l'enfant, les modalités du droit de visite et éventuellement de supprimer l'exercice du droit d'hébergement à l'étranger. La Cour suprême retenait comme élément d'appréciation de l'existence d'un risque sérieux d'abus du droit de visite, « l'absence de relations d'entraide judiciaire entre les deux Etats en matière de protection des mineurs ». Par cette décision, les juges posaient le principe de la prééminence du droit de garde au détriment du droit de visite et d'hébergement. Le droit de garde, dévolu à l'un des parents ou conjointement, en observation du seul intérêt de l'enfant, devenait ainsi la clef de voûte de la protection de l'enfant, afin d'assurer la permanence de son statut. De plus, la jurisprudence du Conseil d'Etat admettait dans certains cas des restrictions à la liberté d'aller et venir, principe général de droit à valeur constitutionnelle, notamment lorsqu'il y a un risque d'enlèvement. Mais ces mesures protectionnistes ont pu avoir un effet inverse : la privation du droit de visite ou sa limitation au territoire provoquant en pratique les voies de fait redoutées.

2 – Actions internationales

Les Conventions multilatérales sur l'enlèvement se sont préoccupées du droit de visites transfrontières, relayant ainsi les mesures internes. Le préambule des Conventions multilatérales affirme que le droit de visite est le corollaire du droit de garde, l'intention étant de mettre ces droits à égalité, et de protéger leur exercice effectif. Ce qui est conforme à l'article 10§2 de la Convention des Nations Unies qui prévoit qu'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[60].

Dès lors, les deux textes mettent en œuvre un certain nombre de moyens par le biais des autorités centrales. La Convention de la Haye consacre le principe de l'exercice effectif du droit de visite (article 21 al 1) tout en le définissant comme étant le droit

---

[59] *RCDIP* 1982.558, note P. Lagarde ; *Gaz. Pal.* 1982.1.342 ; *JCP* 1982.IV.140.

[60] B. Biondi, « Le rôle des autorités centrales en matière d'enlèvement d'enfants ; Les enlèvements d'enfants à travers les frontières » *Bruylant*, Bruxelles 2004, p. 69 ; A. Bodard-Hermant, « La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants ; *Gazette du Palais*, 120e année, 23-25 janvier 2000, p.2.

d'emmener l'enfant pour une période limitée dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle (article 5-b). Les autorités centrales doivent permettre, par toutes mesures appropriées (article 7 al 2), l'organisation ou l'exercice effectif du droit de visite (article 7 f) et même en assurer l'exercice paisible (article 21 al 2). Cette action a un effet préventif très important dans la lutte contre les enlèvements et en même temps assure à l'enfant un contact humain avec ses deux parents. D'autant que les autorités centrales pourront entamer une procédure légale en vue de protéger le droit de visite et d'organiser les conditions auxquelles l'exercice de ce droit sera soumis (article 21 al 3)[61].

Pour la Convention de Luxembourg, les autorités centrales feront procéder au retour immédiat de l'enfant si à l'issue du droit de visite celui-ci n'est pas spontanément remis au parent, dès lors que l'accord contre le parent titulaire et l'autre parent sur la visite a été homologué par une autorité compétente (article 8.3) et que la demande de restitution est intervenue dans les 6 mois (article 8.1.b). Les décisions sur le droit de visite sont reconnues et mises à exécution dans les mêmes conditions que celles relatives à la garde (article 11-1). Les modalités de la mise en œuvre et de l'exercice du droit de visite dans l'Etat requis sont fixées par les autorités compétentes de cet Etat (article 11-2). Enfin, les autorités centrales de l'Etat requis peuvent saisir les autorités compétentes pour statuer sur le droit de visite à la demande de celui qui invoque ce droit (article 11-3). Mais, dans l'ensemble, la pratique a montré les insuffisances de ces mesures.

C – PREEMINENCE DU PAYS DE LA RESIDENCE HABITUELLE

Les deux Conventions écartent ainsi le critère de la nationalité pour privilégier celui du pays de la résidence habituelle de l'enfant. En effet, la Convention de Luxembourg définit l'enfant comme « une personne quelle que soit sa nationalité pour autant qu'elle n'ait pas atteint l'âge de 16 ans » (article 1), et fait donc référence implicitement à la résidence habituelle. La Convention de la Haye décide qu'elle s'applique à tout enfant qui a sa résidence habituelle dans un Etat contractant (article 4). Cette prééminence est prolongée dans la Convention de Luxembourg par obligation pour le juge requis de respecter la décision statuant sur la garde prise dans l'Etat de la résidence habituelle, et dans la Convention de la Haye par l'article 3-a qui impose le respect du « droit de l'Etat de la

[61] E. Perez-Vera : « Rapport explicatif de la 14e session de la Conférence de La Haye du 25 octobre 1980 », *Actes et documents de la quatorzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé*, t. 3, Enlèvement d'enfants, pp. 426-473 ; B. Deschenaux, « La Convention de La Haye sur les Aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, du 25 octobre 1980 ; *annuaire suisse de droit international*, Vol. 37, 1981, p. 119.

résidence habituelle immédiatement avant le déplacement ou le non retour ». Le sens des termes « droit de l'Etat de la résidence habituelle » est éclairé par l'article 3-b qui vise un droit de garde résultant « d'une attribution de plein droit, d'une décision judiciaire ou administrative, ou d'un accord en vigueur selon le droit de cet Etat ».

Cette prééminence a été explicitement affirmée par un arrêt de la Cour de cassation du 5 juin 1995[62]. Après le divorce, la mère s'est établie aux Etats-Unis avec les enfants dont elle avait la garde. A la suite du décès de celle ci, une juridiction de Los Angeles a confié provisoirement la garde à la grande mère Denise X. Mais peu après, le père enlevait les enfants. Denise X a alors saisi les autorités centrales de son pays en application de la Convention de la Haye pour obtenir le retour des enfants. La Cour d'appel a déclaré que le déplacement était licite, au motif que le père, du fait du décès de la mère, était devenu seul titulaire de l'autorité parentale, sans tenir compte de l'effectivité de la décision du lieu de résidence habituelle des enfants, à Los Angeles. L'arrêt de la Cour d'appel a été cassé, le juge requis n'est pas « juge de la régularité ou du bien fondé de la décision d'origine et doit ordonner le retour pour faire respecter cette décision ».

Le choix de la prééminence du pays de la résidence habituelle a plusieurs causes. Tout d'abord, un enfant peut avoir une double nationalité, celle de l'Etat requis et celle de l'Etat requérant. Or, privilégier le pays de la résidence habituelle permet d'éviter que l'Etat requis ne se retranche derrière la nationalité de l'enfant pour refuser sa restitution, le juge saisi faisant presque toujours primer la nationalité du for[63].

Ensuite cette prééminence s'inscrit dans la continuité des solutions posées par le mouvement d'unification du droit international privé de la famille et en particulier la Convention de la Haye du 5 octobre 1961. Bien que celle-ci consacre en définitive la primauté des autorités nationales du mineur, une place importante est laissée aux autorités de la résidence habituelle. En effet, au cas où un rapport d'autorité existe de plein droit selon la loi personnelle du mineur, c'est à dire sans que l'intervention d'une autorité soit nécessaire à sa mise en place, celui ci est au terme de l'article 3, reconnu dans tous les Etats contractants. Lorsque ce rapport s'éteint et que l'intervention d'une autorité devient nécessaire à la mise en place du régime de protection, l'article 1 prévoit la compétence des autorités et de la loi de la résidence habituelle du mineur. Selon l'article 4, ce régime peut être tenu en échec par l'intervention des autorités nationales appliquant leur propre loi.

---

[62] *D.* 1996.393, note J. Massip ; *Defrénois* 1996. Art. 36272, p. 336, note J. Massip.

[63] Bien qu'elle ait été envisagée lors des travaux préparatoires, l'idée d'inclure des règles de compétence directe dans cette convention a été rejetée en raison de difficultés insurmontables. Voire les conclusions des discussions de la Convention spéciale de mars 1979 sur le kidnapping légal, Document préliminaire n°5 de juin 1979, *Actes et Documents de la quatorzième session, Conférence de La Haye de droit international privé*, t. 3, p. 163.

Mais au cas où le mineur est en danger – malgré le rapport d'autorité existant de plein droit d'après la loi nationale, ou les mesures de protection prises par les autorités nationales – les autorités de la résidence habituelle peuvent se saisir en dernier ressort de la protection de celui ci et prendre des mesures selon leur loi propre (article 8). Mais alors ces mesures ne seront pas reconnues dans les autres Etats contractants.

L'importance des autorités de la résidence habituelle est liée également au développement des mesures de protection étatique, qui s'appliquent à tous les mineurs se trouvant sur le territoire, quelle que soit leur nationalité. L'arrêt Boll de la Cour internationale de justice rendu le 28 novembre 1958[64], écartant la Convention de la Haye de 1902 qui consacrait la compétence de principe donnée à la loi nationale, pour faire application à un mineur étranger résidant en Suède des mesures de protection étatiques de cet Etat, est à l'origine du rapprochement entre les organes de protection et la personne à protéger. Ceci s'expliquant par le fait que ces autorités sont les mieux placées pour connaître le milieu social dans lequel vit l'enfant. Elles ont toutes été facilitées pour appliquer les mesures de protection les plus conformes à son intérêt et veiller à leur bonne application, contrairement des autorités de l'Etat dont l'enfant est ressortissant. Or, en ce domaine, par le biais de la coopération judiciaire et administrative des autorités centrales établies dans les Etats contractants, cette protection étatique est amenée à intervenir. L'article 3.1 de la Convention de Luxembourg et l'article 7 al 1 de la Convention de la Haye prévoient que les autorités centrales doivent promouvoir une concertation entre les autorités compétentes de leur pays respectifs, pour assurer le retour immédiat de l'enfant. Ces considérations ont abouti à privilégier le pays de la résidence habituelle.

§ III – APPRECIATION CRITIQUE DES MODES ETABLIS PAR LES DEUX CONVENTIONS AFIN DE PREVENIR LES ENLEVEMENTS

Contraignantes, les mesures limitatives de l'exercice du droit de garde et du droit de visite doivent être, selon une doctrine dominante, utilisées avec parcimonie pour diverses raisons, dont il convient d'apprécier la justesse. Il a pu être observé que de telles mesures étaient incompatibles avec le principe de liberté d'aller et de venir (A), de l'existence de garanties (B) et la possibilité d'octroi d'un droit de visite transfrontière (C).

---

[64] H. Batiffol et Ph. Franceskakis, « l'arrêt Boll de la CIJ », *RCDIP*, 1959, p. 259 ; M. Simon-Depitre, « protection des mineurs en DIP après l'arrêt Boll de la CIJ », *Trav. Comité fr. dip* 1960-1962 p 109.

A – L'INCOMPATIBILITE DES MESURES PREVENTIVES AVEC LA LIBERTE D'ALLER ET DE VENIR

L'argument selon lequel des mesures limitatives du droit de garde ou du droit de visite ne peuvent être prescrites sans se heurter au principe de liberté d'aller et de venir, a été avancé à plusieurs reprises sans pour autant obtenir un écho favorable en doctrine.

La liberté de mouvement signifie qu'une personne physique doit pouvoir se mouvoir librement à l'intérieur de son pays mais également le quitter et y revenir librement[65].

Cette limitation du droit de garde se manifeste généralement dans le but d'empêcher que le gardien parte s'installer dans son pays d'origine avec l'enfant dont il a la garde, au risque de priver le titulaire du droit de visite de tout droit effectif[66]. De même, cette limitation du droit de visite aura pour conséquence d'interdire au parent non gardien de sortir du pays de résidence habituelle de l'enfant, qui n'est pas celui du titulaire du droit de visite[67]. Ainsi, la liberté à laquelle porteraient atteinte les restrictions géographiques au droit de garde ou de visite, serait principalement celle d'entrer dans son pays.

La question qui se pose est celle de savoir si les autorités françaises peuvent empêcher un individu de retourner dans son pays durablement (le cas d'une limitation du droit de garde) ou simplement temporairement (le cas d'une limitation du droit de visite), alors que le droit d'entrer dans son pays est un droit absolu pour lequel aucune limitation n'est prévue par les textes, contrairement au droit de quitter le territoire.

Le tribunal de grande instance de Périgueux du 17 mars 1992[68] a jugé - dans une affaire où la garde des enfants avait été confiée à la mère, de nationalité britannique, avec obligation de les maintenir en Angleterre ou au Pays de Galles - que les restrictions au droit de garde étaient contraires à l'article 2 du 4e protocole additionnel à la Convention

---

[65] J. Robert et J. Duffar, « Droit de l'homme et liberté fondamentales », *Montchrestien* 1996, 6e 2d., p. 422 et s. le droit de quitter son pays est affirmé par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (article 12 al 2) ; ainsi que par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) du 4 novembre 1950 (article 2§2 du protocole n°4 additionnel) ; D'après le Tribunal des conflits et le conseil d'Etat, ce droit de quitter librement le territoire de son pays figure dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

[66] Aix-en-Provence 23 mars 1989 : le père français devait garder les enfants en Angleterre ou au Pays de Galles sauf autorisation écrite de la mère ; Civ. 1e, 8 décembre 1993 : la mère tunisienne à qui la garde des enfants a été confiée se voit refuser la possibilité d'aller s'installer en Tunisie avec ses enfants ; Civ. 1e, 22 avril 1997 : la mère française ayant la garde de ses enfants ne peut quitter le Québec.

[67] Versailles 3 décembre 1990 : *JCP* 1995.I.3813, chr. H. Bosse-Plantière ; Juris-Data n°052467 : le père tunisien ne peut exercer son droit de visite qu'en France ; Versailles 12 novembre 1992 : le père français ne peut exercer son droit de visite qu'en Allemagne.

[68] *RCDIP* 1993.650, note Ancel ; *Clunet* 1993.938, note H. Gaudemet-Tallon ; *JCP* 1993.II.22104, note T. Clay ; *Petites affiches* 3 septembre 1993, p. 7, obs. T. Clay ; *Gaz. Pal.* 1992.2.678, note G. C. ; *D.* 1992.315, note G. C. ; *JCP* 1993.I.3688, H. Fulchiron.

européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui garantit à toute personne la liberté de quitter un Etat, y compris le sien. D'après le tribunal, « cette liberté d'expatriation ne trouve pas d'autres limites que celles tenant au respect des lois nécessaires à la garantie de la sécurité publique et de l'ordre public ».

En revanche, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence[69] pour une affaire similaire donne une solution inverse. Le père, qui avait le droit de garde uniquement en Angleterre ou au Pays de Galles sauf autorisation écrite de la mère, a invoqué que cette restriction est contraire à la Convention européenne des droits de l'homme, qui garantit la libre circulation des individus et le libre choix de leur résidence. Mais la Cour d'appel soutient d'une part, que seule la résidence des enfants était visée par ces restrictions et d'autre part, que le père les avait acceptés en exécutant l'ordonnance.

De ces deux décisions, c'est la seconde qui trouve approbation de la doctrine. En effet, il convient de distinguer « selon que la mesure a pour objet ou qu'elle a pour incidence d'entraver l'exercice de la liberté résidentielle »[70]. Les mesures limitatives du droit de garde n'ont pas pour objet de réduire les déplacements du parent ou de limiter sa liberté de résidence mais d'empêcher que l'intérêt de l'enfant soit méconnu par un enlèvement le privant de toute relation avec l'autre parent. Une telle mesure n'est que la conséquence de l'appréciation de l'intérêt de l'enfant et non une sanction arbitraire[71].

Cependant l'intérêt de l'enfant, comme précédemment expliqué, réside essentiellement dans le maintien des relations avec les deux parents. Par conséquent, un droit de visite transfrontière doit nécessairement être accordé au parent non gardien.

B – L'ARTICULATION DES MESURES RESTRICTIVES AVEC L'EXISTENCE DE GARANTIES

Les garanties parfois exigées par le juge chargé de statuer sur le droit de garde et celui de visite possèdent une fonction préventive dissuasive[72] en privant l'enlèvement de tout « intérêt » pour son auteur. Qu'il s'agisse de l'existence de relations d'entraide judiciaire permettant d'organiser le retour de l'enfant au cas où celui-ci serait illicitement déplacé, ou

---

[69] Aix-en-Provence 23 mars 1989 : *RCDIP* 1990.529, note Y. Lequette.

[70] TGI Périgueux 17 mars 1992 : *Clunet* 1993.938, note H. Gaudemet-Tallon ; *RCDIP* 1993.650, note B. Ancel ; *JCP* 1993.II.22104, note T. Clay ; *JCP* 1993.I.3688, chr. H. Fulchiron ; *Gaz. Pal.* 1992.2.678, note G. C. ; *D.* 1992.315, note G. C. ; *Petites Affiches* 3 septembre 1993. p. 7, note T. Clay.

[71] TGI Périgueux 17 mars 1992 : *Clunet* 1993.938, note H. Gaudemet-Tallon ; *RCDIP* 1993.650, note B. Ancel ; *JCP* 1993.II.22104, note T. Clay ; *JCP* 1993.I.3688, chr. H. Fulchiron ; *Gaz. Pal.* 1992.2.678, note G. C. ; *D.* 1992.315, note G. C. ; *Petites Affiches* 3 septembre 1993. p. 7, note T. Clay.

[72] CF réponse ministérielle du 21 juillet 1981, JO, déb. Asse. Nat. 21 septembre 1981 ; *RCDIP* 1981.785.

bien de l'obtention de l'exequatur de la décision dans le pays dans lequel l'enfant risque d'être enlevé, l'effet préventif de ces mesures est évident[73].

Cependant les effets de cette dissuasion restent limités. Cet effet est loin d'être absolu, parce que l'auteur de l'enlèvement n'est pas nécessairement en mesure d'analyser tous les éléments de la situation dans laquelle il se place, ou bien parce qu'il compte à l'inverse pouvoir faire jouer les dispositions relatives au retour de l'enfant en sa faveur en invoquant l'une des exceptions au retour prévues par la Convention de la Haye. En outre, l'exequatur obtenu à titre préventif voit son domaine limité au pays dans lequel il a été accordé. Il suffit que l'enfant soit emmené dans un pays tiers pour faire échec à cette restriction.

C – L'INCOMPATIBILITE DES MESURES RESTRICTIVES AVEC LE DROIT DE VISITE TRANSFRONTIERE

Les mesures limitatives d'un droit de visite ont été prévues pour prévenir l'effet pervers de l'octroi d'un droit de visite transfrontière, plaçant le parent non gardien dans une situation l'incitant à l'enlèvement de l'enfant. Ces mesures ont pour objet de prévenir les enlèvements internationaux en favorisant le droit de garde sur le droit de visite[74]. Ce qui a pour conséquence de priver l'enfant de véritables liens avec ses deux parents. Les relations qui se développent dans le cadre d'un droit de visite territorialement limité sont évidemment moindres que celles qui auraient pu se développer dans le pays de résidence du parent non gardien, dans son cadre de vie et avec sa famille. Un auteur a affirmé que la limitation territoriale du droit de visite était « un système malfaisant à vocation prétendument préventive puisqu'il visait à faire échec aux déplacements et rétentions illicites d'enfants à l'étranger alors qu'en réalité il consacrait davantage la suppression pure et simple du droit de visite transfrontière et enfermait l'exercice de ce droit en France dans des limites inacceptables »[75]. Ainsi envisagée, la mesure limitative du droit de visite

---

[73] A. Dyer, « Les déplacements d'enfants au regard de la Convention de la Haye », *les petites affiches* 1997, n°118, p. 32

[74] Civ. 1er, 3 février 1982 : *RCDIP* 1982.558, note P. Lagarde ; *Gaz. Pal.* 1982.1.342 ; *JCP* 1982.IV.140.

[75] A. Mebroukin, « La Convention algéro-française du 21 juin 1988 relative aux enfants de couples mixtes séparés. Le point de vue d'un Algérien » , *RCDIP* 1991.1, P. 3 ; voir aussi H. Bosse-Plantière, « L'application par les tribunaux français des Conventions visant à lutter contre les déplacements illicites d'enfants », in L'enfant et les Conventions internationales, *PUL* 1996, p. 413.

équivaudrait à un refus partiel du droit de visite[76]. C'est ainsi que l'idée d'octroyer un droit de visite transfrontière a vu le jour.

Cependant il apparaît que la prévention de l'enlèvement international par l'octroi systématique d'un droit de visite transfrontière est contradictoire avec celle qui consiste à limiter territorialement le droit de visite[77]. On assiste alors à la confrontation de deux conceptions parfaitement opposées afin de prévenir les enlèvements internationaux.

D'une part, on affirme que l'exercice d'un droit de visite transfrontière constitue un risque important d'enlèvement et qu'il faut par conséquent le limiter territorialement. D'autre part, on assure que c'est le refus d'octroyer un tel droit qui conduira le parent non gardien à enlever l'enfant et qu'il faut donc lui attribuer ce droit de visite transfrontière de façon quasi-systématique. A choisir entre les deux, on préfère évidemment la solution qui permet à l'enfant de voir ses deux parents dans de bonnes conditions, c'est-à-dire celle qui repose sur l'octroi d'un droit de visite transfrontière, quitte à prévoir des solutions efficaces contre un éventuel enlèvement qui de toute façon n'aurait pas nécessairement été évité par des mesures limitatives.

SECTION II : LES MOYENS DE LUTTE MIS EN PLACE PAR LES DEUX CONVENTIONS CADRES

Trois moyens de lutte contre les enlèvements internationaux d'enfants sont mis en place par les deux Conventions cadres de Luxembourg et celle de la Haye : les autorités centrales (§I), la procédure d'exequatur (§II) et enfin l'action en remise de l'enfant (§III).

§ I – LA COOPERATION DES AUTORITES CENTRALES

L'absence de collaboration active entre les Etats afin d'assurer le respect et l'exécution des jugements relatifs à la garde favorise les voies de fait. C'est dans la concertation des institutions judiciaires que se trouve la solution de l'enlèvement.

[76] Voir civ. 1e, 3 février 1982, argumentation du pourvoi : *RCDIP* 1982.558, note P. Lagarde ; *Gaz. Pal.* 1982.1.342 ; *JCP* 1982.IV.140.

[77] B. Ancel, « La réaction du droit international privé français à l'enlèvement international d'enfant », Aspectos civiles de la soustraction international de menores, *Toledo* 26 et 27 janvier 1990, p. 12.

Permettant de favoriser le retour de l'enfant, la Convention aura un rôle dissuasif. Les Conventions multilatérales ont ainsi prévu l'institution d'autorités centrales ad hoc dans chaque Etat contactant, véritables pivots autour desquels s'articule l'entraide entre les Etats. Définissant les obligations à la charge des autorités ad hoc (A), les textes Conventionnels laissant à celle-ci la détermination des mesures appropriées à la réalisation de leurs objectifs (B).

A – OBLIGATIONS A LA CHARGE DES AUTORITES CENTRALES

La coopération entre autorités a pour objectif le rétablissement de la garde, la reconnaissance et l'exécution des décisions sur la garde ou le droit de visite, la Convention de la Haye vise plus spécifiquement le retour de l'enfant (article 7). Le rôle de ces autorités est en pratique d'éviter que les parents ne soient livrés à eux mêmes et investis d'un pouvoir discrétionnaire sur l'enfant.

Leurs attributions en font une structure de médiation et d'accès international à la justice.

Selon l'article 3 de la Convention de Luxembourg et l'article 7 de la Convention de la Haye, les autorités centrales ont obligation de coopérer entre elles et de promouvoir une concertation entre les autorités étatiques de leurs pays respectifs. Il y aura ainsi médiation des autorités centrales vers les autorités étatiques. Cette coopération se réalisera par l'échange de renseignements relatifs à des points de droit ou de fait sur les procédures en cours, sur les solutions des droits internes en présence quant au droit de garde, et sur la localisation de l'enfant. En France, sur ce dernier point, c'est l'autorité centrale qui contacte le ministère de l'intérieur. L'enfant et l'adulte sont inscrits au fichier automatisé des personnes recherchées et pourront être retrouvés par la police nationale, la police de l'air et des frontières ainsi que les unités de gendarmerie qui ont tous accès à ce fichier.

Les autorités centrales sont aussi les intermédiaires entre le parent démuni et les organes judiciaires ou administratifs de l'Etat requis, seuls aptes à prononcer les mesures recherchées. Elles font prendre des mesures provisoires afin de prévenir de nombreux dangers pour l'enfant ou des préjudices pour les parties concernées, elles peuvent également faciliter l'obtention de l'assistance judiciaire et juridique, dont la participation d'un avocat. La Convention de la Haye prévoit une disposition originale qui permet aux autorités centrales d'assurer la remise volontaire de l'enfant ou de faciliter une solution amiable (article 7.c), pour que l'enfant ne subisse pas des perturbations accrues par l'intervention d'autorités étatiques.

Les autorités centrales ont aussi pour objectif de faciliter l'accès international à la justice. Ainsi toute personne qui veut obtenir dans un autre Etat contractant le rétablissement de la garde ou la reconnaissance d'une décision attribuant la garde a la faculté de saisir l'autorité centrale de tout Etat contractant, mais elle peut également agir directement auprès des tribunaux de l'Etat requis sans passer par les autorités centrales (article 29). Le pouvoir d'action qui est donné à ces dernières leur permet d'entamer directement une procédure judiciaire ou administrative (article 7.f), comme un véritable ministère public agissant en matière civile, consacrant ainsi un principe d'intervention active des Etats pour faire respecter dans l'ordre international les décisions sur la garde et le droit de visite. En France, le Ministère public agit en qualité de demandeur principal sur le fondement de l'article 423 NCPC, c'est à dire la défense de l'intérêt public que constitue le respect des Conventions de coopération judiciaire. Ceci donne au parent victime un appui logistique qui lui permet d'être représenté avec efficacité et sans frais devant le juge étranger. La Convention européenne est, sur ce dernier point, la plus généreuse puisqu'elle n'exige du demandeur aucun paiement pour toute mesure prise pour son compte par les autorités centrales, ni pour les frais et dépens du procès ou les frais d'avocat (article 5.3), mais l'autorité centrale doit être à l'origine de la saisine de l'autorité judiciaire. La Convention de la Haye dispose que les frais, entraînés par la participation d'un avocat, sont en principe à la charge de l'Etat requis (article 26).

B – LIBRE DETERMINATION DES MESURES APPROPRIEES

Les textes laissent toute liberté dans la détermination des mesures à prendre pour réaliser les objectifs assignés. Les autorités centrales doivent prendre toutes « mesures appropriées », soit directement soit avec le concours de tout intermédiaire (article 7 al 2 de la Convention de la Haye et article 5 al 1 de la Convention de Luxembourg). Ainsi la détermination des mesures appropriées se fera selon le droit interne de l'Etat requis. C'est ce droit interne qui déterminera si les autorités centrales peuvent agir directement comme un véritable ministère public, ou par l'intermédiaire des différents ministères publics, devant les autorités judiciaires ou administratives de l'Etat de refuge.

§ II – PROCEDURE D'EXEQUATUR SIMPLIFIEE

Conclue dans le cadre du Conseil de l'Europe et signée à Luxembourg le 20 mai 1980, la Convention de Luxembourg a un double objectif, assurer la reconnaissance et l'exécution des décisions rendues sur la garde dans un Etat contractant et permettre le retour de l'enfant déplacé illicitement dans l'Etat d'origine. Le texte permet ainsi, par une approche juridique du problème de l'enlèvement, d'assurer la continuité d'un état de droit et la fixation définitive du statut de l'enfant.

Le champ d'application vise le retour d'un enfant, n'ayant pas encore atteint l'âge de 16 ans, peu importe sa nationalité et qu'il soit légitime ou naturel. Le déplacement doit avoir lieu en violation d'une décision judiciaire ou administrative statuant sur la garde rendue dans un Etat contractant et exécutoire dans cet Etat. La Convention entend également par déplacement le non retour illicite à l'issue de la période d'exercice du droit de visite et d'hébergement attribué à l'autre parent. L'existence d'une décision sur la garde en faveur du parent victime du déplacement est une condition préalable. Mais cette décision peut ne pas être antérieure à la voie de fait, l'article 12 réserve le cas où une décision intervient postérieurement au déplacement qu'elle déclare illicite. L'intérêt de cette disposition intervient lorsque le parent gardien détient son droit ex lege ou de facto, la décision rendue dans l'Etat d'origine venant confirmer ce droit. Sauf le cas de la réserve de l'article 18 qui permet aux Etats d'exclure le jeu de la Convention aux décisions rendues postérieurement[78].

La mise en œuvre de la Convention n'est pas liée nécessairement à l'existence d'un déplacement sans droit. L'article 10 permettant un exequatur lorsque le gardien agit à titre préventif, présentant la voie de fait.

Le mécanisme de reconnaissance et d'exécution institué est à géométrie variable selon les situations sous jacentes.

[78] G. Reymond, « Aspects comparatifs des conventions sur l'enlèvement », P.A. 8 juin 1993, n° 68, p 31 ; P. Mayer , « L'Etat et le droit international privé », Droits 1992, p. 33 et s.

A – CONDITIONS DE FOND DE LA RECONNAISSANCE ET D'EXECUTION

Depuis que la France a levé la réserve de l'article 17 il faut distinguer trois régimes d'exequatur.

1. Reconnaissance de plein droit et mise à exécution sans exequatur

Cette voie de reconnaissance la plus rapide regarde les cas où tous les points de rattachement convergent vers l'Etat d'origine. L'hypothèse est celle où l'enfant est ressortissant exclusif de l'Etat d'origine, ainsi que ses parents, et résident habituel de celui ci, au moment de l'introduction de l'instance aboutissant à la décision à exécuter, ou au moment du déplacement sans droit si celui ci a eu lieu antérieurement. La demande de restitution doit avoir été demandée dans les 6 mois du déplacement (article 8.1). Il en sera de même lorsque l'enfant, à l'issue du droit de visite résultant d'un accord homologué ou d'une décision judiciaire, n'est pas reconduit dans son pays d'origine (article 8.3).

Dès lors, l'autorité centrale de l'Etat requis fait procéder immédiatement au retour de l'enfant, sans aucune révision au fond de la décision étrangère et sur la simple constatation des éléments de rattachement.

Ainsi, on constate que cette disposition ne permet un retour quasi automatique qu'à certaines conditions cumulatives : même nationalité exclusive de l'Etat pour l'enfant et les parents, résidence habituelle de l'enfant dans l'Etat d'origine, respect du délai de 6 mois. Or ces conditions sont très restrictives et ne tiennent pas compte de la réalité constatée dans la plupart des cas des enlèvements au sein de couples mixtes.

2. Exequatur soumis à des motifs de refus d'ordre procédural

L'article 9 concerne les cas où les points de rattachement avec l'Etat d'origine ne sont pas cumulés. Les parents et l'enfant n'ont pas exclusivement la nationalité de l'Etat d'origine, l'enfant est binational, ou il n'y est pas résident habituel. La demande de restitution doit intervenir dans les 6 mois du déplacement.

Trois motifs de refus d'exequatur d'ordre procédural sont prévus :

- L'article 9-1-a vise le cas où la décision étrangère ayant été rendue par défaut, l'acte introductif d'instance n'a pas été régulièrement porté à la connaissance du défendeur, sauf si ce dernier a dissimulé l'endroit où il se trouve.

- L'article 9-1-b vise le cas où la décision ayant été rendue par défaut, la compétence de l'autorité étrangère n'est pas fondée sur la résidence habituelle du défendeur, ou sur la dernière résidence habituelle commune des parents si l'un d'eux réside encore habituellement, ou sur la résidence habituelle de l'enfant.

- L'article 9-1-c prévoit le cas où la décision étrangère est incompatible avec une décision sur la garde devenue exécutoire dans l'Etat requis, avant le déplacement de l'enfant, sauf si dans l'année précédant son déplacement, le mineur a eu sa résidence habituelle sur le territoire de l'Etat requérant.

Cet exequatur prévoit un contrôle minimum qui ne peut amener à une décision au fond, ce que l'article 9-3 déclare expressément.

Ces trois motifs paraissent trop restreints à certains Etats. La Convention a permis à ces derniers de faire la réserve de l'article 17, selon laquelle ils pourront refuser l'exequatur aux situations visées dans l'article 9 pour les motifs supplémentaires énumérés dans l'article 10, ce qui amène à un régime unique d'exequatur pour les situations visées dans les articles 9 et 10. Il faut rappeler que la France ayant dans un premier temps souscrit à cette réserve l'a finalement abandonnée, ce qui ne la prive pas de la possibilité de s'en servir. En effet, l'article 17-2 permet aux Etats qui n'ont pas fait la réserve de l'appliquer, par réciprocité, aux décisions des Etats qui y ont souscrit. Or parmi les 17 Etats qui ont ratifié la Convention, 10 ont effectué cette réserve.

3. Exequatur correspondant à une révision au fond

L'article 10 traite tous les autres cas non envisagés aux articles 8 et 9, c'est à dire ceux où la demande en restitution est représentée au-delà des 6 mois, ou lorsqu'elle est exercée à titre préventive.

L'article 10-1 énonce que l'exequatur peut être refusé non seulement pour les motifs prévus dans l'article 9 mais en outre pour les 4 motifs qu'il énumère.

3.1. Refus fondé sur l'exception d'ordre public

L'article 10-1-a prévoit un refus si les effets de la décision étrangère sont manifestement incompatibles avec les principes fondamentaux du droit de la famille et de l'enfant dans l'Etat requis.

Bien que les textes exigent une incompatibilité manifeste entre la décision d'origine et les principes fondamentaux de l'Etat requis, ce qui doit limiter les cas d'exception, il reste que cette disposition sera difficilement contournable dans un domaine aussi sensible que celui du statut personnel. Le jeu de cette exception ne permettra en fin de compte une

garantie de retour qu'entre les Etats de même valeur. Il suffit de penser que pour les pays du Maghreb le statut musulman prime toujours et que toute décision qui méconnaît ce statut est contraire à l'ordre public. De plus, un certain nombre d'Etats ne connaissent pas l'institution de l'effet atténué de l'ordre public, qui permet de moduler l'exception selon que le droit litigieux a été ou non acquis à l'étranger en conformité d'une loi étrangère contraire aux principes du droit commun français[79].

Sans doute cette disposition ne pouvait être évitée dans une Convention traitant de la reconnaissance et de l'exécution de décisions étrangères, s'agissant d'intégrer dans l'ordre juridique du for une loi interne étrangère incompatible. Cependant cette exécution sera facteur de solutions particularistes et nationalistes qui empêcheront de ce fait le retour de l'enfant.

3.2. Refus fondé sur l'appréciation de l'intérêt de l'enfant

Selon l'article 10-1-b, la décision étrangère ne sera pas reconnue si en raison de changements de circonstances incluant l'écoulement du temps mais excluant le seul changement de résidence de l'enfant à la suite de la voie de fait, les effets de la décision d'origine ne sont manifestement plus conformes à l'intérêt de l'enfant.

Il est compréhensible que la Convention ait souhaité prendre en considération le cas où du fait de l'écoulement du temps l'enfant a pris racine dans son nouveau milieu et qu'un nouveau déplacement, même s'il s'agit d'un retour dans l'Etat d'origine, lui serait préjudiciable. Mais d'une part, le délai de 6 mois est très court, la Convention de la Haye a prévu un délai plus significatif d'un an. En effet, la procédure d'exequatur, malgré l'obligation posée par l'article 14 d'une procédure simple et rapide, risque de s'éterniser pour l'appréciation de l'intérêt de l'enfant. D'autre part, l'appréciation de cet intérêt est un facteur de particularisme comme il a été dit supra. Bien que la Convention pose implicitement la nécessaire permanence du statut de l'enfant, rien n'empêche le juge de faire preuve de réflexes nationalistes et de considérer par exemple que l'intérêt de celui ci consiste à rester sur le territoire de l'Etat requis.

3.3. Refus fondé sur la présence de liens de rattachement avec l'Etat requis

Selon l'article 10-1-c, il n'y a refus si au moment de l'introduction d'instance dans l'Etat d'origine : soit l'enfant avait la nationalité de l'Etat requis ou était résident habituel

[79] A. Mancini, « Les enfants au cœur des conflits de la famille. Les conflits de garde au sein des couples bi-nationaux », *Enfants d'Europe, enfants du monde* – Deuxième journées Eur. du Droit de Nancy – Actes du colloque organisé à Nancy les 24 – 25 novembre 2000.

dans cet Etat alors qu'aucun de ces liens de rattachement n'existait dans l'Etat d'origine, soit si l'enfant avait à la fois la nationalité de l'Etat d'origine et de l'Etat requis et sa résidence habituelle dans l'Etat requis.

L'article 10-1-c pose des règles de compétence indirecte[80], s'inspirant de l'idée du centre de gravité mais en ne prenant en compte que les points de rattachement avec l'Etat requis. Dès que le critère de la nationalité ou de la résidence habituelle rattache l'enfant à cet Etat, la décision de l'Etat d'origine ne pourra être reconnue. Mais en admettant que l'Etat requis n'est ni l'Etat national ni l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, celui-ci ne pourra opposer l'incompétence aux autorités de l'Etat d'origine même si celui-ci n'a aucun lien de rattachement avec l'enfant. Il suffit alors d'un jugement rendu dans un Etat contractant et exécutoire dans cet Etat, concernant l'enfant enlevé et rendu au bénéfice du parent victime, que ce dernier pourra invoquer devant le juge de l'Etat requis.

Or, il aurait été légitime d'exiger que seules les autorités des Etats ayant un lien avec l'enfant soient compétentes pour rendre une décision sur sa garde, mais l'objectif étant le retour le plus rapide possible de l'enfant en réponse à une voie de fait, la disposition se comprend.

3.4. Refus fondé sur l'incompatibilité

L'article 10-1-d prévoit l'incompatibilité de la décision d'origine avec une décision rendue et exécutoire dans l'Etat requis à la suite d'une procédure engagée avant l'introduction de la demande de reconnaissance et d'exécution, et si le refus est conforme à l'intérêt de l'enfant.

Cette disposition peut se justifier dans les cas visés par l'article 10, c'est à dire lorsque le délai de 6 mois est passé ou lorsque la demande est préventive. Cependant, elle favorise le parent rapteur ressortissant de l'Etat requis ayant agit dès l'enlèvement et qui peut ainsi paralyser la reconnaissance de la décision d'origine tout en obtenant une décision au fond qui inverse la garde. Or, par la réserve de l'article 17, ce motif de refus s'applique aussi aux situations visées dans l'article 9, c'est à dire dans la majorité des cas. L'article 9-1-c visant l'incompatibilité est adapté à ces situations, n'autorisant le refus que si la décision était exécutoire dans l'Etat requis avant l'enlèvement. Le moment butoir n'est pas l'introduction de la demande de reconnaissance, mais l'enlèvement lui-même empêchant ainsi la légitimation de la voie de fait. La limite de l'article 10-1-d imposant que le refus de

[80] Civ. 1er, 16 décembre 1986 : RCDIP 1987.401, note P. Lagarde.

reconnaissance qui doit être compatible avec l'intérêt de l'enfant, devrait permettre d'éviter ces excès.

Enfin, selon l'article 10-2, le juge de l'Etat requis peut surseoir à statuer et suspendre la procédure de reconnaissance lorsque la situation juridique est susceptible de changer à la suite d'autres procédures en cours.

B – CONDITIONS DE FORME

L'article 14 dispose que la procédure doit être simple et rapide. A cette fin les Etats contractants doivent « veiller » à ce que la demande puisse être introduite sur simple requête. Il ne s'agit là que d'une simple recommandation, non d'un impératif puisque les règles de procédure sont en principe régies par l'Etat requis, qui aurait pour avantage de réduire les frais et tout formalisme. Cette solution a été confirmée par un arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 8 juillet 1987[81]. Ainsi une procédure d'assignation à jour fixe devant le TGI a pu être utilisée dès lors que le principe du contradictoire est respecté.

Ainsi, en dehors des situations de l'article 8, l'autorité de l'Etat requis a un large pouvoir d'appréciation quant au fond et à l'opportunité de la décision étrangère. Cette Convention n'apporte que peu au droit commun français d'exequatur, même s'il n'y a pas de contrôle de la loi appliquée, le large pouvoir du juge équivaut en fait à un véritable pouvoir de révision. Les réserves des articles 17 et 18 enlèvent tout intérêt à cette Convention qui ne favorisera l'exequatur que dans les cas les moins fréquents.

§ III – L'ACTION EN REMISE DE L'ENFANT

La seconde Convention multilatérale traitant du problème de l'enlèvement est celle de la conférence de la Haye du 20 octobre 1980. Elle se réclame d'une certaine parenté d'esprit avec la première mais elle s'en distingue par des mécanismes juridiques propres. Selon le professeur Y. Lequette[82], cette Convention, à rattacher au mouvement utilitariste, est l'une des seules réussites incontestables de la Conférence de la Haye. En effet, le mécanisme qu'elle institue a prouvé son efficacité, en témoigne le nombre croissant de ratifications. Celui-ci, partant de l'idée qu'un développement harmonieux de l'enfant est

---

[81] *Gaz. Pal.* 1988.1.53, note Monin-hersant et B. Sturlèse.
[82] *Cours la Haye, recueil* 1994, unification du droit international privé familiale.

incompatible avec des ruptures brutales dans sa vie, assure son retour immédiat au lieu de sa résidence habituelle, auprès de la personne qui en avait la garde effective, dès que l'enlèvement a eu lieu.

L'action en remise est ouverte à tout enfant qui avait sa résidence habituelle dans un Etat contractant immédiatement avant la voie de fait, tant que l'enfant n'a pas atteint l'âge de 16 ans (article 4). La nationalité des parties est donc, ici aussi, sans influence. Evitant ainsi les difficultés posées par la double nationalité, l'Etat requis où se trouve l'enfant ne pourra se retrancher derrière la nationalité du for pour refuser la restitution. De plus, que l'enfant soit légitime ou naturel, importe peu. Ceci est conforme à la Convention des Nations Unies qui pose comme principe dans son article 2 que les Etats ne doivent faire aucune discrimination entre enfants, motivée par leur naissance (article 2-1) ou la situation juridique de leurs parents (article 2-2).

L'action n'est engagée qu'après que les autorités centrales de l'Etat de refuge aient pris toutes mesures propres à assurer la remise volontaire de l'enfant (article 10), l'une des obligations pesant sur les autorités centrales étant d'obtenir une solution amiable (article 7 al 2 c). En cas d'échec, l'article 2 prévoit que la procédure d'urgence est engagée. Le juge requis doit statuer dans un délai de 6 semaines (article 11), sans quoi les autorités centrales peuvent exiger une application sur les raisons de ce retard. La technique utilisée est originale, l'objectif étant le retour quasi automatique de l'enfant.

Les rédacteurs de la Convention ont entendu se placer sur le terrain de la voie de fait, excluant à ce stade toute discussion sur le fond de la question du droit de garde ou du droit de visite (article 1). Il y aura retour au statu quo ante, faisant référence ainsi à l'adage spoliatus ante omnia restituatur[83]. Certains commentateurs ont parlé de protection possessoire[84]. La référence à un schéma du régime des biens, objets de droit par excellence, pour mieux assurer la protection d'un enfant devenu un véritable sujet de droit ne va pas sans paradoxe, mais témoigne assez justement de l'économie de l'action. Cependant l'automaticité de la restitution cède le pas dès qu'il est prouvé que l'intérêt de l'enfant commande la consolidation de la voie de fait (article 12 al 2 in fine et article 13). C'est là que se trouve le point d'équilibre de la Convention, le retour ne devant pas être systématique au mépris de l'intérêt de l'enfant, et l'exception du non-retour trop largement consentie sans quoi l'effet préventif et dissuasif du texte serait ruiné. Le secret est dans la

---

[83] Batiffol, « 14 session de la Conférence de la Haye », *RCDIP* 1981.233.

[84] Chatin, « conflits relatifs à la garde des enfants et au droit de visite en DIP », *travaux com. fr. dip.*, 1981-82.107 ; Batiffol, cité supra ; Monin hersant et Sturlese, *Gaz. Pal.*, 1987.2.609 et *RCDIP* 1988.67.

fermeté. Nous étudierons successivement les deux issues possibles à l'action en remise, le retour de l'enfant (A) ou le non retour (B).

A – LE PRINCIPE : LE RETOUR

L'objectif premier est le retour immédiat. Mais la procédure d'urgence à des conditions de fond (1) et de forme (2).

1. Conditions de fond

Au sens de la Convention, seul le déplacement ou le non-retour illicite donne lieu à une action en remise. Trois éléments essentiels caractérisent l'illiceité de la voie de fait. L'atteinte à un droit de garde (a), attribué par le droit de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant (b), immédiatement avant le déplacement ou le non retour (c).

1.1. La voie de fait est une atteinte au droit de garde

Le concept de garde fait l'objet d'une définition autonome par dispositions matérielles, mais tournée vers le seul traitement du problème de l'enlèvement. Ainsi sont abordés l'attribution du droit de garde, l'exercice effectif de ce droit, et certaines prérogatives qui lui sont attachées.

1.1.1. Attribution de la garde

Le droit de garde violé peut être attribué indifféremment à une personne ou une institution, seule ou conjointement (article 3-a). Ce droit peut résulter d'une attribution de plein droit, d'une décision judiciaire ou administrative, ou d'un accord en vigueur selon le droit de l'Etat requérant (article 3 al 2). Ceci montre la grande diversité des situations sous jacentes. Le droit de garde peut résulter de l'autorité parentale exercée conjointement ou non, à l'issue d'un divorce, d'un jugement attribuant ce droit à l'un des parents à titre provisoire pendant l'instance en divorce ou à titre définitif après le divorce, de l'autorité parentale ex lege aux parents naturels concubins ou non, ou encore d'un accord entre parents si celui ci a reçu l'aval du juge. L'attribution ex lege a fait l'objet d'une application de la Cour de cassation du 23 octobre 1990[85], marquant la nécessité que le droit de garde dont la violation est allégée, soit déjà attribué au moment du déplacement.

---

[85] *RCDIP* 1991.407, note Y. Lequette ; *Defrénois* 1991, Art. 34980, n°9 ; *D.* 1991.233, note J. Massip ; *JCP* 1990.IV.412.

1.1.2. Exercice effectif du droit de la garde

Ce droit doit avoir été exercé de façon effective seul ou conjointement au moment du déplacement ou du non-retour (article 3-b). Ainsi l'exercice non effectif du droit de garde par le parent titulaire permettra au parent ravisseur de bloquer le retour de l'enfant.

1.1.3. Prérogatives attachées au droit de garde

Au sens de la Convention, le droit de garde comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et, en particulier, celui de décider de son lieu de résidence (article 5-a). Le plus important est le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant. Cette prérogative ne soulève pas de difficulté lorsqu'elle est exercée exclusivement par un des parents ni même lorsque l'exercice du droit de garde est conjoint et que les parents vivent ensemble. Lorsque les deux parents sont investis du droit de garde et que l'un d'eux quittent le domicile conjugal pour emmener l'enfant dans un autre Etat, il y a alors atteinte unilatérale au droit de garde conjoint et le déplacement doit être considéré comme illicite. Le fait que le parent ravisseur soit gardien ne doit pas permettre d'avaliser son acte, puisqu'il n'a pas un droit exclusif. La voie de fait peut ne pas être commise par le parent non gardien et pourtant être illicite. C'est le sens du jugement du TGI de Toulouse du 20 mars 1987[86] prenant ainsi l'exact contre-pied du TGI de Thenon le 19 juin 1987[87].

Une hypothèse problématique est celle où le parent gardien emmène l'enfant en ne tenant pas compte de l'assignation géographique à laquelle le juge a subordonné son droit, ou au droit de veto attribué à l'autre parent. La Cour d'appel d'Aix en Provence a eu à connaître de ce problème le 23 mars 1989[88]. Une ordonnance anglaise confiait la garde au père, à charge pour celui ci de maintenir les enfants sur le territoire anglais, sauf autorisation expresse de la mère. Pourtant, peu après, le père ne respecte pas l'assignation et part s'installer à l'étranger. Au sens de la Cour d'appel, l'ordonnance anglaise a organisé un véritable exercice conjoint de la garde, en conséquence, le déplacement est illicite. Ainsi la Cour d'appel infirme la décision du tribunal de grande instance de Grasse du 17 mars 1988[89] pour lequel la restitution territoriale n'est qu'une modalité dans l'exercice du droit de garde. Cette position fut reprise par le tribunal de grande instance de Périgueux le 17 mars

---

[86] *Gaz. Pal.* 1987.2.609 ; *RCDIP* 1988.67, note P. Monin-Hersant et B. Sturlèse.
[87] *Gaz. Pal.* 1988.1.106 et 1990.537, note Y. Lequette.
[88] *RCDIP* 1990.529, note Y. Lequette.
[89] *RCDIP* 1990.529.

1992[90] considérant qu'il n'y a pas eu violation d'un droit de garde mais violation d'une modalité accessoire d'exercice du droit de garde.

La Cour de cassation a tranché le 16 juillet 1993[91] en énonçant que la méconnaissance de l'assignation géographique constitue un enlèvement illicite, cette assignation privant le titulaire du droit de fixer seul le lieu de résidence. Ainsi, au sens de la Convention (article 5), le droit de garde s'entend d'un droit qui permet de désigner la résidence. Le titulaire qui est privé de cette prérogative dispose en réalité d'un droit conjoint. Si l'assignation a pour inconvénient majeur de favoriser des solutions protectionnistes peu justifiées lorsque les déplacements s'effectuent dans des pays de même civilisation et contraire à la logique du système Conventionnel, elle a cependant le mérite de faire respecter le droit de l'autre parent et de faciliter le maintien des relations de l'enfant avec celui ci, ce qui est conforme au principe du respect de l'exercice du droit de visite posé par l'article 9§3 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant.

A l'occasion de ce contentieux, le Tribunal de grande instance de Grasse déclarait que l'assignation était contraire aux libertés fondamentales de la Convention européenne des droits de l'homme, en particulier à la liberté de circulation et de choix de sa résidence et au droit à l'expatriation du §2 de l'article 2 du protocole additionnel n°4. La Convention de la Haye devant être interprétée à la lumière de ces principes généraux.

1.2. Le droit de garde étant attribué par l'Etat de la résidence habituelle

Le droit de garde ou de visite protégé est celui de l'Etat d'origine, ce qui a pour conséquence d'enlever toute compétence au fond du juge requis et entraîne la nécessité pour déterminer l'illicéité du déplacement et se réfère à ce droit.

1.2.1. Action indépendante du fond

L'action exclut toute discussion sur la régularité juridique ou l'opportunité de la garde de l'enfant, laissant la décision au fond aux juges d'origine. Une décision de la Cour de cassation du 7 juin 1995[92] rappelle que le juge français requis n'est pas le juge de la régularité ou du bien fondé de la décision de l'Etat de la résidence habituelle.

---

[90] *Clunet* 1993.938, note H. Gaudmet-Tallon ; *RCDIP* 1993.605, note B. Ancel ; *JCP* 1993.II.22104, note T. Clay ; *JCP* 1993.I.3688, Chr. H. Fulchiron ; *Gaz. Pal.* 1992.2.678, note G. C. : *D.* 1992.315, note G. C. ; *Petites affiches* 3 septembre 1993. p. 7, note T. Clay.

[91] *RCDIP* 1993.650, note B. Ancel ; *JDI* 1994.133, note H. Gaudmet-Tallon ; *Clunet* 1994.133, note H. Gaudemet-Tallon.

[92] *D.* 1996.393, note J. Massip ; *Defrénois* 1996. Art. 36272, p. 336, J. Massip.

1.2.1.1. Incompétence au fond du juge requis

Le juge requis a pour seule mission de sanctionner la voie de fait, et ne pourra dans le cadre de la Convention, rendre une décision sur le fond (article 19). Dès que celui-ci est informé de l'enlèvement ou du non-retour, il ne pourra statuer sur le fond tant que les conditions exigées par la Convention pour ordonner le retour ne sont pas réunies, ou tant qu'une période raisonnable ne s'est pas écoulée sans demander de retour (article 16). D'autre part, le seul fait qu'une décision relative à la garde soit rendue ou soit susceptible d'être reconnue dans l'Etat requis ne peut justifier le refus de renvoyer l'enfant (article 7). L'incompétence au fond du juge de l'Etat de refuge permet de suspendre dans cet Etat toute action au fond qui éventuellement pourrait inverser la garde. Elle permet également d'assurer la primauté du droit de l'Etat de résidence habituelle. L'un des objectifs de la Convention étant de faire respecter effectivement dans les autres Etats contractants les droits de garde et de visite existant dans un Etat contractant (article 1-b). Mais cette incompétence s'explique aussi par la nécessaire distinction du contentieux sur l'enlèvement relatif à l'attribution du droit de garde. Le premier a un caractère mécanique et relève de l'urgence, le second relève du droit international privé commun ou Conventionnel et suppose la prise en considération de nombreux éléments dont celui de l'intérêt de l'enfant qui nécessite du temps. Or, le juge qui doit ordonner le retour ne peut s'embarrasser du contentieux au fond, là où tout délai joue en faveur du ravisseur.

1.2.1.2. Solution au fond renvoyée au juge d'origine

Alors que la Convention ne se préoccupe pas explicitement du conflit de lois et du conflit de juridictions, il ressort du texte implicitement que seul le juge d'origine est compétent au fond. L'objectif est de faire respecter le droit de garde attribué par le juge du milieu naturel de l'enfant, consacrant par là une sorte de compétence « naturelle » internationale déjà retenue dans la Convention de la Haye. C'est le « droit » de l'Etat de la résidence habituelle qui est applicable, donc le droit international privé commun ou le droit Conventionnel. Si le premier est applicable, il est à noter que le texte n'a pas seulement désigné la loi interne de cet Etat, admettant ainsi implicitement le jeu du renvoi[93]. Pour le second, la Convention de la Haye de 1961 est compétente.

1.2.2. Illicéité du déplacement

Dans la mesure où l'ordre juridique de référence est celui de l'Etat d'origine, le juge requis détermine l'existence d'un déplacement illicite au regard de ce système. Ainsi, il peut

[93] B. Audit, obs. sous. Cass. 16.12.1993, *D.* 93, somm. P. 353

tenir compte directement du droit et des décisions judiciaires ou administratives émanant des autorités de l'Etat de la résidence habituelle, sans avoir recours aux procédures spécifiques sur la preuve de ce droit ou pour la reconnaissance des décisions étrangères (article 4). La technique de la prise en considération permet au juge de qualifier la voie de fait très rapidement sans faire une application au sens propre du terme du droit étranger. Ce droit pris comme une notion de fait que le juge requis apprécie librement sans passer par les procédures de droit commun. Avant d'ordonner le retour de l'enfant, le juge à la faculté de demander une attestation émanant des autorités de l'Etat d'origine constatant que le déplacement où le non retour est illicite au sens de l'article 3 al 15. Ainsi par ces deux dispositions, le retour de l'enfant est possible au vu de la seule existence d'un titre violé et non de la conformité de celui-ci aux critères d'attribution du for.

1.3. Un droit de garde étant attribué immédiatement avant le déplacement ou le non-retour

Le moment des faits constitutifs de la voie de fait est important à deux titres. Il détermine le moment auquel doit être apprécié l'existence du droit de garde et le point de départ du délai d'un an au-delà duquel le retour pourra être refusé. Mais, pour apprécier l'illicéité du déplacement, seul nous intéresse le premier point. Cette condition peut devenir difficile à éluder lorsque au premier enlèvement suit un contre enlèvement et qu'entre temps le droit de garde a changé de titulaire. Dans l'arrêt de la Cour de cassation du 16 juillet 1993[94], la mère titulaire de l'autorité parentale ne respecte pas l'assignation territoriale fixée par le juge français et part avec ses enfants à l'étranger. Le père obtient par la suite la garde dans l'Etat d'origine et, fort de son droit, effectue une contre voie de fait.

Quel enlèvement doit-on prendre en considération ? Le juge n'a tenu compte que du premier, celui-ci étant illicite et a laissé de côté la décision postérieure au fond. Seul le premier déplacement donnera lieu au retour de l'enfant, le second ne servira que pour l'attribution au fond du droit de garde. Il est important de noter qu'aucune décision postérieure à la voie de fait ne sera prise en considération. C'est que le juge doit sanctionner la violation du droit de garde attribué au moment du déplacement initial, peu importe le contre enlèvement et l'obtention de jugements postérieurs à la voie de fait.

2. Conditions de forme

L'action en remise s'apparente à un référé international, elle rappelle la distinction entre le possessoire et le pétitoire. Le juge requis s'interdit d'aborder le fond, sa décision ne

[94] *Clunet* 1994.133, note H. Gaudemet-Tallon ; *RCDIP* 1993.605, note B. Ancel.

pouvant préjuger du principal. Toutes les actions engagées par l'autorité centrale française ont suivi la voie de l'assignation à jour fixe ou du référé. L'intérêt de la première étant qu'elle répond à l'impératif de célérité et assure le caractère autonome de l'action puisqu'elle en fait une action principale se suffisant à elle même. La seconde voie est plus rapide encore mais diffère de la première en ce qu'elle présente un caractère auxiliaire. Elle relie en principe à un autre procès dont elle assure la stabilité par des mesures provisoires afin de prévenir la détérioration des intérêts des parties. Mais là aussi elle ne préjuge pas du fond. La compétence du juge des référés a d'ailleurs été admise par la jurisprudence[95]. Ces deux voies sont en accord avec l'obligation d'utiliser des procédures d'urgence posées par la Convention (article 2).

B – L'EXCEPTION : LE NON-RETOUR

Même si la Convention prescrit un retour immédiat on entend ainsi donner un certain caractère d'automaticité à la mesure, celle-ci n'invite pourtant pas à traiter l'enfant comme une chose que l'on se dispute entre copropriétaires. La nature humaine et non réelle de l'objet imprime au modèle possessoire des altérations motivées par l'intérêt de l'enfant. Dès lors, le juge requis pourra refuser d'ordonner le retour pour des motifs limitativement énumérés et dont la charge de la preuve incombe au demandeur, c'est à dire le parent ravisseur. Selon le rapport de Mlle Perez-Vera[96] « le déplacement de l'enfant peut parfois être justifié pour des raisons objectives, tenant soit à sa personne soit à l'environnement qui lui était le plus proche ». Son intérêt à ne pas être déplacé « cède le pas devant l'intérêt primaire de toute personne à ne pas être exposée à un danger physique ou psychique ou placé dans une situation intolérable ». L'intérêt de l'enfant n'est pas menacé par le retour en lui-même, mais par ses suites.

Dans une affaire du 14 mars 1988[97] un juge a estimé que le juge requis ne pouvait avoir des œillères quant aux conséquences pratiques du retour de l'enfant. Il a alors retardé le retour jusqu'à ce que le parent demandeur ait pris certains engagements quant aux conditions matérielles de vie de l'enfant. Ainsi, dans ces hypothèses où le juge doit porter une appréciation sur l'intérêt de l'enfant, celui-ci retrouve son pouvoir discrétionnaire et peut alors tout simplement refuser le retour.

---

[95] *Clunet* 1994.133, note H. Gaudemet-Tallon ; *RCDIP* 1993.605, note B. Ancel.
[96] *Acte et Docs. de la 14éme session de la conférence de la Haye de DIP*, p. 432 s.
[97] *RCDIP* 1990.529.

1. Intégration dans son nouveau milieu

En principe, même saisi après l'expiration du délai d'un an, le juge requis doit ordonner le retour, mais dans ce cas il pourra être opposé que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu (article 12 al 2). Son intérêt commande alors la consolidation de la voie de fait. Le juge requis n'est plus seulement le juge de la voie de fait, il devient le juge de l'intérêt de l'enfant et pourra faire échec au droit de l'Etat de la résidence habituelle.

Mais la condition principale étant l'expiration du délai d'un an, pose le problème du point de départ de ce délai. Selon l'article 12 al 1, le délai s'écoule entre le déplacement illicite et la saisine des autorités de l'Etat requis. Une affaire jugée par la première chambre civile de la Cour de cassation le 21 novembre 1995[98] a posé le problème suivant aux magistrats français : les autorités de l'Etat requérant saisissent leurs homologues en France peu après les faits constitutifs de l'enlèvement. Le procureur de la république doit pourtant suspendre la procédure du fait de pourparlers engagés entre les parents dans le but d'obtenir un divorce par consentement mutuel. Cependant les pourparlers échouent et la procédure reprend. Ainsi l'autorité appelée à statuer sur le retour a finalement été saisie plus d'un an après le déplacement. Or, pendant ce temps, l'enfant s'est établi dans son nouveau pays. Pourtant la Cour d'appel a refusé l'application de l'article 12 al 2 au motif que les autorités françaises ont été saisies avant le déplacement. La logique voudrait que ce soit la date du jour où le juge statue qui soit seule prise en compte.

2. Les circonstances de refus du retour visées dans l'article 13

A la lecture de la Convention, on peut noter que le premier souci des rédacteurs a été d'établir un système basé sur la protection des enfants en se fondant sur la notion de l'intérêt de l'enfant.

Tant au niveau national qu'au niveau international, cette notion a pris une place de plus en plus importante. Cependant cette notion ne prend toute sa dimension qu'à travers l'article 13 de la Convention de la Haye, et qu'elle va poser les plus grandes difficultés d'interprétation puisqu'elle va servir de mécanisme correcteur au principe rigide du retour immédiat des enfants enlevés.

Cette notion permet d'atténuer la rigueur du principe du retour de l'enfant en laissant aux juges une marge d'appréciation. Cette notion est à la fois un facteur de progrès dans le sens d'une amélioration du statut de l'enfant et un facteur d'unification du droit. Puisque cette notion apparaît dans toutes les législations nationales et dans toutes les

---

[98] *D.* 1996.468, note J. Massip ; *JCP* 1996.IV.98.

Conventions internationales risque de déboucher en l'absence de coopération sur un échec. Le risque que chaque Etat aura sa propre vision de la notion de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant (a).

L'article 13 mérite toute l'attention car il constitue certainement le pivot de cette Convention (b).

2.1. La primauté de l'intérêt de l'enfant

Dès le préambule, les rédacteurs de la Convention de la Haye ont affirmé qu'ils étaient « profondément convaincus que l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde » et ils exprimaient leur désir de « protéger l'enfant sur le plan international contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicite ».

Dans la partie dispositive de la Convention, ils ne font plus de référence expresse à cette notion de l'intérêt de l'enfant : mais il ne faudrait pas croire, et Mlle Perez-Vera le confirme dans son rapport sur la Convention[99], que les rédacteurs ont évincé ce problème dans le préambule pour se donner « bonne conscience ». Au contraire, on peut considérer que la notion de l'intérêt de l'enfant est la philosophie même de la Convention et que les juges nationaux vont devoir en tenir compte lorsqu'ils appliqueront chaque disposition de cette Convention.

Cette notion appartient donc à la longue liste des notions juridiques qui ne sont pas définies ou de manière très vague, comme l'ordre public ou la force majeure.

Dans le domaine qui nous intéresse, il apparaît tout à fait logique de ne pas instaurer des règles trop strictes car il faut laisser une marge de manœuvre au juge.

Mme Rubellin-Devichi considère que « le recours à l'intérêt de l'enfant est parfois un moyen commode pour le juge de se dispenser d'appliquer la règle de droit, en toute bonne foi d'ailleurs, et nous avons essayé de montrer combien l'intérêt de l'enfant devait être pris comme critère seulement lorsqu'il n'y a pas de règle applicable : l'intérêt de l'enfant est d'abord de bénéficier de la règle de droit, lorsqu'il en existe une »[100].

Il est vrai que confier aux juges nationaux la détermination de l'intérêt de l'enfant peut conduire à des interprétations divergentes surtout dans des conflits internationaux. Puisque chaque juge aura sa propre conception de l'intérêt de l'enfant en fonction de ses valeurs morales, religieuses, culturelles... Le juge pourrait être amené à porter des

---

[99] Rapport E. Perez-Vera : *Actes et document de la 14ème session de la Conférence de la Haye* Tome III 1980 p. 426.
[100] J. Rubellin-Devichi : « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française » *JCP* 1994 Edition Gnérale Doctrine n°3739 p. 87s.

jugements de valeur sur les décisions de ses homologues étrangers. Donc il peut laisser apparaître une faille dans le système Conventionnel mais il ne faut pas perdre de vue que dans le domaine des traités, il est indispensable que les juges en fassent une exacte application pour que les autres parties contractantes respectent également leurs engagement et garantissent ainsi le retour effectif des enfants.

L'intérêt de l'enfant n'est pas forcément de bénéficier de la règle de droit puisque dans la Convention, cette notion va servir à la fois de base au principe du retour et comme mécanisme correcteur de ce principe.

Les parents sont, a priori, considérés comme les meilleurs garants de l'intérêt de l'enfant. Cependant, lorsqu'une discorde apparaît au sein du couple, l'intérêt de l'enfant devra être confié à l'appréciation du juge. Car non seulement les parents risquent de ne pas avoir la même vision de l'intérêt de leur enfant mais en plus, ils risquent d'être occultés par leur propre intérêt. Donc l'enfant risque de courir des dangers. Ajouter à cela que l'intérêt de l'enfant ne coïncide pas toujours avec celui de ces parents.

De plus, et plus souvent, le législateur prévoit des cas où l'avis de l'enfant est pris en considération. La Convention elle même prévoit que si les autorités constatent suivant leur libre appréciation que l'enfant a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de son opinion et qu'il s'oppose à son retour, elles ne seront pas tenues d'ordonner ce retour.

Cependant, les juges sont encore très prudents en tenant compte des sentiments personnels de l'enfant car ce dernier pourrait être sous l'influence de l'un de ses parents.

L'intérêt de l'enfant va être utilisé comme un système de balance pour décider si l'enfant enlevé doit retrouver son foyer initial ou si ce retour le placerait dans une situation intolérable.

En l'occurrence, le juge devra t-il prendre en compte son intérêt moral ou pécuniaire ?

Il doit prendre en compte les deux formes d'intérêt tout en faisant prévaloir son intérêt moral car les dommages psychologiques sont les plus graves. En fait, il faut qu'il s'efforce de trouver une combinaison appropriée des deux. Il faut protéger l'enfant à tous les points de vue : sa santé, sa sécurité et sa moralité.

La Convention de New York, même si elle n'est pas d'application immédiate devant les tribunaux, fournit néanmoins des éléments importants. Elle affirme notamment le droit pour l'enfant de garder des liens avec ses deux parents : cette exigence se traduit par l'obligation d'attribuer un droit de visite en contrepartie du droit de garde ; un enfant a en

effet besoin autant d'un père que d'une mère ; mais en règle générale, plus l'enfant sera jeune plus on accordera le droit de garde à la mère.

L'intérêt de l'enfant c'est généralement le droit de vivre dans un environnement équilibré et stable[101].

On oublie souvent que ces enfants, quand ils sont issus d'un couple mixte, appartiennent à deux langues, deux cultures et parfois deux religions différentes. Il faudrait qu'ils perçoivent cette différence comme une chance d'enrichissement plutôt que comme une cause de déchirure.

Mais dans l'analyse de l'intérêt de l'enfant comme dans celle de l'article 13 al 1b, c'est surtout le comportement du parent à qui l'enfant va être rendu qui va faire l'objet d'un examen par le juge et les rapports qu'entretiennent ce parent et l'enfant.

2.2. La notion de danger au regard de l'article 13b

La Convention de la Haye pose comme principe dans son article 1er « le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout Etat contractant ». Mais elle prévoit également des exceptions à ce principe, énumérées de façon limitative, dans son article 13 : tout d'abord, lorsque le droit de garde n'est pas exercé effectivement au moment de l'enlèvement ou quand la personne titulaire de la garde avait consenti ou acquiescé postérieurement au déplacement de l'enfant, l'autorité compétente ne sera pas tenue d'ordonner son retour immédiat (article 13a).

Mais c'est l'article 13b qui retiendra notre attention. Celui-ci dispose, en effet, que s'il « existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable », l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat où l'enfant se trouve après l'enlèvement ne sera pas tenue d'ordonner son retour et consolidera ainsi sa situation actuelle.

Cet article peut être une porte ouverte à tous les abus car il peut remettre en cause le mécanisme même de la Convention en faisant perdre à l'action en retour de l'enfant son caractère possessoire et en invitant ainsi le juge à statuer au fond de la décision de droit de garde.

A la lecture de la jurisprudence concernant cette Convention, force est de constater que dans la majorité des cas d'enlèvement, le parent ravisseur va invoquer l'exception de l'article 13b pour faire obstacle au retour de l'enfant.

---

[101] M. King et C. Kratz, « La notion d'intérêt de l'enfant en droit : vecteur de coopération ou d'interférence ? », DS 1992, n°22, p. 607 et s ; P. Gulphe, « L'action de la France dans la coopération internationale pour la protection de la personne de l'enfant dans les ménages séparés », Rev. jur. et pol. indép. et coop. 1983, p. 407-416.

Cette tâche dévolue aux juges apparaît, a priori, difficile car la notion de danger peut faire l'objet d'interprétations divergentes. Elle fait appel à des paramètres à la fois juridiques, psychologiques et sociologiques. Mais l'utilisation de notions abstraites comme « un risque grave » ou « danger physique ou psychique » permet de laisser au juge une marge de manœuvre suffisante pour qu'il puisse accomplir sa tâche convenablement. Il est impossible de prévoir à l'avance une liste des situations pouvant présenter un danger pour l'enfant. Par conséquent, les juges devront statuer au cas par cas en fonction des particularités de chaque affaire.

2.2.1. Les mécanismes d'appréciation de la réalité du danger

Pour que l'article 13b ait matière à s'appliquer, il faut tout d'abord que le juge ait constaté un déplacement ou un non-retour illicite au sens de l'article 3 de la Convention. Le non-retour ou le déplacement d'un enfant sera considéré comme illicite lorsqu'il aura lieu en violation d'un droit de garde attribué par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour. Ce droit doit être exercé de façon effective seul ou conjointement au moment du déplacement ou du non-retour et il doit résulter soit d'une décision administrative ou judiciaire, soit d'une attribution de plein droit. La jurisprudence actuelle de la Cour de cassation fait une application tout à fait conforme de cet article en faisant jouer la Convention dans des cas où les parents ne sont pas divorcés, donc aucune attribution judiciaire de la garde n'a été effectuée. Elle pourra jouer du fait que dans de nombreuses législations, la loi attribue la garde conjointe des enfants aux parents. La Cour de cassation a précisé que ce droit de garde pouvait résulter, non seulement d'une décision judiciaire ou administrative, mais aussi d'une attribution de plein droit[102].

La Convention de la Haye a pour objectif de sanctionner le parent, qui par un moyen illégal, tente de rétablir ou de conserver des liens avec son enfant, et veut respecter la compétence de la juridiction de la résidence habituelle antérieure à l'enlèvement pour tout ce qui concerne le fond du droit de garde.

L'appréciation des faits constituant un danger pour les enfants relève de l'interprétation souveraine des juges du fond. La Cour de cassation se contente dans chaque espèce de vérifier si les juges ont bien analysé toutes les données du problème et s'ils n'ont pas laissé de côté un fait important pouvant révéler l'existence d'un danger pour l'enfant.

---

[102] Civ. 1ère, 23 octobre 1990 : *RCDIP* 1991.407, note Y. Lequette ; *Defrénois* 1991, Art. 34980, n°9 ; *D.* 1991.233, note J. Massip ; *JCP* 1990.IV.412. Egalement : Civ. 1ère, 16 décembre 1992 : *Bull. civ.* I. n°313, p. 205 ; *D.* 1993. Somm. 352, B. Audit ; Defrénois 1993, Art. 35572, n°50, obs. J. Massip.

Mais la Cour de cassation exige des juges du fond, qui veulent mettre en œuvre l'article 13b, qu'ils fassent état des faits précis et pertinents propres à justifier le danger physique ou psychique. La Cour de cassation contrôlera dans chaque espèce la base légale de la décision attaquée.

Les juges du fond devront motiver convenablement leurs décisions afin que la Cour de cassation puisse exercer son contrôle : elle doit veiller à maintenir l'équilibre entre le principe du retour immédiat et le principe de l'intérêt de l'enfant. Elle exercera sa mission par l'intermédiaire du contrôle des motifs.

Les juges du fond pour prendre leur décision ont de nombreux outils en main car en effet dans ce genre d'affaire mettant en cause des enfants, souvent très jeunes, interviennent des médecins, des psychiatres, les services sociaux... Leurs expertises peuvent être parfois indispensables et d'ailleurs très souvent les juges y font référence. D'ailleurs dans l'arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 1994[103], il semble que les juges du fond n'aient pas eu le choix et ont été obligés de refuser le retour de l'enfant car les expertises médicales avaient affirmé que l'enfant vivait la séparation avec sa mère comme un « deuil ».

En revanche, la définition juridique de la situation génératrice de danger appartient à la Cour de cassation.

Il peut y avoir une dérive des juges du fond. Par exemple, dans l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 23 mars 1989[104] où les juges du fonds ne se sont même pas donné la peine de vérifier si les allégations du père étaient exactes. En effet, selon le père son ex-épouse s'adonnait à l'alcool et à la drogue et la Cour d'appel lui a reproché de « dévier le débat ».

La preuve de la réalité du danger appartient à celui qui s'oppose au retour de l'enfant à sa résidence habituelle.

On peut constater au regard de la jurisprudence que les juges sont très sévères sur la preuve du danger. Cette position est tout à fait conforme à l'esprit de la Convention qui énonce une exception limitative dont les juges doivent faire une lecture restrictive. Dès les premiers arrêts concernant l'article 13b, les juridictions ont affirmé que la simple allégation par le parent ravisseur qu'il existe un danger au retour de l'enfant n'est pas suffisante, il faut en apporter la preuve.

---

[103] *Bulletin* 1994 n°248 p.180 ; *Les petites affiches* 1995-03-15 n° 32 p. 27, note Massip.
[104] *RCDIP* 1990 p. 529 note Y. Lequette.

2.2.2. L'évolution de la définition juridique de la situation génératrice du danger

La définition juridique du danger appartient à la compétence de la Cour suprême. Les juges sont très réticents à l'application de l'article 13b ; en effet, pendant très longtemps cet article n'a jamais été appliqué par les juridictions françaises. Les commentateurs avaient dénoncé le risque que la Convention ne devienne lettre morte si les tribunaux recouraient systématiquement à l'article 13. Mais il en existe un autre, passé sous silence, qui est que l'application automatique du principe du retour immédiat risque de faire abstraction de l'intérêt de l'enfant. Il a fallu attendre un arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 1994[105] pour voir les juges mettre en œuvre cet article.

La Cour de cassation a fait évoluer la définition juridique de danger. Elle a affirmé que « le danger ou la situation intolérable, au sens de ce texte, résulte aussi bien du nouveau changement des conditions de vie actuelles de l'enfant déplacé que des conditions nouvelles ou retrouvées dans l'Etat de sa résidence habituelle ».

L'arrêt qui prête le plus à la critique est certainement celui rendu par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence le 23 mars 1989[106]. Il s'agissait d'un couple, dont le mari était français et la femme anglaise, qui vivaient en Grande-Bretagne avec ses deux enfants. Au terme de la procédure de divorce, un juge anglais avait accordé la garde des enfants au père mais assortie de l'interdiction de les faire sortir du territoire anglais sans autorisation écrite de la mère ou du juge. Mais le père contrevient à cette exigence et va s'installer en France avec ses enfants. La mère obtient des juridictions anglaises la garde des enfants et les autorités britanniques demandent aux autorités françaises d'ordonner le retour immédiat des enfants en application de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980.

L'affaire présentait certaines particularités par rapport au schéma classique car d'une part, c'est le parent titulaire de la garde qui s'était rendu coupable d'un déplacement illicite d'enfant et d'autre part, parce qu'un juge anglais avait accordé la garde des enfants à la mère entre le déplacement illicite et le retour des enfants. Donc le retour des enfants dans l'Etat de leur résidence habituelle ne constituait pas un rétablissement *statu quo ante.*

Devant la Cour d'appel, le père a non seulement affirmé que les conditions d'application de l'action n'étaient pas réunies car la mère n'était pas titulaire du droit de garde au moment du déplacement et que même si la condition de l'article 3 était remplie, le

---

[105] *RCDIP* 1995.69, note H. Muir-Watt ; *Bulletin* 1994 n°248 p.180 ; *Les petites affiches* 1995-03-15 n° 32 p. 27, note Massip.
[106] *RCDIP* 1990 p. 529 note Y. Lequette

retour des enfants en Grande-Bretagne les exposaient à un danger certain en raison de l'état de santé et des mœurs de la mère (article 13b).

Le tribunal de Grande Instance de Grasse avait considéré qu'il n'y avait pas eu violation du droit de garde au sens de l'article 3 de la Convention et donc que le caractère illicite du déplacement n'était pas établi. Il n'avait ainsi pas eu à statuer sur l'existence d'un danger au regard de l'article 13b.

La Cour d'appel a considéré au contraire que la condition de l'article 3 de la Convention était bien remplie puisqu'« en attribuant à la mère le droit d'accepter ou de refuser le déplacement de la résidence des enfants hors d'une certaine région, la décision attribuant la garde au père a organisé un exercice conjoint de celle-ci au sens de la Convention de la Haye ».

Il ne restait plus au père que le recours à l'article 13b pour s'opposer au retour de ses enfants en Grande-Bretagne et alléguer le fait que son ex-épouse s'adonnait à l'alcool et à la drogue.

Mais la Cour d'appel a considéré que le père avait cherché « à dévier le débat en prétendant que le retour des enfants en Grande-Bretagne les exposait à un danger découlant de l'état de santé et des mœurs de leur mère, alors qu'en réalité il n'est pas demandé à la Cour de confier les enfants à celle-ci mais seulement d'ordonner leur retour dans l'Etat d'origine ».

La motivation de la Cour d'appel est tout à fait étonnante puisque du fait que la garde avait été confiée à la mère par un juge anglais après le déplacement des enfants, il ne s'agissait plus de renvoyer les enfants au domicile anglais de leur père mais à celui de leur mère. La Cour s'est refusée de vérifier si les allégations du père étaient fondées, c'est à dire de nature à mettre les enfants en danger : elle risque ainsi de vider l'article 13b de toute sa portée car « la santé physique ou psychique de l'enfant ne sera pas menacée par le retour lui-même mais par ses suites ».

Cette position était extrêmement restrictive car elle dissociait le retour lui-même de ses suites concrètes.

A l'appui de cette décision, on pourrait soutenir que le juge français n'a pas voulu remettre en cause la décision du juge anglais qui était le plus à même de connaître le véritable intérêt de l'enfant. Mais on ne peut qu'être choqué par une telle automaticité dans l'application du principe du retour car comme le souligne très justement M. Lequette, au terme de la procédure de divorce, la garde avait été confiée au père par le juge anglais malgré un « double handicap : il était le père, il était français ! C'était sans doute le signe que

la mère n'offrait pas toutes les garanties ». De plus, la modification de la garde n'avait eu lieu que quatre jours après le déplacement des enfants, ce qui pouvait apparaître comme une « décision d'humeur du juge anglais envers le père qui a méconnu son autorité »[107].

Il s'agit dans l'histoire jurisprudentielle de la Convention d'un « accident » qui ne s'est heureusement jamais reproduit. Car la jurisprudence, suite aux vives critiques de la doctrine, a ensuite toujours apprécié les conditions de vie de l'enfant auprès du parent titulaire de la garde.

De cette première interprétation, la cause du danger réside dans le fait que l'enfant va être ramené à la résidence du parent qui demande son retour. Donc la notion de danger sera appréciée au seul regard des conditions de vie que l'enfant retrouvera auprès du parent titulaire de la garde. Car en effet, les juges devront prendre en considération non seulement le retour de l'enfant mais également ses suites.

Dans une autre affaire jugée par la Cour de cassation le 16 décembre 1992[108], les juges pour apprécier l'existence d'un danger pour l'enfant n'ont pris en compte que la situation à laquelle l'enfant va à nouveau être confronté après son retour à sa résidence habituelle mais la Cour de cassation a fait évoluer la définition juridique du danger.

C'est dans un arrêt du 15 juillet 1994[109] que la Cour de cassation a modifié sa position en élargissant sa définition du danger au sens de l'article 13b. Un couple dont le mari américain et la femme française vivait aux Etats-Unis avec leur fils. En 1991, la femme quitte les Etats-Unis accompagnée de son fils pour aller vivre en France chez ses parents. Le 13 mars 1992, le procureur de la République demande au tribunal d'ordonner le retour immédiat de l'enfant aux Etats-Unis, ce que fait le Tribunal de Grande Instance. En appel, la mère invoque l'article 13b pour s'opposer au retour de son enfant.

Par un premier arrêt du 6 août 1992, la Cour d'appel confirme le caractère illicite du déplacement mais elle nomme un expert pour savoir si le retour de l'enfant l'exposerait à un grave danger physique ou psychique.

Par un deuxième arrêt du 12 mars 1993[110], la Cour d'appel suit l'avis des experts psychiques qui avaient estimé qu'il existait un danger immédiat en cas de séparation de l'enfant avec sa mère et refuse le retour de l'enfant sur le fondement de l'article 13b.

Le père forme un pourvoi devant la Cour de cassation en reprochant à la Cour d'appel d'avoir violé le texte de la Convention. Il soutient que le danger visé par l'article 13

---

[107] Aix-en-Provence 23 mars 1989 : *RCDIP* 1990.529, notes Y. Lequette.
[108] *Bull. Civ.* I. n°313, p. 205 ; *D.* 1993. Somm. 352, B. Audit ; *Defrénois* 1993, Art. 35572, n°50, obs. J. Massip.
[109] *RCDIP* 1995.96 notes Muir-Watt ; *D.* 1994 IR p. 208; *JCP* 1994.IV.2285 ; *JCP* 1996.I.3903, chr. H. Boss-Plantière; *Les Petites Affiches* 5 mars 1995 n°32, note J. Massip ; *Defrénois* 1995 art. 36024.
[110] *D.* 1993.361, note J. Massip

de la Convention était seulement celui qui résultait du retour de l'enfant auprès du parent victime de l'enlèvement et non de la séparation d'avec l'auteur de cette voie de fait.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi en affirmant que le danger ou la situation intolérable, au sens de l'article 13b, résulte aussi bien du nouveau changement des conditions de vie actuelles de l'enfant déplacé que des conditions nouvelles ou retrouvées dans l'Etat de sa résidence habituelle. Elle a énoncé que c'était dans l'exercice se son pouvoir souverain, qu'après avoir relevé, au vu de l'expertise, que la séparation de l'enfant avec son père, en raison de son très jeune âge et du fait qu'il a vécu seul avec sa mère pendant plus d'un an, « serait vécue comme un deuil », que la Cour d'appel a jugé que, dans l'immédiat, le retour de l'enfant au Etats-Unis l'exposait à un danger psychique caractérisé.

La Cour de cassation innove dans l'interprétation de la notion de danger en affirmant qu'il existe plusieurs hypothèses de danger, distinction que ne faisait pas le texte ni les travaux préparatoires. Et les rapports concernant cette Convention n'apportaient pas le moindre éclaircissement à ce sujet.

On peut se féliciter de cette interprétation donnée par la Cour de cassation car elle permet d'apporter des souplesse à l'application automatique du principe du retour immédiat de l'enfant. Car si l'on examine le dispositif de plus près, la notion de danger permettait dans la première interprétation de faire obstacle au retour de l'enfant seulement si le parent titulaire de la garde ne présentait pas toutes les garanties pour protéger l'enfant. Mais dans de nombreux cas la garde était accordée par une décision de justice. C'était déjà une présomption montrant que ce parent était capable d'assumer l'enfant. De plus, interdire le retour de l'enfant en application de l'article 13b constituait pour les juges français une remise en cause de l'autorité des juridictions étrangères.

Le père dans son pourvoi avait repris à son compte la solution restrictive de la Cour de cassation alors que c'était lui le parent victime de la voie de fait. Mais la Cour de cassation n'a pas voulu se laisser enfermer dans une définition juridique du danger trop restrictive qu'elle avait elle-même énoncée.

Cela ne signifie pas pour autant que le père ne présentait pas toutes les garanties, car d'une part on peut penser que la Cour d'appel n'avait pas le choix puisque les expertises étaient alarmantes sur l'état psychique de l'enfant, et d'autre part la Cour d'appel fait mention du fait que l'enfant vivait seul avec sa mère depuis plus d'un an. Cela montre à nouveau que non seulement le facteur temps va jouer en faveur du parent ravisseur et que les juges ne veulent pas remettre en cause une situation qui s'est consolidée. L'intérêt de l'enfant exige en effet qu'il ne soit pas à nouveau arraché à son environnement familial

habituel. Il a besoin pour s'épanouir d'un milieu stable. La Cour va faire abstraction du fait que le parent qui a gain de cause a agit par des moyens illégaux, elle ne veut pas risquer de faire subir aux enfants les agissements illicites de leurs parents.

Mais malgré le fait que cette solution apporte toute satisfaction sur le plan humain, elle comporte certains risques au point de vue juridique. En effet, certains auteurs ont considéré que cet arrêt était une « véritable incitation à l'enlèvement ». Car elle évite au parent ravisseur d'apporter la preuve que le retour de l'enfant dans sa résidence habituelle lui ferait courir un danger physique ou psychique et ainsi de démontrer que le parent titulaire de la garde est incapable de pourvoir à l'éducation et au bien-être de son enfant.

Mais la Cour de cassation exige que les juges du fond aient relevé un danger psychique caractérisé. Donc elle affirme clairement son intention de maintenir l'équilibre entre le principe du retour immédiat et l'exception de l'article 13b. Ces dispositions doivent être à chaque fois appliquées avec beaucoup de discernement et ne jamais conduire à une application aveugle et automatique.

La même solution a été rendue par la Cour d'appel de Paris le 13 juillet 1993[111] qui énonçait, que constituait un risque grave pour les enfants au sens de l'article 13 al 1b, le fait d'ordonner leur retour brutal qui pourrait les placer psychologiquement dans une situation intolérable. Car le non-retour des enfants remontant à quatre ans, ont depuis cette date, gardé peu de contacts avec leur père et se sont parfaitement intégrés à leur nouvel environnement.

Cet arrêt a été confirmé par la Cour de cassation le 21 novembre 1995[112] où elle reprend mot pour mot l'attendu de l'arrêt du 12 juillet 1994 : le danger physique ou psychique ainsi que la situation intolérable prévus par l'article 13 al 1b, résultent aussi bien du nouveau changement des conditions de vie actuelles de l'enfant déplacé que des conditions nouvelles ou retrouvées dans l'Etat de sa résidence habituelle. On peut affirmer que la Cour de cassation a dans cet arrêt donné à cet attendu la valeur d'attendu de principe.

Mais on peut se demander s'il n'a pas été fait application implicite de l'article 12 de la Convention qui prévoit que lorsqu'un délai d'un an s'est écoulé à partir du déplacement ou du non-retour au moment de l'introduction de la demande, l'autorité judiciaire ou administrative doit ordonner le retour de l'enfant, à moins qu'il ne soit établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu.

---

[111] *JCP* 1994.IV.224 ; *Jurisdata* n°022817.
[112] *D.* 1996.468, note J. Massip ; *JCP* 1996.IV.98.

Car en effet dans cette affaire, une longue période s'était écoulée depuis l'enlèvement des enfants (4 ans). Ils n'avaient aucune connaissance de la langue et de la culture de leur père, ils n'avaient aucun lien avec leur père et leur famille paternelle.

Cependant, ce type de solution concerne dans la majorité des cas des enfants de très bas âge enlevés ou retenus par leur mère. Si on fait prévaloir l'intérêt de l'enfant, le retour des enfants ne peut pas être accepté : on ne peut pas les déraciner du milieu dans lequel ils vivent pour les envoyer dans une famille qu'ils ne connaissent pas et dans un pays dont ils ignorent la langue et les coutumes. Cette Convention a été signée pour protéger l'enfant contre les agissements de leurs parents. L'objectif ne serait pas rempli si les juridictions faisaient supporter aux enfants les fautes de leurs parents.

La Cour suprême du Canada a rendu la même définition juridique du danger. Dans un arrêt du 26 janvier 1994[113], elle affirme que le risque de préjudice peut découler d'une cause liée au retour de l'enfant à l'autre parent ou du retrait de l'enfant du parent qui en prend soin. Mais elle ajoute que ce qui la différencie de la solution française c'est que dans de très rares cas, le fait que l'enfant soit maintenant intégré dans le milieu du ravisseur causera un préjudice au niveau envisagé par la Convention. Les juges canadiens sont plus sévères que les juges français sur la condition d'intégration dans le nouveau milieu car pour eux, le fait que l'enfant soit à nouveau déraciné n'entraîne pas un niveau de gravité suffisant pour remplir les conditions de l'article 13b.

[113] *Bull. civ.* I. n°31, p. 23 ; *Défrénois* 1994, Art. 35892, note Massip ; *D.* 1995.226, note Choain ; *RCDIP* 1995. Somm. 806 ; *JCP* 1994.IV.836 ; *Gaz. Pal.* 1994. Panor. 108 et Somm. 668, note J. Massip.

CHAPITRE II : A LA RECHERCHE DES SOLUTIONS A TRAVERS LES CONVENTIONS BILATERALES

L'enlèvement international d'enfant est un problème de droit international privé devenu très classique aujourd'hui : l'expression anglaise de « *legal kidnapping* » reflète mieux la réalité.

Il s'agit soit d'un déplacement d'enfants mineurs à l'étranger en méconnaissance d'une décision relative à la garde, soit d'un non-retour d'enfants après l'exercice d'un droit de visite par le parent non gardien dans un pays autre que celui où réside l'enfant, soit du départ de l'un des parents dans son pays d'origine accompagné de ses enfants lors de la séparation du couple sans qu'aucune décision sur la garde ne soit intervenue ; dans ce cas, il est considéré que le droit de garde et d'hébergement de l'enfant s'exerçait au domicile du couple. Bien qu'il existe ainsi trois hypothèses majeures et distinctes d'enlèvement international d'enfant, on retrouve dans toutes les affaires de déplacement ou non-retour illicite, l'utilisation par le parent ravisseur du phénomène dit « de la frontière ». Ce phénomène consiste, pour le parent qui enlève l'enfant, à rentrer dans son pays d'origine dans lequel il se retranche derrière la frontière.

Les enlèvements internationaux d'enfants existant déjà lors de la première guerre mondiale, les rapports franco-allemands se sont développés dans les années 70 et de nouveaux cas apparaissent régulièrement aujourd'hui.

La multiplication des cas d'enlèvement international d'enfants, ces trente dernières années, s'explique par le lien de ce phénomène avec le déclin de l'institution du mariage et avec une économie mondiale facilitant les déplacements des populations. Le nombre de couples dits « mixtes » croissant ainsi que celui des divorces et séparations, une décision doit souvent être prise pour savoir où et avec qui vivront les enfants : décision souvent à la source de disputes exacerbées dans les couples binationaux, par les différences de cultures et de systèmes juridiques des deux pays impliqués.

Il n'existe pas de données statistiques réellement précises permettant d'apprécier l'ampleur du phénomène tant au niveau mondial que dans les rapports entre la France et un certain nombre de pays. Mais on estime qu'en France, 200 à 350 demandes sont adressées

au Bureau d'entraide judiciaire dont plus d'une centaine pour des déplacements vers des Etats du Maghreb.

Cependant, malgré l'absence de données statistiques précises, il est impossible d'ignorer ce phénomène. Dans les années 80, des solutions ont été trouvées par l'adoption de la Convention de Luxembourg ainsi que par celle de La Haye.

Bien qu'instituant un mécanisme permettant normalement un retour systématique de l'enfant dans son pays d'origine, la Convention de La Haye ne permet pas de résoudre les litiges avec les pays de tradition musulmane (Section I), ni au sein des couples franco-allemands (Section II) malgré la proximité.

SECTION I : ENLEVEMENT INTERNATIONAL ET DROIT DE VISITE TRANSFRONTIERE : CONVENTIONS BILATERALES ET ETATS DE TRADITION MUSULMANE

Les cas de déplacements illicites transfrontaliers mobilisent l'opinion publique internationale, et il est difficile d'arriver à une définition suite à la diversité des situations, ainsi que de leur complexité d'ordre politique, culturel et religieux. En effet, la soustraction d'un enfant à son milieu normal naturel, n'est pas appréciée de la même façon par deux souverainetés appartenant à la communauté internationale.

La circulaire n°85-13 du 20 janvier 1986 du Ministre de la justice en France, définit le déplacement ou le non-retour d'un enfant résidant habituellement en France comme étant illicite lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde attribué par la loi ou par décision judiciaire.

Cette définition est très proche de la définition de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 dans son article 3 qui stipule que : « le déplacement ou le non-retour est illicite s'il a été effectué en violation de l'exercice d'un droit de garde attribué par le droit de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant ». Mais cette définition ne peut être valable que dans le droit interne. Elle ne semble pas accorder une importance aux considérations internationales : le même acte considéré comme illicite dans la législation française, parce que contraire à un jugement rendu dans une question relative à l'ordre public, n'est pas

nécessairement vu de la même façon dans un autre Etat. Ceci est dû à la souveraineté de l'Etat dans le choix de son ordre juridique.

En 2003, sur un nombre de 428 dossiers d'enlèvements d'enfants reçus par le Bureau d'entraide judiciaire, 120 cas appartenaient à des pays de tradition musulmane. Cette portion est due à la grande population d'origine maghrébine ayant sa résidence habituelle en France. Des communautés moins nombreuses sont également liées à la francophonie par des liens de langue, de culture ou de traditions juridiques[114].

Ces situations se caractérisent, sur le plan juridique, par la coexistence de deux systèmes, laïc et religieux. En cas de divorce, lorsque le parent immigré rentre dans son pays, la question de la garde de l'enfant devient souvent source de conflit profond entre deux logiques juridiques difficilement conciliables et deux intérêts contradictoires, ayant chacun sa propre légitimité.

Actuellement, l'aménagement des rapports d'autorité au lendemain du divorce est guidé par « l'intérêt de l'enfant » en droit international[115]. Or, cette notion est une notion cadre à contenu indéterminé et variable. Elle recouvre un éventail de réalités diverses au sein d'un même système juridique. Chaque magistrat appréciant l'intérêt de l'enfant en fonction de son environnement familial et social. Cette diversité se marque d'autant plus lorsqu'un juge se retrouve face à deux traditions et sensibilités juridiques différentes dont il n'est pas coutumier[116].

En droit musulman, la garde (Hadana) et la tutelle (Wilaya) de l'enfant sont basées sur une conception complémentaire des droits et obligations du père et de la mère, en fonction de l'âge de l'enfant.

Cette structure parentale partagée correspond à une certaine vision de l'intérêt de l'enfant, qui trouve sa source dans la tradition musulmane pluri centenaire et non dans l'appréciation d'un pouvoir judiciaire. En effet, dans les pays de tradition islamique, l'intérêt de l'enfant est dépendant de la conception de la famille et de la société édictée par l'Islam.

---

[114] Le code civil Egyptien ainsi que le code civil marocain sont inspirés du code Napoléon.

[115] Principe institutionnalisé dans l'article 3 de la Convention des Nations Unies : « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

[116] L'intérêt de l'enfant est un principe reconnu dans tous les systèmes juridiques, cependant son contenu varie. Dans les systèmes dits « occidentaux », l'intérêt de l'enfant est fonction de l'appréciation du juge de la situation individuelle de l'enfant (l'interprétation de l'intérêt de l'enfant se fait au cas par cas). En revanche, dans les systèmes de droit musulman, l'intérêt de l'enfant se fonde sur « des conceptions plus communautaires de la parenté et de la transmission des codes de conduites entre parents et enfants » *in M. Foblets* « Le statut personnel de l'enfant d'une famille musulmane. Questions particulières relatives à la gestion par le droit de l'appartenance », L'enfant et les relations familiales internationales, Actes du VII Colloque de l'association famille et droit (Louvain-la-Neuve 19-20 octobre 2001), *Bruxelles, Bruylant*, sous presse.

Le Coran, source suprême de droit, élabore un ensemble de règles de conduite et d'obligations sociales conditionnant la structure et l'organisation de la famille. Cette vision est difficilement compatible avec la conception des systèmes occidentaux.

Dans les pays de tradition musulmane, les tâches parentales font l'objet d'un découpage spécifique, complémentaire et qui ne recouvre pas les mêmes notions que dans les systèmes juridiques dits « laïcs » pour lesquels il est basé sur un principe d'égalité.

La mère se voit attribuer la garde de l'enfant ou la « Hadana » (attribut de la maternité), c'est-à-dire la prise en charge quotidienne de l'enfant[117]. Cette prérogative s'exerce pendant une phase courte de la minorité de l'enfant[118] qui varie en fonction du sexe et selon les écoles de droit coranique. Cette prérogative maternelle prend fin, pour le garçon au moment où il peut se passer des services de sa mère (selon l'école Hanafite) ou à la puberté (selon l'école Malékite), et à la consommation du mariage pour les filles. Confier la garde à la mère revient à lui confier l'entretien de l'enfant pendant une période déterminée et non à lui attribuer l'exercice de l'autorité parentale au sens occidental. C'est au père qu'est confiée cette responsabilité. En effet, ce dernier est titulaire de la tutelle permanente sur l'enfant, c'est-à-dire qu'il conserve la haute main sur son éducation et ce dans les préceptes de la religion musulmane[119].

Dans les systèmes juridiques de tradition islamique, en cas de conflit de nationalité dans une relation familiale mixte impliquant un ressortissant de l'un des pays de tradition islamique, son statut national (islamique) prédomine. Ainsi, par exemple les effets du mariage et de sa dissolution entre un conjoint égyptien et un conjoint français sont régis par la loi égyptienne. Etant donné que dans la majorité des mariages mixtes entre ressortissants de pays de tradition islamique et de pays occidentaux, le mari est musulman et sa femme une ressortissante d'un pays non musulman, la loi islamique est appliquée comme étant celle du mari. Dans le cas de figure où une femme musulmane, ressortissante d'un pays de tradition islamique, épouserait un musulman ressortissant d'un Etat laïc, le statut national

---

[117] La mère, lorsqu'elle exerce la Hadana, s'occupe de l'entretien, de la scolarisation, du bien être physique et moral de l'enfant ainsi que de son éducation dans la religion de son père.

[118] La garde est généralement définie comme étant l'éducation de l'enfant à une période où la présence de la mère est un besoin pour l'enfant.

[119] Selon l'article 62 du Code algérien de la famille, « le droit de garde consiste en l'entretien, la scolarisation, et l'éducation de l'enfant dans la religion du père ainsi que la sauvegarde de la santé physique et morale », l'article 97 de la Moudawana dispose que la « garde consiste à préserver l'enfant, dans la mesure du possible, de ce qui pourrait lui être préjudiciable ; à l'élever et à veiller à ses intérêts » ; en droit tunisien, « la garde consiste à élever l'enfant et à assurer sa protection dans sa demeure » (art. 54 du Code de statut personnel). Par contre, d'après la nouvelle réforme de la Moudawana 2004 (statut personnel marocain), l'Hadana est à la charge des deux parents de façon égale pendant leur mariage (article 164), en cas de séparation la mère garde le droit de Hadana jusqu'à la majorité pour les garçons et les filles de façon égale, en préservant aux enfants de plus de 15 ans le droit de choisir l'un des parents (article 166).

de l'épouse prévaudrait également sur celui du conjoint étranger. Ce privilège de « nationalité/religion » prévaut également en cas de conflit transfrontière relatif à la garde de l'enfant[120]. Le père conserve l'autorité et doit pouvoir l'exercer sans entrave. On entend ainsi éviter que la mère non musulmane ne profite du droit de garde pour élever les enfants dans une autre religion que celle du père, c'est-à-dire l'Islam[121]. La mère ne se verra confier la garde de son enfant qu'à condition qu'elle réside dans le même pays que le père[122].

Contrairement aux systèmes juridiques de tradition islamique, les systèmes occidentaux se sont écartés, dans l'attribution du droit de garde, du principe de privilège de « nationalité » pour rechercher progressivement des solutions plus neutres, dans un souci d'objectivité des rattachements.

Malgré cette objectivité affichée, les systèmes occidentaux ne sont pas toujours exempts de réaction de méfiance, voire de défiance, vis-à-vis des autres systèmes juridiques y compris ceux d'inspiration coranique. En effet, l'examen de la jurisprudence belge de ces dernières années « révèle que la plupart des magistrats appliquent systématiquement la loi belge, quand bien même la nationalité des parties voudrait qu'ils appliquent la loi étrangère d'origine ». Ce choix est délibéré : soit il s'agit de faire prévaloir l'intérêt de l'enfant, soit il s'agit de favoriser au maximum l'intégration de la famille étrangère (ou binationale) dans la société belge, par « l'application de la législation interne, jugée plus protectrice de la femme et des enfants »[123]. Cette tendance se marque également dans la jurisprudence française.

Cependant, il y a également d'autres exemples de jurisprudence qui admettent et prennent en compte l'intérêt supérieur de l'enfant défini selon son environnement culturel. Par exemple, la Cour d'appel anglaise a statué, dans l'affaire *Osman/Elasha*, que les enfants devaient rentrer au Soudan, bien que cela puisse signifier pour la mère un droit de visite limité. La Cour a alors fait remarquer qu' « un problème survient lorsqu'un Etat dont le système s'inspire du fondement *judéo-chrétien* condamne un système d'inspiration islamique à l'origine conçu et mis en œuvre afin de promouvoir et de protéger l'intérêt des enfants au

---

[120] Le père transmet son nom et sa religion à son enfant quelle que soit la religion de la mère. En effet, l'Islam, étant à la fois religion et système politico-juridique, soumet tout musulman au Coran et à la tradition islamique.

[121] L'article 61 du Code de statut personnel tunisien modifié par la loi du 18 janvier 1981, prévoit, pour que la tutelle du père soit effective, la perte de la garde par la mère si elle modifie sa résidence et s'installe « à une distance qui empêche le tuteur d'accomplir son devoir envers son pupille ».

[122] En Tunisie, pour les couples mixtes divorcés résidents, la garde est le plus souvent attribuée à la mère lorsque celle-ci est résidente sur le territoire tunisien.

[123] M. Foblets « Le statut personnel de l'enfant d'une famille musulmane. Questions particulières relatives à la gestion par le droit de l'appartenance", *L'enfant et les relations familiales internationales*, Actes du VII Colloque de l'association famille et droit (Louvain-la-Neuve 19-20 octobre 2001), *Bruxelles, Bruylant*, sous presse.

sein de cette société, en conformité avec ses traditions et ses valeurs »[124]. La Cour souligne que lorsque les liens entre les enfants et leur culture d'origine sont suffisamment étroits, les spécificités culturelles doivent être respectées au sein de ce système juridique déterminant l'intérêt supérieur de l'enfant. Il a cependant été noté que cela ne serait pas toujours le cas, et que chaque affaire est à apprécier selon les faits. Dans le cas d'espèce, les enfants avaient été élevés au Soudan, pays avec lequel ils avaient gardé des liens étroits. Lorsque les liens paraissent plus lâches et que les valeurs du système d'origine sont complètement incompatibles avec le système juridique occidental, il se peut que la décision soit différente. Il demeure que cette jurisprudence démontre que l'on ne peut faire simple abstraction des systèmes juridiques influencés par d'autres cultures.

Les instruments bilatéraux ont un but identique, assurer une coopération effective entre les Etats relative aux conflits concernant le droit de garde et le droit de visite transfrontière. Les moyens pour atteindre ces objectifs varient en fonction des instruments concernés. Il existe différents types de Conventions bilatérales.

Les deux Conventions de Luxembourg et de La Haye, toujours non accueillies par les Etats Arabes, ont constitué une assise solide aux Conventions bilatérales subséquentes dont la franco-marocaine du 10 août 1981 sur l'état des personnes, la famille et la coopération judiciaire[125], la franco-égyptienne du 15 mars 1982 sur la coopération judiciaire dans les affaires civiles incluant les statuts personnels[126] et la franco-tunisienne du 18 mars 1982 sur l'entraide judiciaire en matière de garde d'enfant, de droit de visite et des obligations de pension[127].

Les Etats contractants s'engagent à faire des recherches pour localiser le mineur enlevé et produire des renseignements à l'Etat demandeur sur les conditions de vie, ainsi que sur les mesures de protection procurées et les démarches entamées pour aboutir à une solution à l'amiable.

La solution Conventionnelle a donné lieu à deux générations de Conventions avec les Etats Arabes : la première génération est celle des Conventions conclues avec le Maroc, l'Egypte et la Tunisie (§I). Ces Conventions n'ont pas donné le résultat attendu, plusieurs raisons les ont paralysées (§II), ceci a accéléré les négociations en vue de conclure une Convention qui évite les causes de blocage du premier groupe de Conventions, d'où la

---

[124] *Voir* affaire *hala bin Osman c Elasha Maidi Elasha,* Cour d'appel (Royaume-Uni), 24 juin 1999, p. 11, paragraphe F.

[125] J.O. 1-6-1983

[126] J.O. 19-7-1983

[127] J.O. 1-7-1983

Convention avec l'Algérie qui a inauguré la deuxième génération de Conventions bilatérales (§III).

§ I - LES TRAITEMENTS COMMUNS DES CONVENTIONS DE LA 1ERE GENERATION

Les Conventions bilatérales ont en commun l'idée d'une solution rapide et compatible avec l'intérêt de l'enfant (A), la création d'une autorité centrale (B) et la volonté d'accorder plus de protection au droit de visite (C).

A – LE PRINCIPE DE L'INTERET DE L'ENFANT

Les convenions bilatérales ne contiennent aucune définition de l'intérêt de l'enfant, contrairement aux Convention multilatérales.

Les Etats refuges ont souvent soulevé l'intérêt de l'enfant, pour accorder au ravisseur la garde de l'enfant enlevé (qui a souvent la double nationalité), par application de principes nationalistes fondés sur une culture déterminée et qui accorde aux ressortissants nationaux une préférence dans les relations familiales, comme le Maghreb et l'Egypte.

Ces motifs latents pour assurer une couverture au rapatriement de l'enfant musulman dans le pays de ses ancêtres paternels, expliquent le silence des Conventions bilatérales quand à la définition de l'intérêt de l'enfant. Intérêt qui est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde[128], étant donné que « parmi les manifestations les plus objectives de ce qui constitue l'intérêt de l'enfant figure le droit de ne pas être déplacé ou retenu »[129].

Aujourd'hui, l'opinion la plus souvent exprimée est que la victime d'un enlèvement d'enfant est l'enfant lui-même[130]. Il est unanimement reconnu que l'intérêt de l'enfant, à la suite d'une séparation des parents, est de conserver des relations personnelles suivies avec ses deux parents.

---

[128] Le préambule des deux Conventions cadres de la Haye et de Luxembourg.
[129] Le rapport annuel dressé par Mme Elisa Perez Vera dans *Acte et Documents de la 14ème session*, T.III, p. 431.
[130] Adair Dyer : Rapport sur l'enlèvement international d'un enfant par un de ses parents dans *Actes et Document de la 14ème session*, p. 12s.

B – L'INSTITUTION D'AUTORITE CENTRALE ET DES COMMISSIONS CONSULTATIVES DANS CHAQUE ETAT

Le parent gardien dont la garde est usurpée se trouvera, après l'enlèvement, confronté à une situation difficile, inégalitaire et coûteuse dans un pays dont il ignore le système judiciaire. Pour surmonter cette situation, l'appel est lancé pour réaliser un maximum de coopération. Ce qui conduit à l'institution d'un mécanisme spécial. Il s'agit d'une autorité centrale *ad hoc*[131], dont la tâche est de fournir aux Etats demandeurs des renseignements sur le lieu de refuge du mineur enlevé, sur les lois auxquelles il faut se référer dans ce cas en vue d'accélérer les procédures du procès, et d'ajouter si possible des rapports sociaux sur le mineur et la famille du parent ravisseur.

Les autorités centrales sont des institutions de coordination générale qui assurent une assistance judiciaire et une coopération visant à garantir l'exercice effectif du droit de garde et du droit de visite sur leur territoire. Elles ont pour obligation de communiquer mutuellement, de manière directe entre elles et de saisir les autorités judiciaires, y compris le Parquet, pour assurer la bonne application de la Convention.

Dans la pratique, les Autorités centrales européennes éprouvent des difficultés plus ou moins importantes avec les Autorités centrales des pays de tradition islamique telles que :

- des retards ou inerties dans l'engagement des procédures demandées ;
- une communication difficile en temps réel relative au déroulement des procédures concernant la communication des dates d'audience ainsi que celles des décisions rendues ;
- la difficulté d'obtenir des copies lisibles et intégrales de documents officiels (jugement, décision, rapport) ;
- un manque de coopération dans la localisation de l'enfant déplacé ;
- une confirmation aléatoire de l'enregistrement des demandes introduites parfois due à une désorganisation totale de l'administration.

Le retard dans l'engagement des procédures judiciaires par les autorités centrales de tradition islamique s'explique par le fait qu'elles privilégient, au détriment des procédures judiciaires, la recherche de solution par voie amiable. Cela marque un véritable renversement de tendance de la part de ces autorités, qui se marque jusque dans

[131] Les articles 16, 17, 20, 21, 22 de la Convention franco-marocaine ainsi que les articles 2, 3, 5, 6, 8 de la Convention franco-tunisienne.

l'organigramme des institutions (autorités centrales, commissions consultatives) mises en place dans le cadre des Conventions bilatérales. L'Egypte a, par exemple, institué « un comité des sages », dans le cadre de la Convention franco-égyptienne. L'autorité centrale égyptienne transmet toutes les demandes adressées par l'autorité centrale française, à ce comité qui est chargé de rechercher des solutions amiables écartant dès lors l'application première de la Convention[132].

Parallèlement aux autorités centrales, des commissions mixtes consultatives ont été instituées par toutes les Conventions bilatérales. Précisément, les Conventions consulaires et les protocoles d'accords administratifs (qui ne sont pas des Conventions d'entraide judiciaire) ont comme apport essentiel de créer des Commissions consultatives, instances de concertation et de médiation, chargées d'examiner les dossiers relatifs à l'exercice des droits de garde et de visite transfrontière, et de faciliter leur règlement par voie amiable. Ces commissions mixtes devraient se tenir chaque année. Cependant, il n'est pas toujours possible de les réunir aussi régulièrement, faute de moyen ou de disponibilité des autorités respectives. L'avantage de telles commissions est d'offrir un cadre de travail assez souple et de négocier au cas par cas des questions telles que les problèmes de visa relatifs à l'exercice du droit de visite ou le financement du déplacement de l'enfant dans l'exercice du droit de visite.

Dans la pratique, la tenue de ces réunions permet, d'une part, d'apprécier les difficultés d'application des Conventions et, d'autre part, d'améliorer l'effectivité de l'action des Autorités (centrales) des pays de tradition islamique. Ainsi, à la veille de ces réunions, de nombreuses décisions de justice sont rendues et de nouveaux éléments d'information sont communiqués (sur le fonctionnement précis du système juridico-judiciaire, la durée des procédures, la situation judiciaire des parents) alors que les procédures s'éternisaient depuis des mois. Etant donné que chaque réunion fait l'objet de pressions médiatiques et politiques, les autorités sont davantage disposées à obtenir des résultats concrets et ce afin de démontrer à l'opinion publique qu'elles agissent concrètement.

Lors de la dernière réunion de la Commission mixte franco-libanaise, les autorités libanaises ont été sensibilisées au sort des enfants déplacés et à la précarité du statut des mères françaises dont le droit de visite était systématiquement refusé. Des résultats tangibles ont été enregistrés, un droit de visite collectif a été organisé au Liban et des

---

[132] Pour rappel, les autorités centrales, à défaut de remise volontaire de l'enfant, ont l'obligation de saisir le parquet et les autorités judiciaires via le Ministère public aux fins d'exécution dans l'Etat requis des décisions de l'Etat requérant, pour les demandes de remise d'un enfant déplacé, ou pour fixer ou protéger l'exercice du droit de visite.

demandes de droit de visite pour les mères françaises ont été acceptées par les autorités libanaises.

Depuis la mise en œuvre de l'Accord consulaire entre le Canada et l'Egypte, le nombre de dossiers d'enlèvement d'enfant a diminué et des solutions amiables sur l'aménagement du droit de visite ont été trouvées dans plusieurs dossiers.

Par ailleurs, la Commission peut prendre également la forme d'un groupe de travail chargé d'approfondir les relations de coopération entre les deux Etats. Les travaux de la Commission consultative belgo-marocaine ont abouti à l'élaboration et à la signature de trois Conventions en 1991[133], dont deux qui ont été modifiées et signées en juin 2002 par les deux Etats[134].

Cependant, les résultats dans le cadre des Commissions consultatives et au travers de la coopération des Autorités centrales sont longs à obtenir et souvent insuffisants en nombre.

C – LA PROTECTION DU DROIT DE VISITE

L'expérience a montré que les enlèvements ont souvent eu lieu lors de l'exercice du droit de visite, reconnu par la loi au parent non gardien.

La crainte éprouvée par le gardien d'une telle possibilité le conduit à entraver l'exercice du droit de visite, de sorte qu'il « soit exercé au domicile du (père) gardien en présence d'un tiers »[135]. Ces obstructions au droit de visite auront des mauvaises répercutions sur la psychologie de l'enfant, du fait qu'il soit privé pour une longue période de l'un de ses deux parents. Ajoutons que la frustration prolongée du parent non gardien sera un motif suffisant de déplacement illicite de l'enfant.

Entraver l'exercice du droit de visite aura de mauvais résultats sur l'état psychique de l'enfant, alors que le laxisme augmentera les risques d'enlèvements. Le ravisseur saisira alors les tribunaux de son Etat (de nationalité et de refuge) pour modifier les droits de garde, et dès qu'un jugement sera rendu en sa faveur, le jugement étranger deviendra lettre

---

[133] La Convention sur la loi applicable et la reconnaissance des mariages et leur dissolution ; La Convention sur la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires en matières d'obligation alimentaire ; La Convention relative à la reconnaissance et à l'exécution des décisions judiciaires en matières de droit de garde et de droit de visite. *Voir* communiqué de presse du Vice-premier Ministre et Ministre de la Justice et des Classes moyennes de Belgique, *Malchior Watelet*, 15 juillet 1991.

[134] La Convention sur la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires en matières d'obligation alimentaire, la Convention relative à la reconnaissance et à l'exécution des décisions judiciaires en matières de droit de garde et de droit de visite.

[135] Cass. Paris, 2ème c. civ., 20 juillet 1987.

morte parce que contraire au jugement interne préexistant. D'où la nécessité d'une coopération entre les autorités des deux Etats, afin d'assurer le bon exercice avec, autant que possible, les garanties nécessaires du retour de l'enfant chez son gardien, dès que la visite est consommée.

« La protection du droit de visite est sur un pied d'égalité avec la protection du droit de garde »[136], parce que « le droit de visite est le corollaire normal du droit de garde »[137]. Ces affirmations trouvent leur écho dans les Conventions franco-marocaine[138], franco-égyptienne[139] et franco-tunisienne[140].

Les Autorités centrales des Etats de tradition islamique saisissent les Autorités centrales étrangères majoritairement pour des demandes de droit de visite. La recherche d'une solution doit en priorité se faire par voie amiable, car les autorités centrales islamiques ne souhaitent pas avoir recours aux juridictions étrangères pour régler un tel litige.

Cette approche de non-intervention des juridictions étrangères, explique la réticence de certaines Autorités centrales de pays musulmans de saisir leur juridiction d'une requête de droit de visite pour une mère européenne.

Ainsi, pour pallier cette difficulté, les parents qui souhaitent exercer un droit de visite dans les pays de tradition islamique sont invités à introduire eux-mêmes des demandes de droit de visite régulier, sur place, devant les juridictions de ces Etats.

L'aménagement pratique ne pourra se faire dans la majorité des cas qu'avec l'accord du père. En outre, par manque de structures adaptées à l'encadrement de ce droit de visite, la mère devra exercer son droit de visite soit dans la famille et sous le contrôle du père, soit dans des lieux peu confortables comme les commissariats de police ou Palais de justice.

Cependant, l'aménagement du droit de visite pose également des difficultés dans le sens inverse : le père, ressortissant d'un Etat de tradition islamique adresse une demande auprès des autorités occidentales. Des difficultés ayant trait aux conditions d'entrée et de séjour sur le territoire européen peuvent se poser, surtout si le père a fait l'objet de poursuites pénales pour déplacement illicite d'enfants. La Justice, ainsi que les mères des enfants enlevés, sont réticentes à octroyer, après le retour de l'enfant, un droit de visite au père dans son Etat d'origine. C'est pourquoi, dans une première étape, les juridictions

---

136 L'introduction de la Convention de Luxembourg.
137 L'introduction, l'article 7 al f et l'article 3 de la Convention de la Haye.
138 L'article 15 de la Convention franco-marocaine.
139 L'article 35 de la Convention franco-égyptienne.
140 L'article 5 al. 3 et 6 al. 8 de la Convention franco-tunisienne.

occidentales n'accorderont des droits de visite que très encadrés, dans des espaces neutres et en présence de psychologues par exemple, sur le territoire national de la mère.

L'obstacle majeur à une bonne application de ces Conventions bilatérales reste la différence entre les systèmes juridiques occidentaux et ceux de tradition islamique.

En dépit des Conventions signées, le respect et l'exécution des décisions étrangères rendues sont refusés (refus d'exequatur ou d'exécution forcée d'une décision rendue) par les tribunaux de tradition islamique, au nom de l'incompatibilité avec l'ordre public interne fondé sur la loi coranique. En effet, l'ordre public est interprété de manière très large et se confond généralement avec la notion d'intérêt supérieur de l'enfant.

Par conséquent, un enfant ne pourra que difficilement sortir du territoire du pays dont le père est ressortissant sans son autorisation, et ce, même dans le cas où un jugement d'exequatur d'une décision belge, par exemple, fixant la résidence de la mère en Belgique, ou une décision de remise de l'enfant à sa mère, a été rendue.

L'autre frein est relatif à la longueur des procédures. En effet, les pays de tradition islamique exigent qu'un jugement définitif (relatif au divorce ou à la garde de l'enfant) soit rendu avant d'introduire une procédure d'exequatur. Cette procédure prendra des mois, voire des années avant de se concrétiser, le père interjetant appel quasi systématiquement à une décision favorable à la mère. De plus, l'exécution des décisions n'est envisageable qu'avec l'accord du père et il est difficile, voire impossible d'obtenir auprès des autorités compétentes l'exécution forcée d'un jugement.

§ II - LES DIFFICULTES QUI S'OPPOSENT AU BON FONCTIONNEMENT DES CONVENTIONS DE LA 1ERE GENERATION

Les résultats du Bureau d'Entraide Judiciaire Internationale n'ont pas été à la hauteur de ses aspirations, surtout avec les Etats arabes, dont les législations en matière de famille ne sont pas voisines des législations européennes. La première Convention conclue avec un Etat arabe en la matière était la franco-marocaine du 10 août 1981.

Quant à la Convention franco-tunisienne, la délégation tunisienne a informé la commission mixte que la législation de son pays n'accorderait pas au Ministère Public le droit de mobiliser l'action publique en matière de déplacement illicite de l'enfant par son père. Ceci explique pourquoi aucun procès public n'a été présenté par le Ministère Public.

De plus, la délégation tunisienne a informé la commission que l'exequatur est toujours nécessaire à l'exécution d'un jugement étranger, l'action en remise n'ayant pas

grande chance à voir le jour. Il s'ensuit qu'aucun retour rapide d'enfant n'est à attendre. Ajoutons que la Convention franco-tunisienne reconnaît au juge le droit de rejeter la demande d'exécution si la question de l'ordre public islamique était soulevée[141].

Ces Conventions de la 1ère génération s'inspirent des deux Conventions cadres : la Convention de Luxembourg du 20 mai 1980 et celle de La Haye du 25 octobre 1980.

A – UN ACCORD CLASSIQUE : LA CONVENTION FRANCO-EGYPTIENNE DU 15 MARS 1982[142] SUR LA COOPERATION JUDICIAIRE EN MATIERE CIVILE, SOCIALE, COMMERCIALE ET ADMINISTRATIVE

Cette Convention vise à mettre en œuvre une coopération étroite pour la protection des enfants pendant la durée de la garde. La notion de droit de garde ne recouvre pas la même définition en droit égyptien qu'en droit français : il est spécifié que la Convention ne s'applique en Egypte que pendant la durée du droit maternel de garde (Hadana) ou à l'issue de cette période, elle institue des Autorités centrales[143] et met en œuvre la protection du droit de visite via une procédure judiciaire et non *ex lege*[144].

Les autorités centrales remplissent les fonctions suivantes : elles recherchent et localisent les enfants déplacés, donnent des informations sur la situation matérielle et morale de l'enfant et sur les mesures de protection prises à son égard le cas échéant ; assurent leur remise volontaire et coopèrent en vue d'organiser le droit de visite du parent non gardien. Elles introduisent ou favorisent l'ouverture d'une procédure judiciaire d'urgence afin d'obtenir le retour de l'enfant. A cette fin, elles peuvent acheminer les demandes visant à obtenir la reconnaissance ou l'exécution des décisions de garde.

Outre des autorités centrales, la Convention fait état également d'un groupe de travail chargé de faciliter le fonctionnement pratique de la Convention et d'approfondir la coopération judiciaire entre les deux Etats.

Il est à noter que la Convention met en œuvre une règle de compétence indirecte et spécifique d'exequatur en matière de garde. En effet, d'après l'article 26 al 8, la juridiction de l'Etat d'origine qui a rendu la décision de garde sera considérée internationalement compétente par le juge de l'exequatur s'il s'agissait du tribunal de la résidence du parent

---

141 Bernard Brunet : *Juris-classeurs*, Fasc. 549.5.1987.

142 *RCDIP* 1983.745. Elle est entrée en vigueur le 7 août 1983, conformément aux dispositions de son article 46.

143 Les autorités centrales sont les ministères de la Justice respectifs des Etats.

144 *Voir* les articles 35 à 37.

avec lequel habitaient le ou les enfants, ou la résidence de la famille, à moins qu'il ne s'agisse d'une décision par défaut.

Cette procédure d'exequatur doit être menée d'urgence dans un délai de moins de six semaines. A défaut, l'Autorité centrale de l'Etat requis doit informer l'Autorité centrale requérante des motifs de retard.

Tout comme dans la Convention de La Haye de 1980, la procédure de remise judiciaire de l'enfant[145] établie dans cette Convention, revêt le caractère d'une action possessoire et conservatoire puisqu'elle vise à « la remise en l'état de la situation antérieure au déplacement illicite et le retour de l'enfant ». Cependant, cette procédure ne sanctionne que la violation d'un droit de garde judiciairement attribué[146]. Le juge de l'Etat requis a donc une compétence liée, il ne peut ordonner le retour de l'enfant qu'à condition que la décision de garde soit exécutoire dans l'Etat d'origine et qu'elle ait été rendue par le tribunal de la résidence de la famille ou de la résidence du parent avec lequel habite l'enfant.

---

[145] *Voir* article 37.

[146] La seule condition de mise en œuvre de l'action de remise de l'enfant contenue dans l'article 37 est « le déplacement de l'enfant en violation d'une décision judiciaire exécutoire par le tribunal compétent sur la garde » au sens de l'alinéa 8 de l'article 26 de la présente Convention.

B – DEUX ACCORDS SPECIFIQUES : LA CONVENTION FRANCO-MAROCAINE DU 10 AOUT 1981[147], RELATIVE AU STATUT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE ET A LA COOPERATION JUDICIAIRE ET LA CONVENTION FRANCO-TUNISIENNE DU 18 MARS 1982[148] RELATIVE A L'ENTRAIDE JUDICIAIRE EN MATIERE DE DROIT DE GARDE DES ENFANTS, DE DROIT DE VISITE ET D'OBLIGATION ALIMENTAIRE

De toutes les Conventions bilatérales citées et étudiées ici, les Conventions franco-marocaine et franco-tunisienne apparaissent l'une et l'autre comme les plus proches des Conventions de Luxembourg de 1980 et de La Haye de 1980.

La Convention franco-marocaine couvre des matières assez diverses. Les deux premiers chapitres de cet instrument mettent en place des règles de conflit de lois et de juridiction en matière de statut personnel. Nous développerons ici seulement le troisième chapitre[149], qui traite du volet du droit de garde des enfants et du droit de visite.

Afin de faciliter la reconnaissance et l'exécution des décisions et d'assurer la remise de l'enfant déplacé et protéger le droit de visite, ces deux accords - comme les autres Conventions bilatérales de ce type – organisent, en matière de garde des enfants et de droit de visite, une entraide judiciaire qui s'articule autour de l'institution d'autorités centrales. Celles-ci ont les mêmes attributions que celles détaillées dans la Convention franco-égyptienne. Les autorités centrales sont assistées dans leur tâche par des Commissions consultatives mixtes, instances judiciaires et diplomatiques chargées de « faciliter le règlement des problèmes les plus difficiles qui seront soumis aux autorités centrales »[150].

Les autorités centrales désignées en vertu des Conventions sont les ministères de la Justice des Etats respectifs. Leur attributions[151], qui sont les mêmes que celles qui figurent dans l'article 3 et 5 de la Convention de Luxembourg de 1980 et dans l'article 7 de la Convention de La Haye de 1980, s'articulent autour de deux grands axes : une assistance

---

147 Entrée en vigueur le 13 mai 1984, loi de ratification votée le 10 juin 1982 (JO 11 juin 1982, p. 1840), Décret du 27 mai 1983 portant publication de la convention, paru au JO le 1er juin 1983. voir le texte de la convention *RCDIP* 1983.531 ; *Clunet* 1983.922.

148 *RCDIP* 1983.539, *Clunet* 1983.938. la Convention franco-tunisienne est entrée en vigueur le 1er juillet 1983 conformément à son article 16.

149 *Voir* les articles 15 à 25 de la Convention.

150 Article 16, 2e alinéa, et article 2, 2e alinéa.

151 *Voir* les articles 17 et 20 de la Convention franco-marocaine, et les articles 3 et 5 de la Convention franco-tunisienne.

judiciaire mutuelle[152] et une coopération concernant l'exercice du droit de garde et de visite sur les territoires des pays concernés. Cette coopération vise à garantir sur le territoire des Etats parties, le libre exercice du droit de garde et du droit de visite « sous la seule condition de l'intérêt de l'enfant »[153].

Tout comme dans la Convention franco-égyptienne, ces Conventions ne contiennent aucune disposition sur la compétence directe des tribunaux. Le régime général de reconnaissance et d'exécution des décisions judiciaires en matière civile et commerciale est fixé par le Titre II d'une autre Convention franco-marocaine : la Convention du 5 octobre 1957 relative à l'aide mutuelle judiciaire, à l'exequatur des jugements et à l'extradition. Les dispositions de cette Convention ont été légèrement assouplies dans la Convention de 1981 en matière de garde et de droit de visite[154], cependant, ne représentant qu'un changement minime puisqu'elles ne portent que sur la force des jugements susceptibles d'êtres reconnus ou exécutés[155]. En effet, en vertu de l'article 16 c, de la Convention de 1957, la décision doit avoir l'autorité de la chose jugée alors que l'article 18 de la Convention de 1981 n'exige des décisions relatives à la garde ou au droit de visite que leur caractère exécutoire.

Le régime[156] institué dans la Convention franco-tunisienne est régi quant à lui par le titre II de la Convention franco-tunisienne du 28 juin 1972 relative à l'entraide judiciaire en matière civile et commerciale et à la reconnaissance et l'exécution judiciaire. Le régime appliqué est le même que celui développé pour la relation franco-marocaine.

Par ailleurs, l'exécution et la reconnaissance des décisions étrangères sont[157] régies par des règles spécifiques qui sont différentes d'une Convention à l'autre.

Selon l'article 24 de la Convention franco-marocaine, la reconnaissance ou l'exécution d'une décision en matière de garde ne peut être refusée par le juge lorsque les conditions de compétence judiciaires et législatives suivantes sont respectées :

1. Le tribunal d'origine qui a rendu la décision est celui :

---

152 Les autorités centrales peuvent établir des attestations concernant la teneur de leurs dispositions législatives sur le droit de garde et le droit de visite.

153 Article 5 de la Convention franco-tunisienne. Les rédacteurs de la Convention franco-marocaine vont plus loin, les autorités centrales doivent coopérer « sous la seule condition de l'intérêt de l'enfant, sans aucune restriction tirée du droit interne » (article 19). Cette disposition a pour but d'éviter les problèmes causés par la différence de principe qui prévaut à l'attribution des droits de garde et de visite dans le système français et marocain.

154 Les articles 18, 20 et 24 de la Convention de 1981 ajustent le régime général mis en place par la Convention de 1957.

155 Les autres dispositions de l'article 16 de la Convention de 1957 devront être respectées.

156 *Voir* les articles 4 et 10 de la Convention de 1982.

157 Au regard de la lettre du texte des Conventions, il apparaît que ces règles ne concernent que les décisions de garde.

a) de la résidence commune effective des parents ;

b) de la résidence du parent avec lequel l'enfant vit habituellement ;

2. Le tribunal d'origine a appliqué :

a) si les parents sont de la même nationalité, leur loi nationale commune ;

b) en l'absence de nationalité commune des parents :

- soit la loi de leur résidence commune effective ;

- soit la loi de la résidence du parent avec lequel l'enfant vit habituellement.

La Convention se soucie d'une part de l'autorité compétente et, d'autre part, de la loi applicable. Cependant, l'introduction d'une règle de conflit de lois apparaît discutable puisque la Convention de 1957 qui organise le régime d'exequatur ne prévoit que le contrôle de la compétence du tribunal qui a statué (et non celui de la loi appliquée). Pour certains auteurs[158], il faut considérer que cet article énumère une condition alternative[159].

La règle énoncée dans l'article 10 de la Convention franco-tunisienne est beaucoup moins complexe : le juge ne peut refuser l'exequatur lorsque le tribunal qui a rendu la décision relative à la garde est celui de la résidence commune effective des parents ou celui de la résidence du parent avec lequel vit habituellement l'enfant.

Pour conclure, la procédure d'exequatur - et ceci vaut pour les deux Conventions franco–marocaine et franco-tunisienne - peut être introduite par le Ministère public à la demande des Autorités centrales. La juridiction saisie doit statuer d'urgence et au-delà d'un délai de six semaines ; l'autorité centrale de l'Etat requis doit informer l'autorité centrale requérante du déroulement de la procédure[160].

Les articles 25 et 11 des Conventions respectives, mettent en œuvre une action en remise judiciaire de l'enfant inspirée directement de l'article 3 de la Convention de La Haye de 1980 et visant à faire cesser une voie de fait. L'enfant doit être rendu au parent gardien sans que cette décision de retour ne préjuge au fond sur l'attribution définitive du droit de garde. Comme dans l'article 13 de la Convention de La Haye de 1980, les deux causes de refus de restitution de l'enfant envisagées dans ces instruments sont :

- l'exercice non effectif de la garde ;

---

158 F. Monéger « La Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire », *RCDIP* 1984, p.29 et 279.

159 L'exequatur sera accordée lorsque le tribunal compétent en vertu de l'article 24 aura appliqué une autre loi que celle indiquée par la règle de conflit déterminé dans cet article et aussi lorsqu'un tribunal incompétent selon l'article 24 aura appliqué une loi compétente au sens de cet article.

160 Disposition identique à celle énoncée par l'article 11 de la Convention de La Haye.

- la remise de l'enfant qui serait de nature à mettre en cause sa santé et sa sécurité[161].

La protection du droit de visite est assurée par les autorités centrales qui sont chargées de saisir les juridictions compétentes via le Ministère public afin que la décision relative au droit de visite soit déclarée exécutoire dans l'autre Etat ou que « soit fixé ou protégé l'exercice du droit de visite et d'hébergement de l'enfant dans l'autre Etat au profit de celui des parents qui n'a pas la garde »[162].

Il est à noter que la Belgique a également négocié des accords de ce type avec le Maroc. En juillet 1991, trois Conventions étaient signées entre ces deux Etats portant respectivement sur :

- la loi applicable et la reconnaissance des mariages et de leur dissolution ;

- la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires en matière d'obligations alimentaires ;

- la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires en matière de droit de garde et de droit de visite.

Cependant, aucune procédure de ratification à l'égard de ces trois Conventions n'a été poursuivie. Suite à la volonté du Maroc de s'inscrire progressivement dans le système de La Haye, des négociations sur le plan bilatéral avec la Belgique ont pu être relancées. Après une relecture des trois Conventions débutées en mai 2001, la Belgique et le Maroc ont conclu, le 26 juin 2002, deux nouvelles Conventions bilatérales relatives aux obligations alimentaires, au droit de garde et de visite qui s'inspirent directement des principes établis par la Convention de La Haye de 1980[163].

Il convient de souligner que lors d'une visite officielle à son homologue néerlandais à La Haye en mai 2000, le Ministre de la Justice du Maroc a fait une déclaration marquant l'intention du Maroc d'adhérer à la Convention de La Haye de 1980.

D'autre part, le Maroc a ratifié la Convention de 1996, le 22 août 2002[164]. Il est ainsi le premier Etat musulman à ratifier une Convention multilatérale prévoyant des règles précises de coopération en matière de responsabilité parentale et protection des enfants. Il s'agit là d'une avancée significative en matière de droit de la famille entre pays musulmans et occidentaux. La ratification jetant un pont important entre la loi islamique, et les principes juridiques occidentaux.

---

[161] Selon les deux Conventions, les motifs de refus doivent être appréciés en considération de la situation sociale de l'enfant et la teneur des dispositions législatives relatives au droit de garde dans l'Etat de résidence habituelle de l'enfant.

[162] Article 22, 2e alinéa et article 8, 2e alinéa.

[163] Ces textes, n'ayant pas encore reçu l'approbation des parlements respectifs, sont indisponibles.

[164] Entré en vigueur le 1er décembre 2002.

§ III - LA DEUXIEME GENERATION DES CONVENTIONS BILATERALES : LA CONVENTION FRANCO-ALGERIENNE DU 21 JUIN 1988

Aucune des Conventions conclues avec des Etats arabes musulmans ne donne entièrement satisfaction. Les trois Conventions conclues avec le Maroc, l'Egypte et la Tunisie n'ont pas constitué une solution dissuasive, et des enfants nés des mariages mixtes ont continué d'être enlevés par leurs pères ou leurs mères en dehors de la France, laissant des mères dans l'amertume de l'attente du retour de leurs enfants enlevés.

Cette situation, qui régnait avant l'entrée en vigueur de la Convention franco-algérienne du 21 juin 1988, a conduit la jurisprudence à limiter géographiquement l'exercice du droit de visite par le parent non gardien, que la loi lui reconnaît du fait même de la dévolution de la garde à l'autre parent. Ce droit devait s'exercer uniquement sur le territoire français, sans aucune chance de reconnaître au parent non gardien le droit d'accompagner le mineur en dehors de l'Etat de la résidence habituelle de la mère gardienne[165].

Une telle restriction devait théoriquement garantir le non enlèvement de l'enfant ; dans la pratique, le père de l'enfant gardé par sa mère déposait son titre de voyage auprès du greffe du tribunal ou du poste de police. Cette attitude n'était pas entièrement fructueuse, ce qui posait la question de savoir si la jurisprudence avait le droit de vider le droit de visite de son contenu, et de porter atteinte aux droits de l'autre ex-époux non gardien[166].

Si l'ultime intérêt de l'enfant est de l'abriter de l'enlèvement vers un Etat et une société qu'il ne connaît pas, il faut admettre aussi que l'intérêt même de l'enfant oblige à maintenir des relations avec ses deux parents. En effet, le droit de garde ne peut conduire à méconnaître les droits attribués au parent non gardien, et priver ainsi l'enfant de la possibilité de communiquer avec le parent qui ne bénéficie pas de la garde.

Dans les deux Conventions multilatérales, le droit de visite est le corollaire du droit de garde, l'équilibre qui règne entre les deux droits assure l'intérêt de l'enfant. La protection du droit de visite ne peut pas avoir lieu au détriment de son corollaire, le droit de garde, de même la fermeté en matière de droit de garde, prive l'enfant de la possibilité d'établir une relation normale avec l'autre parent.

---

165 « L'entrée en vigueur de la convention franco-algérienne du 21 juin 1988 : un nouvel espoir pour des enfants déchirés », *Gaz. Pal.* 1988, doctr. P. 523.

166 A. Mabroukine, « La convention algéro-française du 21 juin 1988 relative aux enfants de couples mixtes séparés. Le point de vue d'un Algérien », *RCDIP* 1991.1, spéc. p. 23.

Les procédés conservatoires[167] étaient aussi insuffisants que les procédés dissuasifs[168], d'autant que ces derniers se sont avérés inutiles lorsque l'enfant ne revenait plus dans l'Etat de sa mère, et l'extradition ne pouvant être appliquée contre le père, ce dernier possédant la nationalité de l'Etat refuge.

Cependant, « les restrictions apportées par les tribunaux au droit de visite ou d'hébergement étaient de nature à écorner quelque peu le sacro saint principe de la liberté de déplacement[169]. Ces mesures restrictives constituent une atteinte au principe de bonne foi présumée dans les relations privées, ainsi qu'au principe de réciprocité et des droits essentiels reconnus au non gardien ».

La difficulté d'appliquer d'une façon intègre les Conventions conclues avec des Etats islamiques provient de l'obligation qui pèse sur la mère d'élever son enfant dans la religion islamique. Cette obligation incombe à tous les parents musulmans. D'où il s'ensuit que seul le père dans une union mixte peut garantir cette continuité de la religion islamique, à moins que l'épouse européenne ne soit elle-même musulmane d'origine, ou par conversion. Cette obligation fait obstacle à l'application en Algérie (ou dans un autre pays islamique) de tout jugement statuant sur la garde, rendu conformément aux règles de droit international privé.

D'après les règles de droit international privé algérien, les procès portant sur la dissolution du mariage sont soumis à la loi de l'époux au moment du dépôt du procès de divorce, qui est la loi algérienne[170]. Cette loi régit les questions relatives aux effets du divorce, ainsi que les modalités d'exercice du droit de visite, conformément à l'article 64 du code de la famille algérien[171].

Ce qui semble indéniable est que les mères françaises n'ont jamais pu obtenir la reconnaissance par la juridiction algérienne d'un droit de visite transfrontière. La méfiance éprouvée par la jurisprudence algérienne vis-à-vis des mères françaises étant comparable, voire identique, à celle éprouvée par le juge français vis-à-vis des pères algériens. Le problème, nous le voyons, est un conflit socio-culturel que seul la négociation peut apaiser.

---

[167] Qui consistent dans le dépôt d'une caution ou des pièces d'identité.

[168] Les mesures coercitives contenues dans les articles 357 ancien code pénal, articles 227-5 et 227-7 du nouveau code pénal.

[169] A. Mebroukine, la Convention Algéro-française du 21 juin 1988 : *RCDIP* janvier, mars 1991, p. 15-20

[170] Article 13 code civil algérien.

[171] F. Monéger, « La Convention relative aux enfants issus de couples mixtes séparés franco-algériens du 21 juin 1988 », *Clunet* 1989.41, spéc. 54.

A – L'INNOVATION DE LA CONVENTION FRANCO-ALGERIENNE

Dans ce contexte, les rédacteurs de la Convention de 1988 ont tenu compte de la spécificité de la relation franco-algérienne et de la double appartenance culturelle de l'enfant. Le nouvel instrument est un texte de circonstance et précurseur qui vise à assurer la primauté du droit de l'enfant de circuler librement entre le domicile de ses deux parents séparés[172]. Cet objectif ne peut être atteint sans une protection équilibrée des intérêts respectifs des deux parents qui se traduit concrètement par la mise en place de mécanismes particuliers[173] et novateurs : une règle de compétence unique en matière de garde et une règle de fond - le droit de visite est un corollaire obligatoire du droit de garde, assorti de garanties pour les deux parents. La Convention comprend également les dispositions classiques des instruments inspirés des Conventions multilatérales : l'intervention d'autorités centrales qui assurent des fonctions de coordination, de localisation des enfants déplacés, d'information[174] et l'octroi d'une aide judiciaire de plein droit[175], l'institution d'une commission paritaire[176]. Cependant, ces mécanismes ne s'appliquent qu'à un nombre restreint d'enfants.

A l'instar des autres Conventions bilatérales (de la première génération), la Convention franco-algérienne affirme la nécessité de maintenir la relation entre l'enfant et ses deux parents après le divorce ; d'après l'article 6, « les parties contractantes s'engagent à garantir aux conjoints séparés l'exercice effectif du droit de visite transfrontière », ce que la jurisprudence française confirme depuis la Convention[177].

Le tribunal du lieu du domicile conjugal sera compétent en matière de divorce, ce lieu étant entendu comme lieu de vie familiale commune[178]. Ce choix semble étrange[179], les époux séparés n'ayant plus aucune relation avec le lieu du domicile conjugal, le choix plus logique aurait été « du dernier lieu de domicile commun » à l'instar de la Convention franco-polonaise de 1967 et de la Convention franco-marocaine de 1981.

---

172 Cet objectif se matérialisera au plan mondial dans la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (article 8, 1e alinéa, et article 9, 3e alinéa).

173 Ces mécanismes figurent dans le chapitre II de la Convention.

174 *Voir* les articles 1 et 2.

175 *Voir* l'article 3.

176 *Voir* l'article 12.

177 Cass. 1ère civ. 16 avril 1991, n°672.

178 Article 5 de la Convention.

179 « La règle contenue dans l'article 5 de la Convention du 21 juin 1988 constitue une règle de compétence juridictionnelle spéciale qui déroge aux règles générales » : F. Moneger : *Clunet* 1989, p. 52.

Le champ d'application *ratione personae* est circonscrit aux enfants légitimes des conjoints franco-algériens, séparés ou divorcés[180], comme le montrent les travaux parlementaires[181] ainsi que les dispositions des articles 5 et 6 qui parlent de « domicile conjugal » et de « conjoint séparé ». L'exclusion du champ d'application des enfants naturels, et celle des enfants adoptés, est liée à la situation de ces derniers dans les systèmes juridiques des pays de tradition islamique, qui ignorent la filiation naturelle[182] ainsi que l'institution de l'adoption[183]. Les enfants binationaux sont également exclus du domaine d'application de la Convention[184]. Il est à noter qu'aucune condition liée à l'âge de l'enfant, malgré des majorités légales différentes, n'a été fixée.

Concernant les mécanismes spécifiques institués dans cet instrument[185] :

a) La Convention énonce une règle unique de compétence en matière de garde en vertu de laquelle la juridiction compétente est celle du lieu du domicile conjugal entendu comme lieu de vie familiale (article 5)[186].

b) Elle établit également une règle de fond innovante, un lien obligatoire entre le droit de garde et le droit de visite transfrontière : « toute décision judiciaire rendue par les juridictions des parties contractantes et statuant sur la garde de l'enfant attribue un droit de visite, y compris transfrontière, à l'autre parent »[187]. Une seule exception à ce principe a été

---

[180] Sur ce point, la Convention franco-algérienne se différencie des autres Conventions conclues par la France avec l'Egypte, le Maroc et la Tunisie qui n'excluent pas de manière explicite les enfants naturels. La Convention franco-marocaine du 10 août 1981, la Convention franco-égyptienne du 15 mars 1982 ainsi que la Convention franco-tunisienne du 18 mars 1982 disposent de « la garde des enfants », sans autres précisions quant à la qualité des enfants, les enfants naturels restent en discussion. Cependant, vu la position prise par le droit islamique vis-à-vis de ces institutions (pas d'existence juridique), il apparaît donc que les enfants naturels sont également exclus du champ d'application des Conventions franco-marocaine et franco-tunisienne.

[181] *Voir* Rapport Le Déaut, projet No 115 – Discussion et adoption le 7 juillet 1988, p. 14.

[182] *Voir* l'article 40 du Code de la famille algérien qui dispose que « la filiation est établie par le mariage valide, la reconnaissance de paternité, la preuve, le mariage apparent ou vicié et tout mariage annulé après la consommation (...) ».

[183] En vertu de l'article 46 du Code de la famille, cette institution n'est pas reconnue telle quelle par le droit algérien « l'adoption est interdite par la Charia et la loi ». Cependant, le droit de la famille algérien (article 116 du Code de la famille) connaît l'institution de la *kafala*, c'est-à-dire le recueil légal d'enfant qui constitue « l'engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation, et la protection de l'enfant mineur au même titre que le ferait un père pour son fils ». Mais la *kafala* n'a aucune conséquence sur la filiation car « l'enfant recueilli peut être de filiation connue et inconnue, et s'il est de parents connus il doit garder sa filiation d'origine » (article 119 et 120 du Code de la famille).

[184] Une condition de nationalité est fixée, l'accord ne s'applique qu'aux enfants issus de parents dont, en vertu de la législation de l'un ou de l'autre Etat, l'un a la nationalité française et l'autre la nationalité algérienne. La Convention exclut donc de son champ d'application les couples algériens résidant en France et inversement, ainsi que les couples composés d'un français ou d'un algérien et d'un ressortissant d'un pays tiers.

[185] L'originalité de la Convention se fonde sur l'intangibilité du droit de garde et l'automaticité du droit de visite.

[186] Cette disposition peut être source de difficultés. En effet, il faut savoir localiser le lieu de vie familiale commune, lieu qui peut être différent de la résidence actuelle du père ou de la mère et celui-ci doit obligatoirement se trouver sur le territoire de l'un des deux Etats.

[187] Article 6, 2e alinéa, de la Convention.

prévue : « en cas de circonstances exceptionnelles mettant directement en danger la santé physique ou morale de l'enfant, le juge doit adapter les modalités pratiques de ce droit, en conformité avec l'intérêt de l'enfant »[188]. L'effectivité de ce droit de visite transfrontière serait illusoire sans garantie de protection des intérêts du parent non gardien.

c) Le système mis en place en faveur du parent disposant du droit de visite se présente comme suit : le juge compétent (en vertu de l'article 5) doit lui accorder un droit de visite transfrontière ; le parent gardien s'expose, quant à lui à des poursuites pénales[189] s'il ne respecte pas ce droit de visite ; par ailleurs, le jugement (décision judiciaire exécutoire) qui attribue ce droit emporte autorisation de sortie du territoire[190], quel que soit le droit appliqué au fond.

d) La protection des intérêts du parent gardien contre les abus du droit de visite est également prise en compte par cet instrument, grâce à des moyens spécifiques, qui visent à garantir le retour effectif de l'enfant après l'obtention simplifiée de l'exequatur des dispositions relatives au droit de visite transfrontière. Cependant, celle-ci est limitée à la seule partie du jugement concernant le droit de visite[191]. Cette limitation permet toutefois, en cas d'exercice abusif du droit de visite, d'ordonner le retour de l'enfant auprès du parent gardien. En effet, si, à l'expiration de la période fixée pour le séjour transfrontière, l'enfant n'est pas renvoyé au parent titulaire de la garde (article 8 al 1), ou lorsque l'enfant a été déplacé en dehors de la période fixé dans le jugement (article 8 al 2), il y a « reconnaissance et exécution immédiate des dispositions judiciaires exécutoires portant sur le droit de visite transfrontière ». Il faut souligner que cet exequatur n'est pas automatique, selon l'article 8 al 2, « elle ne peut être refusée », ce qui sous-entend que celle-ci doit être demandée par le parent gardien. L'effectivité du retour de l'enfant est assurée par les dispositions de l'article 11 qui prévoient l'exécution forcée de la décision d'exequatur. Ainsi le procureur de la République a l'obligation de requérir « l'utilisation de la force publique pour une exécution forcée assurant le retour effectif de l'enfant sur le territoire d'où il est parti »[192].

---

188 Article 6, 3e alinéa, de la Convention.

189 L'article 7, 2e alinéa, oblige le Procureur de la République à poursuivre l'auteur de l'infraction de non–présentation d'enfant. Cette disposition n'existe dans aucune autre Convention bilatérale de ce type. De plus, elle déroge au principe français d'autonomie des autorités judiciaires en la matière.

190 Cette disposition vise à dépasser le pouvoir de blocage que les pères tiennent de la puissance paternelle en droit algérien.

191 Cette disposition particulière vise à contourner les difficultés liées aux conceptions différentes de la notion de droit de garde entre les systèmes dits occidentaux et les systèmes de tradition islamique.

192 Article 11, 2e alinéa, de la Convention.

B – LES GARANTIES D'EXERCICE DES DROITS DE GARDE ET DE VISITE

Le rôle des autorités centrales est défini d'une façon précise. Il leur incombe une obligation réelle de résultat (1), il est prévu aussi d'accorder une aide judiciaire sans égard aux ressources du parent plaignant (2) ainsi qu'une protection consulaire (3), et à défaut de dénouement heureux à l'amiable, la procédure judiciaire sera inévitable (4).

1. Le rôle des autorités centrales

De prime abord, ces autorités ont l'obligation de « faciliter toute solution amiable » et « assurer la remise de l'enfant au demandeur lorsque l'exécution de la décision est accordée ».

Le parent dont le droit de garde est usurpé pourra saisir le procureur de la République, à l'effet d'obtenir l'exécution forcée de la décision ayant accordé le droit de visite transfrontière. Les autorités centrales sont appelées à intervenir l'une à l'appel de l'autre pour que la Convention ne reste pas sans effet.

2. L'aide judiciaire

En vertu de l'article 3, les parties en conflit pourront jouir d'une aide judiciaire dans les deux Etats, sans avoir recours aux ressources de chacun d'eux. Cette aide peut être accordée aux étrangers qui résident d'une manière habituelle en France[193] pour faciliter l'accès international à la justice conformément aux conditions de La Haye[194].

3. Le rôle des autorités consulaires

Les mesures administratives et judiciaires prises par l'un ou l'autre des Etats contractants sont notifiées par le consulat compétent. La protection consulaire n'a pas été définie par la Convention ; le rôle des consulats est de nature consultative ; il est nécessaire par l'appartenance de l'enfant enlevé aux nationalités[195] du couple mixte, d'où l'engagement des lois des deux Etats dans la procédure de rétablissement de la garde, d'assurer le retour de l'enfant enlevé : c'est la raison d'être de la Convention, qui est de prévoir les modalités concrètes des autorités compétentes, y compris, les autorités consulaires.

---

[193] H. Battifol et P. Lagarde, *Traité* t. 2, n°698.

[194] Sachant que l'Algérie n'a pas ratifié ces Conventions, ni les autres Etats arabes.

[195] En cas de double nationalité de l'enfant enlevé, la loi de la résidence habituelle sera appliquée, en raison de l'urgence ou du danger éminent menaçant l'enfant.

4. Les procédures simplifiées d'exequatur

En vertu de l'article 9 de la Convention, les décisions judiciaires exécutoires ou revêtues[196] de l'exequatur, selon le cas, emportent l'autorisation de sortie du territoire national.

La notion de décision judiciaire telle qu'elle figure dans ce texte comprend : les ordonnances, jugements et commissions rogatoires émis par les tribunaux des deux Etats contractants.

L'article 9 tend à faciliter l'exercice du droit de visite par le parent non gardien ; en pratique « la décision accordant la reconnaissance, et l'exécution des dispositions judiciaires portant sur le droit de visite transfrontière est rendue avec exécution provisoire nonobstant l'exercice de tout droit de recours ».

Alors que l'article 38 de la Convention de Bruxelles de 1968 précise que « l'autorité saisie de la requête en exequatur sursoit à statuer si la décision fait l'objet d'un recours ordinaire dans le pays d'origine ou si le délai pour le former n'est pas expiré »[197].

Les voies de recours contre le jugement revêtu de l'exequatur sont celles de l'Etat requis : la loi applicable dans l'Etat qui a rendu le jugement ne peut intervenir dans la détermination des modes d'exécution.

La Convention distingue entre la reconnaissance et l'exécution des dispositions judiciaires portant sur le droit de visite ; quant aux décisions judiciaires exécutoires, elles ont une efficacité substantielle en vertu de la Convention : ces décisions n'ont pas besoin d'une procédure d'exequatur, et sont soumises seulement à un contrôle *a posteriori*. Seules les décisions judiciaires comportant des fins de coercition sur les personnes, doivent être revêtues de l'exequatur, il en est ainsi des décisions judiciaires en matière de droit de garde et de visite[198].

L'innovation de la Convention franco-algérienne est de limiter l'application de l'exequatur à un seul aspect de la décision, celui portant sur le droit de visite. Les rédacteurs de la Convention ayant voulu éviter les procédures ordinaires d'exécution qui donnent lieu à d'innombrables difficultés portant sur la matière de la garde.

---

[196] D'après la Convention de Bruxelles de 27 septembre 1968, il n'est pas exigé que les jugements rendus dans un Etat contractant et revêtu de l'autorité de la chose jugée fassent l'objet d'une procédure d'exequatur, pour être reconnus dans un autre Etat contractant, il suffit qu'ils soient préalablement réguliers. De toute façon il est admis que la Convention bilatérale ne permet nullement la remise en cause du droit de garde acquis en principe par la mère dans la plupart des cas.

[197] Battifol et Lagarde, *Traité* t. 2, n°737-1.

[198] M. Issad DIP II ; Les règles matérielles : *OPU* 1986, p. 84 et s.

Toute décision judiciaire sur la garde d'un enfant né d'un couple mixte qui ne comporte pas une reconnaissance du droit de visite transfrontière de l'autre parent non gardien, ne jouira pas de l'exequatur simplifié.

Tous recours « à la force publique pour une exécution forcée assurant le retour effectif de l'enfant sur le territoire d'où il est parti » est possible dans la mesure où l'impératif de souveraineté de l'Etat requis n'est pas atteint.

Il est de la responsabilité du Procureur de la République de veiller à assurer le retour de l'enfant dans l'Etat du parent exerçant habituellement le droit de garde.

Il est vraisemblablement inopportun de vouloir, à ce stade d'exploration préliminaire, tirer des conclusions sur l'efficacité des Conventions bilatérales et sur l'effectivité de la coopération entre les Etats de tradition islamique et les pays occidentaux sur les problèmes d'enlèvements internationaux d'enfants. Toutefois plusieurs constats peuvent être établis.

Les Conventions bilatérales fonctionnent avec difficulté, une bonne application de ce type d'instrument étant liée à divers facteurs, politiques, culturels et judiciaires ainsi qu'au degré d'investissement des autorités compétentes. La recherche d'une solution harmonieuse (par voie amiable ou judiciaire) dans un cadre bilatéral ou multilatéral passe par la bonne connaissance des modèles et institutions juridiques diverses relatifs à l'autorité parentale et qui remplissent les mêmes fonctions dans des pays de traditions juridiques et culturelles différentes et ce, en conformité avec le droit de l'enfant de maintenir des relations régulières avec ses deux parents.

A défaut d'une telle connaissance, toute coopération judiciaire - Convention d'entraide judiciaire ou amiable - accord consulaire et protocole d'accord administratif - conduit à écarter, par l'exception de l'ordre public, le droit étranger. Un exemple relatif à la conception de la responsabilité parentale, révélateur de la nécessité d'une bonne connaissance au sens de respect des traditions juridiques de chacun, nous a été donné au travers de cette recherche. Dans les systèmes occidentaux, les parents exercent une co-responsabilité. En revanche, dans les pays de tradition islamique, les droits et les obligations des parents font l'objet d'un découpage spécifique et complémentaire.

A la lumière de ce constat, il paraît nécessaire d'affiner les expériences en matière de formation des magistrats, avocats, et praticiens, et d'encourager la création de réseaux de communication. En effet, sans une relation de confiance entre les autorités, aucune coopération ne peut être efficace. Cette confiance ne peut s'acquérir que par une connaissance des particularités des systèmes juridiques de traditions différentes.

Nous pouvons conclure qu'à défaut d'apporter des solutions globales, la coopération bilatérale est un cadre juridique élémentaire et utile, servant de canal d'information et de communication entre autorités, d'une part, et d'autre part, rendant possible dans certains cas, le retour d'enfant et l'aménagement d'un droit de visite transfrontière.

En parallèle à cette coopération bilatérale, il serait nécessaire de développer une coopération multilatérale suivie, renforçant le dialogue, entre Etats de tradition islamique et les Etats occidentaux, en vue de protéger au mieux, l'intérêt et l'épanouissement des enfants ayant une double appartenance.

SECTION II : ENLEVEMENT INTERNATIONAL ET DROIT DE VISITE TRANSFRONTIERE : LES RAPPORTS FRANCO-ALLEMAND

L'Allemagne et la France sont également liées par les deux Conventions internationales cadre : la Convention de La Haye et celle de Luxembourg. Ces deux Conventions tentent de faire face aux difficultés et aux obstacles auxquels se heurtent généralement les mécanismes du droit commun d'une recherche de solutions efficaces pour régler le plus rapidement possible un cas d'enlèvement d'enfant.

En cas d'enlèvement international d'enfant, l'objectif premier du droit Conventionnel est d'assurer un retour immédiat de celui-ci ; à cet effet la France comme l'Allemagne ont signé et ratifié les deux Conventions. Cependant, on constate un échec dans les rapports franco-allemand de ces mécanismes conventionnels puisque plus de 95% des enfants déplacés ne sont pas renvoyés dans leur pays d'origine (§I).

Après ce constat, on observe également l'existence d'autres difficultés liées au phénomène de l'enlèvement comme la mise en œuvre effective d'un droit de visite pour le parent résident dans l'Etat d'origine (§II).

§ I - LES DIFFICULTES JURIDIQUES EMPECHANT LE RETOUR DES ENFANTS

Le non-retour de l'enfant est généralement la conséquence d'une mauvaise interprétation, donc d'une application erronée des textes conventionnels (A) et des mécanises procéduraux empêchant ainsi le retour des enfants déplacés illicitement (B).

A – DIFFICULTES RENCONTREES LORS DE L'INTERPRETATION ET DE L'APPLICATION DE LA CONVENTION DE LA HAYE

Le manque d'uniformité dans les résultats de retour est essentiellement dû aux exceptions au retour prévues par la Convention de La Haye : d'une part, l'article 12 prévoyant la prise en considération de l'intégration de l'enfant dans son nouveau milieu (1), d'autre part, l'article 13 al 2 qui tient compte de l'opinion de l'enfant sur son retour sous certaines conditions (2), enfin, l'article 13 al 1er qui permet de s'opposer au retour immédiat de l'enfant en cas de risque grave (3).

Il ne s'agit pas de remettre en cause la nécessité de conserver des échappatoires au retour de l'enfant dans certains cas, mais de montrer qu'une interprétation trop extensive et une invocation quasi-systématique de ces exceptions, font qu'elles tendent à devenir le principe au détriment de l'efficacité de la Convention de La Haye.

1. L'article 12 al 2 et la prise en compte de l'intégration au nouveau milieu en cas de demande introduite plus d'un an après l'enlèvement

En cas de réclamation « tardive », c'est à dire plus d'un an après le déplacement ou le non-retour, la restitution peut être bloquée par l'intégration de l'enfant dans son nouveau milieu. Cet article donne la possibilité au parent ravisseur de bénéficier du temps puisque l'enracinement affectif de l'enfant dans son nouveau milieu sera pris en considération pour décider de l'opportunité de son retour à sa résidence habituelle initiale.

L'interprétation de cet article met en évidence deux difficultés : si l'autorité judiciaire étrangère saisie dans l'année du déplacement illicite mène la procédure avec lenteur ou si l'enfant n'est pas localisé dans l'année suivant l'enlèvement, ce qui est souvent le cas ; la deuxième difficulté réside dans la détermination du point de départ du délai d'un an : s'agit-il du jour de l'enlèvement ou du jour du passage de la frontière ?

Cette exception à la restitution systématique de l'enfant sans tenir compte du fond du litige qui oppose les parents, n'a jusqu'à aujourd'hui pas été invoquée utilement dans les enlèvements internationaux d'enfants au sein de couples franco-allemands.

2. L'article 13 al 2 et l'opinion de l'enfant sur son retour

L'article 13 al 2 dispose qu'il est possible pour l'autorité administrative ou judiciaire saisie de refuser le retour de l'enfant si celui-ci s'y oppose, sous condition qu'il ait un âge et une maturité suffisante.

Le but de cet article était de donner la possibilité au juge de refuser le retour quand il est contraire à l'intérêt de l'enfant[199], et l'opinion de ce dernier serait un facteur d'appréciation de cet intérêt. Cette disposition est une source de difficultés pour deux raisons : d'une part, le fait d'interroger l'enfant sur un sujet tel que le choix entre ces deux parents peut être traumatisant ; d'autre part, il y a de fortes chances que l'opinion de cet enfant ait été influencée voire complètement dictée par le parent ravisseur ou son environnement proche.

La pratique est malheureusement éloignée de la théorie ; en effet, dans le rapport des professeurs Lowe et Perry[200] (auteurs de recherches sur les lois et les pratiques allemandes dans le cadre de la Convention de La Haye, et sur l'expérience anglaise en matière d'enlèvements d'enfants) il est précisé qu'en Allemagne entre 1990 et 1996, dans la totalité des affaires dans lesquelles il a été soutenu que l'enfant s'opposait au retour, soit comme seule défense, soit en y ajoutant d'autres exceptions de l'article 13, le retour a été refusé.

En pratique, dans certaines affaires des enfants âgés de moins de quatre ans ont été entendus, et leur opinion a été respectée. D'autre part, il semble que les juges ayant traité certains de ces litiges, ne fassent pas la distinction entre les objections exprimées par les enfants contre leur retour, et leurs souhaits exprimés comme en matière de décision portant sur la désignation du parent gardien. La Convention n'a pas pour but de résoudre les conflits portant sur la garde des enfants, aussi la notion d'« opposition » de l'article 13 al 2 doit être entendue de manière restrictive par rapport à la notion de « vœux » qu'exprimerait l'enfant à l'occasion d'un contentieux sur l'autorité parentale, dans le cadre notamment d'une procédure de divorce.

---

199 Rapport explicatif de Mlle Elisa Pérez Vera disponible sur le site : http://www.hcch.net/f/Conventions/expl28f.html.

200 N. Lowe et A. Perry, « International child abduction – The English experience », 1997 ; 48 *ICLQ* 127 ; N. Lowe et A. Perry, "The operation of the Hague and European Conventions on international child abduction between England and Germany", 1998 *International Family Law* 8-16, 52-56

Dans ces conditions, il apparaît clairement que la Convention est détournée de ses objectifs puisque l'enfant est écouté quelque soit son âge, et qu'en plus il est tenu compte de ses opinions sur son désire de vivre avec tel ou tel parent de manière quasi-systématique.

Les conséquences de cela lors des contentieux douloureux et conflictuels d'enlèvements internationaux d'enfants sont évidentes : en effet, l'enfant sera facilement endoctriné par le parent ravisseur et, plus l'enfant est jeune plus il est aisé de lui faire croire qu'il a été abandonné par son autre parent, puisque qu'il n'a généralement plus de nouvelles ni de contacts avec ce dernier.

S'ajoute la longueur observée des processus de retour selon la Convention de La Haye qui, contrairement aux objectifs de celle-ci, durent environ 26 semaines en France et en Allemagne contre 5 semaines en Angleterre. Il est évident que le facteur temps joue en faveur de l'endoctrinement de l'enfant.

L'utilisation abusive ou au moins trop fréquente de cette exception au retour de l'enfant a été dans nombre d'affaires à l'origine du refus de restituer l'enfant : cette attitude des juridictions allemandes s'explique par un processus plus global, qui tend à étudier le plus souvent le fond de l'affaire, c'est-à-dire l'opportunité du droit de garde tel qu'accordé par les juridictions de l'Etat d'origine de l'enfant, alors que la procédure instaurée par la Convention pour être efficace préconise uniquement qu'il soit ordonné par les tribunaux saisis, le retour au *statu quo ante* sans examen au fond.

Dans la majeure partie des litiges franco-allemands avec l'enlèvement vers l'Allemagne, le retour a été refusé sur la base de l'article 13 en combinant souvent l'alinéa 2 et l'alinéa 1er§b.

3. L'article 13 al 1er§b et le risque grave d'exposer l'enfant à un danger

Les dispositions de cet article sont souvent considérées comme le point faible de la Convention de La Haye et doivent être interprétées strictement, pour que ne soit pas mise à néant l'efficacité de la Convention.

Le rapport de la 3ème réunion de la commission spécialiste[201] précise que le but de la Convention est d'assurer le retour des enfants, mais aussi leur sécurité et leur bien être après leur retour. Il est ainsi recommandé que l'article 13 al 1er§b ne soit appliqué que de façon très limitée, lorsqu'aucune autre alternative n'est envisageable.

---

[201] Rapport de la 3ème réunion de la commission spécialiste sur le fonctionnement de la Convention de la Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfant (17-21 mars 1997) établi par le bureau permanent disponible sur le site : www.hcch.net/doc/abduc97f.doc.

Il ne faut évidemment pas appliquer l'article 13 tellement restrictivement qu'il serait vidé de toute substance, car il est nécessaire de conserver une clause d'exception protectrice de la sécurité de l'enfant, pour pallier les risques que peut engendrer une automaticité du retour.

Cependant, il faut que son application reste exceptionnelle, et c'est le cas dans la plupart des Etats contractants, au vu des chiffres publiés dans l'analyse statistique des demandes déposées en 1999[202] (analyse effectuée en préparation de la 4ème réunion de la commission spéciale de mars 2001[203]). Cette étude montre, en premier lieu, que plus de la moitié des demandes déposées en 1999 s'est réglée par un retour de l'enfant et, en second lieu, que sur les non-retours constatés, 26% environ ont été décidés sur le fondement de l'article 13 al 1er§b, et 12% sur le fondement de l'article 13 al 2, ce qui n'est pas démesuré.

Mais le problème est que cette étude ne concerne pas l'Allemagne qui n'a pas participé à ce travail, et il n'y a donc pas de chiffres récents et fiables qui montreraient que dans le cas d'enlèvement vers l'Allemagne, le risque d'un danger pour l'enfant n'est pas trop souvent invoqué.

Cela s'explique peut-être par le fait qu'au vu de la plupart des affaires récentes dont les documents sont accessibles, il semble qu'en Allemagne les jugements refusant le retour soient souvent des jugements de tribunaux familiaux locaux, qui le plus souvent ne précisent pas qu'ils refusent la restitution sur la base de la Convention, mais rendent simplement une décision statuant sur le fond qui, à partir de multiples éléments de fait (dont un risque de danger pour l'enfant) accorde la garde au parent ravisseur ; prenant ainsi une décision contraire le plus souvent à un jugement antérieur des juridictions du pays d'origine de l'enfant, et parfois même à des décisions antérieures d'autres tribunaux allemands.

On peut citer certaines affaires closes ou encore en cours : d'une part, l'affaire « Lancelin-Tiemann » aujourd'hui réglée, qui reste l'exception, et d'autres affaires pour lesquelles les enfants n'ont pas été rendus.

L'affaire « Lancelin-Tiemann » : en 1997, Mme Tiemann française vivant en Allemagne avec son époux allemand et ses deux enfants décide d'aller vivre en France avec ses deux enfants et entame une procédure de divorce.

---

[202] N. Lowe, S. Armstrong et A. Mathias, « Analyse statistique des demandes déposées en 1999 en application de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfant », disponible sur le site : www.hcch.net/abdpd3f.doc.

[203] Conclusions et recommandations de la 4ème réunion de la commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de la Haye (22-28 mars 2001) établies par le Bureau permanant disponibles sur le site : www.hcch.net/doc/conc128sc4_f.doc.

Le tribunal de Blois décide en septembre 1997 de confier l'autorité parentale et le droit de garde à la mère, jugement confirmé par la Cour d'appel d'Orléans en mars 1998[204] ; le père forme un pourvoi en cassation contre cette décision.

Parallèlement, un tribunal allemand[205]confie la garde des enfants à leur père allemand.

En mai 1998, ce dernier organise le kidnapping de ses enfants.

Un arrêt de la Cour de Basse-Saxe de juillet 1998[206] ordonne le retour des enfants en France. Mais cette décision fut annulée par deux décisions de la Cour constitutionnelle allemande de Karlsruhe rendues en juillet 1998[207].

Cette affaire connaît son dénouement en 1999 lorsque le 1er avril 1999, la Cour constitutionnelle allemande[208] décide que les enfants Tiemann doivent être restitués à leur mère ; tandis que la Cour de cassation[209] rejette le pourvoi intenté par le père contre l'arrêt de la Cour d'appel d'Orléans.

En effet, dans cette affaire très médiatisée dans laquelle les gouvernements allemands et français sont intervenus, on comprend que la solution retenue est une solution d'équité appuyée par l'opinion publique. Cependant, sur un terrain purement juridique, elle marque la confirmation d'une application très large de l'exception de la Convention par les juges du fond, réaffirmée par les juges des Cours supérieures allemandes et françaises.

Cette affaire permet, en effet, de confirmer la jurisprudence qui, en France depuis 1994[210], admet que le danger puisse résulter « aussi bien du nouveau changement des conditions de vie actuelles de l'enfant déplacé, que des conditions nouvelles ou retrouvées dans l'Etat de sa résidence habituelle ». L'arrêt de la 1ère chambre civile du 22 juin 1999 se conforme à cette jurisprudence puisque, statuant sur la demande de retour du père suite au premier déplacement des enfants par leur mère de l'Allemagne vers la France en 1997, la Cour de cassation confirme l'appréciation du danger par rapport aux conséquences que provoqueraient une séparation d'avec la mère pourtant auteur de la voie de fait[211].

---

[204] TGI Blois 25 septembre 1997 et CA Orléans 10 octobre 1998 : *Droit et patrimoine* n°69, 1999, p. 22 et s.
[205] Tribunal des affaires familiales de Sülingen, 15 mai 1998 : *Droit et patrimoine* n°69, 1999, p. 22 et s.
[206] CA Basse-Saxe, 10 juillet 1998 : *Droit et patrimoine* n°69, 1999, p. 22 et s.
[207] Cour constitutionnelle de Karlsruhe, 16 et 31 juillet 1998 : *Droit et patrimoine* n°69, 1999, p. 22 et s.
[208] Cour constitutionnelle de Karlsruhe, 1er avril 1999 : *Droit et patrimoine* n°69, 1999, p. 22 et s.
[209] Civ. 1er, 22 juin 1999 : *Revue juridique personnes et famille*, n°7, octobre 1999, p. 20-21, note C. Deslances et P. Valory
[210] Civ. 1er, 12 juillet 1994 : *RCDIP* 1995, p. 98, note H. Muir Watt
[211] Civ. 1e, 22 juin 1999, *JCP* 1999.IV. 2540, rejetant un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel d'Orléans du 10 mars 1998. pour un rappel de cette affaire médiatisée, voir A. Leparmentier, « L'Allemagne refuse de renvoyer en France les enfants Ancelin », *Le Monde* 27 novembre 1998, p. 6 ; « Bonn et Paris viennent à l'aide des divorcés franco-allemands », *Le Monde* 3 décembre 1998 ; « La justice allemande confie à la Française Cosette Lancelin la garde de ses enfants », *Le Monde* 3 avril 1999, p. 7.

Cette conception du danger actuellement retenue par la jurisprudence risque, selon Mme Muir Watt[212], de détourner la Convention et d'être considérée comme une « incitation à l'enlèvement », puisqu'en invoquant systématiquement les dispositions de l'article 13 al 1er §b, les requérants permettent au juge de statuer sur le fond. Ainsi ce juge prendra d'autant plus en compte dans l'appréciation de l'intérêt de l'enfant, l'acclimatation de ce dernier à son nouvel environnement, que le temps de séparation d'avec le parent victime s'allonge ; et par là même il estimera le choc psychologique qu'entraînerait un nouveau changement ; cette interprétation étant tout à fait contraire à l'esprit de la Convention de La Haye.

Au vu de cette analyse, il apparaît que ce n'est pas dans l'interprétation de l'article 13 que se situent les différences entre les décisions allemandes et françaises à l'origine des critiques contre le système judiciaire allemand : en effet, les juridictions des deux pays semblent interpréter de manière semblable la notion de danger de l'article 13.

En réalité, c'est la fréquence des refus fondés sur la mise en danger de l'enfant qui est aujourd'hui reprochée à l'Allemagne : en 1999, le Bureau d'entraide judiciaire, autorité centrale française, a géré environ 40 dossiers dans lesquels les juridictions allemandes ont systématiquement considéré que l'intérêt de l'enfant était de résider avec le parent allemand en s'abritant derrière l'article 13 ; alors qu'en France, à la même année, on ne dénombrait que 4 refus de restitution fondé sur l'article 13, dont un seul par la Cour de cassation[213].

D'autres décisions allemandes montrent que les juges ont tendance à utiliser l'exception de l'article 13 pour justifier d'accorder la garde au parent ravisseur, en s'appuyant sur des faits qui paraissent choquants, et qui expliquent les condamnations récurrentes par la doctrine et les politiques des jugements allemands ; cela apparaît clairement dans les dernières affaires médiatisées :

▪ L'affaire « Laylle-Mayer »[214] dans laquelle les juges ont, en plus de l'application de l'article 13 al 2, justifié leur refus de restituer les enfants par le fait que ces derniers ont souffert de vivre dans un « environnement étranger (...) où l'allemand n'est parlé ni à la maison ni à l'école. Ils ont subi des railleries les accusant d'être des nazis... ». Les juges ont

---

212 H. Muir Watt sous Civ. 1er, 12 juillet 1994 : *RCDIP* 1995, p. 98

213 Civ. 1er, 12 juillet 1994 : *RCDIP* 1995, p. 98, note H. Muir Watt

214 N. Copiel, « L'expérience allemande des Conventions de La Haye du 5 octobre relative à la protection des mineurs et du 25 ocobre 1980 sur les enlèvements international d'enfants, et de la Convention de Luxembourg du 20 mai 1980 relative à la reconnaissance des décisions en matière de garde », Rapport national, in La plus-value d'un instrument de l'Union européenne concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière de contentieux conjugal, à la lumière des Conventions existantes, par M. Fallon, Louvain-la-Neuve, 31 mai 1995.

ajouté qu'un retour en Grande-Bretagne causerait aux enfants « un grave choc psychologique » et que les enfants s'étaient adaptés à leur nouvel environnement.

▪ L'affaire « Tinel »[215] : en juin 1999, Mme Tinel allemande part du domicile conjugal situé en France avec ses deux filles âgées alors de 6 et 9 ans et s'installe en Allemagne. Le père français porte plainte au commissariat pour enlèvement d'enfants et dépose une requête auprès de l'autorité centrale française afin que soit ordonné le retour immédiat de ses enfants conformément aux dispositions de la Convention de La Haye.

Le tribunal de Pontoise, le 5 juillet 1999, rend une ordonnance provisoire de non-conciliation dans le cadre de la procédure de divorce du couple, décision qui accorde l'autorité parentale exclusive à M. Tinel, et fixe la résidence habituelle des enfants à son domicile.

Ce jugement est confirmé par le tribunal de Munich qui, le 14 juillet 1999, déboute la mère de sa demande de garde des enfants et reconnaît l'enlèvement et la compétence des tribunaux français dans cette affaire. Cependant, le tribunal n'ordonne pas le retour des enfants.

M. Tinel est débouté de son appel devant la Cour d'appel régionale supérieure de Munich, qui décide qu'il n'est pas dans l'intérêt des enfants de renter en France.

Cette affaire montre à nouveau que les juges allemands se sont faits juges du fond à travers la notion d'intérêt de l'enfant qu'ils lient systématiquement à celle du danger d'ordre psychologique.

Nous verrons par la suite, à travers d'autres affaires similaires, qu'un des problèmes fondamentaux est que les tribunaux allemands quand ils refusent de restituer l'enfant sur le fondement d'un danger potentiel, le font à l'appui de faits relatés dans des rapports sociaux effectués par des services sociaux allemands. Et il peut être reproché à ces rapports des offices de la jeunesse de n'enquêter qu'en Allemagne auprès du parent ravisseur et de la famille allemande, ce qui est en totale contradiction avec la Convention de La Haye qui dispose dans son article 13§3 que « dans l'appréciation des circonstances visées dans cet article, les autorités judiciaires ou administratives doivent tenir compte des informations fournies par l'autorité centrale ou toute autre autorité de l'Etat de résidence habituelle de l'enfant sur sa situation sociale ». Il s'agit bien de la situation de l'enfant dans son pays de résidence habituelle, donc dans son pays d'origine et non dans le pays vers lequel il a été déplacé.

---

[215] *RCDIP* 2000.529, note Y. Lequette ; *D* 2000.289, note J. Massip.

B – DIFFICULTES PROCEDURALES EMPECHANT LE RETOUR IMMEDIAT DE L'ENFANT

Trois axes peuvent être dégagés pour cerner les difficultés qui entravent le retour de l'enfant : d'une part, le disfonctionnement des autorités centrales (1) ; d'autre part, le fait que les tribunaux se basent pour apprécier le danger sur les rapports des services sociaux allemands appelés des « *Judendamt* » (2) ; enfin, le nombre des tribunaux et la lenteur des procédures (3).

1. Remise en cause partielle du fonctionnement des autorités centrales

En premier lieu, certains parents français, dont les enfants sont retenus à l'étranger, se plaignent du manque évident de moyens financiers des autorités centrales françaises, c'est-à-dire du bureau d'entraide judiciaire en matière civile et commerciale rattaché au ministère de la justice. Selon eux, il arrive à plusieurs reprises que les magistrats rattachés à l'autorité centrale leur demandent de pourvoir eux-mêmes aux traductions des différents jugements qui ont été rendus en Allemand relativement à l'affaire que traite l'autorité centrale.

En deuxième lieu, un seul magistrat est en charge de tous les dossiers pour lesquels l'autorité est saisie : cela représente non seulement des centaines de demandes par an, mais aussi une grande diversité de procédures selon les Conventions applicables aux litiges, multilatérales ou bilatérales, et selon le droit du pays avec lequel l'autorité française tente de régler le litige, sachant que l'autorité traite des dossiers avec une cinquantaine de pays étrangers.

Enfin, s'est posée récemment la question des recours éventuels dont disposerait un parent qui souhaiterait contester une décision de rejet de sa demande par l'autorité centrale. Le conseil d'Etat a apporté une réponse dans un arrêt du 30 juin 1999[216] :

L'article 27 de la Convention de La Haye dispose que l'autorité centrale peut repousser une demande, « lorsqu'il est manifeste que les conditions requises par la Convention ne sont pas remplies ou que la demande n'est pas fondée ». En se fondant sur cette disposition, le Garde des Sceaux a refusé au père requérant de mettre en œuvre la procédure de retour prévue par la Convention, au motif que seule la mère disposait de

[216] CE, 30 juin 1999 : *D.* 2000 n°1, P. 1, note F. Boulanger

l'autorité parentale au moment du déplacement, de sorte qu'il ne pouvait être qualifié d'illicite au sens de l'article 3 de la Convention.

Le père demanda alors l'annulation de cette décision devant le tribunal administratif de Paris, qui se déclara incompétent ; mais la Cour administrative d'appel de Paris, dans un arrêt du 11 juillet 1997[217], tout en rejetant la demande d'annulation se prononça en faveur de sa compétence pour connaître d'un recours contre une décision de l'autorité centrale.

Le Conseil d'Etat trancha en faveur de la position de la Cour d'appel selon laquelle la décision de l'autorité centrale « n'est pas (...) au nombre des actes se rattachant aux relations internationales de la France, qui en raison de leur nature échappaient à tout contrôle juridictionnel ».

Cette décision est cohérente avec l'étendue de la mission de l'autorité centrale, qui a le pouvoir de décider de l'avenir de la demande du parent dont l'enfant a été déplacé, et qui doit donc être susceptible d'un recours.

Cependant, certains auteurs se sont demandés au vu de cette décision s'il était judicieux d'inclure dans un contentieux essentiellement judiciaire, le juge administratif, car comme le précise Mme Barriere Brousse[218] : « l'incursion du juge administratif risque d'être une source de blocage du fait que plusieurs intervenants se trouvent appelés successivement à apprécier les conditions auxquelles est soumise la demande (...). Elle crée un risque d'interprétations divergentes entre les juges administratif et judiciaire ». De plus, comme le précise l'auteur, se posera le problème de la détermination de la compétence matérielle du juge administratif, qui devra surseoir à statuer lorsque devront être tranchées des questions relevant du juge judiciaire.

On pourrait se demander si la possibilité d'un tel recours, justifiée tant juridiquement qu'en équité, risque de ne pas être d'une très grande utilité pour le parent à qui le retour immédiat de son enfant a été refusé. En effet, ce dernier est généralement déjà submergé par les procédures judiciaires en cours, et le recours administratif risque de n'avoir pour effet que de rallonger l'attente de ce dernier sans forcément apporter de solutions concrètes.

---

[217] CA Paris 11 juillet 1997 : *RFDA* 1998, p. 1035, concl. J.-P. Plaitre
[218] I. Barriere Brousse sous CE, 30 juin 1999 : *JDI* 2000, n°3, p. 725

2. Le reproche fait aux juridictions allemandes qui basent leurs décisions sur les rapports des « *Judendamt* »

Les offices de la jeunesse allemands appelés « *Judendamt* » ont pour rôle d'établir des rapports équivalents à ceux établis par les services sociaux en France. Ces rapports sont presque systématiquement demandés par les tribunaux des affaires familiales allemands lors des demandes de garde déposées par le parent allemand.

Les enquêteurs sociaux interrogent le parent ravisseur, la famille de celui-ci et l'enfant qui est peut être endoctriné depuis des semaines ou des mois ; si les personnes interrogées émettent des craintes, quant à la sécurité physique ou psychique de l'enfant si celui-ci devrait être renvoyé chez son autre parent, l'enquête conclut que rester en Allemagne est la meilleure solution, et aucun juge local ne désavouera ce rapport en renvoyant l'enfant, car c'est lui faire courir le risque d'un danger potentiel mis en avant par le rapport.

Ce qui est reproché aux tribunaux locaux allemands, est leur tendance à ne pas respecter le caractère exceptionnel que la Convention de La Haye réserve à son article 13 : cette attitude est certainement due au manque de formation des juges aux mécanismes du droit international privé et aux objectifs de la Convention de La Haye, ce qui les amène à se prévaloir systématiquement de l'article 13 pour juger l'affaire au fond, en se basant sur ces rapports non contradictoires, et rendent ainsi des décisions établissant un droit de garde contraire aux objectifs de la Convention de La Haye.

3. Multiplicité des tribunaux compétents et lenteur des procédures

En France comme en Allemagne, tous les tribunaux d'instance en France et tous les tribunaux locaux spécialisés dans les affaires familiales en Allemagne, peuvent connaître des litiges concernant des enlèvements d'enfants de la France vers l'Allemagne, ou de l'Allemagne vers la France.

Les recherches de Lowe et Perry[219] sur les affaires franco-allemandes soulignent les différences importantes dans la connaissance et l'expérience des autorités judiciaires, des deux pays, qui gèrent les cas d'enlèvement. Leurs travaux montrent que plusieurs centaines

[219] Réf. Précitée n°191

de juges sont compétents en Allemagne entre ceux des « *Amtsgerichte* »[220] et ceux des « *Oberlandesgerichte* »[221].

C'est une observation qui est valable également pour le système judiciaire français qui connaît la même absence de spécialisation des juridictions pour l'application des mécanismes Conventionnels réglant les enlèvements internationaux d'enfants.

Cela a pour conséquence que les demandes de restitution d'enfant, ou bien les défenses contre des demandes d'attribution de garde faites par le parent ravisseur, sont jugées par des tribunaux où siègent des juges dont la compétence en la matière peut être sérieusement remise en question. En effet, ces derniers ne bénéficient pas de formations spécialisées, et ainsi peuvent être amenés à prendre des décisions en totale contradiction avec l'esprit de la Convention de La Haye, notamment basées sur une application extensive des exceptions de l'article 13.

Les recherches de Lowe et Perry permettent d'opposer l'efficacité dans la matière qui nous intéresse entre les tribunaux allemands et français d'une part, et les tribunaux anglais d'autres part. Ainsi en Angleterre, tous les litiges d'enlèvement international d'enfants sont centralisés à la « *High Court of justice of London* » dont 17 magistrats ont une compétence exclusive sur le territoire. Ces juges sont donc très spécialisés et l'efficacité des mécanismes Conventionnels en Angleterre est réellement supérieure à celle de l'Allemagne et de la France.

L'Allemagne et la France peuvent également se faire reprocher la lenteur avec laquelle les autorités centrales et les tribunaux compétents mettent en œuvre les mécanismes de retour prévus par la Convention de La Haye. En effet, un des facteurs clefs, pour qu'une demande de retour soit couronnée de succès réside dans l'accélération des procédures. L'obligation est faite par l'article 11 de la Convention, aux autorités judiciaires et administratives des Etats signataires « d'agir de façon adéquate pour obtenir le retour des enfants ». Ainsi, selon Lowe et Perry, cet article semble contenir une obligation implicite de parvenir à ce qu'une décision soit rendue dans les 6 semaines environ de la réception de la demande. Or, dans la plupart des Etats, les demandes ne sont résolues qu'après plusieurs mois ; c'est le cas en France et en Allemagne : on observe qu'en Allemagne par exemple, il faut environ 26 semaines pour obtenir une décision basée sur les mécanismes de la Convention de La Haye.

---

[220] Les tribunaux les plus bas dans l'ordre judiciaire allemand.
[221] Les Cours d'appel dans les différents landes.

A cette lenteur des tribunaux allemands et français peut être encore une fois opposée la grande efficacité du système britannique, qui, fort de sa centralisation des procédures résout des affaires dans un délai moyen de 8 semaines environ.

Cela est dû également au fait que les juges anglais n'hésitent pas à prendre des mesures draconiennes à l'encontre du parent ravisseur anglais, comme le blocage de ses comptes bancaires, la mise en garde à vue des membres de sa famille détenant des informations sur la localisation de l'enfant...

§ II – L'EXISTENCE D'AUTRES DIFFICULTES LIEES AU PROBLEME DE L'ENLEVEMENT INTERNATIONAL D'ENFANT

Lorsqu'on aborde les problèmes d'enlèvements internationaux d'enfants, il apparaît clairement que lorsque le retour du mineur n'est pas obtenu, restent d'autres difficultés qui, bien que postérieures au conflit portant sur l'obtention ou non du retour, n'en sont pas moins inhérentes aux litiges de déplacement illicite. En effet, c'est parce qu'il y a eut enlèvement que le climat des futures relations parentales est tendu et difficile. Ce qui a pour conséquence de rendre extrêmement ardue la mise en place de rapports cordiaux et de confiance entre les deux parents.

Ainsi, sont directement liés au problème de l'enlèvement international, les difficultés observées lors de l'organisation d'un droit de visite pour le parent n'ayant pas pu obtenir la restitution souhaitée (A).

Une autre complication liée à ce phénomène apparaît dans les rapports franco-allemands : une loi allemande permet à une mère de décider unilatéralement du changement de nom de famille de son enfant. Ce problème est certes en marge du conflit sur l'enlèvement, cependant, il ne doit pas être écarté, étant en totale opposition avec les mœurs françaises ; il participe à l'accroissement du sentiment d'être complètement dépossédé de ses enfants, pour un parent ayant déjà subi une séparation physique douloureuse, et il ne fait que perturber davantage l'enfant. C'est pourquoi il sera consacré un bref développement à cette pratique (B).

A – LE DROIT DE VISITE DU PARENT DONT L'ENFANT N'A PAS ETE RESTITUE

La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant signée par la France le 26 janvier 1991[222] dispose dans son article 9 que « les Etats parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directes avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ». Ainsi, même si la Convention n'est pas directement invocable par des particuliers, selon une jurisprudence ferme de la Cour de cassation[223], il n'en reste pas moins que pouvoir entretenir des relations avec ses deux parents est un droit fondamental de l'enfant.

Un arrêt « Elsholz contre Allemagne » du 13 juillet 2000 de la Cour européenne des droits de l'homme[224], rendu dans une affaire opposant un père et une mère tous deux allemands, condamne l'Allemagne à payer des dommages intérêts au père pour violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[225] : en effet, aux termes de cet article « toute personne a droit au respect de sa vie de famille… ». Ainsi doit être, selon la Cour, condamné l'Etat dont les tribunaux ont refusé d'accorder un droit de visite à un père au motif que les contacts de l'enfant avec celui-ci ne seraient ni « utiles ou profitables », ni « nécessaires à l'équilibre psychologique de l'enfant ».

Erigé ainsi en principe fondamental puisque sa violation est en contradiction avec les droits de l'homme, il reste à faire respecter ce droit pour l'enfant d'entretenir des relations avec ses deux parents ; et, dans le cadre du déplacement illicite d'enfant, il est encore plus difficile que dans les procédures traditionnelles de séparations de couples, de faire respecter un véritable droit de visite pour le parent non gardien.

1. Les moyens réduits offerts par la Convention de La Haye pour assurer l'exercice effectif d'un droit de visite

Les Conventions de La Haye et de Luxembourg ont pour rôle, parallèlement à la prise en charge des problèmes d'enlèvement proprement dits, d'assurer le respect d'un

---

[222] Convention de New York relative aux droits de l'enfant signée le 20 novembre 1989 : V. chapitre I ; www.unesco.org/education/educprog/ecf/frhtm/frights.htm.
[223] Arrêt « Lejeune », Civ. 1er, 10 mars 1993 : *RCDIP* 1993, p. 449, note Lagarde.
[224] Arrêt « Elsholz contre Allemagne », *CEDH* 13 juillet 2000 : www.isonet.fr/stop/Cour_europeenne2.htm.
[225] Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 : www.jura.uni-sb.de/france/Law-France/cedhf.htm.

droit de visite pour le parent non gardien, selon les modalités applicables aux demandes de retour pour la Convention de La Haye, et selon celles applicables à l'exécution des décisions en matière de droit de garde pour la Convention de Luxembourg.

Il semble malheureusement qu'en matière de droit de visite, la Convention de La Haye ne bénéficie pas de la même efficacité qu'en matière de retour d'enfant, pour lequel la procédure énergique qu'elle a mise en place, reste relativement efficace.

Au vu du rapport explicatif de Mlle Elisa Pérez Vera[226], il ne semble pas que l'assurance d'un droit de visite effectif pour le parent non gardien soit un objectif majeur de la Convention ; cette impression se confirme à la lecture des textes :

- Bien que l'article 1er§b dispose que l'un des deux objets de la Convention est « de faire respecter effectivement dans les autres Etats contractants les droits de garde et de visite existant dans un Etat contractant », et ne semble pas instaurer de hiérarchie entre cet objet et celui du retour immédiat des enfants déplacés, l'analyse du reste du texte conventionnel semble militer en faveur d'une réelle différence d'efficacité dans la réalisation des deux objectifs.

- En premier lieu, l'article 7§f ne fait obligation qu'aux autorités centrales de prendre des mesures appropriées pour obtenir le retour, et le cas échéant, l'exercice effectif du droit de visite.

- En second lieu, l'article 21 al 3 ne prévoit que l'existence d'une faculté pour les autorités centrales d'entamer une procédure en vue de l'organisation et de la protection d'un droit de visite.

Pour appuyer ces propos, Mme Bodard-Hermant, magistrat au sein de l'autorité centrale française, affirme[227] que l'on peut considérer la Convention de La Haye, comme « d'application obligatoire, quant à la protection d'un droit de garde, mais facultative, autrement dit soumise au bon vouloir de l'Etat requis, quant à la protection d'un droit de visite ».

Enfin, il faut ajouter que la Convention sanctionne l'atteinte portée à un droit de garde exercé de façon effective immédiatement avant l'enlèvement (article 3 b). Mais l'article 5§a vise à ce titre tout particulièrement le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant. Ainsi, le caractère illicite du déplacement est avéré si le parent victime était cotitulaire de ce droit, soit au titre de l'exercice en commun de l'autorité parentale, soit dans le cas où ce parent partageait seulement avec l'autre le droit de décider de la résidence de

---

[226] Réf. Précitée n°44, 46.

[227] A. Bodard-Hermant, « Le droit de visite à l'épreuve des frontières » : *Gazette du Palais* 10-12 décembre 2000, p. 2.

l'enfant. Mais en l'absence de toute restriction affectant les droits du parent gardien, le titulaire d'un simple droit de visite est exclu de la protection, si l'on s'en tient aux articles 3 et 5§a qui encadrent l'action en remise immédiate de l'enfant. Les dispositions des articles 7§f et 21 s'adressant aux autorités centrales pour qu'elles favorisent l'exercice effectif de ce droit, sont insuffisantes pour en déduire une extension de cette action au profit du droit de visite, sauf à examiner s'il fait obstacle à un changement de résidence de l'enfant pour la décision unilatérale du gardien. Toutefois selon Mme Bodard-Hermant[228], la coopération entre les autorités centrales françaises et étrangères a permis d'obtenir le retour d'enfants déplacés, au bénéfice de requérants investis d'un simple droit de visite et de l'autorité parentale conjointe[229]. Il faut, cependant, nuancer cette affirmation dans les rapports franco-allemands pour lesquels, dans la majorité des litiges, est instauré un nouveau droit de garde ne respectant pas le droit de visite antérieur ou le droit de garde en vigueur précédemment, et le retour n'est généralement pas obtenu alors qu'il est pourtant fondé sur la violation d'un droit antérieurement établi.

Ainsi, on observe que la Convention de La Haye, non seulement ne protège pas efficacement le parent titulaire d'un simple droit de visite contre l'enlèvement de son enfant par l'autre parent, mais encore, n'impose pas non plus de manière effective l'organisation et le respect d'un droit de visite pour le parent qui n'a pas obtenu la remise de son enfant.

En outre, il apparaît que, dans les rapports franco-allemands, obtenir un droit de visite lorsque l'on s'est vu refuser la restitution de l'enfant déplacé, reste aujourd'hui encore un objectif difficilement réalisable.

2. Les difficultés à obtenir un droit de visite effectif en Allemagne

Certaines différences fondamentales entre le droit de la famille allemand et français ont pour conséquences la difficulté d'obtenir un droit de visite satisfaisant pour le parent français qui n'a pas réussi à faire admettre par les tribunaux allemands l'existence d'un déplacement illicite, mais aussi parfois d'obtenir l'exécution de ce droit lorsqu'il est accordé.

On observe que dans le cas où la justice allemande a estimé que la restitution de l'enfant était contraire à son intérêt, les tribunaux ont tendance à n'accorder par la suite qu'un droit de visite réduit au parent français, et ce pour plusieurs raisons.

---

[228] A. Bodard-Hermant, « La Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfant » : *Gazette du Palais* 23-25 janvier 2000, p. 2.

[229] Tribunal de Tel Aviv, 25 avril 1999 ; CA Aix, 23 mars 1989 : *RCDIP* 1990, p. 529 ; Civ. 1er, 22 avril 1997 :*Bull.* 1997, n°123.

D'une part, il semble que les juges souhaitent éviter qu'un droit de visite en France ou en Allemagne, sans surveillance, soit l'occasion pour le parent qui réclamait le retour de l'enfant, de l'enlever à son tour.

D'autre part, un autre motif peut être évoqué en analysant l'esprit juridique allemand : le droit de la famille allemand n'érige pas en principe fondamental le droit pour un enfant d'avoir des relations avec ses deux parents. Les mœurs et la mentalité juridique françaises accordent une très grande importance à la conservation de rapports avec les deux parents autant pour des besoins d'éducation que pour des besoins affectifs, ainsi l'autorité parentale accordée à un seul parent reste l'exception[230], et n'est prononcée que dans des cas où il est reproché à un parent des négligences graves, ou, lorsque celui-ci est incapable de pourvoir à l'éducation de l'enfant en raison par exemple de problèmes psychologiques graves. De plus, dans la loi sur l'autorité parentale du 4 mars 2002[231], le droit français est allé plus loin encore, puisqu'il a prévu la mise en place de la possibilité d'organisation d'un système de garde alternée, afin de permettre aux deux parents d'exercer de manière égale leurs droits sur l'enfant.

Le droit allemand quant à lui permet plus facilement que soit accordée l'autorité parentale exclusive à un seul parent. Cependant, il faut tenir compte de la récente modification du droit de la famille allemand[232].

En matière d'autorité parentale après divorce ou séparation des parents, la loi du 18 juillet 1979[233] posait le principe que l'autorité parentale ne pouvait être attribuée qu'à l'un ou l'autre époux et dans 90% des cas, la mère en devenait titulaire. Bien que cette disposition interdisant toute autorité parentale conjointe après divorce ait été déclarée inconstitutionnelle[234], la majorité des couples n'exerçait pas l'autorité parentale conjointement.

La loi nouvelle du 25 septembre 1997[235] prévoit que l'autorité parentale conjointe est désormais le principe, en supprimant le pouvoir du juge de décider au cas par cas de l'attribution de l'autorité parentale. La loi réserve l'hypothèse dans laquelle la suppression de l'autorité parentale serait conforme à l'intérêt de l'enfant.

---

230 Articles 371 et s. et les articles 373-2 et s. du code civil : même en cas de divorce des parents l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents.
231 Développement à venir dans les prochains chapitres.
232 F. Fükel, « Le nouveau droit de l'enfance en République fédérale d'Allemagne » : *RTDCivil* juillet septembre 1998.
233 Loi du 18 juillet 1979 portant réglementation nouvelle du droit applicable aux soins dispensés par les parents : *BGBI* 1979-I, n°1061 et s.
234 Cour constitutionnelle Fédérale, 3 novembre 1982 : *BverfG* 61.358.
235 Loi du 25 septembre 1997 portant réforme du droit de l'enfant : 1997-I, n°2842 et s.

De plus, cette loi nouvelle accorde enfin un droit pour le père naturel d'entretenir des rapports personnels avec son enfant, alors qu'avant 1997, la mère était seule à décider de l'octroi d'un droit de visite.

Cette analyse permet de comprendre la mentalité juridique allemande en matière de droit de la famille et, de comprendre, lorsqu'on compare le système allemand antérieur à la loi de 1997 au système français, les vives critiques émises à l'encontre de ces dispositions.

Cela permet de mettre en évidence un réel archaïsme des institutions allemandes en matière de droit de l'enfant et explique pourquoi encore aujourd'hui après la réforme de 1997, les juges allemands ont toujours tendance à accorder très facilement une autorité parentale exclusive et un droit de visite limité.

En outre, il faut rappeler que les tribunaux allemands prennent parfois des décisions organisant les droits de garde et de visite d'enfants déplacés vers l'Allemagne par le parent allemand, sans la présence du parent français et sans que celui-ci n'ait été informé à temps qu'une décision allait être prise ou alors, qu'une décision avait été prise et que commençait à courir le délai de 15 jours durant lequel il avait la possibilité de faire appel.

Il faut également rappeler que le droit allemand ne prévoit pas de mesure de coercition, ni de sanction pénale à l'encontre du parent gardien qui entraverait l'exercice régulier du droit de visite accordé à l'autre parent ; cela n'aide évidemment pas l'exercice d'un droit de visite transfrontalier. Cependant, le système allemand veille au paiement par le parent qui ne possède pas l'autorité parentale des sommes conséquentes qu'il a été condamné de payer au titre de pension alimentaire ; il y pourvoit parfois même en suspendant le dérisoire droit de visite préalablement accordé au parent non gardien.

Enfin, logiquement, un tribunal qui, sur la base d'un rapport négatif du « *Judendamt* », refuse le retour de l'enfant, n'accordera certainement pas au parent un droit de visite dans le pays de celui-ci, car le risque d'un deuxième enlèvement existe et met l'enfant en danger dans la mesure où l'existence de ce danger ne peut être écartée car elle a justifié le non-retour. Cela signifie que le juge qui s'est basé sur le rapport de l'office de la jeunesse pour déclarer que le retour de l'enfant était contraire à l'intérêt de celui-ci, ne peut se désavouer en accordant ultérieurement un droit de visite à un parent, représentant un danger potentiel pour l'enfant, ou bien, risquant de l'enlever à son tour ce qui équivaudrait à la situation qu'aurait créé le retour, refusé justement car contraire à l'intérêt de l'enfant.

Dans le même ordre d'idée, il est également souvent reproché au tribunaux allemands, statuant sur la mise en place d'un droit de visite, de fonder leur décision sur un

rapport partial du « *Judendamt* » comme il le faisait pour décider d'appliquer l'exception de l'article 13 et refuser le retour.

Quelques exemples d'affaires s'imposent pour mettre en évidence les difficultés liées aux droits de visite dans les rapports franco-allemands :

▪ L'affaire « Catherine Laylle-Mayer »[236] :

En octobre 1994, le tribunal de Celle a refusé le retour des enfants sur la base du rapport défavorable de l'office de la jeunesse.

Entre novembre et décembre 1994, 5 demandes de visite ont été rejetées au motif que Mme Laylle-Meyer pouvait enlever à son tour les enfants, de plus, ces derniers ne « souhaitaient » pas la voir.

En janvier 1995, le père obtient d'une juridiction allemande que soit transférée légalement en Allemagne, la résidence habituelle des enfants sur la base des fausses accusations d'enlèvement émises par la mère.

Ce jugement fut suivi en mars 1995 d'un arrêt de la Cour de Verden qui accorde la garde temporaire des enfants au mari, et organise un droit de visite pour la mère : 3 heures par mois, puis un jour par mois au bout de 6 mois, au domicile du père ou dans les locaux de l'office de la jeunesse.

Le père a contesté ce droit et a obtenu en octobre 1995 par une décision que ces heures de visites soient limitées, et ce en arguant constamment le risque d'enlèvement par la mère.

De plus, le père des enfants n'a pas respecté le droit de visite et n'a pas été inquiété pour ce fait : entre 1994 et 1998, Mme Laylle Meyer n'a vu ses enfants que 12 heures et sous surveillance constante.

En septembre 1997, le divorce est prononcé : un arrangement avait été prévu à savoir que la mère acceptait que la garde soit confiée au père en échange d'un droit de visite effectif dans un endroit neutre.

Le divorce prononcé depuis 6 mois, la mère se voit refuser l'exécution du droit de visite par le père qui avance que les enfants ne souhaitent pas la voir et qu'il a peur que la mère ne les enlève. A ce moment là, Mme Laylle-Meyer découvre que seul l'accord sur la garde a été repris par les juges dans leur décision et donc qu'il est possible pour une Cour

---

[236] Affaire précitée n°205, N. Copiel, « L'expérience allemande des Conventions de La Haye du 5 octobre relative à la protection des mineurs et du 25 ocobre 1980 sur les enlèvements international d'enfants, et de la Convention de Luxembourg du 20 mai 1980 relative à la reconnaissance des décisions en matière de garde », Rapport national, in La plus-value d'un instrument de l'Union européenne concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière de contentieux conjugal, à la lumière des Conventions existantes, par M. Fallon, Louvain-la-Neuve, 31 mai 1995.

prononçant un divorce d'attribuer un droit de garde, sans organiser de droit de visite subséquent.

Les juges sollicités par la mère demandant une nouvelle audience avant d'accorder ou pas un droit de visite, ce qui implique un nouveau rapport du « *Judendamt* » : le rapport est rendu après deux mois sans que la mère ait été interrogée et recommande que la mère soit autorisée à voir ses enfants une fois tous les deux mois dans une maison paroissiale de Brême.

L'audience n'a lieu qu'en décembre 1998 et la Cour de Verden décide qu'il faut laisser le temps aux enfants de s'habituer « petit à petit » à la mère et qu'il serait trop « stressant » pour eux de la voir brutalement après 4 ans de séparation. Aussi, les juges accordent un droit de visite programmé avec des visites de plus en plus longues dans un endroit neutre à Hambourg et à l'issue d'une visite des enfants aux Etats-Unis, lieu de résidence actuel de la mère.

En avril 1999, le père a cessé d'envoyer les enfants pour le droit de visite sous motif que les enfants s'y opposaient et que ce n'était pas dans « leur meilleur intérêt » de les y contraindre.

Depuis, tous les recours de la mère pour faire exécuter son droit de visite ont été rejetés et cette dernière n'a pas revu ses enfants.

▪ L'affaire « Elfeke » : en juin 1998[237] une mère allemande vivant en France avec son mari et ses deux enfants de 3 et 7 ans, quitte le domicile familial et part en Allemagne en emmenant les enfants. Elle demande et obtient d'un juge allemand l'autorité parentale exclusive, sans accorder de droit de visite au père français.

▪ L'affaire « Duflot » : en juin 1995[238], une mère allemande emmène ses deux enfants âgés de 9 et 11 ans en Allemagne et demande le droit de garde. Le père naturel français engage une action devant les tribunaux français qui lui accorde un droit de visite et d'hébergement illimité. Mais les juges allemands refusent de prononcer le déplacement illicite et n'accordent qu'un droit de visite extrêmement limité au père : visites courtes sous surveillance, et une lettre tous les 3 mois.

---

[237] Disponible sur le : www.incadat.com.

[238] N. Copiel, « L'expérience allemande des Conventions de La Haye du 5 octobre relative à la protection des mineurs et du 25 ocobre 1980 sur les enlèvements international d'enfants, et de la Convention de Luxembourg du 20 mai 1980 relative à la reconnaissance des décisions en matière de garde », Rapport national, in La plus-value d'un instrument de l'Union européenne concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière de contentieux conjugal, à la lumière des Conventions existantes, par M. Fallon, Louvain-la-Neuve, 31 mai 1995..

Dans ces affaires, les motifs invoqués par les décisions allemandes sont toujours proches de ceux de l'affaire « Laylle-Meyer » : risque d'enlèvement par le parent victime, effectivité du droit de visite laissé à la discrétion du parent non gardien, contrariété avec l'intérêt de l'enfant selon les conclusions des rapports des « *Judendamt* ».

B – LE CHANGEMENT DU NOM PATRONYMIQUE DE L'ENFANT DEPLACE

Une loi allemande de 1938 prévoit la possibilité pour une mère divorcée de demander unilatéralement le changement de nom de famille de son enfant. Ces dispositions qui prévoient le changement sur simple demande du parent ont été légèrement modifiées en 1999. Désormais, le parent dont l'enfant porte initialement le nom doit donner son autorisation à cette procédure de substitution (article 1618§3 du BGB). Mais, cette modification de 1999 n'apporte à ce parent qu'un piètre droit supplémentaire d'information, son refus pouvant être mis de coté par décision du juge.

La mère qui souhaite le changement de patronyme peut opter pour son nom de jeune fille ou bien pour le nom de son nouvel époux. Dans ce cas, le but recherché est de favoriser la création d'une nouvelle cellule familiale forte en attribuant le même nom de famille à toute la fratrie.

Cette loi est décriée au niveau international, aussi bien par les parents qui subissent cette modification contre leur gré, que par les politiques qui s'indignent de cette pratique contraire à certains droits fondamentaux.

La procédure en cause heurte très fortement les conceptions judéo-chrétiennes patriarcales, ainsi que la force donnée notamment en droit français aux attributs de la personnalité dont le nom fait partie.

De plus, il est aisé de comprendre que dans un contexte d'enlèvement international d'enfant, ce changement de patronyme est ressenti d'autant plus douloureusement, et comme une véritable volonté du parent ravisseur et de la société allemande de rompre le peu de liens existants encore entre le père et son enfant.

La Convention internationale des Nations Unies sur les droits de l'enfant signée par la France le 26 janvier 1991 prévoit, dans son article 8, que les Etats signataires ont pour obligation de protéger, et si nécessaire de rétablir les aspects fondamentaux de l'identité de l'enfant (y compris nom, nationalité et relations familiales). Ainsi la loi allemande est en contradiction avec un droit fondamental de l'enfant.

En effet, on peut imaginer le traumatisme d'un enfant qui ayant déjà subi un changement brutal de ses conditions de vie suite à son déplacement, voit son nom changer.

Dans les relations franco-allemandes, s'ajoute le fait que la France a signé le 4 septembre 1958 à Istanbul, dans le cadre de la Commission Internationale de l'Etat Civil, une Convention n°4 relative aux changements de noms et prénoms[239] : l'article 3 de cette Convention dispose que « sont exécutoires de plein droit sur le territoire de chacun des Etats contractants, sous réserve qu'elles ne portent pas atteinte à son ordre public, les décisions définitives intervenues dans un de ces Etats et accordant un changement de nom ou de prénom (...) à ses ressortissants ». Ainsi, sont opposables en France les décisions allemandes substituant au nom du père français un autre nom patronymique.

Dans plusieurs affaires d'enlèvement franco-allemand s'est greffé le problème du changement de nom par la mère :

- Dans l'affaire « Elfeke » qui a été médiatisée en juillet 2001 suite à l'arrestation de M. Elfeke alors qu'il s'était rendu en Allemagne pour s'opposer devant les tribunaux au changement de nom de ses enfants.

- On peut également citer le cas de M. Chassignol dont le fils Philippe porte aujourd'hui le nom de son beau père M. Reuter.

- Enfin, M. Denis Supesrac, après avoir subi le déplacement contre son gré de sa fille, a reçu en janvier 2000 une demande émanant de l'avocat de sa femme, l'enjoignant à donner son autorisation à la substitution du patronyme du nouvel époux de son ex-femme. Les raisons avancées sont celles de moqueries diverses dont sa fille ferait l'objet à l'école du fait de son nom. L'avocat va jusqu'à préciser à M. Supersac qu'il est certain que sa demande aboutira si elle devait être portée devant le juge dans l'hypothèse où M. Supersac ne consentirait pas à ce changement.

---

[239] Convention n°4 relative aux changements de noms et prénoms dans le cadre de la Commission Internationale de l'Etat Civil signée le 4 septembre 1958 à Istanbul : http://perso.wanadoo.fr/ListeConventions.htm

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

La France est liée à un grand nombre d'Etat par de multiples instruments, conventions bilatérales et multilatérales, qui ont prévu la désignation d'autorités centrales ayant pour mission d'appliquer ces instruments internationaux. Selon les instruments considérés, et selon les Etats, les modalités d'intervention des autorités centrales sont différentes, et il s'agit toujours pour les membres de l'autorité centrale française d'adapter leurs fonctions à ce contexte.

S'agissant de la Convention de Luxembourg, c'est un instrument qui a pour objet d'assurer l'effectivité des décisions de justice étrangères relatives à la garde ou au droit de visite. Elle a institué pour cela une procédure d'exequatur de ces décisions. C'est à partir des autorités centrales que s'articule l'entraide entre les pays contractants.

En application de cette convention, il revient au bureau de l'entraide civile et commerciale internationale le soin d'instruire les dossiers qui lui sont transmis par les autorités centrales étrangères, de les transmettre au Procureur de la République compétent en raison du lieu de refuge de l'enfant qui fera entendre le parent auteur de l'enlèvement, et à défaut de remise de l'enfant au titulaire de la garde, fera accorder l'aide judiciaire d'office à ce dernier en vue de faire engager par l'avocat désigné une procédure d'exequatur de la décision étrangère. Le rôle du procureur de la République dans cette procédure est moins important que dans la procédure prévue par la Convention de la Haye. Il n'est pas partie principale au procès et ne représente pas le requérant étranger, qui est représenté et défendu par son avocat. Il est le relais de l'autorité centrale et veille globalement à la bonne exécution du traité.

Son application ayant été écartée par le règlement Bruxelles II, en ce qui concerne la reconnaissance des décisions, cette convention a perdu beaucoup de son intérêt et est désormais mise en œuvre de manière assez résiduelle.

Concernant la Convention de La Haye, pour son application, chaque autorité centrale devra mettre en œuvre tous les moyens possibles pour assurer le respect des engagements pris par son Etat.

Il appartient au bureau de l'entraide civile internationale de mettre concrètement en application les dispositions relatives aux obligations des autorités centrales prévues par cet instrument, et de veiller à la mise en œuvre par les autorités judiciaires et administratives

compétentes des procédures nécessaires pour parvenir à la réalisation de l'objectif principal de la convention : le retour de l'enfant au lieu de sa résidence habituelle.

A cette fin, la Convention de La Haye a conféré aux autorités centrales un rôle de coordinateur de l'ensemble des actions qui vont s'opérer.

En France, lorsque le bureau de l'entraide civile et commerciale internationale est saisi d'une situation de déplacement illicite international d'enfant, il doit immédiatement réagir afin de permettre, s'il y a lieu, l'engagement sans délai d'une procédure tendant au retour de l'enfant.

S'il s'agit d'un déplacement d'un enfant depuis la France vers un pays étranger, les membres de l'autorité centrale française, dès qu'ils sont en possession du formulaire renseigné par le parent victime, l'adressent immédiatement à l'autorité centrale étrangère du lieu de refuge. Il appartient alors à cette dernière d'assumer toutes les obligations visées dans la Convention. Faut-il encore que ce pays étranger soit signataire de la Convention de La Haye ?

Dans le secteur bilatéral, pas moins de 20 conventions liant la France à des pays étrangers. Un grand nombre de dossiers, sont ouverts au bureau de l'entraide civile et commerciale internationale. Certaines de ces conventions bilatérales sont fréquemment mises en œuvre. C'est le cas des Conventions franco-marocaine, franco-tunisienne, et franco-algérienne. D'autres le sont plus rarement telles celles liant la France avec les Etats d'Afrique noire.

Cependant, les autorités centrales se réunissent périodiquement dans le cadre de commissions mixtes consultatives, dont la tenue est prévue par les conventions, et au cours desquelles sont évoqués les dossiers individuels les plus difficiles et les problèmes d'ordre général.

Dans ce cadre, les autorités centrales voient leurs actions largement relayées par les autorités diplomatiques et consulaires qui interviennent sur le terrain en marge des conventions.

DEUXIEME PARTIE : LES REMEDES AUX ENLEVEMENTS INTERNATIONAUX D'ENFANTS

INTRODUCTION DE LA DEUXIEME PARTIE

Régulièrement, l'actualité se fait l'écho des drames engendrés par la séparation des couples, lorsque l'enfant devient l'enjeu et la victime du conflit qui oppose son père à sa mère. Certes, il existe aussi des drames dans les familles « internes », mais la dimension internationale du conflit rend le problème particulièrement délicat lorsqu'elle est utilisée comme une arme par les parents séparés, qui, bien souvent, pensent d'ailleurs agir l'un et l'autre dans l'intérêt de l'enfant.

Dans l'opinion publique, ces questions sont en général vivement ressenties. À des réactions parfois « nationalistes », se mêle un sentiment d'incompréhension : comment dans une Europe où circulent les personnes et les biens, une frontière peut-elle devenir un obstacle aux relations entre parents et enfants ? Comment, à l'heure de la monnaie unique et de l'abolition des frontières intérieures, une frontière peut-elle devenir un obstacle parfois insurmontable aux relations entre parents et enfants ? Alors que se multiplient les instruments communautaires tendant à créer un espace de libre circulation des jugements en matière civile, peut-on admettre que les juridictions des Etats membres prennent des décisions strictement opposées, au risque d'inciter l'un des parents à tenter un coup de force pour se placer ensuite sous la protection de « ses » juges ? La question est d'autant plus délicate qu'avec la multiplication des couples mixtes mariés et non mariés, les cas d'enlèvements risquent d'être de plus en plus fréquents.

Pour résoudre ces problèmes, on pourrait certes espérer qu'à moyen ou long terme, se développent un certain nombre de convergences. De fait, face à des phénomènes communs (égalité homme-femme, précarisation du mariage et des couples, multiplication des familles hors mariage et des familles recomposées), on observe que les différents systèmes juridiques européens évoluent de façon largement comparable tant dans leur finalité que dans leurs modalités. De plus, au niveau international et communautaire, se sont multipliées les normes relatives à l'enfant et à sa famille : normes d'origines diverses (ONU, Union Européenne, Conseil de l'Europe), de toute nature (conventions, déclarations, recommandations, règlements) et de toute valeur (de la simple déclaration de principe à la règle directement applicable par les juridictions internes). Or, au-delà de leur diversité, ces normes font apparaître un certain nombre de principes qui constituent ce que l'on pourrait considérer comme l'ébauche d'un droit international, et au premier chef, d'un droit européen de l'enfance : le droit de l'enfant à une famille, la primauté du rôle de la

famille par rapport aux autorités administratives, politiques ou judiciaires, le droit de l'enfant à être élevé par ses deux parents et de conserver des relations personnelles avec chacun d'eux, la prise en considération de l'avis de l'enfant dans toutes les procédures qui le concernent.

De plus, on ne peut que placer de grands espoirs dans l'élaboration, la ratification et l'application d'instruments internationaux relatifs à la loi applicable, à la reconnaissance des décisions de justice et à la coopération judiciaire internationale. Les sources de ces textes sont également diverses (ONU, Union Européenne, Conseil de l'Europe, Conférence de droit international privé de La Haye), mais ils constituent des instruments communs aux différents pays de l'Union. On citera tout particulièrement le Règlement (CE) n 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs, dit règlement « Bruxelles II » et le Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit règlement « Bruxelles I ». Sensible aux drames humains qu'engendrent les enlèvements comme à l'importance symbolique de la question, l'Union s'est intéressée à une proposition de règlement relatif aux déplacements illicites, désormais désigné comme le règlement « Bruxelles II bis ». Ce dernier texte a été adopté définitivement lors du Conseil Justice et Affaires Intérieures (JAI) des 27 et 28 novembre 2002.

Enfin, nombre d'instruments propres à la protection de l'enfance en général et à la lutte contre les enlèvements d'enfants en particulier ont été élaborés et fonctionnent pour certains depuis une vingtaine d'années, tel que c'est développé en 1ère partie.

Pourtant, malgré les facteurs de convergence, les efforts de coopération internationale, l'élaboration de techniques juridiques aussi efficaces que le mécanisme de retour immédiat prévu par la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, un certain nombre de blocages et de difficultés de coopération demeurent.

Ce travail de recherche a pour objectif d'essayer de comprendre la nature et l'origine de ces blocages, mais aussi de proposer des pistes de réflexion et des solutions, à travers la pratique des différentes personnes chargées de traiter les affaires d'enlèvements d'enfants : juges, administrations, autorités centrales, avocats, travailleurs sociaux, services de police, consulats.

De nombreuses situations de conflit ont pour origine une incompréhension et, dans une certaine mesure, une méfiance mutuelle entre les acteurs des différents pays.

Incompréhension et méfiance favorisées par une méconnaissance réciproque des systèmes juridiques en présence et par une large ignorance des méthodes, des principes, des « logiques » juridiques, judiciaires et administratifs propres à chaque pays. De fait, au-delà des convergences soulignées *supra*, des divergences demeurent, même si elles tendent à s'estomper dans l'espace européen : divergences dans les règles de conflit de lois et de juridictions, divergences dans les règles matérielles, divergences dans l'organisation judiciaire (en raison par exemple de la structure fédérale de l'Etat étranger, de l'absence de Parquet, de l'existence ou de l'absence de juridictions compétentes en matière d'enfance et de famille, de l'existence ou de l'absence de spécialisation en matière d'enlèvement d'enfants, des pouvoirs plus ou moins étendus reconnus au juge, ou, plus profondément, des modes de formation ou de nomination des magistrats), divergences dans la répartition des compétences judiciaires et administratives en matière de protection, au sens large de l'enfant. Ces divergences sont d'autant plus importantes qu'elles traduisent des conceptions parfois très différentes des rapports entre l'Etat et la famille.

À l'inverse, on pourrait penser qu'une partie des difficultés s'estomperait grâce à une connaissance mutuelle des systèmes juridiques et judiciaires, grâce à un travail de collaboration internationale entre les différents acteurs de la protection de l'enfant, grâce aussi, peut-être à une amélioration des instruments internationaux.

C'est pourquoi l'on va essayer d'envisager quelles pourraient être les solutions du futur (chapitre II), après avoir cerné toutes les solutions innovantes au niveau international, européen et national (chapitre I).

CHAPITRE I : LES SOLUTIONS INNOVANTES AU NIVEAU INTERNATIONAL, EUROPEEN ET NATIONAL

Les solutions proposées aujourd'hui par la doctrine, les associations, les hommes politiques, la commission spéciale de La Haye ainsi que par les commissions de médiation, sont aussi diverses et touchent des questions aussi nombreuses que les difficultés développées dans la première partie.

Aussi nous étudierons les propositions existantes et les avancées envisagées en fonctions de leur champ d'application : elles sont généralement soit d'application internationale car issues de travaux liées à la Convention de La Haye (Section I), soit d'application communautaire (Section II), soit d'application nationale car issues de propositions législatives nationales (Section III).

SECTION I : LES SOLUTIONS INNOVANTES D'APPLICATION INTERNATIONALE

Dans le domaine des enlèvements internationaux d'enfants, où priment l'affectif et l'émotionnel, le droit ne saurait tout résoudre. Il serait illusoire de penser que la bonne solution viendra de procédures qui fabriquent un vainqueur et un vaincu, et un enfant coupé en deux : otage du conflit persistant des parents, l'enfant, déchiré dans un conflit de loyauté, programmé dans la haine et le rejet d'un père ou d'une mère vivant à des milliers de kilomètres de lui, dont parfois il ne parle même plus la langue, est obligé de « choisir son camp » pour souffrir moins. Il finira alors par s'autocensurer et s'opposer lui-même à toute reprise de contact avec le parent non hébergeant. C'est le syndrome d'aliénation parentale, source d'une grave destruction psychique.

La Recommandation R 98 du Conseil de l'Europe du 21 janvier 1998 a invité les Etats à recourir à la médiation familiale dans les litiges transfrontaliers, préconisant une formation spécifique des médiateurs internationaux.

La médiation familiale internationale est un instrument privilégié de pacification des litiges familiaux (§I), où la parole de l'enfant devient un facteur déterminant (§II).

§ I – LA MEDIATION INTERNATIONALE FAMILIALE

Quand il y a enlèvement d'enfants, quelle que soit d'ailleurs l'hypothèse de l'enlèvement (parent qui refuse de rentrer après des vacances au domicile familial, parent gardien qui retourne dans son pays d'origine ou du parent non gardien qui refuse de rendre les enfants à l'issue d'un droit de visite), c'est que le conflit est grave. Les parents n'ont pas su communiquer pour prévenir une telle situation. Alors qu'un certain nombre de séparations, tout en étant sûrement douloureuses, ne sont pas conflictuelles, l'enlèvement d'enfants fait présumer le conflit parental.

La Cour européenne des droits de l'homme a été plusieurs fois saisie d'affaires d'enlèvement d'enfants dans lesquelles un parent reproche aux autorités d'un Etat de ne pas avoir rempli ses obligations dans le cadre de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980. Quatre arrêts ont déjà été rendus. Le premier concerne la Roumanie en 2000[240], puis en 2003, l'Espagne, le Portugal et l'Autriche[241]. La lecture de ses arrêts est édifiante. Les arrêts reprennent dans le détail toute la procédure qui a conduit à la saisine de la Cour de Strasbourg, toutes les décisions judiciaires intervenues dans les différents pays concernés ; c'est ainsi dans l'affaire Ignacolo-Zédine, le contentieux s'était déplacé de France, vers les Etats-Unis, puis vers la Roumanie. La liste des décisions est impressionnante et l'on ne peut s'empêcher de penser qu'une tentative de médiation au début du conflit aurait peut-être empêché une telle inflation de décisions judiciaires de tous ordres. Certains évoquent le coût élevé des mesures de médiation internationale, mais ce coût est sans commune mesure avec celui que représentent toutes ces décisions de justice. Décisions qui de toute manière n'ont pas réglé la question de l'enlèvement d'enfant et n'ont pas empêché que les parents fassent de nombreux voyages pour essayer de revoir les enfants retenus dans un pays. Parvenir à faire condamner un Etat, dix ans après l'enlèvement d'un enfant pour non-respect de ses obligations dans le cadre de la Convention de La Haye de 1980, est une bien faible satisfaction pour le parent victime.

---

[240] Affaire Ignacollo-Zénide c/ Roumanie du 25 janvier 2000, *JCP GI*, p. 291, obs. F. Sudre, *Dr. Famille*, janvier 2000, p. 11, article de S. Grataloup.

[241] Affaire Iglésias Gil et AUI c/ Espagne du 29 avril 2003, Maire c/ Portugal du 26 juin 2003, Sylvester c/ Autriche du 24 avril 2003, V. toutes ses affaires, A. Gouttenoire, *Dr. Famille*, octobre 2003, p. 6.

La médiation internationale permettrait de stopper la « spirale judiciaire »[242] dans laquelle se laissent entraîner les parents qui saisissent leur juges respectifs en obtenant des décisions civiles et pénales inconciliables et qui bloquent toute évolution.

Si l'intérêt d'une médiation internationale apparaît ainsi évident, il convient d'évoquer les spécificités d'une telle médiation. Comment l'organiser (A), à quel moment la mettre en place et quel devrait être son rôle[243] (B).

A – L'ORGANISATION DE LA MEDIATION NECESSITE UNE COOPERATION DES ETATS

La Convention de La Haye de 1980 qui énonce dans son article 2 que les Etats « prennent toutes mesures appropriées pour assurer dans les limites de leur territoire la réalisation des objectifs de la Convention » ne développe pas le contenu de ces mesures et ne mentionne pas la médiation. Il est vrai qu'en 1980, la médiation familiale n'était pas encore développée. Elle est apparue aux Etats-Unis dans les années 1965-1970 et en Europe dans les années 1990. La Convention de La Haye du 19 octobre 1996 est plus explicite : dans son chapitre V consacré à la coopération, elle mentionne dans son article 31 que l'autorité centrale d'un Etat contractant prend soit directement, soit avec le concours d'autorités publiques ou d'autres organismes, toutes dispositions appropriées pour « faciliter par la médiation, la conciliation, ou tout autre mode analogue, des ententes à l'amiable sur la protection de la personne ou des biens de l'enfant ».

Il en est de même dans le règlement dit Bruxelles II bis qui doit remplacer le règlement (CE) n°1347/2000 et appréhender les enlèvements d'enfants dans le cadre de l'Union Européenne. Le chapitre IV du règlement intitulé « coopération entre les autorités centrales en matière de responsabilité parentale » évoque la médiation. Après avoir affirmé que les autorités centrales doivent renforcer leur coopération (article 54), l'article 55 explique cette coopération. L'un des moyens est de « faciliter la conclusion d'accords entre les titulaires de l'autorité parentale en recourant à la médiation ou à d'autres moyens et faciliter à cette fin la coopération transfrontalière » (article 55e).

A partir du moment où les mécanismes conventionnels mis en place postulent le recours aux autorités centrales, auxquelles le parent victime de l'enlèvement s'adresse, il

---

242 Le terme est utilisé par Hugues Fulchiron, *Dr. Famille*, octobre 2003, p. 6.

243 Madame Ganancia, « La médiation familiale internationale : une solution d'avenir aux conflits transfrontières », *AJ Famille*, octobre 2002, p. 327.

paraît indispensable que la médiation familiale soit organisée par une coopération entre les autorités centrales des Etats concernés par l'enlèvement, coopération qui sera à la fois une coopération judiciaire et une coopération étatique. L'autre parent est par hypothèse dans un autre Etat, et seule une coopération entre les instances des Etats pourra permettre de retrouver ce parent et de dialoguer avec lui pour le convaincre qu'une solution amiable doit être recherchée. On pourrait ainsi envisager que l'instance de médiation soit constituée des représentants des deux parents.

Des expériences ont déjà été menées en ce sens. On peut ainsi considérer que les commissions mixtes mises en place par les Conventions bilatérales signées par la France avec le Maroc en 1981, la Tunisie en 1982, ou l'Algérie en 1988, étaient des prémisses d'un système inter-étatique de médiation, même si les résultats de ces commissions n'ont pas toujours été exceptionnels.

De même, une commission parlementaire franco-allemande de médiation a été crée en octobre 1999 pour tenter de résoudre les conflits des couples franco-allemands, à la suite du sommet franco-allemand de Postdam, composée de 3 parlementaires allemands et 3 parlementaires français, assistés de la structure administrative de chacun des deux ministères de la justice. Depuis 2 ans, la commission parlementaire a décidé de s'adjoindre des médiateurs professionnels français et allemands, oeuvrant en co-médiation. Les médiations déjà effectuées donnent des résultats remarquables, dénouant des conflits complexes. Dans cette lancée, le ministère de la justice en France a mis en place, en avril 2001, une mission d'aide à la médiation internationale pour les familles (MAMIF) qui a d'ores et déjà donné des résultats très encourageants. Toutefois la MAMIF est une institution française, mise en place au ministère de la justice. Même si cette mission coopère avec les autorités étrangères, il ne s'agit pas d'une instance de médiation internationale mais d'une instance française qui s'occupe de médiation internationale.

Une initiative du même type existe au Royaume-Uni avec « REUNITE »[244]. Un projet de médiation pilote a été mis en place pour les enlèvements internationaux dans le cadre de la Convention de La Haye. L'Irlande, la Suède et l'Allemagne se sont intéressées au projet qui pourrait alors devenir un véritable service de médiation internationale.

La particularité de la médiation internationale est qu'elle nécessite un double degré de coopération : une coopération entre Etats et une coopération entre les parents. Il ne peut pas y avoir médiation sans volonté des parents, la médiation ne s'impose pas, elle doit

[244] International Child Abdeuction Centre crée par le ministère de la justice, le ministère des affaires étrangères et le ministères de l'intérieur : www.reunite.org.

être acceptée. Ceci est vrai dans tous les conflits familiaux qu'ils soient internes ou internationaux.

B – LE MOMENT ET LE ROLE DE LA MEDIATION INTERNATIONALE

De même qu'en droit interne, toutes les séparations ne nécessitent pas une médiation, et que certains parents arrivent à élaborer ensemble et avec l'aide de leurs avocats des accords organisant l'exercice de l'autorité parentale, les enlèvements internationaux peuvent quelques fois se régler à l'amiable. Un rapport de recherche[245], sur le conflit familial, a fait ainsi apparaître qu'un nombre relativement important de dossiers, traités par les autorités centrales, aboutit à des règlements amiables. Par exemple, en ce qui concerne l'autorité centrale française, 31% des dossiers ouverts pour un retour immédiat, donnent lieu à un tel règlement[246]. La médiation est alors inutile, l'accord amiable a été directement obtenu. La médiation devient en revanche utile lorsque cet accord n'existe pas et qu'il convient de rapprocher les parents pour qu'ils trouvent un terrain d'entente.

Toutefois, comme le rapport de recherche[247] le montre parfaitement, il convient d'être prudent avec les mesures de médiation dans le cadre de la Convention de La Haye. Ceci pour deux raisons. D'abord, la médiation ne doit pas servir de moyens dilatoires et permettre à un parent de laisser passer le délai d'un an prévu à l'article 12 de la Convention. Ensuite, la participation à une médiation ne doit pas être assimilée à un acquiescement au sens de l'article 13a de cette même Convention. Pour éviter ce type de risque, il conviendrait de ne commencer la phase de la négociation qu'après le début de la phase judiciaire.

Le même rapport de recherche[248] fait apparaître deux moments pour la médiation :

---

[245] En 2000 et 2002, le centre de droit de la famille de l'université Jean Moulin, Lyon 3, a réalisé, avec le soutien du GIP (Groupement d'intérêt public, crée en 1994) Mission de recherche Droit et Justice et de la Commission des communautés européennes, une enquête sur les enlèvements d'enfants à travers les frontières. Cinq pays ont été étudiés (l'Allemagne, l'Espagne, la France, la Grande-Bretagne et la Pologne). Les travaux ont été menés selon une double approche : d'une part des entretiens avec les différents acteurs de la protection de l'enfant (responsables des autorités centrales, membres du bureau permanent de la conférence de droit international privé de La Haye, magistrat de liaison, juges de première instance, d'appel ou de cassation, administrations appelées à prendre en charge les enfants, à statuer sur la garde ou à intervenir à un stade quelconque du conflit, travailleurs sociaux, avocats médiateurs, responsables associatifs, services des ambassades et des consulats, services de police et de gendarmerie), d'autre part une étude des dossiers (soit 573 dossiers dont 434 relatifs aux déplacements internationaux et 139 au droit de visite). Cette recherche a donné lieu à un rapport, « Conflit familial, déplacements d'enfants et coopération judiciaire internationale en Europe », conflit familial, H. Fulchiron, n°91, décembre 2002, disponible sur le www.gip-recherche-justice.fr.

[246] Ibid.

[247] Ibid.

[248] Ibid.

- la médiation pendant la phase judiciaire, c'est-à-dire lorsque le juge a été saisi d'une demande de retour immédiat de l'enfant ou d'un rétablissement du droit de visite. Le juge lorsqu'il sent qu'un accord est proche entre les parties tente de les rapprocher. Or, il n'est pas certain que le juge du retour soit toujours la personne la mieux placée pour procéder aux tentatives de médiation, en raison de l'obligation qu'il a de statuer à bref délai. On peut même considérer qu'il ne s'agirait pas ici de médiation mais de conciliation. Il faut, en effet, dissocier le litige et le conflit, « le conciliateur travaille sur le litige, le médiateur sur le conflit »[249]. Le litige porte sur le retour de l'enfant et le juge doit statuer au plus vite. Le conflit est un conflit entre les parents et c'est alors un tiers médiateur, impartial et neutre qui devrait intervenir pour préparer la suite et mettre fin au conflit parental.

- la médiation après la phase judiciaire paraît ainsi tout a fait justifiée et très utile pour parvenir à un accord des parents sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Dans le cadre du système de la Convention de La Haye, comme d'ailleurs dans celui du règlement Bruxelles II bis, c'est le juge de la résidence habituelle de l'enfant qui est compétent pour statuer sur l'exercice de l'autorité parentale. Comme en droit interne, il est essentiel de favoriser les accords entre parents sur cet exercice et comme en droit interne, il peut être indispensable que les parents recourent à un médiateur pour élaborer ses accords, accords qui seraient ensuite homologués par le juge et qui pourraient l'être ici, par deux juges, celui du père et celui de la mère.

Comme toute médiation familiale, la médiation internationale est plurielle. Elle dépend de chaque cas et pour chaque cas du moment où apparaît le conflit entre les parents. Il peut y avoir une décision judiciaire qui a organisé l'exercice de l'autorité parentale entre les parents, décision qui n'est pas respectée puisque l'enfant est « enlevé » par l'un ou l'autre des parents, il peut ne pas y avoir de décision parce que les parents n'étaient pas séparés au moment de l'enlèvement. Or, la mesure de médiation n'aura pas du tout le même rôle dans un cas et dans l'autre.

L'intérêt de la médiation internationale telle que nous l'avons définie qui nécessite une coopération entre les instances de différents Etats concernés, avec des médiateurs de l'un et de l'autre parent, est justement d'être internationale, à la différence des tribunaux qui par hypothèse sont des tribunaux nationaux.

---

[249] B. Gorchs, « la médiation dans le procès civil : sens et contresens, essai de mise en perspective du conflit et du litige », *RTD civil*, 2003, p. 409 et s.

§ II – LA PORTEE JURIDIQUE DONNEE A LA PAROLE DE L'ENFANT

Sujet passif de l'enlèvement international, l'enfant subit une violence, au moins morale, équivalente à celle imposée au parent à qui il est enlevé. Au cœur du drame, l'enfant est bien souvent placé dans l'incapacité de s'opposer à l'action de son parent dont il peut même devenir le complice involontaire.

Dans le cadre de l'enlèvement international, comme ailleurs, la parole de l'enfant devient toutefois un élément que les adultes, censés régler le conflit, tendent de plus en plus à prendre en considération conformément à un mouvement général visant à mieux associer le mineur aux décisions qui le concernent, spécialement lorsqu'elles ont trait à sa vie personnelle et à ses relations avec ses parents[250]. Cette influence de la parole de l'enfant, déjà présente dans la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, est renforcée par les instruments internationaux et européens[251] les plus récents applicables aux enlèvements internationaux d'enfants, tels que la Convention internationale sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989, la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant du 25 avril 1995 ou encore la Convention sur les relations personnelles concernant les enfants du 15 mai 2003, aux quels il faut ajouter la Convention européenne des droits de l'homme.

La force contraignante de ces différents instruments internationaux est toutefois variable, certains n'étant pas considérés comme d'applicabilité directe, c'est le cas de la Convention internationale des droits de l'enfant[252], tandis que d'autres ne sont pas encore véritablement dotés de portée juridique réelle, il en va ainsi de la charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne[253] ou de la Convention émanant du conseil de l'Europe, sur les relations personnelles concernant les enfants qui, ratifiée par un nombre

---

250 La loi du 24 mars 2002 dont est issu le dernier alinéa de l'article 371-1 du code civil selon lequel « les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent selon son âge et son degré de maturité », largement inspiré de l'article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

251 I. Barrière-Brousse, « L'enfant et les conventions internationales », *JDI*, 1996 p. 843 ; J.-P. Lagarde, « Les instruments internationaux de protection des mineurs », in La condition juridique du mineur, Aspects internes et internationaux, Questions d'actualité, J.-J. Jacques Lemouland (dir.), *Litec* 2004.

252 J. Rubellin-Devichi, « La réception des Conventions internationales par les juges français en droit de la famille ; chronique de droit de la famille », *JCP*, 1993.I.3688 ; C. Neirinck et P. Martin, « Un traité bien maltraité à propos de l'arrêt Lejeune », *JCP*, 1993.I.3677 ; M.-C Rondeau-Rivier, « La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant devant la Cour de cassation : un traité mis hors jeu », *D.*, 1993, chron. 203 ; F. Dekeuwer-Defossez, « L'application de la Convention de New York sur les droits de l'enfant, note sous Cass. 1er civ. 10 mars et 2 juin 1993 », *D.*, 1993. somm. 34 ; F. Moneger, « Point de vue sur la question de l'applicabilité directe de la Convention des droits de l'enfant, note sous Cass. 1er civ. 10 mars 1993 », *RD sanit. Soc.*, 1993.533.

253 F. Sudre, Droit européen et international des droits de l'homme, *PUF Coll. Droit fondamental*, 6ème éd. n°103.

restreint d'Etats n'est pas encore entrée en vigueur. Si la Convention émanant du même organisme, sur l'exercice des droits de l'enfant est entrée en vigueur le 1er juillet 2000 du fait de sa ratification par le nombre nécessaire d'Etats (trois), - dont la France ne fait pas encore partie – aucune juridiction supranationale n'est compétente pour contrôler son application[254], à l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme chargée de l'interprétation et du contrôle de la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme.

Nonobstant la force contraignante dont elles sont ou non dotées, ces différentes Conventions sont susceptibles d'éclairer la question de la parole de l'enfant ayant subit un enlèvement par l'un de ses deux parents puisqu'elles contiennent toutes une disposition relative à la parole de l'enfant, même si la valeur qu'elles lui accordent n'est pas toujours la même. Même si la Convention européenne des droits de l'homme ne contient aucune disposition spécifique relative à cette question, la Cour de Strasbourg s'est prononcée sur ce point notamment en matière d'enlèvement international d'enfant[255].

La reconnaissance de la parole de l'enfant dans les procédures l'intéressant est désormais incontestable et implique que l'enfant puisse participer au règlement des conséquences de son enlèvement à travers les frontières. Il reste que lorsqu'elle est exprimée dans le contexte d'un enlèvement international, cette parole provient d'un enfant placé dans une situation traumatisante, soumis à des pressions particulièrement lourdes. Sa légitimité est alors subordonnée aux modalités de son recueil. Si la parole de l'enfant est incontestablement devenu un élément du processus de règlement des difficultés engendrées par son enlèvement (A), c'est à la condition que son expression soit entourée de garanties (B).

A – LA CONSECRATION DE LA PAROLE DE L'ENFANT ENLEVE

La participation de l'enfant à la décision le concernant, qu'il s'agisse de celle qui fixe ses relations avec ses parents séparés ou de celle tirant les conséquences de l'enlèvement, est plus ou moins incontournable selon les textes sur lesquelles elle se fonde (1), le poids étant par ailleurs accordé à l'avis du mineur (2).

---

[254] Y. Benhamou, « La Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant, Regard critique », *RTDH*, 1996, p. 23.

[255] Sophia Gudrun Hansen c/ Turquie, 23 septembre 2003 ; H. Fuchiron et A. Gouttenoire, « Actualité de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement d'enfants », *Dr. Famille*, 2003 chron. n°24.

1. De la liberté d'expression au droit d'être entendu

Si elle n'ignore pas la parole de l'enfant, la Convention de La Haye de 1980 n'organise pas à proprement parler son audition et ne fait référence qu'au refus du mineur, abordant ainsi directement la question du poids de sa parole sans contenir de disposition relative à l'expression de celle-ci, contrairement à la plupart des traités internationaux et européens relatifs à l'enfant.

En droit international et européen, en effet, la prise en compte de la parole de l'enfant fait l'objet d'une consécration graduée : de la simple liberté d'expression à un véritable droit d'être entendu.

La Convention internationale sur les droits de l'enfant affirme ainsi dans son article 13 que « l'enfant a droit à la liberté d'expression » et la charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne consacre, dans son article 24, la possibilité pour les enfants d'exprimer librement leur opinion, faisant ainsi du mineur le sujet d'une liberté.

Le droit interne, comme le droit de la Convention européenne, aborde en revanche la question de l'audition de l'enfant, notamment dans les procédures judiciaires, sous l'angle d'une possibilité pour l'autorité judiciaire ou administrative, reléguant l'enfant au rang de second rôle de l'audition. L'article 388-1 du code civil dispose ainsi que l'enfant peut être entendu par le juge, laissant à ce dernier le pouvoir de décider de procéder ou non à l'audition[256]. Le juge est tenu d'entendre le mineur avant sa décision seulement dans quelques hypothèses expressément prévues par un texte spécifique : en matière d'assistance éducative[257] et lorsqu'il émancipe le mineur[258].

De même la Cour européenne des droits de l'homme a finalement considéré que « ce serait aller plus loin » que d'imposer systématiquement aux tribunaux une audition de l'enfant[259], laissant les juges libres d'apprécier l'opportunité d'entendre le mineur. L'enfant ne se voit pas ainsi reconnaître un véritable droit d'être entendu.

Ce droit semble, cependant, être contenu dans l'article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant en vertu duquel « les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant [...]. A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement,

---

256 A. Gouttenoire, *Rep. Dalloz pr. Civ.*, V° Mineurs n°71.
257 Article 1183 al 1er du nouveau code de procédure civile.
258 Article 477 du code civil.
259 Sahin c/ Allemagne 8 juillet 2003, *JCP* 2004.I.107, obs. F. Sudre ; *RTD civ.*, 2003, p. 760, obs. J.-P. Marguénaud ; cet arrêt de grande chambre a été précédé dans la même affaire d'un arrêt du 11 octobre 2001 qui avait condamné l'absence d'audition de l'enfant dans la procédure.

soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale ». Les termes utilisés traduisent le caractère impératif de l'audition du mineur dont on a pu regretter qu'il ne soit pas mieux repris dans l'article 388-1 du code civil[260].

Le règlement communautaire du 27 novembre 2003 n°2201/2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale[261] va plus loin dans la reconnaissance du droit de l'enfant d'être entendu dans les procédures judiciaires le concernant en ce qu'il subordonne la force exécutoire dans les pays de l'Union d'une décision rendue dans un Etat membre, à la possibilité qui a été donnée à l'enfant d'être entendu au cours de la procédure « à moins qu'une audition n'ait été jugée inappropriée eu égard à son âge ou à son degré de maturité »[262]. Ce dispositif, s'il exclu l'audition automatique du mineur, lui accorde indirectement mais incontestablement le droit d'être entendu s'il le souhaite et impose même aux autorités compétentes de proposer à l'enfant d'être entendu. Il est le fruit d'un compromis entre les pays de l'Union Européenne qui souhaitaient subordonner la force exécutoire de la décision à l'audition du mineur et ceux qui considéraient qu'une telle condition était excessive. Il est remarquable, parce qu'exceptionnel, que le mécanisme soit assorti d'une sanction, la décision prise sans que l'enfant n'ait eu la possibilité d'être entendu étant, en effet, susceptible de ne pas être reconnue.

Les conventions, les plus récentes, du Conseil de l'Europe relatives à l'enfant achèvent l'évolution en consacrant expressément le droit de l'enfant d'exprimer son opinion. Tel est le cas de la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant qui énonce dans son article 3 le droit de l'enfant d'être informé, consulté et d'exprimer son opinion dans les procédures. De même, la Convention sur les relations personnelles concernant les enfants du 15 mai 2003 énonce dans son article 6 le droit de l'enfant « à moins que ce ne soit manifestement contraire à son intérêt supérieur, de recevoir toute information pertinente, d'être consulté, d'exprimer son opinion ».

L'efficacité de la possibilité, dans certaines conventions, au droit, de l'enfant d'être entendu dans le cadre du règlement des conséquences de l'enlèvement international dont il

---

[260] A. Gouttenoire, L'enfant et les procédures judiciaires, Lyon, 1994, n°57.

[261] A. Bigot, « Le nouveau règlement communautaire du 27 novembre 2003 en matière matrimoniale et de responsabilité parentale », *Dr. Famille*, 2004, chron. n°8.

[262] H. Gaudement-Tallon, « La compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions concernant les enfants au sein de l'Union Européenne », in *La condition juridique du mineur, Aspects internes et internationaux, Questions d'actualité*, J.-J. Jacques Lemoualnd (dir.), *Litec*, 2004. Le règlement 1347/2000 dit « Bruxelles II » prévoyait déjà qu'un Etat pouvait refuser de reconnaître une décision concernant un enfant lorsque celui-ci n'avait pas pu être entendu alors qu'il aurait dû l'être compte tenu de son âge et de sa maturité.

a fait l'objet, se mesure cependant à l'aune de l'influence que cette parole est susceptible de se voire reconnaître.

2. Du simple avis au droit de veto

La plupart des textes internationaux et européens relatifs à la parole de l'enfant affirme que les opinions de l'enfant, quelles qu'elles soient, doivent être prises en considération, en fonction de l'âge et de la maturité de l'enfant, faisant peser sur les autorités compétentes l'obligation de tenir compte de l'avis de l'enfant de façon d'autant plus marquée que celui-ci avance en âge. Il en va ainsi de l'article 12 al 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, de l'article 6 de la Convention sur les relations personnelles concernant les enfants et de l'article 24 al 2 de la charte des droits fondamentaux. Cependant, ce dernier texte précise curieusement que l'opinion de l'enfant est prise en considération pour les seuls sujets qui le concerne.

Le règlement Bruxelles II bis ne fournit, en revanche, aucune précision sur le poids que doit revêtir la parole de l'enfant, alors même qu'il impose aux Etats de donner à l'enfant la possibilité d'être entendu, plaçant implicitement sa parole au même rang que celle des adultes, c'est à dire constituant pour le juge un élément, parmi d'autres, destiné à éclairer sa décision.

La libre appréciation par le juge de l'influence qu'il convient de donner à la parole de l'enfant exprimée dans le cadre de la procédure est également le principe en droit interne qui connaît seulement quelques hypothèses dans lesquelles la décision est expressément subordonnée au consentement de l'enfant[263].

La Convention de La Haye, relative aux enlèvements d'enfants, contient un mécanisme original de prise en compte de la parole de l'enfant, lequel a cependant été repris dans certaines dispositions de droit interne. A propos de la question d'enlèvement international et du retour de l'enfant, elle accorde à celui-ci un véritable droit de veto. L'opposition de l'enfant permettant à l'autorité administrative ou judiciaire compétente d'ordonner son retour de refuser celui-ci. Un tel droit de veto est également accordé à l'enfant en droit français dans le cadre d'un prélèvement de moelle osseuse dont la réalisation est exclue par le refus de l'enfant[264]. Ce mécanisme ne conduit pas à imposer l'audition de l'enfant, ni à suivre son avis lorsqu'il est positif, mais seulement à ne pas lui

[263] Le code civil requiert le consentement du mineur dans les deux hypothèses : en matière de changement de nom ou de prénom et en matière d'adoption (C. civ., articles 60, 61-3, 334-2 et 360).
[264] Article 1231-3 al 5 du code de la santé publique « Le refus du mineur fait obstacle au prélèvement ».

imposer une décision qu'il refuse. Encore faut-il que l'enfant soit placé dans une situation permettant d'exprimer un tel refus et qu'il soit informé de la possibilité qui lui est offerte.

L'information de l'enfant est particulièrement présente dans les normes européennes les plus récentes. La convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant combine ainsi le droit de l'enfant d'exprimer son opinion dans les procédures le concernant avec le droit de celui-ci d'être informé ; cette information porte non seulement sur son droit d'être entendu, mais également sur les conséquences éventuelles de toute décision et de la mise en pratique de son opinion. La convention sur les relations personnelles concernant les enfants consacre le même droit de l'enfant de recevoir toutes informations pertinentes, comme préalable indispensable à son droit d'être consulté.

La reconnaissance d'un droit de l'enfant d'être informé traduit le besoin de l'enfant d'être éclairé sur la situation à propos de laquelle il est amené à s'exprimer et plus largement la nécessité d'entourer l'expression de sa parole de garanties destinées à établir sa véracité.

B – LES GARANTIES ENTOURANT LA PAROLE DE L'ENFANT ENLEVE

La participation de l'enfant aux décisions qui le concernent ne peut constituer un principe absolu et inconditionnel. S'il faut, sans nul doute, se féliciter de l'évolution du droit contemporain vers une meilleure reconnaissance du rôle de l'enfant dans l'exercice de ses droits, il ne faut pas non plus nier totalement le fait que l'enfant reste une personne en devenir, dont la fragilité nécessite le maintien d'une protection. Celle-ci passe notamment par l'encadrement de l'expression du mineur, l'avis de l'enfant doit en effet être utilisé dans son propre intérêt, pour faire valoir une volonté libre et éclairée, seulement dans la mesure où il en possède une. Cette faculté dépend de la capacité structurelle de l'enfant à s'exprimer (1) mais également de la situation conjoncturelle à laquelle l'enfant est confronté lors de son audition (2).

1. La capacité de l'enfant à s'exprimer

Le critère de la capacité de l'enfant à s'exprimer varie selon les conventions. La Convention de La Haye de 1980 conditionne l'expression de la parole de l'enfant à un âge et une maturité suffisants, l'autorité compétente ne pouvant prendre en compte que le refus de l'enfant qui a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de son opinion. Toutefois, le double critère de l'âge et de la maturité de l'enfant intervient dans ce traité, seulement en ce qui concerne la prise en compte de la parole de l'enfant et

non au niveau de son expression. Ce critère est également retenu par la Cour européenne des droits de l'homme comme circonstance particulière à prendre en considération par le juge pour décider d'entendre ou non l'enfant dans le cadre d'une procédure relative à l'autorité parentale.

La plupart des autres dispositions relatives à la parole de l'enfant se réfèrent au discernement du mineur[265], notion qui tient évidemment compte de l'âge et de la maturité de l'enfant, mais qui peut également intégrer d'autres paramètres, comme par exemple l'état psychologique de l'enfant au moment où il s'exprime ou encore les pressions qu'il subit de la part des membres de son entourage. Le discernement constitue sans doute un critère à la fois plus subjectif et plus relatif que l'âge et la maturité.

L'article 12 de la Convention internationale sur les droits de l'enfant impose aux Etats parties de garantir le droit d'exprimer librement son opinion au seul enfant capable de discernement. La convention sur l'exercice des droits de l'enfant et la convention sur les relations personnelles de l'enfant se réfèrent également au discernement de l'enfant tout en précisant que celui-ci est apprécié au regard du droit interne, visant « un enfant qui est considéré par le droit interne comme ayant un discernement suffisant ». Cette précision renforce le caractère relatif du discernement dont l'appréciation peut varier selon les pays et les cultures.

Si la possibilité pour l'enfant de s'exprimer librement, consacrée par l'article 24 de la charte, n'est pas expressément subordonnée au discernement de l'enfant, on peut cependant penser que ce dernier reste malgré tout indispensable à l'exercice par l'enfant de sa liberté d'expression, d'autant que la partie de l'article relative à la prise en considération de l'opinion des enfants se réfère à l'âge et à la maturité de ceux-ci.

Même lorsqu'elle est élevée au rang de droit subjectif, l'audition du mineur doué de discernement reste subordonnée à sa conformité à l'intérêt de l'enfant, expressément désigné comme motif permettant de l'écarter dans la convention sur les relations personnelles et implicitement visé dans le règlement de Bruxelles II bis qui réserve le cas dans lequel l'audition serait inopportune eu égard à l'âge et à la maturité de l'enfant. Ces dernières considérations, susceptibles d'influer sur l'accès de l'enfant à l'audition, exercent une influence encore plus grande lorsqu'il s'agit de déterminer le poids de la parole de l'enfant. L'intérêt de l'enfant à être entendu, à exprimer un avis sur la situation qui est la sienne, peut sans doute être présumé. Toutefois cette présomption doit rester une présomption simple, susceptible d'être renversée lorsque l'enfant compte tenu de son âge

[265] F. Alt-Maes, « Le discernement et la parole du mineur en justice », JCP, 1996.I.3913.

ou de son état pourrait subir un préjudice du fait de son audition. Celle-ci serait défavorable au mineur si elle ne se déroulait pas dans un contexte serein.

2. Le contexte serein de l'audition

La Cour européenne, lorsqu'elle a été confrontée à la mise en œuvre de l'article 13b de la Convention de La Haye de 1980, a précisé les conditions dans lesquelles la parole de l'enfant pouvait exercer une influence sur son retour, subordonnant le droit de veto accordé par le traité à l'enfant au déroulement de son audition dans un contexte de nature à garantir la sincérité de ses propos.

La prise en compte de la parole de l'enfant par la Cour européenne des droits de l'homme est ancienne, elle s'est notamment manifestée dans un arrêt Hokkanen c/ Finlande du 23 septembre 1994, dans lequel la Cour a considéré comme légitime la suppression du droit de visite d'un père à l'égard de sa fille dont la garde avait été confiée à ses grands-parents après le décès de sa mère, en se fondant sur le refus de la jeune fille âgée de 12 ans.

La Cour de Strasbourg a plus spécifiquement eu l'occasion de préciser ses exigences quant au recueil de la parole de l'enfant dans le contexte d'un enlèvement international dans l'arrêt Sophia Gudrun Hanse c/ Turquie du 23 septembre 2003[266]. En l'espèce, le père refusait de laisser la mère rétablir des relations avec leurs deux filles âgées d'une dizaine d'années, qu'il maintenait auprès de lui en Turquie, son pays d'origine, dans lequel il les avait emmenées à l'occasion d'un droit de visite. Les tentatives de la mère pour voir ses filles, sur lesquelles elle exerçait l'autorité parentale, et les ramener en Islande où elles étaient domiciliées, ont toutes été vaines, les autorités turques lui ayant apporté une aide limitée. Le gouvernement de ce pays, mis en cause devant la Cour européenne des droits de l'homme pour ne pas avoir pris toutes les mesures nécessaires au retour de l'enfant conformément aux exigences de la Convention de La Haye de 1980[267], invoquait le refus des enfants, exprimé à plusieurs reprises au cours de la procédure, de voir leur mère et de retourner vivre avec elle. La Cour européenne ne se contente cependant pas de cet argument et procède à une analyse minutieuse dans les conditions dans lesquelles les fillettes ont été entendues. Elle en conclut que les enfants n'ont pas eu l'occasion de

---

[266] disponible sur le www.incadat.com.

[267] Dans plusieurs arrêts, la Cour européenne des droits de l'homme s'est en effet érigée en gardienne de la mise en œuvre de ce traité sur le fondement de l'article 8 de la Convention dont elle déduit une obligation positive pour les Etats de prendre toutes les mesures nécessaires pour réunir un parent et son enfant et particulièrement pour organiser le retour de l'enfant auprès du parent qui lui a été enlevé : Ignacollo-Zenide c/ Roumanie du 25 janvier 2000 (*JCP* 2000.I.291, obs. F. Sudre), Inglesias Gil et AUI c/ Espagne du 29 avril 2003, Maire c/ Portugal du 26 juin 2003 et Sylvester c/ Autriche du 24 avril 2003 (Préc.).

véritablement développer des relations avec leur mère dans un contexte serein et qu'elles n'ont pas eu la possibilité d'exprimer leurs sentiments à son égard à l'abri des pressions. Les propos tenus par l'une et l'autre des filles, dont la répétition du même discours est frappante, rendent en effet leur sincérité douteuse, d'autant que les autorités judiciaires turques ont refusé l'expertise psychologique des enfants sollicitée par la mère. La Cour leur reproche d'ailleurs de ne pas avoir averti les services sociaux ou demander l'assistance d'un psychologue pour faciliter la réunion de la mère et de ses filles. L'impossibilité dans laquelle les enfants ont été placés d'exprimer un sentiment à l'abri de toute pression conduit la Cour à rejeter l'affirmation du gouvernement selon laquelle les autorités nationales n'étaient pas responsables du refus des enfants de voir leur mère, faisant ainsi peser sur l'Etat l'obligation positive de mettre tout en œuvre pour que le contexte dans lequel l'enfant s'exprime soit serein. A défaut, la parole de l'enfant et son refus de retourner chez le parent gardien perd de sa valeur et de son poids et ne peut constituer un obstacle à son retour selon les termes de l'article 13b.

Cette exigence, relativement sévère dans le cadre, par hypothèse conflictuel et traumatisant pour l'enfant, d'un enlèvement par un parent et d'une séparation d'avec l'autre, se conjugue avec la nécessaire célérité, avec laquelle les Etats doivent prendre les mesures adéquates pour réunir l'enfant et son parent, soulignée par la Cour dans tous les arrêts relatifs aux enlèvements d'enfants. Il est évident que lorsque l'enfant est entendu après une longue période pendant laquelle il été séparé de son parent, et, corrélativement, immergé dans le milieu de l'auteur de l'enlèvement, sa parole risque de subir l'influence de ce dernier. Dans la mesure où la mise en place d'une conjoncture sereine pour organiser l'audition de l'enfant paraît quelque peu utopique, il faut en conclure que nonobstant le poids accordé par la Convention de La Haye au refus de l'enfant de retourner dans son pays d'origine, celui-ci doit être apprécié par le juge avec précaution, au regard des circonstances dans lesquelles il a été exprimé.

Cette conclusion illustre le paradoxe de la participation de l'enfant aux décisions le concernant : elle permet certes à celui-ci de faire valoir son avis et de lui accorder une certaine autonomie, mais elle risque également, de fournir à certains parents mal intentionnés, le moyen de faire prévaloir leur position, en exerçant sur l'enfant une pression qui accentuera davantage sa dépendance…

SECTION II : LES SOLUTIONS INNOVANTES AU NIVEAU COMMUNAUTAIRE : ESPACE JUDICIAIRE EUROPEEN EN MATIERE DE DROIT DE LA FAMILLE, LE NOUVEAU REGLEMENT « BRUXELLES II BIS »

Pour lutter contre le fléau, l'Union Européenne a élaboré un règlement communautaire, dit Bruxelles II bis, qui traite des différentes questions relatives à la compétence judiciaire et à la reconnaissance des décisions en matière de dissolution du mariage et en matière de responsabilité parentale, mais qui consacre un certain nombre de dispositions à la question des enlèvements d'enfants : soigneusement articulé avec la Convention de La Haye de 1980, dans l'objectif de faire de l'espace européen un modèle dans la lutte contre les déplacements illicites.

La communautarisation du droit international privé est un phénomène qui, sans être tout à fait récent, peut légitimement inquiéter les praticiens du droit que sont les magistrats et les avocats. En matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, par exemple, les textes se sont en effet succédés à une vitesse relativement importante, soit un texte tous les deux ou trois ans : tout d'abord, la Convention du 28 mai 1998 concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale[268] ; puis, le règlement (CE) n° 1347/2000 du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs[269] ; et enfin, le règlement (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000[270]. Pour en rester à ces deux derniers textes, le règlement (CE) n°1347/2000[271], à peine entré en vigueur le 1er mars 2001, sera abrogé et remplacé par le

[268] *JOCE* n°C221, 16 juillet 1998, p. 1 et s. Cf. également le rapport explicatif de Mme le Professeur A. Borras relatif à la Convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union Européenne concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale : *JOCE* n°C221, 16 juillet 1998, P. 27 et s.
[269] *JOCE* n°L160, 30 juin 2000, p. 19 et s.
[270] *JOUE*, n°L338, 23 décembre 2003, p. 1 et s.
[271] Not. B. Ancel et H. Muir Watt, « La désUnion Européenne : le règlement dit 'Bruxelles II' » : *RCDIP* 2001, p. 403 et s.

règlement (CE) n° 2201/2003[272] à compter du 1er mars 2005. Il est indéniable que cette multiplication de règlements communautaires impose aux praticiens du droit des efforts accrus d'assimilation et pose parfois aux auteurs de délicats problèmes, tels que l'articulation des textes communautaires avec les textes conventionnels existants[273] et la résolution des conflits des textes communautaires dans le temps.

Mais l'adoption du règlement (CE) n°2201/2003, appelé plus couramment règlement « Bruxelles II bis », devrait surtout apporter de réelles améliorations au dispositif mis en place par le règlement (CE) Bruxelles II bis. C'est sur la question de la responsabilité parentale[274], et plus particulièrement celle de l'enlèvement d'enfants, que le nouveau texte mérite une attention toute particulière. D'une part, alors que le règlement (CE) n°1347/2000 « Bruxelles II » ne vise que les enfants communs des époux à l'occasion de la désunion du couple, le règlement Bruxelles II bis embrasse tous les enfants – légitimes, naturels ou adoptifs -, à titre accessoire à une procédure de désunion mais aussi à titre principal. D'autre part, là où le règlement Bruxelles II ne consacre qu'une disposition à l'enlèvement d'enfants[275], le règlement Bruxelles II bis propose un système dynamique pour assurer le retour de l'enfant.

Le mécanisme n'en demeure pas moins complexe car il impose, on le verra, de combiner le règlement Bruxelles II bis avec la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, qui est entrée en vigueur dans tous les Etats membres. Les choses étant bien faites, les deux textes devraient fonctionner le plus souvent de manière harmonieuse. La définition communautaire du déplacement ou du non-retour illicite reprend, par exemple, la définition qu'on donne dans l'article 3 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980. Constitue un déplacement ou un non-retour illicite d'un enfant la violation d'un droit de garde, droit qui comprend en particulier le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant (article 2§9). Ce droit de garde peut résulter d'une décision judiciaire, d'une attribution de plein droit ou d'un accord en vigueur en vertu du droit de l'Etat membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour (article 2§11.a). Mais le règlement Bruxelles II bis exige, en outre qu'au moment du

---

[272] A. Bigot, « Le nouveau règlement communautaire du 27 novembre 2003 en matière matrimoniale et de responsabilité parentale ». *Dr. Fam.*, 2004, chron. n°8. L. Idot, « Règlement Bruxelles II », Europe, 2004, comm. n°59. F. Jault-Seseke : *RCDIP*, 2004, p.254 et s.

[273] Le règlement (CE) n°2201/2003 intervient dans un domaine où les Conventions internationales étaient déjà relativement nombreuses. Cf., plus largement, Y. Lequette, « le droit international privé de la famille à l'épreuve des Conventions internationales », *RCADI*, 1994-II, tome 246, p. 9 et s.

[274] A. Bigot, « La responsabilité parentale après désunion du couple en Europe. Etude de droit international privé », *Rev. Marché commun*, 2003/2, n°465, p. 111 et s.

[275] L'article 4 du règlement (CE) n°1347/2000 dispose que « les juridictions compétentes au sens de l'article 3 exercent leur compétence conformément à la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, et notamment à ses articles 3 et 16 ».

déplacement ou du non-retour, le droit de garde fut exercé de manière effective, seul ou conjointement, ou qu'il l'eût été si l'enfant n'avait pas été déplacé ou retenu (article 2§11.b). Plus rarement, la coordination des deux textes n'ira pas sans poser problème.

Quant à la notion d'enfant, par exemple, la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 affirme qu'elle cesse de s'appliquer lorsque l'enfant parvient à l'âge de 16 ans (article 4), alors que le règlement Bruxelles II bis ne précise pas jusqu'à quel âge il s'applique[276]. En considération du fait que le terme d'« enfant » invite à la différence du concept de « mineur », à retenir une qualification autonome, cette question pourrait être résolue de deux manières différentes. Soit on considère que la notion d'enfant est identique, quelle que soit la nature du contentieux, et l'âge de 18 ans paraît s'imposer pour délimiter le champ d'application du règlement Bruxelles II bis. Cette première proposition de solution fait entrer les enfants de 16 à 18 ans dans le champ d'application de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980. L'articulation des deux textes serait compromise. Soit on soutient que la notion d'enfant est appelée à varier en fonction du contexte, 16 ans en cas d'enlèvement[277] et 18 ans dans les autres cas[278], à l'image de ce qui existe sur le terrain du conflit de lois. Cette seconde proposition de solution aboutirait à instaurer une notion autonome à géométrie variable. Mais une telle situation n'est pas nouvelle en droit communautaire puisque la Cour de justice des communautés européennes a admis qu'une notion autonome peut varier selon le domaine d'application envisagé. Elle a ainsi jugé que la notion de « travailleur » du règlement (CE) n°1408/71[279] n'est pas identique à celle du règlement (CE) n°1612/68[280] et de l'article 39 du traité CE[281].

Ces quelques réserves formulées, il convient de passer à la présentation du nouveau droit communautaire de l'enlèvement d'enfants : dans un premier temps, il aménage les règles de procédure en cas d'enlèvement d'enfant (§I) et, dans un second temps, il consacre le principe de la circulation des décisions ordonnant le retour (§II).

---

[276] C. Nourissat, Droit civil de l'Union Européenne.
[277] Comp. avec l'article 4 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980.
[278] Comp. avec l'article 2 de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996.
[279] Règlement (CEE) n°1408/71 du conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la communauté.
[280] Règlement (CEE) n°1612/68 du conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la communauté.
[281] Aff. C-85/96, 12 mai 1998, Martinez Sala, pt 31 : *Rec. CJCE*, p. I-2691 ; Europe, 1998, comm. n°241, note L. Idot; *Rev. du marché unique européen*, 1998, p. 254, obs. P. Cabral ; *JDI*, 1999, p. 557, M. Luby.

§I – L'AMENAGEMENT DES REGLES DE PROCEDURE EN CAS D'ENLEVEMENTS D'ENFANTS

Le règlement Bruxelles II bis envisage l'enlèvement d'enfant au travers de deux règles. La première, l'article 10, maintient la compétence des juridictions de l'ancienne résidence habituelle de l'enfant pour statuer sur la question de la responsabilité parentale (A). La seconde, l'article 11, précise la procédure en vue d'obtenir le retour d'un enfant qui a été déplacé ou retenu illicitement dans un autre Etat membre (B).

A - L'AMENAGEMENT DES REGLES RELATIVES A LA RESPONSABILITE PARENTALE

L'article 8§1, du règlement Bruxelles II bis, qui définit la compétence générale en matière de responsabilité parentale, donne compétence aux juridictions de l'Etat membre sur le territoire duquel l'enfant réside habituellement au moment où la juridiction est saisie. Cette règle repose sur l'idée que les juridictions de l'Etat membre de la résidence habituelle de l'enfant sont les mieux placées pour statuer sur toutes les questions qui touchent à la responsabilité parentale. Comme l'affirme le préambule (cons. 12), l'intérêt supérieur de l'enfant – qui est le véritable centre de gravité du rapport de droit – se trouve garanti par cette proximité avec la juridiction de la responsabilité parentale[282]. Mais, en cas de déplacement ou de non-retour illicite, le jeu d'une telle disposition aboutirait, d'une part, à faire tomber la compétence des juridictions de l'Etat membre de l'ancienne résidence habituelle de l'enfant et, d'autre part, à imposer la compétence des juridictions de l'Etat membre sur le territoire duquel l'enfant est retenu ou a été déplacé.

Assurément, la solution serait choquante car, donnant effet à une voie de fait, elle permettrait à l'auteur du déplacement illicite de s'en prévaloir pour modifier, à son profit, la compétence des juridictions appelées à statuer sur la responsabilité parentale. L'article 8§2, du règlement Bruxelles II bis réserve donc l'hypothèse où l'enfant a été déplacé ou est retenu illicitement dans un autre Etat membre. L'article 10 du règlement dispose, en cas de déplacement ou de non-retour illicite, que les juridictions de l'Etat membre dans lequel

---

282 Plus largement, cf. P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, 1986-I, tome 196, p. 11 et s.

l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou de son non-retour conservent a priori leur compétence. La modification de la résidence habituelle de l'enfant suite à un enlèvement n'emporte pas, à elle seule, transfert de compétence au profit des juridictions de l'Etat membre où se trouve l'enfant enlevé. Ce principe a été repris de l'article 7 de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996[283]. Comme dans la Convention de La Haye de 1996 (article 7§3), les juridictions de l'Etat membre où l'enfant a été déplacé ou retenu peuvent néanmoins prendre des mesures urgentes – provisoires ou conservatoires – nécessaires à la protection de la personne ou des biens de l'enfant (article 20§1). Logiquement, ces décisions, qui ne touchent pas au fond de la responsabilité parentale, cessent d'avoir effet lorsque les juridictions de l'Etat membre de l'ancienne résidence habituelle ont pris les mesures qu'elles jugent appropriées (article 20§2).

Il est toutefois exception au principe du maintien de la compétence générale en cas d'enlèvements d'enfants dans les deux hypothèses particulières, qui laissent présumer que la juridiction de la nouvelle résidence habituelle est désormais la plus proche de l'enfant. La première exception est le décalque de l'article 7§1.a) de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 ; la seconde constitue un approfondissement de l'article 1§1.b) de cette même Convention. D'une part, les juridictions de l'Etat membre sur le territoire duquel l'enfant acquiert une nouvelle résidence habituelle deviennent compétentes lorsque la personne, l'institution ou l'organisme ayant le droit de garde a acquiescé au déplacement ou au non-retour (article 10.a). C'est estimer, implicitement, que l'acquiescement à la modification de fait de la résidence habituelle donne un caractère illicite à la nouvelle résidence habituelle. L'acquiescement au déplacement ou au non-retour de l'enfant devra être établi de manière non équivoque. Un comportement actif pourra certainement être retenu. Le fait, par exemple, pour la personne, l'institution ou l'organisme ayant le droit de garde de saisir les juridictions de la nouvelle résidence habituelle de l'enfant semble emporter acquiescement au déplacement ou au non-retour de l'enfant. Un comportement passif ne devrait en revanche pas être retenu. Paraît équivoque, notamment, le fait pour la personne, l'institution ou l'organisme ayant le droit de garde de ne pas saisir les juridictions de la résidence habituelle de l'enfant immédiatement avant son enlèvement. D'autre part, les juridictions de l'Etat membre sur le territoire duquel l'enfant acquiert une nouvelle résidence habituelle deviennent compétentes lorsque l'enfant y réside depuis une période d'un an au moins après que la personne, l'institution ou tout autre organisme ayant le droit

[283] P. Lagarde, « Rapport explicatif de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants », in *Actes et documents de la 18ème session de la conférence de La Haye de droit internationale privé, tome 2 – Protection des enfants*, 1998, p. 533 et s.

de garde a eu ou aurait dû avoir connaissance du lieu où se trouvait l'enfant et que l'enfant s'est intégré dans son nouvel environnement (article 10.b). Mais le transfert de compétence aux juridictions de la nouvelle résidence habituelle n'opère que dans l'une des quatre hypothèses suivantes : aucune demande de retour n'a été présentée auprès des autorités compétentes de l'Etat membre où l'enfant a été déplacé dans un délai d'un an ; une demande de retour a été présentée mais a été retirée et aucune nouvelle demande n'a été présentée ; une demande de retour a été présentée mais la procédure a été close faute d'avoir suscité des observations dans le délai de trois mois à compter de la notification (article 11§7) ; une décision de garde sans retour a été prononcée par la juridiction de l'Etat membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant le déplacement ou le non-retour illicite. Au travers de ces quatre hypothèses, on constate que le transfert de compétence découle soit d'une absence de décision dans un délai d'un an, soit d'une décision de la juridiction de l'Etat membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant l'enlèvement. Si elles font écho à l'article 16 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, ces quatre hypothèses restreignent donc considérablement le mécanisme de transfert de compétence au profit des juridictions de la nouvelle résidence habituelle de l'enfant.

En conclusion sur ce point, il faut que l'article 10 du règlement Bruxelles II bis suppose que l'enfant enlevé ait acquis une nouvelle résidence habituelle dans un autre Etat membre, qui n'est pas forcément celui vers lequel l'enfant a été déplacé ou à partir duquel il a été retenu. Le règlement Bruxelles II bis restant silencieux sur ce point, la question de la qualification de la « nouvelle résidence habituelle » sera centrale dans la mise en oeuvre de l'article 10. Il appartiendra à la Cour de justice des communautés européennes de préciser s'il s'agit d'une notion communautaire – autrement dit, d'une notion autonome -, d'une notion qui relève du droit international privé de la juridiction saisie ou d'une notion qui dépend de son droit interne[284]. De ces trois méthodes traditionnelles d'interprétation, la première paraît devoir l'emporter si l'on souhaite assurer un fonctionnement à la fois dynamique et harmonieux du règlement Bruxelles II bis. Il convient en effet d'éviter que la « nouvelle résidence habituelle de l'enfant », et plus largement la « résidence habituelle », ne devienne le talon d'Achille du nouveau règlement.

[284] A.Richez-Pons, La résidence en droit international privé (conflit de juridictions et conflit de lois) ; *Thèse Lyon 3*, dir. H. Fulchiron, 2004.

B - L'AMENAGEMENT DES REGLES DE PROCEDURE DE RETOUR DE L'ENFANT

Dans les relations entre les Etats membres, le règlement Bruxelles II bis prévaut, par principe, sur la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 (article 60.e). Or, il est étrange de constater que l'article 11 du règlement Bruxelles II bis, relatif au retour, ne contient pas un corpus détaillant la procédure devant les juridictions des Etats membres en matière d'enlèvements d'enfants. Il ne s'agit, en effet, que de quelques règles, ponctuelles, relatives à la procédure de retour de l'enfant dans l'Etat membre de sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicite. Est-ce à dire que le droit international privé communautaire de l'enlèvement international d'enfant est incomplet ? Une réponse négative s'impose car il ne faut pas oublier que l'article 11 doit aussi être lu à la lumière de l'article 62 qui affirme que, s'agissant des questions non réglées par le règlement Bruxelles II bis, la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 continue à produire ses effets entre les Etats membres qui en sont parties contractantes.

En définitive, le règlement Bruxelles II bis a fait le choix, moins d'une primauté du droit communautaire que d'une superposition du droit communautaire sur le droit conventionnel. En ce sens, le règlement affirme, dans son préambule, qu'« en cas de déplacement ou de non-retour illicites d'un enfant, [...] la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 devrait continuer à s'appliquer telle que complétée par les dispositions de ce règlement et en particulier de l'article 11 » (cons. 17). En ce qui concerne les quelques questions réglées par l'article 11, le règlement Bruxelles II bis prime sur la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 et, s'agissant des très nombreuses questions laissées en suspens par l'article 11, la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 continue à produire ses effets entre les Etats membres. Il faut en outre préciser que l'article 11 n'a vocation à s'appliquer qu'à l'hypothèse « d'un enfant qui a été déplacé ou retenu illicitement dans un Etat membre autre que l'Etat membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicite » (article 11§1). Il en résulte que l'article 11 ne s'applique pas aux enlèvements d'enfants entre un pays tiers – partie non contractante à la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 – et un Etat membre. Mais il importe peu, semble-t-il, qu'entre la résidence habituelle de l'enfant immédiatement avant son enlèvement et sa nouvelle résidence habituelle, l'enfant ait séjourné sur le territoire d'un Etat tiers.

Lorsqu'il s'applique, l'article 11 du règlement Bruxelles II bis vient donc se superposer sur les stipulations de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980. Dès lors, et pour bien comprendre, le règlement Bruxelles II bis apparaît comme un aménagement régional du texte international que constitue la Convention de La Haye de 1980. La demande de retour est en effet bien présentée « sur la base de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 » (article 11§1). Dans cette perspective, on constate que certains paragraphes de l'article 11 du règlement Bruxelles II bis se substituent purement et simplement aux articles pertinents de la Convention alors que d'autres se contentent de préciser la mise en œuvre des articles pertinents de la Convention. L'étude de la demande de retour imposera donc de combiner les exigences générales de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 avec les exigences spéciales de l'article 11§2 à 8, du règlement Bruxelles II bis.

Seules seront étudiées ici les exigences spéciales de l'article 11. Rappelons seulement que la demande de retour est présentée aux juridictions de l'Etat membre de la nouvelle résidence habituelle de l'enfant, saisies soit directement par le demandeur soit par l'intermédiaire d'une autorité centrale.

S'agissant tout d'abord de la célérité de la procédure – qui est un gage d'un fonctionnement efficace des mécanismes de retour -, la Convention de La Haye exige des Etats contractants qu'ils recourent « à leurs procédures d'urgence » (article 2) mais aucun délai n'est imposé. Tout au plus, est-il prévu que le demandeur, l'autorité centrale requise, de sa propre initiative, ou l'autorité centrale requérante peut, lorsque l'autorité judiciaire ou administrative saisie n'a pas statué dans un délai de 6 semaines à partir de sa saisine, demander une déclaration sur les raisons de ce retard (article 11 al 2). On le voit, le dispositif est assez peu contraignant pour l'autorité judiciaire ou administrative saisie de la demande de retour. C'est finalement la Cour européenne des droits de l'homme qui vient encadrer la procédure conventionnelle dans le délai raisonnable du droit à un procès équitable, tel que garanti par l'article 6§1, de la Convention européenne des droits de l'homme[285]. Sur ce point, l'apport du règlement Bruxelles II bis est plus que substantiel. D'une part, la juridiction saisie de la demande de retour agit rapidement « en utilisant les procédures les plus rapides » prévues par son droit national (article 11§3 al 1). La juridiction ne peut plus se contenter d'utiliser des procédures d'urgence ; elle doit statuer selon les procédures les plus rapides. D'autre part, cette juridiction doit rendre sa décision, sauf circonstances exceptionnelles, 6 semaines au plus tard après sa saisine (article 11§3 al 2). Le

[285] La Chronique d'actualité de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement d'enfants par le centre de droit de la famille de Lyon : *Dr. Fam.* 2003, chron. n°26.

règlement Bruxelles II bis ne s'est donc pas contenté, comme l'y invitait la Convention de Strasbourg du 15 mai 2003 sur les relations personnelles concernant les enfants, d'affirmer qu'« une décision concernant le retour de l'enfant doit, dans la mesure du possible, intervenir dans les six semaines suivant la date de la demande »[286].

Le délai de 6 semaines après la saisine n'est plus seulement un délai au-delà duquel la juridiction doit s'expliquer sur son retard ; c'est un délai impératif pour rendre une décision, de retour ou de non-retour. Dans ce bref délai, le règlement Bruxelles II bis affirme que la juridiction saisie de la demande de retour doit « veiller à ce que l'enfant ait la possibilité d'être entendu au cours de la procédure, à moins que cela n'apparaisse inapproprié eu égard à son âge ou à son degré de maturité » (article 11§2). La formule est incontestablement en retrait par rapport à la position initiale qui prévoyait – dans un article 4 de portée générale – que « tout enfant a le droit d'être entendu sur toute question relative à la responsabilité parentale à son égard, en fonction de son âge et de sa maturité ». La règle n'en demeure pas moins heureuse car la Convention de La Haye était restée, sur ce point, silencieuse. L'article 13 al 2 de la Convention de La Haye prévoit seulement que l'autorité judiciaire ou administrative peut refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité. En définitive, le règlement Bruxelles II bis invite la juridiction qui statue sur la demande de retour à procéder à l'audition de l'enfant, dès lors qu'il dispose d'une faculté suffisante de discernement. Reste à espérer que ce ne soit qu'une première étape vers l'instauration d'un véritable droit de l'enfant à être entendu dans le cadre de la procédure de retour.

En ce qui concerne, ensuite, les motifs de non-retour de l'enfant, l'examen de la pratique de la Convention de La Haye démontre que l'article 13.b – qui vise l'hypothèse où il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable – est le motif de non-retour le plus fréquemment visé[287]. Sur ce point, le règlement Bruxelles II bis prévoit qu'une juridiction ne peut pas refuser le retour de l'enfant en vertu de l'article 13.b de la Convention de La Haye de 1980 lorsqu'il est établi que des dispositions adéquates ont été prises pour assurer la protection de l'enfant après son retour (article 11§4). Le règlement Bruxelles II bis tente donc de brider le jeu de l'article 13.b de la Convention de La Haye de 1980, au nom du principe de la confiance légitime qui préside aux relations entre les Etats membres. Plus largement, le règlement (CE) n°2201/2003 affirme qu'une

---

[286] Article 16§1 de la Convention de Strasbourg du 15 mai 2003 sur les relations personnelles concernant les enfants : *STE* n°192.
[287] Réf. cit. n°231.

juridiction ne peut pas refuser le retour de l'enfant si le demandeur n'a pas eu la possibilité d'être entendu (article 11§4). Cette disposition instaure un renversement de perspective intéressant, passant du traditionnel respect des droits de la défense au respect du droit d'être entendu de la demande. Autrement dit, le demandeur ne peut être seulement représenté par l'autorité centrale requise ou par l'autorité centrale requérante ; il doit nécessairement être entendu par la juridiction saisie de la demande de retour.

S'agissant enfin des décisions de non-retour, le règlement Bruxelles II bis prévoit qu'« une telle décision devrait pouvoir être remplacée par une décision ultérieure de la juridiction de l'Etat membre de la résidence habituelle de l'enfant avant son déplacement ou non-retour illicite » (préambule, cons. 17). Ainsi, lorsque la juridiction de la nouvelle résidence habituelle rend une décision de non-retour, la juridiction de la résidence habituelle de l'enfant immédiatement avant son enlèvement reprend l'étude du dossier et peut ordonner le retour de l'enfant. Dans ce contexte, le règlement Bruxelles II bis instaure, à la charge de la juridiction qui a rendu la décision de non-retour, une obligation de transmettre « immédiatement, soit directement soit par l'intermédiaire de son autorité centrale, [...] une copie de la décision judiciaire de non-retour et des documents pertinents, en particulier un compte rendu des audiences, à la juridiction compétente ou à l'autorité centrale de l'Etat membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicites, conformément à ce que prévoit le droit national » (article 11§6). Cette obligation de transférer une copie du dossier est enfermée dans un délai relativement bref puisque la juridiction ayant prononcé la décision de non-retour doit faire en sorte que son homologue étranger ait reçu tous les documents « dans un délai d'un mois à compter de la date de la décision » (article 11§6). Il s'agit de permettre à la juridiction de l'Etat membre de la résidence habituelle de l'enfant immédiatement avant son enlèvement d'examiner la question de la garde en connaissance des éléments qui ont conduit à refuser le retour. Les parties, qui ont eu connaissance de ces éléments ou auxquelles ils ont été notifiés, disposent d'un délai de trois mois pour présenter leurs observations à cette juridiction (article 11§7). Si elle n'a reçu, dans ce délai de trois mois, aucune observation, la juridiction clôt l'affaire (article 11§7). Les juridictions de la nouvelle résidence habituelle de l'enfant ont alors vocation, à terme, à être seules compétentes en matière de responsabilité parentale (article 10.b iii). En revanche, si la juridiction de l'Etat membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son enlèvement a reçu, dans ce même délai de trois mois, des observations, elle statue sur la question de la garde de l'enfant. La juridiction peut alors rendre une décision de garde qui

n'implique pas le retour de l'enfant. Le demandeur au retour ne se voyant finalement reconnaître qu'un droit de visite. Là encore, les juridictions de la nouvelle résidence habituelle de l'enfant ont vocation, à terme, à être seules compétentes en matière de responsabilité parentale (article 10.b iv). Mais la juridiction de l'Etat membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son enlèvement peut également ordonner le retour de l'enfant. Dans les deux hypothèses, la décision ne reconnaît au demandeur au retour qu'un droit de visite ou la décision ordonne le retour de l'enfant, se pose alors la question de la reconnaissance et de l'exécution de la décision dans l'Etat membre de la nouvelle résidence habituelle de l'enfant. Pour ces décisions, c'est le principe de la libre circulation qui a été retenu par le règlement Bruxelles II bis.

§II – LA CONSECRATION DU PRINCIPE DE LA LIBRE CIRCULATION DES DECISIONS DE RETOUR

La section 4 du chapitre III du règlement Bruxelles II bis met en place un régime particulier de reconnaissance et d'exécution pour les décisions rendues dans le cadre d'une demande de retour d'un enfant suite à un déplacement ou à un non-retour illicite (A). Mais ce régime ne s'applique qu'à certaines décisions ordonnant le retour de l'enfant et à certaines décisions relatives au droit de visite (B).

A - LA SUPPRESSION DE L'EXEQUATUR

Bien que la section 4 distingue les décisions relatives au droit de visite (article 41) et les décisions ordonnant le retour de l'enfant (article 42), le régime de reconnaissance et d'exécution est bâti sur le même modèle. Par principe, aucune procédure pour la reconnaissance et l'exécution de la décision n'est nécessaire dans l'Etat membre d'exécution. Ainsi, à la différence du régime général de reconnaissance et d'exécution des décisions en matière de responsabilité parentale (article 28 et s.), la décision n'a pas à avoir été déclarée exécutoire sur requête de la partie intéressée dans l'Etat membre d'exécution. Il suffit, d'une part, que la décision soit exécutoire dans l'Etat membre d'origine et, d'autre part, que la partie qui poursuit l'exécution produise une expédition de cette décision et un certificat établi par la juridiction d'origine. Dès lors, la décision a vocation à être exécutée dans l'Etat membre d'exécution, Etat membre de la nouvelle résidence habituelle de

l'enfant ou Etat membre sur le territoire duquel il est présent, dans les mêmes conditions que si elle avait été rendue par une juridiction de cet Etat membre (article 47§2 al 1). Il n'est possible de s'opposer à la reconnaissance et l'exécution de ces décisions que si elles sont inconciliables avec une décision exécutoire rendue ultérieurement (article 47§2 al 2). Le demandeur au retour a donc tout intérêt à poursuivre, sans tarder, l'exécution de la décision de retour dans l'Etat membre où se trouve l'enfant. Dépassant le régime allégé du règlement (CE) n°44/2001, qui maintient un contrôle plus ou moins formel de la décision, le règlement Bruxelles II bis supprime, pour ces décisions, toutes procédures de reconnaissance et d'exécution et tous contrôles de leur régularité internationale[288]. Il est probable que le règlement Bruxelles II bis constitue la première étape vers la suppression de l'exequatur pour toutes les décisions, objectif que s'est fixé le Conseil de Justice et des affaires intérieures le 30 novembre 2000[289].

Le fondement d'un tel régime de reconnaissance et d'exécution des décisions réside dans le principe de la confiance légitime que se témoignent les Etats membres. L'objectif est évidemment de supprimer tous les obstacles à la reconnaissance et à l'exécution de la décision de retour de l'enfant.

S'agissant plus particulièrement des décisions ordonnant le retour de l'enfant, le dispositif de reconnaissance et d'exécution repose sur l'idée que « le retour devrait être effectué sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure pour la reconnaissance et l'exécution de ladite décision dans l'Etat membre où se trouve l'enfant enlevé » (préambule, cons. 17). L'article 42 ne s'appliquant qu'aux décisions qui sont exécutoires dans l'Etat membre d'origine, le règlement Bruxelles II bis distingue deux hypothèses. Dans une première hypothèse, lorsqu'il est exécutoire de plein droit dans l'Etat membre d'origine, le retour de l'enfant est reconnu et jouit de la force exécutoire dans tous les autres Etats membres sans qu'aucune déclaration lui reconnaissant force exécutoire ne soit requise et sans qu'il soit possible de s'opposer à sa reconnaissance (article 42§1 al 1). Dans une seconde hypothèse, lorsque le retour de l'enfant n'est pas exécutoire de plein droit dans l'Etat membre d'origine, la juridiction d'origine peut déclarer exécutoire la décision ordonnant ce retour (article 42§1 al 2). Cette faculté accordée à la juridiction d'origine de donner force exécutoire existe nonobstant un éventuel recours. Dans les deux hypothèses, pour bénéficier de la force exécutoire dans les autres Etats membres, il suffit que la

---

288 Cette suppression de l'exequatur trouve son origine dans l'initiative présentée par la France le 3 juillet 2000. Cf. Initiative de la république française en vue de l'adoption du règlement du conseil relatif à l'exécution mutuelle des décisions concernant le droit de visite des enfants : *JOCE* n°C234, 15 août 2000, p. 7 et s.

289 Projet de programme des mesures sur la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et commerciale, *JOCE* n°C12, 15 janvier 2001, p. 1 et s.

décision ordonnant le retour ait été certifiée dans l'Etat membre d'origine en utilisant le formulaire (certificat concernant le retour) du règlement (article 42§2). Le juge d'origine délivre d'office le certificat, c'est-à-dire sans attendre la demande de l'une des parties, et le remplit dans la même langue que la décision (article 42§2). Toujours dans le souci d'accélérer la procédure de retour de l'enfant, l'article 43§2, du règlement Bruxelles II bis précise que la délivrance du certificat n'est susceptible d'aucun recours. Mais, et la limite est d'importance, le juge d'origine ne délivre le certificat que si trois conditions, cumulatives, sont remplies. Tout d'abord, l'enfant a eu la possibilité d'être entendu, à moins qu'une audition n'ait été jugée inappropriée eu égard à son âge ou à son degré de maturité (article 42§2.a). L'audition de l'enfant peut, ici, être effectuée selon les modalités prévues par le règlement (CE) n°1206/2001 du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des Etats membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale. Ensuite, les parties ont eu la possibilité d'être entendues (article 42§2.b). Enfin, la décision a été rendue en tenant compte des motifs des éléments de preuves sur la base desquels avait été rendue la décision de non-retour prise en application de l'article 13 de la Convention de La Haye de 1980 (article 42§2.c).

Dès lors que le juge d'origine a délivré le certificat, le principe de confiance légitime, inhérent à l'espace judiciaire européen, conduit à présumer que les conditions de l'article 42§2, ont bien été respectées[290]. Si des mesures ont été prises, par la juridiction ou toute autre autorité, en vue d'assurer la protection de l'enfant après son retour dans l'Etat de sa résidence habituelle, le certificat précise les modalités de ces mesures (article 42§2). Outre le certificat (article 45§1.b), la partie qui demande l'exécution de la décision de retour de l'enfant doit produire une expédition de cette décision réunissant les conditions de son authenticité (article 45§1.a) et une traduction concernant les modalités des mesures prises en vue d'assurer le retour de l'enfant (article 45§2). Cette traduction peut être effectuée dans la langue officielle ou l'une des langues officielles de l'Etat membre d'exécution ou dans toute autre langue que ce dernier a indiqué accepter. La traduction doit être certifiée par une personne habilitée à cet effet dans l'un des Etats membres (article 45§2). Les formalités ont été réduites au minimum. En définitive, la procédure de l'article 42, parce qu'elle repose sur le principe de la libre circulation des décisions de retour sur le territoire de l'Union Européenne, devrait on l'espère décourager les enlèvements

[290] Il faut souligner que les conditions de certification dans l'Etat membre d'origine ne reprennent que certains des motifs de non-reconnaissance des décisions en matière de responsabilité parentale visés à l'article 23 du règlement (CE) n°2201/2003.

intracommunautaires d'enfants. On doit toutefois pointer une faiblesse du dispositif en ce qui concerne les décisions de retour dispensées d'exequatur.

B - LES DECISIONS DE RETOUR DISPENSEES D'EXEQUATUR

L'analyse des règles communautaires de reconnaissance et d'exécution des décisions ordonnant le retour de l'enfant invite à formuler quelques réserves, quant à leur champ d'application. Le régime de reconnaissance et d'exécution des décisions de retour de l'enfant, instauré par l'article 42 du règlement Bruxelles II bis, s'applique aux décisions ordonnant le retour de l'enfant visées « à l'article 11§8 » (article 40§1.b). Il s'agit des seules décisions rendues par les juridictions de l'Etat membre de la résidence habituelle de l'enfant immédiatement avant son enlèvement. Seulement sont exclues du mécanisme de l'article 42 les décisions de retour qui ont été rendues par les juridictions de l'Etat membre de la nouvelle résidence habituelle de l'enfant. La solution est regrettable car le fait qu'une procédure en vue du retour soit en cours dans l'Etat membre de la nouvelle résidence habituelle de l'enfant ne garantit nullement que le défendeur ne tentera pas de déplacer l'enfant vers un autre Etat membre. Et, s'il y parvient, la décision qui prononcerait finalement le retour de l'enfant ne bénéficiera pas du régime de reconnaissance et d'exécution de l'article 42. Il y a là une lecture regrettable. L'efficacité du mécanisme communautaire de retour gagnerait, encore plus, à ce que le régime de l'article 42 soit étendu à « toute décision de retour rendue par la juridiction d'un autre Etat membre ». Cette extension découragerait toutes tentatives de déplacements successifs de l'enfant, à l'intérieur de l'Union Européenne, dès lors qu'une décision de retour y a été prononcée.

SECTION III : AU NIVEAU NATIONAL : LA LOI DU 4 MARS 2002 SUR L'AUTORITE PARENTALE[291]

Après les lois du 22 juillet 1987 et du 8 janvier 1993, le législateur a remis en question les règles de l'autorité parentale. Cette intervention était-elle nécessaire ?

Appelées à réfléchir sur une réforme d'ensemble du droit de la famille, les commissions présidées par Mmes Irène Théry et Françoise Dekeuwer-Défossez avaient mis en lumière l'utilité d'une refonte du droit de l'autorité parentale[292]. Leurs rapports soulignaient, en effet, la nécessité d'adapter le droit aux réalités familiales nouvelles. De fait de la multiplication des naissances hors mariage et des familles créées hors mariage : la famille « naturelle » n'est plus une famille « particulière ». Par ailleurs, de plus en plus d'enfants vivent dans des familles dont les parents sont séparés, qu'ils soient nés en mariage ou hors mariage. Certes, ce double phénomène n'est pas nouveau : il a déclenché les évolutions législatives et jurisprudentielles que le droit français et, plus généralement les droits occidentaux, ont connu depuis une vingtaine d'années. Mais l'accélération de ces transformations sociales et leur inscription dans la durée appellent de nouvelles règles, qui ne reposent plus sur le modèle de la famille légitime unie mais, tout simplement, sur la relation entre l'enfant et ses parents.

De plus, la multiplication des séparations conduit à s'interroger sur le rôle des parents séparés dans l'éducation et dans la prise en charge de l'enfant, tout particulièrement sur la place du père, tant il est vrai que, dans la plupart des cas de séparation, il revient à la mère d'assumer la charge de l'enfant. Un grand nombre d'hommes et de femmes séparés de leur conjoint ou concubin formant une nouvelle famille, se pose également le problème des recompositions familiales et, tout particulièrement, de la place du beau parent.

---

[291] *Defrénois* 2002, Lég., p. 85. Travaux préparatoires : rapports M. Dolez au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, *doc. Ass. nat.*, n°s 3117, 3435 et 3619 ; rapport C. Robin-Rodrigo au nom de la Délégation aux droits des femmes, *doc. Ass. nat.*, n° 3111 ; rapports L. Béteille au nom de la Commission des lois du Sénat, doc. Sénat 2001, n°s 71 et 209 ; rapport J. Rozier, au nom de la délégation aux droits des femmes, doc. Sénat, 2001, n° 66 ; *J.O.*, Déb. Ass. nat., séance du 14 juin 2001, p. 4247 et suiv. ; séance du 11 décembre 2001, p. 9232 et suiv. ; séance du 21 février 2002, p. 1702 et suiv. ; *J.O.*, Déb. Sénat, séance du 21 novembre 2001, p. 5274 et suiv. ; séance du 7 février 2002, p. 219 et suiv. ; séance du 14 février 2002, p. 1398 et suiv.

[292] I. Théry, Couple, filiation et parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, Ed. *Odile Jacob et La documentation française*, 1998 ; F. Dekeuwer-Défossez, Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, *La Documentation française*, 1999.

En 1987 et en 1993, le législateur avait eu pour objectif « de permettre la survie du couple parental au-delà de la rupture du couple conjugal », pariant sur les vertus pédagogiques de la loi, il avait posé le modèle de l'exercice en commun de l'autorité parentale. Il convenait d'aller plus loin et de traduire en droit toutes les conséquences du principe de coparentalité : quelles que soient les circonstances de la vie, les deux parents ont le droit et le devoir d'assurer l'éducation de leur enfant.

La commission Dekeuwer-Défossez avait dégagé quatre grandes orientations de réforme. Il convenait, tout d'abord, de valoriser l'autorité parentale en réaffirmant l'importance de la fonction parentale et en construisant un droit commun de l'autorité parentale applicable à tous les enfants, qu'ils soient nés en mariage ou hors mariage, qu'ils vivent dans une famille unie ou dans une famille désunie. Il importait, ensuite, de renforcer le principe de coparentalité, par la généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale, par une plus grande liberté laissée aux parents pour organiser les conséquences de leur séparation, ainsi que par un respect accru des droits et devoirs des père et mère, par eux-mêmes et par les tiers. Le rapport appelait également à la reconnaissance de la place des tiers, non par l'élaboration d'un statut du beau parent, mais par la construction d'un statut du tiers. Enfin, la commission Dekeuwer-Défossez proposait un certain nombre de mesures assurant la promotion des droits de l'enfant.

Défendue par Mme Ségolène Royal, ministre délégué à la famille, et non par le garde des Sceaux, qui n'intervint que ponctuellement, la proposition de loi relative à l'autorité parentale subit de profondes transformations, à l'initiative notamment du Sénat[293]. La réforme fut votée dans des délais relativement brefs, l'Assemblée nationale acceptant un certain nombre de compromis avec le Sénat pour obtenir l'adoption du texte avant la fin de la législature[294].

Il en résulte une loi qui est loin d'être parfaite, mais qui marque, en un sens, l'aboutissement des réformes entreprises en 1987 et en 1993[295].

---

[293] V. notamment, les rapports présentés au nom de la Commission des lois par le sénateur L. Béteille, *Sénat*, n°s 71 et 209.

[294] Le texte fut définitivement voté par l'Assemblée quelques heures avant la clôture des travaux de la 11e législature.

[295] « Refonder et rénover l'autorité parentale, qui procède du lien de filiation, quel que soit le statut juridique du couple ou les désunions parentales susceptibles d'intervenir, soutenir dans la vie de tous les jours l'exercice concret de la parentalité en veillant à ce que le père prenne toute la place, de droit et de devoir, qui lui revient, à ce que le droit de tout enfant à être éduqué par ses deux parents, y compris après leur séparation, soit mieux garanti et à ce que l'égalité formelle entre père et mère devienne une égalité plus réelle », tels ont été, selon le ministre délégué à la famille, les objectifs poursuivis directement ou indirectement, par le gouvernement (Ass. nat., séance du 14 juin 2001, *J.O.*, Déb. Ass. nat., p. 4249).

Sur le plan formel, la loi du 4 mars 2002 réalise un des voeux de la commission présidée par Mme Dekeuwer-Défossez[296] : elle instaure un droit commun de la séparation. Jusque-là, en effet, les règles de l'autorité parentale en cas de séparation figuraient en grande partie au titre du « divorce ». Désormais, la section consacrée aux conséquences du divorce pour les enfants est réduite à un simple renvoi aux articles 373-2 et suivants du code civil, où sont reprises, généralisées et enrichies les anciennes dispositions des articles 287 et suivants du même code.

De plus, le corps de règles communes construit par le législateur du 4 mars 2002 a été structuré, à l'initiative du Sénat, en quatre paragraphes : « principes généraux », « de l'exercice de l' autorité parentale par les parents séparés », « de l'intervention des tiers », « de l'intervention du juge aux affaires familiales ». Certes, la répartition des textes entre les différents paragraphes, notamment entre les paragraphes 2 et 3, est loin d'être parfaite. Il n'en reste pas moins que cette restructuration redonne sa pleine cohérence au droit de l'autorité parentale.

Au fond, un des principaux apports du texte pourrait bien être, ce qu'il n'a pas changé : le terme même d'autorité parentale a en effet été conservé. Le droit français reste ainsi en marge des règles européennes qui prônent la disparition des termes de puissance et d'autorité au profit de l'expression « responsabilité parentale »[297]. Mais comme l'avaient souligné les rapports Théry et Dekeuwer-Défossez, le terme d'autorité traduit mieux le caractère indissociable des droits et devoirs qui appartiennent aux parents : « les parents n'ont pas que des responsabilités, mais aussi un « devoir d'exigence » à l'égard des enfants, permettant leur socialisation. Dévaloriser ce devoir serait affaiblir la signification du lien de filiation »[298] ; or, « pour responsabiliser les père et mère, il ne suffit pas de mettre l'accent sur leur responsabilité, il convient aussi d'insister sur les pouvoirs qui leur appartiennent pour mener à bien leur mission : il y a responsabilité parce qu'il y a autorité.

Pour bien souligner, cependant, la nature particulière de l'autorité parentale, le législateur a jugé bon de la définir. Le nouvel article 371-1 du code civil dispose : « L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant », « Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne ».

---

[296] Le rapport de Fr Dekeuwer-Defossez, « Rénover le droit de la famille », La documentation française, 1999.
[297] F. Boulanger, Les rapports juridiques entre parents et enfants, perspectives comparatistes et internationales, *Economica*, 1998.
[298] Rapport de la commission Théry, préc., p. 190.

Dans le cadre de ce droit commun de l'autorité parentale, valable pour tous les enfants et respectueux de la place et du statut de chacun, le législateur a bâti sa réforme sur deux piliers : le principe de coparentalité, d'une part (§I), le respect de la personne de l'enfant (§II), d'autre part.

§I – L'AFFIRMATION DU PRINCIPE DE COPARENTALITE

L'affirmation du principe de coparentalité se traduit, d'une part, par un meilleur partage des responsabilités parentales (A), d'autre part, par la volonté d'assurer la pérennité des liens entre l'enfant et ses deux parents (B).

A – LE PARTAGE DES RESPONSABILITES PARENTALES

La loi du 4 mars 2002 renforce le caractère conjoint de l'exercice de l'autorité parentale. Elle tend également à favoriser le consensus parental.

Certains parlementaires auraient souhaité que le terme de parité fût inscrit dans la loi. Le législateur a résisté aux illusions égalitaires, qui auraient risqué de se révéler trop contraignantes au regard de l'intérêt de l'enfant. Il a préféré achever l'oeuvre entreprise depuis la loi du 22 juillet 1987, en généralisant l'exercice en commun de l'autorité parentale et en consacrant, après vingt ans de débat, la possibilité d'une résidence alternée.

L'exercice en commun de l'autorité parentale était déjà la règle depuis la loi du 22 juillet 1987 partiellement étendu par la loi du 8 janvier 1993 ; le législateur du 4 mars 2002 en généralise le principe, dans la famille par le sang comme dans la famille adoptive.

Selon le nouvel article 372 du code civil : « Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale ». « Toutefois, lorsque la filiation est établie à l'égard de l'un d'entre eux plus d'un an après la naissance d'un enfant dont la filiation est déjà établie à l'égard de l'autre, celui-ci reste seul investi de l'exercice de l'autorité parentale. Il en est de même lorsque la filiation est judiciairement déclarée à l'égard du second parent de l'enfant ». « L'autorité parentale pourra néanmoins être exercée en commun en cas de déclaration conjointe des père et mère devant le greffier en chef du tribunal de grande instance ou sur décision du juge aux affaires familiales ».

Le texte, qui s'inspire directement des propositions de la commission présidée par Mme Dekeuwer-Défossez[299], se caractérise par sa généralité. Toute trace d'inégalité entre enfants, mais aussi entre parents, est, par là même, effacée.

L'égalité entre enfants est clairement affirmée à l'alinéa 1er du texte : alors que l'ancien article 372 du code civil posait deux règles distinctes pour les parents mariés (alinéa 1er) et les parents non mariés (alinéa 2, complété par les dispositions de l'article 374 du code civil), une même règle s'applique désormais à tous les enfants, dans son principe (alinéa 1er), dans ses exceptions (alinéa 2) et dans le retour au principe (alinéa 3).

Le nouveau droit de l'autorité parentale est ainsi en pleine cohérence avec le principe d'égalité posé désormais à l'article 310-1 du code civil[300] et avec les projets de réforme du droit de la filiation. On sait, en effet, que l'un des axes majeurs de la réforme à venir devrait être la suppression de toute distinction entre filiation légitime et naturelle et, au-delà, des termes mêmes d'enfant légitime et d'enfant naturel[301].

L'ancienne règle, inscrite à l'article 374 du code civil, marquait également une inégalité entre parents. Dans la famille naturelle, le législateur avait, en effet, maintenu la prééminence maternelle à titre subsidiaire : lorsque les conditions posées par l'ancien article 372 du code civil n'étaient pas remplies, l'autorité parentale était exercée par la mère. Cette disposition pouvait se justifier par des considérations de réalisme ; elle n'en était pas moins critiquable et avait pu être qualifiée de discriminatoire[302]. Elle disparaît au profit d'une règle neutre : le parent dont la filiation avait été établie en premier lieu (la mère, dans la plupart des cas) continue à exercer seul l'autorité parentale.

L'exercice en commun de l'autorité parentale constitue donc, plus encore qu'auparavant, la règle, dans la famille fondée en mariage comme dans la famille hors mariage, dans la famille par le sang comme dans la famille adoptive, mais aussi dans la famille unie comme dans la famille désunie. Ainsi, l'article 373-2 nouveau du code civil, placé en tête du nouveau paragraphe consacré à l'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés, dispose-t-il de façon très symbolique que « la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale »[303]. Certes, le

---

299 Le rapport de Fr Dekeuwer-Defossez, « Rénover le droit de la famille », *La documentation française*, 1999

300 Isabelle Corpart, « La séparation du couple parental et le choix de la résidence de l'enfant », *Recherche familiales*, n°2, 2005.

301 Cf. rapport de la Commission F. Dekeuwer-Défossez; adde, l'avant-projet de loi relatif à la réforme du droit de la filiation et de l'autorité parentale précité.

302 Quoique le Conseil d'Etat ait été d'un avis contraire, v. *C.E.*, 30 juin 1999, *D.* 2000, 1, note F. Boulanger et les références citées.

303 Après une bataille acharnée entre Sénat et Assemblée nationale, le nouvel article 286 du Code civil se contente d'un renvoi aux dispositions des articles 372 et suivants du *Code civil*. L'Assemblée nationale souhaitait remplacer la formulation négative (« le divorce laisse subsister les droits et devoirs des père et mère

juge peut, en cas de divorce, de séparation de corps ou de séparation de fait ou de séparation judiciaire des concubins, décider de confier l'exercice de l'autorité parentale à un seul des parents, mais l'article 373-2-2 du code civil apparaît clairement comme une exception (« si l'intérêt de l'enfant le commande ») à un principe énoncé une fois pour toute à l'article 372 du même code.

Un meilleur partage des responsabilités parentales passait également par la reconnaissance de la résidence alternée.

Le législateur du 4 mars 2002 a tranché une question controversée depuis près de vingt ans. On se souvient, en effet, que dans les années 1980, alors que l'exercice de l'autorité parentale était encore lié à l'octroi par le juge du droit de garde, deux pratiques s'étaient développées en jurisprudence : la garde conjointe et la garde alternée (l'exercice alternatif de l'autorité selon un rythme défini par les parents ou par le juge). Dans deux arrêts très remarqués, la Cour de cassation déclara licite la garde conjointe et condamna la garde alternée[304]. Par la suite, la loi dite « Malhuret », du 22 juillet 1987, consacra l'exercice en commun de l'autorité parentale et, implicitement dans les textes, explicitement dans ses débats, rejeta l'alternance. La loi du 8 janvier 1993 posa en principe ce que la pratique avait déjà reconnu comme la règle : l'exercice en commun de l'autorité parentale, mais maintint, dans cette hypothèse, l'exigence d'une résidence habituelle[305]. Les revendications de certains parents, l'action menée par les associations de pères conduisirent quelques juges à admettre diverses formules de partage de l'hébergement, quitte, pour respecter au moins formellement les textes, à fixer une résidence habituelle chez l'un des parents assortie de droits de visite et d'hébergement si larges que l'on vient en pratique à une résidence alternée[306].

Bien plus, la résidence alternée fut parfois présentée comme le modèle, au nom de l'intérêt de l'enfant. Ainsi, selon le ministre délégué à la famille, la réforme « vise clairement à inciter les parents à s'accorder sur le principe d'une résidence alternée, qui a l'avantage de

---

à l'égard de leurs enfants... »), par une formule positive (« le divorce n'emporte par lui-même... »). Le Rapporteur de la Commission des lois de la Haute assemblée estimait qu'il était naïf ou quelque peu hypocrite de poser une telle affirmation (*Rapport Sénat* n°71, p. 26). Afin de vider la querelle, tout principe a été banni de l'article 286 du Code civil ; ne reste que le renvoi.

[304] Cass. civ. 2e, 21 mars 1983, *Bull. civ.* II, n° 86, p. 58; *Defrénois* 1983, art. 33174, p. 1497, obs. J. Massip; D. 1984, p. 53, note T. Moussa; *JCP éd. G* 1984, II, 20163, note A. Dekeuwer; *RTD civ.* 1984, obs. J. Rubellin-Devichi; Cass. civ. 2e, 2 mai 1984, *Bull. civ. II*, n° 78, p. 57; *Defrénois* 1985, art. 33477, p. 328, obs. J. Massip; *JCP éd. G* 1985, II note A. Dekeuwer; *RTD civ.* 1984, 691, obs. J. Rubellin-Devichi.

[305] Sur ce débat, v. notamment H. Fulchiron, note sous CA Lyon, 5 octobre 1993, *JCP éd. G* 1994, II, 22231 et les références citées.

[306] H. Fulchiron et A. Gouttenoire-Cornut, « Réformes législatives et permanence des pratiques » à propos de la généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale par la loi du 8 janvier 1993 », *D.* 1997, 363 et les références citées.

maintenir entre eux la parité »[307]. Témoin de cet état d'esprit, le nouvel article 379-2-9 alinéa 1er du Code civil, cite la résidence en alternance au domicile de chacun des parents avant la résidence au domicile de l'un d'eux[308].

Conscient cependant de la difficulté de mettre en oeuvre une résidence alternée en cas de désaccord des parents, les sénateurs souhaitèrent que le juge ne puisse imposer à titre définitif une résidence alternée « sans avoir préalablement prescrit sa mise en oeuvre à titre provisoire pour lui permettre d'en évaluer les conséquences » (article 373-2-9, dans la rédaction adoptée par le Sénat en première lecture). Cette question donna lieu à de vives discussions, tant à l'Assemblée qu'au Sénat. On proposa, notamment, que l'expérience de résidence alternée ne puisse excéder une durée de six mois[309]. Fut finalement adopté un article 372-2-9 alinéa 2, aux termes duquel, « à la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode de résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée. Au terme de celle-ci, le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux ».

La loi du 4 mars 2002 apporte deux innovations essentielles : la possibilité pour les parents séparés de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent la situation de l'enfant (article 373-2-7 du code civil) et le recours à la médiation.

Selon le nouvel article 373-2-7 du code civil, « les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ». « Le juge homologue la convention, sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement ».

La loi permet donc aux parents mariés comme aux parents non mariés, aux époux divorçant comme aux époux séparés de fait, d'élaborer et de soumettre au juge une convention par laquelle ils organisent leur séparation, en ce qui concerne, en tout cas, les enfants. Une telle possibilité était jusque-là réservée aux époux divorçant sur requête conjointe, encore, la question des enfants n'était-elle qu'un élément du règlement global, par les époux, des conséquences de leur séparation. Désormais, la Convention homologuée devient un mode général d'organisation des relations entre l'enfant et ses parents séparés,

---

[307] Ass. nat., séance du 14 juin 2001, *eod. loc.*, p. 4277.

[308] En première lecture, l'Assemblée nationale avait souhaité distinguer deux situations : lorsque les parents s'accordent dans une Convention, priorité à l'alternance ; priorité à la résidence habituelle lorsque le juge statue (cf. Ass. nat., séance du 14 juin 2001, *J.O.*, *Déb. Ass. nat.*, p. 4276 et suiv.).

[309] Rapport Dolez, *Ass. nat.*, n° 3435, préc., p. 19 et suiv.

indépendamment de toute procédure tendant à dissoudre le mariage ou à régler les conséquences de la séparation du couple proprement dit.

Le juge conserve cependant sa mission de protecteur de l'intérêt de l'enfant et de la liberté du consentement donné par les parents : si nécessaire, il peut refuser d'homologuer la convention qui lui est soumise.

L'organisation mise en place par la convention homologuée peut toujours être modifiée : le nouvel article 373-2-13 du code civil affirme que « Les dispositions contenues dans la convention homologuée (...) peuvent être modifiées ou complétées à tout moment par le juge à la demande des ou d'un parent ou du ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non ». Est ainsi mis fin aux incertitudes engendrées par l'exigence de « motifs graves » formulée par l'ancien article 292 du code civil en matière de divorce sur requête conjointe (abrogé) : dès lors que l'intérêt de l'enfant le rend nécessaire, les mesures adoptées dans le cadre conventionnel peuvent être révisées. Bien que le texte soit quelque peu ambigu, deux hypothèses semblent devoir être distinguées : si la demande de modification est présentée par les deux parents, ils solliciteront l'homologation d'une convention modifiée ; si la modification est demandée par l'un d'entre eux seulement ou par le ministère public, la nouvelle organisation ressortira d'un jugement. En toute hypothèse, le respect de l'intérêt de l'enfant doit l'emporter sur la force des conventions entre époux.

Concentrant le recours à la médiation ; Il s'agit là d'une des dispositions, symboliquement les plus importantes de la réforme. On sait l'engouement actuel pour la médiation en général et pour la médiation familiale en particulier. La volonté d'inciter les parents séparés à recourir à la médiation inspire deux dispositions, réunies à l'article 373-2-10 du code civil.

L'article 373-2-10 alinéa 2 du code civil, dispose (dans un style que certains jugeront pour le moins défaillant) qu'« A l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, le juge peut leur proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder ». Il s'agit là d'une mesure incitative, qui ne fait que consacrer une pratique maintenant bien ancrée.

Sénateurs et députés s'accordèrent en revanche pour réclamer dans l'avenir un statut du médiateur familial et des textes assurant le financement de la médiation.

Le principe de coparentalité appelle également des mesures qui assurent la pérennité des liens entre l'enfant et ses deux parents.

B – LA VOLONTE D'ASSURER LA PERENNITE DES LIENS ENTRE L'ENFANT ET SES PARENTS

Dans les faits, la rupture du couple conduit, dans bien des cas, à une rupture brutale ou progressive des liens entre l'enfant et le parent avec lequel il ne vit pas quotidiennement. Il serait certes illusoire de croire qu'une loi puisse résoudre un tel problème. Du moins, le législateur peut poser un certain nombre de principes, supprimer les règles contraires et offrir aux parents les moyens techniques de maintenir leurs relations avec l'enfant.

Dans cette optique, la loi du 4 mars 2002 affirme l'exigence de respect, par les parents comme par les tiers, des droits et devoirs des père et mère.

La loi nouvelle appelle les parents au respect de leurs propres droits et devoirs, mais aussi au respect des droits et devoirs de l'autre parent. Sans doute est-ce pour faire prendre conscience aux parents des droits et des devoirs de chacun que le législateur a décidé qu'il serait désormais fait lecture, lors de la célébration du mariage, des dispositions du nouvel article 371-1 du code civil (article 75 al 1er du nouveau code civil). De même, il est prévu que « Lors de l'acte de reconnaissance, il sera fait lecture à son auteur des articles 371-1 et 371-2 »[310] (article 62 al 5 du nouveau code civil)[311].

Le nouvel article 373-2 alinéa 2 du code civil, dispose : « Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant (...) ». L'affirmation pourrait passer pour un voeu pieux car l'obligation est dépourvue de sanction. Elle reflète cependant l'idée que la fonction parentale est un ensemble de droits et de devoirs indissolublement liés et que les droits de visite et d'hébergement reconnus aux parents sont également la traduction d'un droit de l'enfant à conserver des relations avec ses deux parents[312].

De ce principe, la loi nouvelle fait une application concrète à l'article 373-2-11, 3 : parmi les éléments que le juge est appelé à prendre en considération lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, apparaît désormais « l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs ».

La volonté d'assurer la pérennité des liens entre l'enfant et chacun de ses parents a conduit le législateur du 4 mars 2002 à affirmer, en tête des dispositions relatives à

---

[310] En attendant l'instauration d'une cérémonie civile de reconnaissance, que le ministre délégué à la famille appelait de ses voeux.

[311] Ass. nat., séance du 14 juin 2001, *J.O.* du 15 juin, *Déb. Ass. nat.*, p. 4292 ; Sénat, séance du 21 novembre 2001, J.O. du 22 novembre, *Déb. Sénat*, p. 5331.

[312] Le rapport de Fr Dekeuwer-Defossez, « Rénover le droit de la famille », La documentation française, 1999.

l'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés, que chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant[313] et « respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent ».

De ce principe général, le législateur a tiré plusieurs applications.

Ainsi, l'alinéa 3 du nouvel article 373-2 du code civil édicte une règle assez spectaculaire selon laquelle « Tout changement de résidence de l'un des parents, dès lors qu'il modifie les modalités d'exercice de l'autorité parentale, doit faire l'objet d'une information préalable et en temps utile de l'autre parent. En cas de désaccord, le parent le plus diligent saisit le juge aux affaires familiales qui statue selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant. Le juge répartit les frais de déplacement et ajuste en conséquence le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ».

L'obligation d'information pèse au premier chef sur le parent auprès duquel l'enfant réside habituellement ou qui exerce seul l'autorité parentale : le départ de l'enfant risque, en effet, de remettre en cause l'organisation de ses relations avec l'autre parent, voire de les rendre pratiquement impossibles en cas de déménagement lointain. Mais elle vaut aussi en cas de résidence alternée, dès lors que le déménagement d'un parent perturbe gravement le système adopté, et s'impose également au parent auprès de qui l'enfant ne vit pas habituellement : son éloignement peut, en effet, l'empêcher de respecter ses droits de visite et d'hébergement.

L'information doit être « préalable et en temps utile », selon la formule retenue par le Sénat[314]. En cas de désaccord entre les parents, le juge intervient comme arbitre. Il ne saurait évidemment interdire à un parent de déménager : comme tout citoyen, un parent jouit de la liberté d'aller et venir. En revanche, le juge pourrait être amené à réaménager la situation, en redéfinissant notamment les droits de visite et d'hébergement du parent avec lequel l'enfant ne réside pas habituellement. Eventuellement, il pourrait même modifier la résidence habituelle ou alternée de l'enfant. Le juge peut également aménager les conséquences financières de la nouvelle situation : répartir les frais de déplacement afin d'éviter que le parent resté sur place ne puisse voir son enfant faute de moyens pour financer les trajets ; réajuster le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant pour tenir compte de cette nouvelle charge financière.

---

313 I. Carpart, « L'autorité parentale », *ASH*, 2003 ; Claude Lienhard, « Les nouveaux droits du père après la loi du 4 mars 2002 réfaurmant l'autorité parentale », *Delmas*, Express, 2002.
314 Rapport Laurant Béteille, *Sénat*, n° 71, p. 49, www.senat.fr.

L'obligation d'information préalable ne fait pas directement l'objet de sanction. Sans doute est-ce d'ailleurs préférable[315]. Mais le non-respect de cette obligation peut représenter un élément de poids dans la décision du juge si celui-ci est appelé par l'autre parent à statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Une telle attitude va à l'encontre du principe de coparentalité. Or, le respect par chaque parent des droits et devoirs de l'autre est désormais un des éléments que le juge doit prendre en compte.

De fait, l'article 373-2-11 du code civil dispose que le juge qui statue sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale en cas de séparation des parents doit prendre en considération : « 3°. L'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre ».

En complément, en quelque sorte, le nouvel article 373-2-6 alinéa 2 du code civil, dispose que « Le juge peut prendre les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité des liens de l'enfant avec chacun de ses parents ». En particulier, précise l'alinéa suivant du texte, il peut ordonner l'inscription sur le passeport des parents de l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français sans l'autorisation des deux parents[316].

L'obligation d'assurer la pérennité des relations entre l'enfant et ses père et mère s'imposent donc, au premier chef, aux parents eux-mêmes. Les tiers sont également tenus de la respecter.

Un des axes de réforme dégagé, tant par la commission présidée par Mme Théry que par la commission présidée par Mme Dekeuwer-Défossez, était la construction d'un véritable statut des tiers, particuliers, associations ou organismes publics, appelés à prendre en charge un enfant, à titre provisoire ou de façon plus durable, seul ou en collaboration avec les père et mère ou avec l'un d'eux. Les deux rapports soulignaient, en effet, les lacunes du droit français et la précarité de la situation des tiers. Le problème se pose notamment en cas de recomposition familiale : le conjoint ou concubin du père ou de la mère de l'enfant, qui, d'une façon ou d'une autre, participe à l'éducation de l'enfant, n'a pas d'existence légale. La commission Théry[317], comme la commission Dekeuwer-Défossez[318], avait cependant souligné la difficulté de construire un statut du beau parent, qu'il s'agisse de la diversité des situations et des aspirations, de l'ambiguïté des fondements assignés aux droits et devoirs des beaux-parents ou de la place laissée à « l'autre parent ». Il semblait en fait opportun de construire, non pas un statut spécifique pour le beau parent, mais, plus généralement, un statut du tiers.

---

315 Ibid.
316 Sur cette mesure, cf. infra.
317 I. Théry, « Couple, filiation et parenté aujourd'hui », *La documentation française*, 1998.
318 Ref. cit. n°300.

Dans cette perspective, les propositions de la commission Dekeuwer-Défossez s'articulaient autour de deux idées : permettre, d'une part, une collaboration entre parents et tiers, grâce notamment à un système de mandats et faciliter, d'autre part, la prise en charge de l'enfant par le tiers en permettant au juge de donner de larges pouvoirs au tiers auquel, à titre tout à fait exceptionnel, il déciderait de confier l'enfant (cf. art. 373-3, 2° du code civil) et en assouplissant les règles de la délégation[319].

Trop soucieux d'affirmer les droits des pères et mères, le Parlement a rejeté l'idée d'un statut du tiers. Seule a survécu la refonte des règles de la délégation : il est vrai qu'une réforme était particulièrement nécessaire et que la place des père et mère est désormais préservée par la possibilité d'un partage de l'exercice de l'autorité parentale entre délégant et délégataire.

Certes, la loi du 4 mars 2002 a créé dans le Code civil un nouveau paragraphe intitulé « De l'intervention du tiers », mais il s'agit d'un simple regroupement de dispositions préexistantes plus ou moins retouchées. Il convient, d'ailleurs, de souligner que la principale d'entre elles, l'article 373-3 du Code civil, qui prévoit la possibilité de confier l'enfant à un tiers en cas de décès d'un des parents, a été modifiée dans un sens plutôt restrictif. Le texte est désormais applicable, sans conteste, à toutes les hypothèses de séparation, mais alors que l'ancien alinéa 2 disposait qu'après le décès d'un des parents, le juge « peut toujours » être saisi afin de confier l'enfant à un tiers, la nouvelle rédaction n'ouvre une telle possibilité « qu'à titre exceptionnel et si l'intérêt de l'enfant l'exige », « notamment lorsqu'un des parents est privé de l'exercice de l'autorité parentale ». C'est dire le caractère tout à fait exceptionnel d'une telle mesure. De plus, il est précisé que le tiers doit être choisi de préférence dans la parenté. Or, là encore, l'argument invoqué pour justifier la modification des textes fut la volonté d'affirmer que l'enfant doit, « dans la mesure du possible, demeurer avec ses parents »[320].

Le même souci d'affirmer que l'autorité parentale est l'affaire des pères et mères a conduit le législateur à restreindre aux pères et mères le cercle des personnes pouvant saisir le juge aux affaires familiales à l'effet de statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant (article 373-2-8 nouveau du code civil) ou de modifier lesdites mesures (article 373-2-13 du code civil). Auparavant, une telle possibilité était également ouverte aux membres de la famille[321]. Ces derniers peuvent cependant saisir le ministère public, comme pourrait le faire n'importe

---

319 V. Réf. n°300.
320 Rapport Dolez, *Ass. nat.*, n° 3117, préc., p. 46.
321 Comp., art. 289, C. civ., réd. loi du 22 juillet 1987.

quel tiers (article 373-2-8 et 373-2-13 du code civil). L'initiative de ce déclassement des membres de la famille revient au rapporteur de la commission des lois de l'Assemblée nationale qui, lors de la seconde lecture du texte, fit observer qu'« il n'appartient pas aux grands-parents d'intervenir dans la vie du couple, fût-ce dans l'exercice de l'autorité parentale »[322].

§II – LE RESPECT DE LA PERSONNE DE L'ENFANT

A la différence de la loi du 22 juillet 1987 et de la loi du 8 janvier 1993, la loi du 4 mars 2002 n'a pas été présentée comme un texte consacré aux droits de l'enfant. Certes, la référence aux droits de l'enfant en général et à la Convention Internationale relative aux Droits de l'Enfant (C.I.D.E.) en particulier, est constante ; certes, le principe même de coparentalité passe par la traduction du droit de l'enfant à être élevé par ses deux parents (cf. article 18, 5 et 9, C.I.D.E.). Mais, de ce point de vue, la loi n'apporte pas d'innovations fondamentales, même si elle comporte quelques dispositions importantes.

En un sens, on serait tenté de dire qu'après l'enthousiasme des années 1990, lorsqu'au lendemain de la Convention internationale des droits de l'enfant - la « vogue des droits » de l'enfant semblait devoir bouleverser l'ensemble du droit de la famille - est venu le temps de l'apaisement. Certes, le législateur agit dans le respect des droits de l'enfant et, au-delà, de sa personne ; mais il se garde bien de faire de l'enfant le fondement et la mesure de toute chose. Il semble plutôt vouloir affirmer les droits de l'enfant en tant qu'enfant[323].

Tout à fait significatif à cet égard est, le maintien du terme « d'autorité parentale » ou d'un texte aussi symbolique que l'article 371 du code civil[324]. En vérité, le législateur du 2 mars 2002 semble plus raisonner en termes de respect de la personne de l'enfant (cf. article 371-1 al 2 du code civil) que de droits de l'enfant opposable à tous et au premier chef aux parents.

Cette vision, sans doute plus équilibrée, des rôles et des statuts au sein de la famille se traduit donc moins par la reconnaissance de nouveaux droits à l'enfant (A) que par le renforcement de sa protection (B).

---

322 Rapport Dolez, n° 3435, p. 19.

323 Cf. la déclaration de M. F. Colcombet, au nom du groupe socialiste, en clôture des discussions sur la proposition de loi : « La constitution reconnaît un droit à la famille aux enfants. Pendant très longtemps, nous avons cru qu'il fallait donner aux enfants un avocat, en faire des parties au procès. Nous nous sommes aperçus que c'était une erreur. En fait les enfants ont droit à leurs deux parents, à une vie harmonieuse (...) » (Ass. nat., séance du 21 février 2002, *J.O.* du 22 février, Déb. Ass. nat., p. 1716).

324 H. Fulchiron, « L'autorité parentale rénovée », *Defrénois* 2002, p. 959.

A – LA PROMOTION DES DROITS DE L'ENFANT

Un certain nombre d'avancées a été réalisé : la loi progresse sur le chemin de l'égalité entre enfants (1) et reconnaît à l'enfant de nouveaux droits (2).

1. L'égalité entre enfants

En la matière, la loi relative à l'autorité parentale est en harmonie avec la loi sur le nom patronymique et la loi sur les successions. Elle anticipe, par ailleurs, la loi sur la filiation. Elle assure plus d'égalité entre enfants nés en et hors mariage.

Les nouvelles règles de l'autorité parentale témoignent à elles seules de ce souci d'égalité : neutres dans leur formulation, elles valent pour les enfants nés en mariage comme pour ceux nés hors mariage[325].

Plus généralement, le législateur du 4 mars 2002 a placé en tête des dispositions relatives à la filiation un article 310-1, d'après lequel : « Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux ». Ce texte remplace l'illustre article 334 du code civil qui ouvrait symboliquement les règles de la filiation naturelle ; le législateur ayant programmé la disparition des termes mêmes de filiation légitime et naturelle, l'article 334 de ce code n'avait plus de sens à cette place ; il a donc été abrogé. Ouvert à tous les enfants, le principe posé à l'article 310-1 du code civil ne comporte plus de tempérament puisque l'égalité a été proclamée par la loi du 3 décembre 2001 en matière de successions et de libéralités.

Corrélativement, plusieurs textes ont été « neutralisés » afin de faire disparaître toute mention des termes de filiation légitime ou naturelle : articles 358, 365 et 368 du code civil, en matière d'adoption (article 9 de la loi), article 1072 en matière de libéralité, article 402 en matière de tutelle des mineurs.

---

325 H. Fulchiron, « L'autorité parentale rénovée », *Defrénois* 2002, p. 959 ; A. Gouttenoir-Cornut, « La consécration de la coparentalité par la loi du 4 mars 2002 », *Droit de la famille* 2002, chron. n°24.

2. La reconnaissance de nouveaux droits

La loi consacre deux nouveaux droits de l'enfant. A vrai dire, le premier n'est qu'une reconstruction, sous forme de droit de l'enfant, de dispositions antérieures : le droit de l'enfant à entretenir des relations avec certains proches. Le second constitue une véritable innovation, sur le plan symbolique et pratique : le droit de l'enfant à être associé à sa protection.

Le législateur s'est livré à une réécriture en profondeur de l'article 371-4 du code civil. Le fondement même du texte en sort transformé, qu'il s'agisse des relations entre l'enfant et ses ascendants (article 371-4 al 1er du code civil) ou des relations de l'enfant avec certains tiers, parents ou non (article 371-4 al 2 du code civil).

Le nouvel article 371-4 alinéa 1er du code civil, dispose : « L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seuls des motifs graves peuvent faire obstacle à ce droit ». L'innovation est considérable. L'ancien article 371-4 du code civil revêtait, en effet, une formulation négative qui mettait l'accent sur le droit des grands-parents à entretenir des relations avec leurs petits-enfants. Le nouveau texte renverse la perspective : l'enfant a le droit d'entretenir des relations avec ses ascendants[326].

Le nouvel article 371-1 alinéa 3, du code civil, dispose : « Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent selon son âge et son degré de maturité ».

Il s'agit là d'une des dispositions clefs de la réforme de l'autorité parentale, moins par son incidence juridique directe que par l'esprit nouveau qu'elle révèle.

S'inspirant des termes utilisés par l'article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant en matière d'audition de l'enfant, le nouvel article 371-1 alinéa 3, du code civil, revêt un double intérêt : « Symboliquement, une telle règle, inscrite parmi les textes placés en tête des dispositions relatives à l'autorité parentale, permettrait de bien marquer la place de l'enfant : l'enfant n'est pas seulement un sujet passif de protection, mais aussi, au fur et à mesure qu'il grandit, acteur dans l'oeuvre d'éducation menée par ses parents. L'enfant n'est cependant pas une personne qui se trouverait à égalité (au sens d'égalité de droits et de devoirs) avec ses père et mère : l'enfant reste un enfant, que ses père et mère associent aux décisions qu'ils prennent eux-mêmes, selon son âge et son degré de maturité, afin de le rendre peu à peu autonome »[327].

---

[326] Rexand-Pourias, « Relations entre grands-parents et petits-enfants, depuis la loi u 4 mars 2002 », *JCP* 2003.I.100.

[327] Rapport de la commission Dekeuwer-Défossez, préc., p. 99.

Le texte a reçu un accueil favorable tant au Sénat qu'à l'Assemblée nationale, car il semble réaliser l'équilibre « des statuts et des places » cher au ministre délégué à la famille[328]. Quelques parlementaires émirent cependant des doutes sur l'effectivité d'une telle disposition[329]. En pratique, le texte « pourrait servir de support aux parents et au juge en cas de conflit familial : lorsque, par exemple, se pose le problème du choix relatif à la religion de l'enfant, à l'orientation de ses études ou au type d'établissement dans lequel il sera éduqué »[330]. Laissant toute liberté aux père et mère, le texte constitue plus une incitation qu'une obligation qui pourrait se traduire par une action en justice.

Au-delà des quelques droits nouveaux reconnus aux enfants, la loi tend surtout à renforcer sa protection.

B – LE RENFORCEMENT DE LA PROTECTION DE L'ENFANT

Le législateur du 4 mars 2002 a saisi l'occasion que lui offrait la proposition de loi qui lui était soumise pour adopter diverses mesures de protection en marge de l'autorité parentale. Les unes concernent tous les enfants : la loi a reconstruit les règles de l'obligation parentale d'entretien (1). Les autres assurent une protection à certains enfants en situation de danger : enfants livrés à la prostitution, enfants victimes d'un enlèvement international, mineurs en zone d'attente (2).

1. La protection générale : la reconstruction des règles de l'obligation parentale d'entretien

L'obligation parentale d'entretien constitue une pièce maîtresse du dispositif de protection de l'enfant. Le lien avec l'autorité parentale est cependant très ambigu. De fait, l'obligation d'entretien est un effet de la filiation. Ses modalités d'exécution peuvent, certes, être affectées par les modalités d'exercice de l'autorité parentale, notamment lorsque l'enfant ne vit pas avec l'un de ses parents. Mais l'obligation d'entretien ne dépend pas plus de l'exercice de l'autorité parentale que l'exercice de l'autorité parentale ne dépend de la bonne exécution par les père et mère de leur obligation d'entretien. En aucune façon, l'obligation d'entretien ne constitue une charge ou une contrepartie de l'exercice de l'autorité parentale. Aussi, est-il regrettable que le législateur ait placé les règles de l'obligation d'entretien au coeur du nouveau dispositif de l'autorité parentale.

---

328 Ass. nat., séance du 14 juin 2001, *J.O.* du 15 juin, Déb. Ass. nat., p. 4263 et suiv.
329 Ibid ; adde les observations de L. Béteille, rapport n° 71, p. 31, www.senat.fr.
330 Rapport de la commission Dekeuwer-Défossez, préc., p. 109.

Le législateur a poursuivi deux objectifs : il a réaffirmé les principes et assoupli les modalités d'exécution de l'obligation.

Jusqu'ici, le régime juridique de l'obligation parentale d'entretien était à la fois partiel et éclaté. Le principe fondateur était posé à l'article 203 du Code civil, au titre des obligations qui naissent du mariage : « Les époux contractent ensemble par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants ». Quelques textes visaient les hypothèses du divorce (article 288 al 1er, article 293 et suiv. du code civil) et de la séparation des parents naturels (article 374 al 5 du code civil). Certes, la jurisprudence avait étendu le bénéfice de l'obligation parentale d'entretien aux enfants naturels, dès lors du moins que leur filiation était établie et le régime de l'obligation parentale d'entretien dans la famille légitime unie ou désunie avait été transposé au profit des enfants nés hors mariage. La jurisprudence avait également précisé le domaine de l'obligation, notamment dans sa durée[331].

Le législateur a souhaité édicter un ensemble de dispositions générales en harmonie avec le nouveau droit de l'autorité parentale. Placé parmi les principes fondamentaux de l'autorité parentale, l'article 371-2 du code civil pose un principe valable pour tous les enfants, qu'ils soient nés en mariage ou hors mariage, que les père et mère soient unis ou désunis et quelles que soient les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Sont énoncés les trois éléments qui permettront de mesurer le montant de l'obligation : ressources du parent débiteur, ressources de l'autre parent, besoins de l'enfant (cf. article 288 anc. du code civil).

La mention de l'obligation parentale d'entretien revient à propos de la convention que les parents séparés soumettraient à l'homologation judiciaire (article 373-2-7 al 1er du code civil) ou de la décision du juge appelé à statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés (article 372-2-9 du code civil). Enfin, les articles 373-2-2 et suivants du code civil, qui reprennent, en les enrichissant, les dispositions des anciens articles 293 et suivants du code civil, constituent, désormais, une sorte de droit commun de l'obligation parentale d'entretien en cas de séparation ; il n'y est plus fait référence à la résidence habituelle de l'enfant ou au parent qui exerce l'autorité parentale, mais seulement à l'autre parent (cf. article 373-2-2 du code civil), ce qui permet d'intégrer l'hypothèse de la résidence alternée.

Restait à savoir qui pourrait agir contre le parent débiteur et à qui serait versée la pension. L'action est ouverte à l'enfant lui-même (hier sur le fondement de l'article 202 du

---

331 V. notamment J. Hauser, « L'établissement et l'entretien des enfants majeurs : une famille à titre onéreux », *Defrénois* 1999, art. 37065, p. 1217 et suiv.

code civil, aujourd'hui, sur le fondement de l'article 371-2 du code civil), mais aussi au parent « qui assume à titre principal la charge de l'enfant majeur qui ne peut lui-même subvenir à ses besoins » : le nouvel article 373-2-5 du code civil a repris la formule de l'ancien article 295 du même code. Dans l'hypothèse où l'action aurait été intentée par le père ou par la mère de l'enfant, l'article 373-2-5 du code civil prévoit désormais que le juge peut décider - ou les parents convenir - que la contribution sera versée en tout ou partie entre les mains de l'enfant. Il s'agit par là de calmer les angoisses du parent qui craindrait que son argent profite plus à son ex-conjoint ou concubin qu'à l'enfant[332], mais aussi, selon le ministre délégué à la famille, de responsabiliser les jeunes[333].

Reste cependant possible le versement d'une somme d'argent entre les mains d'un organisme accrédité chargé d'accorder en contrepartie à l'enfant une rente indexée, l'abandon de biens en usufruit ou l'affectation de biens productifs de revenus. Dans ces différentes hypothèses, en effet, on retrouve l'idée de mise à disposition temporaire d'un bien ou de versement périodique (fût-il indirect) d'une somme d'argent au profit de l'enfant. Le nouvel article 373-2-4 du code civil précise d'ailleurs qu'un complément peut être demandé ultérieurement, notamment sous forme de pension alimentaire : tout autre modalité reste donc envisageable[334].

2. Les protections spécifiques

En marge de l'autorité parentale proprement dite, le législateur du 4 mars 2002 a souhaité assurer la protection de certains enfants confrontés à de graves dangers ou difficultés. Les mesures adoptées ne figuraient pas dans la proposition de loi : il s'agit de « cavaliers », d'initiative gouvernementale ou parlementaire, sur des sujets particulièrement sensibles.

En introduisant, un ensemble de dispositions relatives à la prostitution des mineurs, le gouvernement a entendu montrer sa détermination à lutter contre « une réalité sociale indigne d'une société démocratique respectueuse des droits de l'homme et soucieuse d'assurer de façon aussi efficace que possible la protection de l'enfance »[335]. Les dispositions nouvelles visent la prostitution de mineurs, tant en France qu'à l'étranger.

On s'intéressera particulièrement aux dispositions relatives aux enlèvements d'enfants.

---

332 Rapport Béteille, n° 71, préc., p. 53, www.senat.fr.
333 Cf. les déclarations du ministre délégué à la famille, Sénat, séance du 21 novembre 2001, *J.O.* du 22 novembre, Déb. Sénat, p. 5325.
334 Cf. Rapport Dolez, n° 3117, p. 46.
335 M.-L. Lebranchu, Sénat, séance du 21 novembre 2001, *J.O.* du 22 novembre, p. 5336.

L'ensemble des dispositions relatives à la protection de l'enfant contre les enlèvements a été introduit par voie d'amendement, à l'initiative notamment de M. Cardo. Elles sont intimement liées au principe de coparentalité, tant il est vrai que lorsqu'il est commis par un des parents, un enlèvement va à l'encontre de la volonté du législateur d'assurer la permanence et la pérennité des liens entre l'enfant et ses deux parents, dans le respect par chacun des droits de l'autre.

Par différentes mesures tendant à prévenir, à sanctionner et à traiter plus rationnellement un enlèvement international, le législateur entend renforcer l'efficacité des instruments internationaux qui existent en la matière.

Au titre de la prévention, le nouvel article 373-2-6 du code civil dispose que le juge peut ordonner l'inscription sur le passeport des parents de l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français, sans l'autorisation de ses deux parents.

Cette initiative du Sénat fut favorablement accueillie en seconde lecture par l'Assemblée nationale. Celle-ci élargit même le propos par une disposition de principe selon laquelle le juge peut prendre les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents. On pourrait cependant s'interroger sur l'efficacité de ce texte : l'interdiction du territoire relève des pouvoirs généraux dont dispose le juge, et son efficacité est plus que limitée dans l'espace Schengen[336].

Les sanctions de la non-représentation (article 227-5 du code pénal) et de la soustraction d'enfant (article 227-7 du code pénal) ont, quant à elles, été renforcées. Selon l'article 16 de la loi du 4 mars 2002, les peines visées à l'article 227-9 du code pénal passent de 30 000 € à 45 000 € (et de deux ans à trois ans d'emprisonnement), lorsque « l'enfant mineur est retenu au-delà de cinq jours sans que ceux qui ont le droit de réclamer qu'il leur soit représenté sachent où il se trouve » et, surtout, « si l'enfant mineur est retenu indûment hors du territoire de la République ». Introduites par le Sénat en seconde lecture, ces dispositions ont été présentées comme une conséquence de la loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes (article 143-1 du code proc. pén.), qui précise qu'une mesure de détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que si la personne mise en examen encourt une peine correctionnelle d'une durée égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement : jusqu'ici, l'auteur des infractions visées était

[336] Cf. en ce sens, les observations de L. Béteille, Sénat, séance du 14 février 2002, *J.O.* du 15 février, Déb. Sénat, p. 1401.

passible de deux ans d'emprisonnement alors qu'il peut être très utile de placer le parent auteur du rapt en détention provisoire[337].

En revanche, le législateur a refusé d'attacher comme sanction à l'enlèvement vers l'étranger la privation automatique de l'exercice de l'autorité parentale. A l'initiative de M. Cardo, l'Assemblée nationale avait, en effet, ajouté à l'article 373 du code civil un alinéa[338] selon lequel : « est privé de l'exercice de l'autorité parentale le père ou la mère (...) s'il s'est rendu coupable d'un déplacement illicite de l'enfant vers l'étranger ». Le Sénat s'y opposa[339], une telle disposition risquait non seulement d'être une source de blocages, car elle rendrait plus difficile le retour de l'enfant, mais encore pourrait se retourner « contre les parents français résidant à l'étranger qui souhaiteraient rapatrier leurs enfants vers la France ».

Plus efficace encore pourrait être la spécialisation des juridictions prévue aux articles 20 et 21 de la loi. L'initiative en revient, là encore, à M. Cardo[340].

Selon le nouvel article 312-1-1 du code de l'organisation judiciaire, « Le siège et le ressort des tribunaux de grande instance compétents pour connaître des actions engagées sur le fondement des dispositions des instruments internationaux et communautaires relatives au déplacement illicite international d'enfants sont fixés par décret en Conseil d'Etat. Il existe un seul tribunal compétent par Cour d'appel ». Selon le garde des Sceaux, il devrait s'agir du tribunal de grande instance du siège de chaque Cour d'appel[341].

Parallèlement, le nouvel article 226-1 du code de l'organisation judiciaire dispose : « Le magistrat visé au premier alinéa de l'article L. 223-2 » (i.e. : le conseiller délégué à la protection de l'enfance) « ou son remplaçant désigné conformément au deuxième alinéa du même article, siège dans la formation de la Cour d'appel qui statue sur les recours formés contre la décision rendue en première instance (...) ». L'alinéa 2 du texte prévoit également une spécialisation du parquet.

A l'origine, cette spécialisation des magistrats ne concernait que les procédures mises en place par la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants[342]. Elle a été étendue par le Sénat à l'ensemble des conventions internationales et des instruments internationaux communautaires applicables aux enlèvements internationaux[343].

---

337 Cf. Sénat, séance du 14 février 2002, *eod. loc.*, p. 1424.
338 Ass. nat., séance du 11 décembre 2001, *J.O.* du 12 décembre, Déb. Ass. nat., p. 9250.
339 Rapport Béteille, n° 209, p. 28.
340 Ass. nat., séance du 11 décembre 2001, *eod. loc.*, p. 9269.
341 Ass. nat., séance du 11 décembre 2001, *J.O.* du 12 décembre, Déb. Ass. nat., p. 9270.
342 Ass. nat., séance du 11 décembre 2001, *J.O.* du 12 décembre, p. 9269.
343 Rapport Béteille, n° 209, p. 63, www.senat.fr.

Le principe même d'une spécialisation des juridictions en matière de déplacement illicite international mérite d'être approuvé. De fait, les mécanismes de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sont complexes et souvent mal connus ; de plus, le principe de retour immédiat mis en place par le texte répond à une logique particulière, celle du retour au statu quo avant toute décision au fond, et donc avant toute appréciation de la situation in concreto, ce qui va à l'encontre de la démarche habituellement suivie par le juge de la famille. La spécialisation s'accorde également avec les exigences de rapidité qui découlent des textes. Elle devrait permettre de développer les contacts personnels entre magistrats français et étrangers, ce qui pourrait contribuer à instaurer entre juges un climat de confiance. La spécialisation a d'ailleurs fait ses preuves en Angleterre et en Ecosse (où l'application de la Convention de La Haye paraît particulièrement efficace) et semble commencer à porter ses fruits en Allemagne[344].

On peut être plus dubitatif, en revanche, au sujet de l'extension de la compétence de ces juridictions à l'ensemble des conventions internationales ou des instruments communautaires applicables en matière d'enlèvement d'enfants.

L'ensemble des dispositions de la loi du 4 mars 2002 est d'application immédiate. En particulier, les articles 1 à 10 de la loi (id est : les dispositions réformant l'autorité parentale et la filiation), sont applicables aux instances en cours qui n'ont pas donné lieu à une décision passée en force de chose jugée, ce qui devrait assurer une diffusion rapide de la résidence alternée (article 11 de la loi). L'article 11-II précise que les dispositions de l'article 372 nouveau du code civil, qui édicte les nouvelles règles d'exercice de l'autorité parentale, « sont applicables aux enfants nés antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente loi, dès lors qu'ils ont été reconnus par leur père et mère dans l'année de leur naissance ». L'enfant né hors mariage bénéficiera donc de l'exercice en commun de l'autorité parentale dès lors que sa filiation a été établie dans l'année de sa naissance, qu'il soit né avant 2002, avant 1993 ou avant 1987. Le passage à l'exercice en commun de l'autorité parentale est automatique : nulle démarche n'est nécessaire, sinon pour organiser la situation nouvelle.

La loi du 4 mars 2002 n'est certes pas une loi révolutionnaire. Si elle n'était pas indispensable, du moins est-elle utile, en ce qu'elle assure la restructuration des règles de l'autorité parentale en un ensemble cohérent et pose un certain nombre de principes essentiels. Pièce importante des réformes du droit de la famille, elle anticipe une réforme

[344] Rapport de la commission de médiation franco-allemande, ministère de la Justice, mai 2002.

qui paraît, elle, fondamentale : la réforme du droit de la filiation. Puisse le législateur poursuivre son effort.

CHAPITRE II : A LA RECHERCHE DE SOLUTIONS NOUVELLES

Toutes les complications étudiées jusque là sont d'autant plus mal vécues qu'elles ont lieu entre deux pays européens. Comment la construction européenne peut-elle admettre la persistance de décisions strictement opposées en la matière, chaque juge tendant à attribuer la garde de l'enfant au parent « compatriote » ? Lorsqu'une telle situation se produit, il n'est pas rare qu'un des deux parents entreprenne d'enlever son enfant pour venir se placer sous la protection de « leurs » juges. L'accroissement du nombre de couples mixtes mariés et non mariés ne peut aboutir qu'à une multiplication de ces coups de force, accentuée actuellement par l'éclatement des frontières et l'élargissement de l'Europe.

Face à ce problème, une certaine convergence des systèmes juridiques européens est en cours. Des phénomènes identiques (égalité homme femme, précarisation du mariage et des couples, multiplication des familles hors mariage et des familles recomposées) poussent ces systèmes dans des directions semblables. De plus, au niveau international et communautaire, les normes de toutes natures relatives à l'enfant et à sa famille se multiplient, qu'il s'agisse de conventions internationales, de règlements européens ou de recommandations de l'ONU. Malgré leur diversité, ces normes font apparaître un certain nombre de principes communs : droit de l'enfant à une famille, primauté du rôle de la famille par rapport aux autorités administratives, politiques ou judiciaires, droit de l'enfant à être élevé par ses parents et de conserver des relations personnelles avec chacun d'eux, prise en considération de l'avis de l'enfant dans toutes les procédures le concernant.

Un droit international, en particulier européen, se met ainsi en place par le biais d'instruments juridiques communs à toute l'Europe. Parmi ses instruments, mentionnons par exemple : la Convention de Bruxelles du 28 mai 1968 dans le domaine particulier des obligations alimentaires, l'initiative de la République française en vue de l'adoption du règlement du Conseil relatif à l'exécution des décisions concernant le droit de visite des enfants ; la proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de responsabilité parentale ; la décision du Conseil autorisant les Etats membres à signer dans l'intérêt de la communauté européenne la Convention de La Haye de 1996 concentrant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de

mesure de protection des enfants ; le règlement (CE) n°1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale dit règlement « Bruxelles II » ; le règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit règlement « Bruxelles I » ; le règlement CE n°2201/2003 du 27 novembre 2003 concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, dit règlement « Bruxelles II bis ». Enfin, nombre d'instruments internationaux relatifs à la protection de l'enfance, en général, et à la lutte conte les enlèvements d'enfants, en particulier, ont été élaborés au cours des vint cinq dernières années. Mentionnons, en particulier, la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international, ainsi que la Convention de Luxembourg du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants, et certains instruments bilatéraux comme la Convention franco-algérienne de juin 1988, qui on fait objet de développements tout au long de ce travail.

En dépit de cette convergence, des blocages et des difficultés de coopération persistent. C'est la nature et l'origine de ces blocages qu'il convient de neutraliser, afin d'aboutir à des solutions éventuelles impliquant l'ensemble des praticiens des affaires d'enlèvements internationaux d'enfants, juges, administrations, autorités centrales, avocats, travailleurs sociaux, services de police, consulats... Il apparaît que nombre de conflits ont pour origine une incompréhension et, dans une certaine mesure, une méfiance mutuelle entre les acteurs des différents pays. C'est cette incompréhension, favorisée par une méconnaissance réciproque des systèmes juridiques en présence et par une large ignorance des méthodes, des principes, des « logiques » juridiques, judiciaires et administratives propres à chaque pays, qu'il convient de dissiper.

Une meilleure information, un approfondissement de la collaboration internationale, une amélioration éventuelle dans les pratiques internationales (section I) ainsi qu'un développement des solutions amiables et un renforcement des droits de l'enfant et des relations de ce dernier avec ses parents devraient permettre d'y remédier (section II).

SECTION I : VERS UNE MEILLEURE INFORMATION, UN APPROFONDISSEMENT DE LA COLLABORATION INTERNATIONALE ET UNE AMELIORATION EVENTUELLE DANS LES PRATIQUES INTERNATIONALES

Pour que le processus d'aide aux victimes des enlèvements internationaux d'enfants soit efficace et qu'il puisse aboutir à des résultats concluants, il faudra renforcer les principaux acteurs de la protection (§I), développer la prévention contre les enlèvements (§II), faciliter la coopération internationale (§III) et enfin, assurer l'harmonisation des pratiques internationales (§IV),

§I – RENFORCER LES PRINCIPAUX ACTEURS DE LA PROTECTION

Les principaux acteurs de la protection et de la garantie d'un bon fonctionnement du processus, sont les autorités centrales (A), les magistrats (B), ainsi que les avocats (C).

A – LES AUTORITES CENTRALES

La Convention de La Haye de 1980 prévoit que « chaque Etat contractant désigne une autorité centrale chargée de satisfaire aux obligations qui lui sont imposées par la Convention » (article 6). En pratique, chaque pays a adopté une organisation conforme à ses propres traditions judiciaires.

La bonne application de la Convention dépend de la rapidité de réaction des autorités centrales aux demandes qui leur sont faites. Elles doivent de ce fait pouvoir aisément communiquer entre elles (grâce aux nouvelles technologies) et être disponibles vingt-quatre heures sur vingt-quatre (par le bais des permanences). Enfin, elles doivent disposer du personnel suffisant et qualifié pour faire face à toutes les demandes. Sur ce dernier point, les insuffisances sont souvent criantes.

Certes les autorités centrales font un travail remarquable, cependant, beaucoup reste à faire pour être efficace et plus rapide.

B – LES MAGISTRATS

Les magistrats chargés des questions relatives aux enlèvements internationaux d'enfants tendent à se spécialiser de plus en plus. Cette spécialisation présente de nombreux atouts. Elle permet une meilleure appréhension des mécanismes du droit international privé, en général, et ceux de la Convention de La Haye, en particulier, et accélérer ainsi la solution des litiges, car les juges connaissent les ressorts de cette Convention. De plus, leur jurisprudence est connue des différents intervenants, notamment des avocats, ce qui permet à ces derniers de favoriser le règlement amiable des conflits. Enfin, elle facilite la formation et l'information des juges : il est inutile de former un grand nombre de magistrats dès lors qu'un petit nombre suffit.

De même, l'existence de juridictions spécialisées peut permettre d'améliorer le fonctionnement des autorités centrales. Ces dernières auraient face à elles des interlocuteurs privilégiés connaissant parfaitement les impératifs de célérité et de respect scrupuleux du champ d'intervention imparti aux différentes juridictions[345]. Les mécanismes de « permanence », évoqués précédemment, prendraient ici tout leur sens. Les liens entre magistrats des différents pays sont certainement un facteur déterminant dans le développement des contacts directs entre juges.

Cette spécialisation doit toutefois tenir compte de la différence des systèmes juridiques. Elle est parfaitement compatible avec la tradition de *common law* pratiquée en Angleterre. Elle l'est moins avec la tradition « romano-germanique » de pays comme la France. Dans ces pays de droit écrit, fondés sur le modèle accusatoire, la spécialisation du juge peut faire craindre une trop grande personnalisation du système[346].

La spécialisation des magistrats implique une formation approfondie. Cette formation devrait porter à la fois sur les principes généraux du droit international privé, sur le droit conventionnel et communautaire de la coopération judiciaire internationale et sur le droit comparé. Des sessions de formation nationales et internationales sont dès lors indispensables.

En outre, un soutien devrait être apporté aux rencontres ou colloques internationaux organisés sur la question des enlèvements d'enfants, par des Universités, des

---

[345] Notamment en ce que la Convention de La Haye interdit aux juridictions saisies d'une demande de retour de statuer au fond.

[346] Voir en ce sens, l'opinion de Mme Celeyron-Bouillot, juge aux affaires familiales au tribunal de grande instance de Lyon : *La lettre des juges*, été 2002, vol. IV, p. 8.

organismes internationaux ou des associations, surtout si elles associent aux magistrats des professionnels et chercheurs de toutes disciplines et tous pays. Le développement de contacts directs doit enfin être encouragé.

C – Les avocats

Les autorités centrales doivent prendre toutes les mesures appropriées « pour accorder ou faciliter, le cas échéant, l'obtention de l'assistance judiciaire et juridique, y compris la participation d'un avocat » (article 7g de la Convention de La Haye). Ces derniers jouent un rôle essentiel dans l'ensemble de la procédure, soit pour favoriser l'application de la Convention et la recherche d'un règlement amiable aux côtés de l'autorité centrale, soit pour prendre lui-même en charge l'ensemble de la procédure en lieu et place de l'autorité centrale.

Pour des raisons d'efficacité, il serait opportun que le requérant puisse choisir lui-même son propre avocat, éventuellement à partir de listes préalablement établies d'avocats spécialisés et disponibles auprès de l'autorité centrale, du ministère des Affaires étrangères, ou des autorités consulaires.

Le rôle de l'avocat est de répondre aux interrogations des parties, aussi bien sur le déroulement de la procédure que sur l'issue possible du litige. Ce dernier point est essentiel car il peut favoriser l'obtention d'un règlement amiable. De fait, l'avocat n'est pas seulement le représentant de l'une des parties, mais un véritable auxiliaire de justice faisant le lien entre l'autorité centrale et son client.

En informant leur client, auteur de l'enlèvement, des difficultés pour lui d'obtenir gain de cause, les avocats sont fréquemment à l'origine d'un accord entre les parties permettant un retour volontaire de l'enfant enlevé. Les avocats assurent ainsi un véritable rôle de filtrage du recours aux juridictions. Toutefois, la rapidité de mise en œuvre de la procédure judiciaire prive souvent les avocats du délai nécessaire pour recourir à la médiation. De plus, un avocat doit avant tout défendre les intérêts de son client, ce qui conduit à s'interroger sur son impartialité, particulièrement au regard des intérêts de l'enfant.

Une bonne application de la Convention de La Haye dépend de l'existence d'avocats spécialisés en nombre suffisant. Il apparaît malheureusement que le nombre de ces avocats est généralement trop faible. De plus, les lacunes dans la formation initiale des avocats en droit international privé sont fréquemment accentuées par le manque de

pratique. Pour une meilleure application de la Convention, la spécialisation des avocats devrait être généralisée à tous les Etats ayant ratifié ou adhéré à la Convention.

Un avocat a un « prix » souvent proportionnel à son degré de spécialisation. Le montant de l'aide juridictionnelle, lui, varie selon les Etats, et le plafonnement ne permet pas de couvrir les frais importants engagés dans ce type de procédure. De plus, les avocats commis d'office ne sont pas toujours motivés par une procédure qui nécessite de leur part un investissement en temps et en argent, sans véritable contrepartie. Une réévaluation de la rémunération des avocats assurerait sans nul doute une meilleure application de la Convention.

§II – PREVENIR LES DEPLACEMENTS ILLICTES

Pour déterminer les solutions éventuelles afin de remédier aux déplacements illicites (B) il convient de constater les disfonctionnements et les ambiguïtés déjà existantes (A).

A – LE CONSTAT

En matière d'enlèvement, les mesures préventives sont parfois utiles : elles contribuent souvent à apaiser la crise ou à dissuader un parent de passer à l'acte. Leur examen révèle pourtant un décalage entre le résultat qu'elles sont censées atteindre et celui qui est effectivement obtenu.

1. Diversité et efficacité des mesures préventives

Une première mesure consistait à tenter de limiter les déplacements de l'enfant en dehors du territoire national. L'abolition des contrôles aux frontières dans l'espace Schengen a rendu cette mesure inutile, sauf à imaginer un rétablissement des contrôles et une meilleure coopération policière transfrontière.

Deux autres mesures consistent à encadrer les relations personnelles entre parents et enfants, en limitant les droits de garde ou de visite. La première mesure dépend toutefois, pour être dissuasive, de l'efficacité de la coopération judiciaire entre Etats qui, en cas de rétention de l'enfant par le parent gardien, peut seule garantir le retour effectif de l'enfant. La seconde est quant à elle discutable, en ce qu'elle impose au parent titulaire du

droit de visite une contrainte telle qu'elle peut avoir des effets contre-productifs. (v. infra 2.)

Les autres mesures ne sont pas à proprement parler préventives : elles ne constitueraient pas un obstacle effectif au déplacement illicite si un parent décidait d'y avoir recours. Mais elles peuvent avoir un effet dissuasif en diminuant l'intérêt du déplacement illicite pour son auteur. Le juge peut, par exemple, au moment de statuer sur la répartition des prérogatives entre les parents, prononcer une astreinte pour le cas où l'un des parents déciderait de déplacer illicitement l'enfant, soit que le gardien tente de soustraire l'enfant à la visite de l'autre parent, soit que le titulaire du droit de visite tente de retenir l'enfant. Son efficacité dépend toutefois de l'importance de l'astreinte et de l'existence de biens susceptibles d'être saisis dans le pays de résidence habituelle de l'enfant. En dépit de ces réserves, le caractère dissuasif de l'astreinte est globalement avéré.

2. L'ambiguïté des mesures préventives

La notion même de mesures préventives pose problème. Comment apprécier le risque de déplacement illicite, et comment faire en sorte que de telles mesures ne se révèlent finalement contre-productives en ce qu'elles risqueraient de provoquer l'enlèvement qu'elles étaient censées empêcher ?

Faut-il d'abord considérer que chaque séparation conflictuelle d'un couple mixte crée un risque d'enlèvement ? Le seuil au-delà duquel on passe du simple soupçon au risque réel est par définition incertain. Or, les mesures préventives n'auront aucun effet si leur fondement est contesté. S'il n'existe aucun risque d'enlèvement, elles n'aboutiront qu'à attiser le conflit parental, priver l'enfant de l'un de ses parents, voire créer un risque d'enlèvement qui n'existait pas auparavant.

Il est extrêmement difficile de définir a priori la notion de risque d'enlèvement. La présence d'un intermédiaire neutre, capable d'évaluer la situation, permettrait peut-être de remédier à la relative inefficacité des mesures préventives.

B – LES PERSPECTIVES

1. La nécessité d'une meilleure coopération internationale

L'amélioration des mesures préventives passe d'abord par la coopération internationale. La capacité des Etats à dissuader les enlèvements est directement liée à

l'efficacité de la procédure de retour de l'enfant dans les Etats concernés. En fonction de l'efficacité de la coopération internationale et du mécanisme de retour en vigueur, le parent concerné hésitera ou non à mettre à exécution son projet d'enlèvement.

De même, si une décision relative à la garde obtient rapidement l'exequatur dans le pays où le droit de visite transfrontière doit s'exercer, le titulaire du droit de visite pourra plus difficilement profiter d'une éventuelle rétention de l'enfant. L'effectivité du droit de garde dépend donc de ce que le droit de visite ne dégénère pas en rétention de l'enfant par le parent qui en bénéficie. Mais il faut également garantir l'effectivité du droit de visite. Là encore, la solution réside dans une meilleure coopération entre Etats.

Il faut donc maximiser la coopération internationale. Le règlement communautaire « Bruxelles II » du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs permet déjà une telle coopération entre les Etats membres de l'Union Européenne au sujet des enfants dont les parents ont fait l'objet d'une procédure de divorce, séparation de corps ou annulation du mariage. Le règlement « Bruxelles II bis » a pour ambition d'élargir cette coopération à toutes décisions en matière de responsabilité parentale, ce qui devrait permettre de mieux prévenir les déplacements illicites.

2. La reconnaissance des droits et des devoirs de chacun

La prévention effective des enlèvements suppose le respect par chacun de ses droits et ses devoirs. Cela passe par la conciliation de trois intérêts distincts : ceux de chacun des deux parents et celui de l'enfant. Les Conventions internationales tendent à privilégier les droits de l'enfant, tout en cherchant à ce que les parents respectent leurs devoirs. L'équilibre entre ces intérêts parfois contradictoires est difficile à réaliser, mais absolument primordial pour permettre à l'enfant de continuer à voir ses deux parents.

Pour cela, le droit de visite transfrontière doit être accordé aussi souvent que possible. En l'état actuel des textes, la garantie de ce droit reste insuffisante, ce qui contribue au risque d'enlèvement.

Une solution a été trouvée pour la Convention franco-algérienne du 21 juin 1988. Celle-ci pose en principe qu'un droit de visite transfrontière doit être accordé au parent non gardien. Bien qu'applicable aux seuls enfants légitimes des couples franco-algériens, cette Convention fournit un modèle potentiellement généralisable.

Enfin, il est primordial de développer la médiation. La médiation s'applique en principe aux déplacements illicites ayant déjà eu lieu. Une médiation préventive, par le biais

d'une personne neutre ou d'une association, est toutefois envisageable pour mieux prévenir les conflits.

§III – FACILITER LA COOPERATION INTERNATIONALE

Dans l'objectif de faciliter la coopération internationale, il faut surmonter toutes les difficultés techniques de cette coopération (A) et maintenir un climat favorable de contacts directs entre les différents acteurs (B).

A – SURMONTER LES DIFFICULTES TECHNIQUES DE LA COOPERATION INTERNATIONALE

La question de la représentation du requérant :

Les textes internationaux relatifs au retour de l'enfant dans son pays d'origine ou au droit de visite transfrontière ne s'intéressent qu'à la question des éventuels frais d'avocat. C'est aux Etats qu'il appartient donc de déterminer si la présence d'un avocat auprès du requérant dans ce genre d'affaire sera ou non obligatoire. Il est certain que la situation d'un requérant face à un tribunal étranger, obligé de défendre sa requête dans une langue inconnue et dans un cadre juridique qu'il ne maîtrise aucunement, n'est guère enviable. Cette situation est d'autant plus dommageable que les intérêts de l'enfant, placés par les Conventions internationales au centre de la procédure, sont directement en jeu. Au-delà de la coopération, c'est une certaine harmonisation des législations, pour ce qui est du moins des procédures liées à ces textes internationaux, qui paraît souhaitable afin que les instances se déroulent dans les mêmes conditions dans tous les pays.

La question du choix de l'avocat se pose dès lors que le requérant a décidé d'être représenté par un avocat ou qu'il est obligé d'en avoir un. Les procédures, en matière de conflits familiaux transfrontaliers, sont très particulières. La reconnaissance des mécanismes internationaux requiert un travail important alors même que les actions doivent être menées le plus rapidement possible, dans l'intérêt des enfants. La spécialisation de certains avocats dans ce domaine paraît donc souhaitable. En outre, il serait fort utile pour le requérant de pouvoir obtenir de l'autorité centrale une liste des avocats spécialisés dans ce domaine avec l'indication des langues qu'ils parlent. Cela lui permettrait de choisir l'avocat le plus à même de l'aider dans ses démarches.

Le problème de la rémunération des avocats :

Les frais de procédure, frais d'avocats inclus, doivent en principe être pris en charge par les Etats contractants[347]. Toutefois, la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 relative aux aspects civils de l'enlèvement international d'enfants offre aux Etats contractants la possibilité d'émettre une réserve sur ce point si leur système d'assistance judiciaire et juridique peut couvrir ces frais ; cette réserve a été souscrite par de nombreux Etats européens. Dans ces conditions, les requérants règlent eux-mêmes leurs honoraires d'avocats. Le système de l'assistance judiciaire de l'Etat requis est ici le seul recours dont dispose le requérant pour bénéficier d'une aide financière au paiement des frais d'avocat.

Cette solution comporte plusieurs défauts. D'abord, les systèmes d'aide judiciaire et leurs conditions d'attribution sont propres à chaque pays. L'appréciation des ressources du requérant se faisant, non pas par rapport au revenu moyen dans son propre pays mais dans le pays requis, il peut en résulter d'importantes « disparités de pouvoir d'achat » et des difficultés financières parfois insurmontables. Ensuite, le montant des honoraires perçus par l'avocat peut fortement varier selon qu'il est rémunéré directement par son client ou par l'aide judiciaire. Or, la tâche des avocats dans ce type de litiges est très complexe et demande de nombreuses heures de travail.

Dans ces conditions, un barème d'indemnisation différent de celui applicable aux affaires purement internes, et permettant de rémunérer l'avocat à la hauteur de ses efforts, semble s'imposer. Enfin, le système actuel de mise en œuvre de l'aide judiciaire dans le cadre de conflits familiaux internationaux ne semble pas pleinement satisfaisant. Les procédures de retour des enfants et celles visant à l'exercice d'un droit de visite transfrontière occasionnent, en effet, des frais supplémentaires par rapport à une procédure purement interne. Les budgets des Etats membres étant inégaux et leurs priorités budgétaires différentes, ils ne peuvent tous accorder autant d'importance à ce poste de crédit et ne sont pas tous en mesure d'assumer intégralement cette charge, ce qui signifie que l'aide financière varie considérablement d'un pays à l'autre. Là encore, les considérations financières peuvent entraver le bon fonctionnement des instruments internationaux.

La seule solution satisfaisante à ces problèmes de rémunération des avocats semble être la création d'un système d'aide judiciaire supra-nationale par le biais d'un organisme inter-étatique. Le financement de cette institution pourrait être assuré par une cotisation annuelle versée par chaque Etat partie aux Conventions internationales, ce qui permettrait

[347] Article 26 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 et article 5 de la Convention de Luxembourg du 20 mai 1980.

d'alléger le fardeau pesant sur le système d'aide judiciaire interne tout en les rendant plus réactifs. L'expérience mériterait au moins d'être tentée pour l'Union Européenne. A défaut, une harmonisation des critères d'attribution de l'aide judiciaire semble à l'ordre du jour.

Les problèmes de traduction :

La traduction est l'un des facteurs de réussite essentiels pour la coopération internationale en matière de résolution des conflits familiaux internationaux. Il est, en effet, indispensable d'éviter des incompréhensions pouvant entraîner l'échec de la procédure.

L'article 24 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 et les articles 6 et 13 de la Convention de Luxembourg du 20 mai 1980 stipulent que les communications et les documents doivent être envoyés à l'autorité centrale étrangère dans leur langue originale accompagnés d'une traduction en langue étrangère ou au moins d'une traduction en langue française ou anglaise – sans toutefois préciser à qui incombe la réalisation de la traduction. Souvent, le requérant doit faire appel à un traducteur assermenté, ce qui occasionne une peine et un surcoût supplémentaires.

S'agissant des communications entre autorités centrales, quelques problèmes ont été constatés. Elles se déroulent en principe dans la langue de l'autorité centrale destinataire du courrier et, à l'évidence, les personnes membres de l'autorité centrale expéditrice ne peuvent connaître toutes les langues étrangères. Cette évidence, peut cependant, être lourde de conséquences si l'autorité centrale requise ne comprend pas la demande qui lui est formulée. Le retard ainsi occasionné, parfois important, est particulièrement mal venu dans ce genre de litige. L'emploi de l'anglais dans les échanges entre autorités centrales peut dès lors sembler opportun, si les membres de l'autorité centrale expéditrice ne connaissent pas la langue de l'autorité centrale destinataire. Cette solution requiert toutefois une maîtrise suffisante de l'anglais de part et d'autre.

Là encore, une pratique déficiente risque d'entraver le bon déroulement de la procédure. Une formation en langue anglaise des magistrats, des autorités centrales et/ou du personnel administratif de ces autorités a été engagée par certains Etats. Il serait bon de généraliser cette pratique.

Il arrive, par ailleurs, que l'autorité centrale (c'est parfois le cas en Allemagne) ne se considère pas comme saisie et n'entame par conséquent aucune démarche tant qu'elle n'a reçu le formulaire rempli avec sa traduction et celle des pièces nécessaires à la constitution du dossier. Le délai ainsi imparti peut être important. L'obligation de traduction, inévitable pour le bon fonctionnement des instruments internationaux, ne doit pas avoir pour conséquence de rallonger le délai de saisine des autorités et la durée de la procédure. Là

encore, une certaine harmonisation des pratiques paraît souhaitable. Le formulaire type de la procédure étant déjà dans une version plurilingue, il serait utile de généraliser cette procédure.

B – LES CONTACTS DIRECTS

Les contacts directs généraux :

Les contacts directs généraux désignent les contacts entre autorités judiciaires des Etats contractants, hors de toute affaire particulière. On trouve sous ce vocable les séminaires et conférences réunissant les juges des Etats contractants, le réseau international de juges de liaison créé par Lord Justice Thorpe, ainsi que des institutions comme la Convention européenne du 17 juin 1968 relative à l'information sur le droit étranger. Ces contacts directs généraux seront sans doute renforcés dans le cadre du règlement « Bruxelles II bis » ; au plan communautaire existent déjà le RJE (Réseau judiciaire européen)[348], les magistrats de liaison[349] et un réseau européen de formation judiciaire[350]. Ces initiatives, ainsi que l'Eurojust civil aujourd'hui en projet[351], ne pourront être jugées qu'à terme.

Les contacts directs particuliers :

Ils se rapportent à des affaires d'enlèvement particulières. A l'instar des autorités centrales, les autorités judiciaires peuvent alors décider d'entrer en contact, pour surmonter certaines lenteurs inhabituelles ou une éventuelle méconnaissance des règles de compétence juridictionnelle. Ces contacts directs restent généralement assez informels ; leurs résultats sont le plus souvent favorables et sont encouragés par la Convention de La Haye de 1996 (article 8 et 9).

Les contacts directs répondent au souci d'améliorer la compréhension entre les différentes autorités judiciaires.

Les contacts directs généraux (lors de séminaires ou conférences) ne posent aucune difficulté particulière ; tout au plus quelques Etats craignent-ils qu'un juge de liaison ne vienne perturber la répartition initiale des tâches entre juge et autorité centrale, crainte qui peut s'apaiser avec l'expérience. Les contacts directs particuliers rencontrent en revanche de multiples difficultés. Les trois principales sont la diversité linguistique (pas de contacts

---

[348] *JOCE L.* 174, 27 juin 2001, p. 25.
[349] *JOCE L.* 105, 27 avril 1996, p. 1.
[350] P. Rance, O. De Baynast, L'Europe judiciaire, *Dalloz*, 2001, p. 52.
[351] Pour l'Eurojust pénal, *JOCE L.* 63, 6 mars 2002, p. 1.

directs particuliers lorsque les magistrats ne se comprennent pas) ; les problèmes techniques (sécurisation des communications entre juges en charge d'une affaire, désaccord sur le moment où cette communication directe doit intervenir [avant ou après la décision de retour ?], diffusion intégrale des nouvelles technologies d'information et de communication) ; et les écarts culturels (entre les systèmes juridiques privilégiant l'accord amiable et ceux qui ne lui réservent qu'une place limitée). Sur ce dernier point, les différents règlements communautaires devraient toutefois amener un rapprochement progressif des procédures civiles des Etats.

Les contacts directs généraux approuvés par tous : des institutions comme le RJE (Réseau judiciaire européen) et des magistrats de liaison, seront bientôt consacrés par le droit communautaire. Les contacts particuliers le sont beaucoup moins, notamment en raison de la difficulté concrète de déterminer ce qui peut ou ne peut pas être l'objet du contact. Les délais induits par les risques de confusion entre les missions respectives des juges et des autorités centrales risquent par ailleurs de décrédibiliser une procédure prévue à l'origine pour raccourcir les délais. La confiance mutuelle, née des contacts généraux, permettra peut-être d'atténuer ces difficultés.

§IV – ASSURER L'HARMONISATION DES PRATIQUES INTERNATIONALES

Afin d'assurer l'harmonisation des pratiques internationales, une reconnaissance réciproque des systèmes (A) des pratiques conventionnelles (B) ainsi que l'élaboration des pratiques communes (C) sont indispensables.

A – LA RECONNAISSANCE RECIPROQUE DES SYSTEMES

Les difficultés propres aux affaires d'enlèvements d'enfants résultent pour partie d'une triple méconnaissance : méconnaissance des mécanismes de coopération internationale, méconnaissance des systèmes juridiques étrangers, méconnaissance des modalités de mise en œuvre des règles conventionnelles par les autorités qui envisagent souvent la mise en œuvre de ces règles selon leurs concepts. La familiarisation des magistrats de chaque pays aux pratiques des pays voisins, par le biais de séminaires

nationaux ou internationaux[352], de publications et de rencontres internationales, semble le seul moyen de surmonter cette triple méconnaissance. Ce travail est d'autant plus indispensable qu'il permet d'identifier, parmi les « bonnes pratiques » propres à chaque pays, celles qui seront susceptibles d'être copiées par tous (par exemple, les « ordonnances miroirs » et les « *undertakings* ») en tenant compte des différentes règles de procédures nationales. Une formation des magistrats au droit international et comparé semble par ailleurs un préalable indispensable aux échanges sur les pratiques internationales en matière d'enlèvements d'enfants.

B – LA RECONNAISSANCE DES PRATIQUES CONVENTIONNELLES

L'harmonisation des pratiques conventionnelles est nécessaire afin de résoudre au mieux les problèmes d'enlèvements d'enfants. Une telle harmonisation aboutirait idéalement à une unique interprétation des instruments conventionnels : résidence habituelle, garde, droit de visite...Or, il n'existe aucune juridiction ou autorité commune capable d'assurer une telle harmonisation. Les liens établis dans les projets de règlement communautaire entre normes communautaires et règles conventionnelles, voire la création de mécanismes de retour immédiat copiés sur les mécanismes de la Convention de La Haye de 1980, pourraient favoriser à terme l'émergence d'une interprétation unifiée au sein de l'espace européen ; même alors, cette harmonisation ne serait que partielle. Il convient donc de se fier à des mécanismes d'harmonisation « spontanée », c'est-à-dire plus ou moins formels et permettant de dégager un consensus sur l'interprétation des textes pertinents et de privilégier telle ou telle pratique.

Il faut souligner à ce sujet l'œuvre remarquable accomplie par la conférence de droit international privé de La Haye au sujet de la Convention de 1980. Les efforts du bureau permanent de la conférence ont grandement contribué au succès de la Convention. Ces efforts s'articulent autour de quatre axes principaux :

1. Les commissions spéciales réunissant des représentants des différents Etats parties à la Convention. Elles permettent non seulement de faire un bilan de l'application de la Convention, de ses difficultés d'interprétation et des problèmes techniques posés par tel ou tel dossier, mais encore de confronter les expériences, de rapprocher les points de

[352] Par exemple, le séminaire pour juges de la famille français et allemand organisé à Berlin-Genshagen à l'initiative des ministères de la justice français et allemand en septembre 2002, ou le bureau permanent de la conférence de droit international privé de La Haye.

vue et les procédures et de proposer des solutions communes. La dernière commission spéciale (La Haye, septembre 2002) s'est plus particulièrement penchée sur la deuxième partie du *Guide de bonnes pratiques* (Mise en œuvre) qui devrait constituer un instrument, particulièrement efficace, d'harmonisation des pratiques internationales.

2. La création du site INCADAT. Ce site rassemble un grand nombre de décisions rendues sur le fondement de la Convention de La Haye. Ce recueil des données constitue un instrument de connaissance et d'harmonisation des pratiques extrêmement précieux.

3. L'organisation de séminaires de formation pour les juges de différents pays membres.

4. La publication de la revue *La lettre des juges.*

Le travail ainsi accompli par le bureau permanent dans le domaine propre à la Convention de La Haye de 1980 se conjugue avec diverses initiatives institutionnelles ou privées telles que les conférences organisées par des associations spécialisées[353], les sessions de formation de magistrats organisées au niveau national ou international. Ce type de rencontres, tout comme les travaux de recherche sur des domaines spécifiques (par exemple, les relations avec les pays musulmans), doivent assurément être encouragés.

C – L'ELABORATION DE PRATIQUES COMMUNES

L'élaboration de pratiques communes apparaît comme le couronnement des efforts de connaissance réciproque précédemment évoqués. Elle suppose, cependant, que ce travail préalable ait été accompli ; en effet, proposer des « pratiques modèles » n'a aucun sens si les pratiques judiciaires et les systèmes juridiques dans lesquelles elles sont censées s'inscrire n'ont pas été soigneusement analysés dans leur contexte. A cet égard, le *Guide des bonnes pratiques*, élaboré par le bureau permanant de la conférence de droit international privé de La Haye pour l'application de la Convention du 25 octobre 1980, apparaît comme un document exemplaire, qu'il s'agisse du volume 1 relatif aux pratiques des autorités centrales ou du volume 2 consacré à la mise en œuvre de la Convention. Ce guide constitue à la fois un instrument efficace d'innovation et d'harmonisation des pratiques nationales et un creuset favorisant l'émergence de pratiques *vraiment* internationales.

---

[353] Par exemple, International parental child abduction conference, How can a parent and child maintain contact after an abduction to a non-Hague Convention country? Conférence organisée par Reunite, le Collectif de solidarité aux mères des enfants enlevés et la Fondation pour l'enfance, Paris, 28 et 29 octobre 2002.

Il conviendrait que le travail accompli autour de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 soit étendu à l'ensemble des problèmes relatifs aux déplacements d'enfants. La commission européenne a assurément un rôle important à jouer en la matière, non seulement dans le soutien aux actions de formation et aux rencontres internationales, mais aussi dans la mise en œuvre d'un projet tel que celui d'un *Guide européen de la protection de l'enfance contre les enlèvements* intégrant un certain nombre de « bonnes pratiques » et signalant les pratiques à éviter. Dans cette optique, le Réseau Judiciaire Européen en matière civile et commerciale[354] (RJE), est à même de jouer à l'avenir un rôle essentiel.

SECTION II : VERS UN MEILLEUR DEVELOPPEMENT DES SOLUTIONS AMIABLES ET UN RENFORCEMENT DES DROITS DE L'ENFANT ET DES RELATIONS DE CE DERNIER AVEC SES PARENTS

Développer des solutions amiables (§I) afin de garantir un retour des enfants enlevés (§II) en ayant toujours comme priorité le respect des droits de l'enfant (§III) ainsi que le respect des relations personnelles entre l'enfant et ses parents, sont à notre sens les meilleures solutions à ce phénomène qui reste quand même plus de l'ordre familial que celui des Etats.

§I – DEVELOPPER LES SOLUTIONS AMIABLES

La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 prévoit le retour immédiat de tout enfant illicitement déplacé ou retenu hors de son pays de résidence habituelle, et ce dès que les autorités de l'Etat requis constatent la violation du droit de garde. Mais une solution non judiciaire est souvent préférable. C'est pourquoi les autorités centrales sont tenues de « prendre toutes les mesures appropriées pour assurer la remise volontaire de l'enfant ou faciliter une solution amiable » (article 7 al 2c). Autrement dit, « l'autorité centrale de l'Etat

[354] Créé par une décision du 28 mai 2001 (*JOCE L.* 174, 24 juin 2001, p. 25) et entré en fonction début décembre 2002. Ainsi que les conférences d'information annuelles organisées par l'association SOS enlèvements d'enfants, avec la collaboration du sénat, dans les locaux du sénat.

où se trouve l'enfant prendra ou fera prendre toute mesure propre à assurer sa remise volontaire » (article 10).

Pour cela, il faut comme l'affirme le Conseil de l'Europe « promouvoir et améliorer les relations personnelles entre les enfants et leurs parents »[355] et « encourager les parents [...] à parvenir à des accords amiables au sujet des relations personnelles avec [leur enfant], notamment en ayant recours à la médiation familiale et à d'autres moyens de résolution des litiges »[356]. La recherche d'une solution consensuelle est donc prioritaire. En pratique, nombre d'affaires aboutissent à un règlement amiable. Il existe toutefois des différences selon que le conflit porte sur une demande de retour immédiat ou sur une demande de droit de visite, ainsi que selon les pays[357]. Un accord négocié n'est pas toujours possible.

Un bon développement des solutions amiables se concrétise surtout en assurant un bon fonctionnement de la Convention de La Haye (A), ainsi que le déploiement de la médiation familiale internationale (B).

A – Assurer le bon fonctionnement de la Convention

1. Le règlement amiable intervient avant le dépôt de la demande de retour

Dans plusieurs affaires, l'enfant est remis volontairement par le parent défendeur avant le déclenchement de la procédure judiciaire de retour immédiat. Une solution amiable est trouvée entre le moment de la saisine de l'autorité centrale requérante par le parent demandeur et celui du dépôt de la demande de retour immédiat par l'autorité centrale requise, ce qui met immédiatement fin au conflit.

---

355 Convention sur les relations personnelles concernant les enfants, http://Conventions.int/Treaty/FR/projets/enfants.htm.

356 Le rapport explicatif de la Convention sur les relations personnelles concernant les enfants, tel qu'adopté le 3 mai 2002 §61 (http://Conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/contacts-enfants.htm).

357 En France, 31% des dossiers de retour immédiat donnent lieu à un règlement amiable, contre 10% des dossiers de droit de visite. En Allemagne, 33% des affaires de retour immédiat aboutissent à un règlement amiable, contre 18% des affaires de droit de visite. En Espagne, 17% des affaires de retour immédiat aboutissent à un règlement amiable, contre 9% des affaires de droit de visite. En Pologne, 25% des dossiers de retour immédiat donnent lieu à un règlement amiable, contre 36% des dossiers concernant un droit de visite. En Grande-Bretagne, 37% des affaires de retour immédiat aboutissent à un règlement amiable, contre 4% des affaires de droit de visite.

2. Le règlement amiable intervient après le dépôt de la demande de retour

Souvent, le parent défendeur ne choisit de remettre volontairement l'enfant ou de laisser s'exercer le droit de visite qu'après avoir été informé du déclenchement de la procédure. Une fois requise, l'autorité centrale commence par adresser une lettre au parent défendeur demandant la remise volontaire de l'enfant, puis essayer d'établir avec lui un contact direct. Le dépôt officiel de la demande de retour suffit alors à lever les dernières réticences du parent défendeur.

L'expérience démontre que le bon fonctionnement de la Convention de La Haye dans l'Etat requis constitue un critère déterminant dans la réussite d'un accord amiable : dès lors que le retour immédiat ou le rétablissement du droit de visite paraît inéluctable, le défendeur préférera le plus souvent éviter une procédure coûteuse et sans espoir. En revanche, dans les Etats où les mécanismes conventionnels sont déficients, le parent défendeur sera tenté de faire échouer tout règlement amiable, dans l'espoir que les autorités de l'Etat requis lui donneront finalement gain de cause. Le succès des solutions consensuelles passe dès lors par une application dynamique de la Convention de La Haye.

B – DEVELOPPER LA MEDIATION FAMILIALE INTERNATIONALE[358]

1. Affirmer clairement les principes de la médiation

La Convention de La Haye ne consacre que deux dispositions aux règlements amiables (articles 7 al 2c et article 10). Les principes de la médiation familiale internationale se déduisent toutefois des autres règles conventionnelles : l'article 12 al 2, relatif à l'intégration de l'enfant dans son nouveau milieu ; l'article 13 al 1a, selon lequel les efforts de médiation ne valent pas acquiescement au déplacement ou au non-retour ; et l'idée générale selon laquelle la médiation ne doit pas favoriser les manœuvres dilatoires.

La Convention instaure un mécanisme de retour immédiat de l'enfant dès qu'il est constaté qu'un droit de garde a été violé. Mais il y a des exceptions. Ainsi, l'article 12 al 2 affirme que l'autorité judiciaire ou administrative, même saisie après l'expiration d'une

[358] « La médiation familiale en Europe », Acte de la 4e conférence européenne sur le droit de la famille, Palais de l'Europe, Strasbourg, 1er-2 octobre 1998, *éd. Du Conseil de l'Europe.*

période d'un an à partir du déplacement ou du non-retour, doit ordonner le retour de l'enfant à moins qu'il ne soit établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu. Le parent défendeur peut alors s'opposer à la demande de retour immédiat lorsque celle-ci a été introduite plus d'un an après le déplacement ou le non-retour[359]. Certaines juridictions nationales font jouer cet article pour refuser le retour, alors même que la demande a été introduite dans le délai d'un an, en considérant que l'enfant s'est bien intégré dans son nouveau milieu depuis plus d'un an[360].

A la lumière de cet article, on peut craindre que le parent défendeur ne prolonge les négociations relatives au retour volontaire afin de retarder la phase judiciaire de retour immédiat et laisse ainsi s'écouler le délai d'un an. Ce délai pourrait également être mis à profit par le parent défendeur pour cacher l'enfant ou le déplacer à nouveau vers un autre Etat. De telles manœuvres dilatoires aboutiraient à discréditer la Convention de La Haye.

Trois solutions sont envisageables : interpréter strictement l'article 12 al 2 ; inciter les autorités centrales à introduire la demande de retour avant tout début de négociation amiable ; ou instituer une nouvelle procédure d'urgence pour obtenir la nomination rapide d'un médiateur. Dans ce denier cas, la création d'une procédure de référé-médiation se révélerait particulièrement utile : la nomination d'un médiateur familial par le biais d'une procédure de référé, après accord des parents, permettrait d'informer ces derniers sur l'objet et le déroulement de la procédure judiciaire de retour immédiat et de rechercher une solution amiable[361].

2. Diversifier les formes de la médiation

La médiation « interne » peut intervenir pendant ou après la phase judiciaire. Lorsqu'elle intervient pendant, elle ne doit pas entraver le bon déroulement de cette dernière. De ce point de vue, la décision du juge de repousser ou non le prononcé du retour immédiat est déterminante : on peut se demander s'il ne devrait pas déléguer cette mission de médiation à un tiers chaque fois que l'accord entre les parents apparaît incertain.

Des tentatives de médiation sont également régulièrement menées après la phase judiciaire. Il s'agit d'une part de s'assurer que le parent non gardien accepte la décision du juge. Il faut, d'autre part, amener le parent gardien à consentir à ce que l'autre parent puisse exercer convenablement son droit de visite. La médiation postérieure à la décision judiciaire

---

359 Sur le recours à l'article 12§2 pour refuser le retour immédiat, Rapport national français in « Conflit familial, déplacements d'enfants et coopération judiciaire internationale en Europe », p. 222.

360 Pour l'interprétation de l'article 12§2, Rapport national allemand in « Conflit familial, déplacements d'enfants et coopération judiciaire internationale en Europe », rapport précité, p. 110-112.

361 D. Ganancia, « La médiation familiale internationale : une solution d'avenir aux conflits transfrontières », *AJ Famille* 2002, p. 327 et s.

a donc une finalité essentiellement préventive : elle cherche à faire en sorte que le parent qui n'a pas obtenu la garde de l'enfant puisse néanmoins continuer à voir ce dernier. C'est là le meilleur moyen de prévenir toute nouvelle tentative d'enlèvement.

En parallèle, certains pays ont enfin mis en place des structures inter-étatiques, le plus souvent bilatérales, de médiation familiale internationale[362]. Ces structures ont généralement deux missions : faciliter le règlement général des conflits parentaux transfrontaliers ; intervenir dans des cas individuels pour favoriser un règlement amiable. La commission parlementaire franco-allemande de médiation, créée en décembre 1998, peut être citée en exemple.

3. Renforcer les moyens de médiation[363]

La médiation familiale internationale a un coût financier important : il serait souhaitable qu'il pèse, non sur les parents, mais sur les Etats. Deux solutions sont envisageables : soit une prise en charge des frais de médiation familiale internationale au titre de l'assistance judiciaire et juridique (article 7 al 2g de la Convention de La Haye) ; soit un fond international, ou tout au moins européen, directement alimenté par les Etats intéressés.

4. Valoriser les accords de médiation

La médiation familiale internationale n'a d'intérêt que si l'accord de médiation qui en résulte a une force obligatoire pour les parents et est susceptible d'une exécution forcée[364]. Cela justifie la mise en place d'une procédure d'homologation judiciaire de l'accord de médiation, fixant les conditions du retour volontaire de l'enfant ou du rétablissement du droit de visite. Une fois homologué, l'accord de médiation aurait la même autorité qu'une décision judiciaire, à la fois susceptible d'une exécution forcée et pouvant faire l'objet d'une éventuelle modification conventionnelle ou judiciaire.

---

[362] W. Duncan, « A review of existing bilateral agreements and importance of working with non-Hague Convention countries », Conférence internationale sur les enlèvements parentaux transfrontières, 28-29 octobre 2002, *Paris. A.M. Hutchinson*, D. Carter et h. Setricht, « Bilateral Conventions and contact across international borders », Conférence internationale sur les enlèvements parentaux transfrontières, 28-29 octobre 2002, Paris.

[363] S. Taskinen, « Sélection, formation et qualification du médiateur », in *la médiation familiale en Europe*, op. cit., p. 91 et s.

[364] Pour une étude complète sur cette question, M. Loyd, « Le statut des accords de médiation et leur mise en œuvre », in *La médiation familiale en Europe*, op. cot. P. 91 et s.

§II – GARANTIR LA REALITE DU RETOUR DANS LE RESPECT DES INTERETS DE CHACUN

En ayant pour cible de garantir le retour dans le respect des intérêts de chacun, il faut tout d'abord assurer l'exécution de la décision de retour (A), ensuite aménager le retour de l'enfant enlevé (B).

A – L'EXECUTION DE LA DECISION DE RETOUR

1. L'exécution de la décision de retour dans le pays du juge auteur de la décision

L'article 16 de la Convention de La Haye interdit aux autorités administratives ou judiciaires de l'Etat sur le territoire duquel l'enfant enlevé a été déplacé de statuer sur le fond du droit de garde, à moins que les conditions prévues par la Convention pour le retour de l'enfant ne soient pas réunies ou qu'un délai raisonnable se soit écoulé sans qu'une demande en application de la Convention n'ait été faite. Cette règle vise à éviter les décisions contradictoires. L'exécution d'une décision de retour par le pays qui en est l'auteur ne devrait théoriquement pas poser de problème. Pourtant, elle présente fréquemment des difficultés pratiques, dues à l'éloignement géographique des protagonistes et au manque de moyens de pression sur le défendeur, voir à des décisions contradictoires rendues au sein d'un même pays. Il faut également tenir compte de la mauvaise volonté de certaines parties, de la complexité de la procédure judiciaire dans certains Etats et de l'absence physique du parent lésé dans l'Etat où l'enfant a été déplacé. Enfin, la possibilité de contraindre l'auteur de l'enlèvement à se soumettre à la décision ordonnant le retour de l'enfant pose problème ; les mesures coercitives mises à la disposition des juges ne sont hélas pas toujours à la hauteur[365].

En dehors de la médiation, la meilleure solution pour s'assurer du respect d'une éventuelle décision judiciaire de retour consiste sans doute à aménager le retour de l'enfant de manière à préserver les intérêts de chacun. Cela passe généralement par la suppression

[365] La commission spéciale de La Haye a toutefois invité les Etats contractants à faire exécuter sans délai les décisions de retour, précisant que les tribunaux devraient disposer de réelles garanties à cet égard.

des obstacles juridiques : sanctions pénales, interdiction du territoire, etc., de manière à amener le parent qui retient l'enfant à accepter son retour.

2. L'exécution de la décision de retour dans le pays de la résidence habituelle

La présence de deux ordres juridiques signifie ici que la décision de retour n'a pas vocation à s'appliquer directement. Deux solutions existent à cette difficulté. La première repose sur les instruments internationaux garantissant la reconnaissance et l'exécution par chaque pays des décisions prises à l'étranger. La Convention de Luxembourg du 10 mai 1980 est principalement utilisée pour le respect des décisions relatives au droit de visite. Le règlement communautaire dit « Bruxelles II bis », qui remplace depuis juillet 2004 l'ancien règlement « Bruxelles II », comporte une partie relative aux déplacements d'enfants et vient à ce titre étendre la compétence du précédent règlement (d'où des interrogations quant au risque de double emploi par rapport à la Convention, déjà en vigueur, de La Haye de 1980). Enfin, la deuxième Convention de La Haye du 19 octobre 1996, qui traite de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance, de l'exécution en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, entrera en vigueur dans les années à venir. L'ensemble de ces dispositions va dans le sens d'une reconnaissance de plein droit des mesures prises dans les autres Etats contractants, ainsi que d'une procédure allégée pour assurer leur exécution.

La deuxième solution consiste en un certain nombre d'aménagements apportés à la décision de retour, afin de faciliter son exécution et, surtout, de préserver les intérêts de chacun même sans retour au statu quo ante. Ainsi, les juges du pays de retour devraient donner un certain nombre de garanties, tant à l'Etat ayant prononcé le retour de l'enfant qu'au parent fautif afin que ce dernier n'ait rien à redouter d'un retour effectif de l'enfant. De telles mesures préalables ont été envisagées par la commission spéciale de La Haye. Là encore, une bonne coopération entre les autorités de l'Etat refuge et de l'Etat d'origine est indispensable.

Il convient enfin de favoriser l'aménagement des relations personnelles, tant avec le bénéficiaire du droit de garde, qu'entre l'enfant et le parent coupable de l'enlèvement. Si l'auteur du déplacement est persuadé qu'il n'obtiendra à l'issue du retour aucune possibilité de revoir son enfant, il sera sans aucun doute très réticent à rendre ce dernier.

B – L'AMENAGEMENT DU RETOUR DE L'ENFANT

Le retour de l'enfant dans son pays de résidence habituelle n'est jamais un simple retour au statu quo ante. Le déplacement et le séjour de l'enfant à l'étranger ont nécessairement eu des conséquences sur la situation juridique et pratique de la famille. Les bouleversements ainsi engendrés doivent être atténués autant que possible.

1. Les aménagements pratiques du retour

Un aménagement des conditions pratiques du retour de l'enfant ne peut qu'améliorer et faciliter celui-ci. Les différentes autorités doivent dès lors préciser clairement les horaires, lieux et autres modalités du retour de l'enfant au pays de résidence habituelle, et ce afin de minimiser le traumatisme pour ce dernier.

2. Les aménagements juridiques du retour

Le bouleversement suscité par un enlèvement d'enfant est en partie juridique : les décisions contradictoires peuvent être prises selon les Etats (requis ou requérant), des mesures pénales sont parfois prononcées à l'encontre de l'auteur de l'enlèvement (comme en France via l'article 227-5 du code pénal), des mesures de privation du droit de garde ou de visite apparaissent, etc. Il serait bon d'harmoniser ces différentes mesures afin de créer un contexte favorable au retour de l'enfant.

Le problème des mesures pénales :

Il arrive fréquemment que des poursuites soient intentées contre l'auteur de l'enlèvement dans le pays de résidence habituelle ; ce qui n'incite guère ce dernier à contribuer au rétablissement d'une situation normale. Cependant, l'aspect pénal est également un bon moyen de pression. La suspension des poursuites devrait donc intervenir dans l'Etat du lieu de retour afin de ne pas dissuader le kidnappeur, mais elle devrait être maintenue dans l'Etat ayant prononcé la décision de retour afin que l'auteur du déplacement soit contraint d'exécuter le jugement.

La nécessité d'une coordination entre autorités :

Une coordination des décisions, entre les autorités des deux pays concernés, leur permettrait d'aboutir à un tel résultat. Les juges de *common law* utilisent pour ce faire trois types d'ordonnances : les « *undertakings* », les ordonnances de sauf-conduit et les ordonnances miroirs.

Les « *undertakings* » sont des engagements pris par le parent demandeur sous le contrôle d'un tribunal, afin d'assurer que le retour de l'enfant se fera de manière immédiate. Ces accords ne sont pas à sens unique et le parent défendeur peut également s'engager sur certains points. L'ensemble de ces engagements contribue à apaiser le conflit en ménageant clairement les intérêts de l'ensemble des parties.

Les ordonnances de sauf-conduit correspondent aux engagements pris par le requérant et qui sont de « nature à assurer le retour et le maintien de l'enfant dans le pays d'origine et qui doivent être imposées dans le pays d'origine sur le fondement d'une décision du tribunal de l'Etat d'origine ».

Les ordonnances miroirs (mirror orders) enfin, telles qu'instituées par les autorités et les juridictions britanniques, tendent à éviter l'inconvénient de décisions contradictoires en permettant aux magistrats de coordonner leur action et de prendre des mesures et des décisions qui vont dans le même sens. La coordination entre les juges des deux pays concernés évite ainsi des difficultés d'exécution en renforçant la possibilité d'un retour efficace et réel de l'enfant, les deux décisions ayant ainsi un caractère obligatoire dans chacun des deux pays. On ne peut qu'encourager ce type de coopération judiciaire.

Une dernière solution consisterait peut-être à mettre en place un droit de visite transfrontière, qui permettrait aux parents habitant à l'étranger de voir facilement leur enfant. Là encore, la coopération internationale est indispensable.

§III – MIEUX ASSURER LE RESPECT DES DROITS DE L'ENFANT

Depuis les années 1980, la question des droits de l'enfant a fait l'objet d'importants débats, et différents textes nationaux et internationaux ont reconnu à l'enfant la place qui doit être la sienne dans toutes les procédures qui le concernent (B). Les modalités de prise en compte de la parole de l'enfant varient en fonction des systèmes judiciaires nationaux ; ce pluralisme doit être respecté dès lors que les Etats garantissent le droit de l'enfant à être entendu (A).

La parole de l'enfant ne doit pas prendre une place démesurée dans le système de mise en œuvre des conventions car elle risquerait de remettre en cause le mécanisme de résolution des conflits familiaux. L'intervention de l'enfant au cours de la procédure est toutefois primordiale.

A – L'AUDITION DE L'ENFANT ET LA PLACE DE LA PAROLE DE L'ENFANT

1. Le droit de l'enfant à être entendu

Les Conventions de La Haye et de Luxembourg n'envisagent qu'à titre incident le droit de l'enfant à être entendu. Ce droit est toutefois consacré par diverses dispositions internes ou internationales, comme l'article 12 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, ou la Convention européenne à l'exercice des droits de l'enfant du 25 janvier 1996[366]. L'article 24 paragraphe 1er de la Charte des droits fondamentaux adoptée par l'Union Européenne à Nice le 7 décembre 2000 précise que les « enfants peuvent exprimer leur opinion librement » et que leur parole « est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité ». Ce droit est également consacré en droit interne par différents Etats (loi fondamentale en Allemagne, article 388-1 et 388-2 du code civil en France).

Les conditions de l'audition de l'enfant :

Le seuil d'âge pour l'audition fixé par la loi varie selon les pays. En pratique, une sorte de seuil s'impose vers treize ans. Pour les enfants de moins de treize ans, l'expertise préalable est, en principe, envisagée afin de déterminer le discernement de l'enfant.

Le point essentiel est la maturité de l'enfant, c'est-à-dire sa capacité à exprimer une opinion précise, sincère, raisonnable et objective. Tous les Etats procèdent en réalité au cas par cas : il appartient au magistrat, ou à toute personne chargée d'entendre l'enfant, d'apprécier si la parole de l'enfant peut être prise en compte. Cette appréciation doit reposer sur des éléments objectifs tels que l'état physique, intellectuel, moral et affectif de l'enfant. Elle doit déterminer si la parole de l'enfant est réellement libre de toute pression parentale ou familiale. L'opposition du mineur peut alors fonder une décision de refus de retour lorsque cette opinion est corroborée par le constat que l'enfant est intégré dans son nouveau milieu (scolarisation, connaissance de la langue, relations sociales et culturelles) ou ne l'est pas dans son pays de résidence habituelle.

Pour préserver les enfants, notamment les plus jeunes, de toute influence parentale, différents moyens peuvent être employés. En Allemagne, les enfants en bas âge, interrogés directement par le juge, sont pris en charge dans un cadre adapté, à l'abri des pressions

[366] Cette Convention est en vigueur en Pologne depuis le 1er juillet 2000 et en Allemagne depuis le 1er août 2002. L'Espagne et la France l'ont signée, mais ils ne l'ont pas encore ratifiée. Le Royaume-Uni ne l'a pas signée.

familiales extérieures mais conformes au milieu dans lequel ils vivent habituellement. Ces aménagements visent à garantir que l'enfant puisse s'exprimer le plus naturellement possible. Des procédés différents mais comparables existent dans d'autres pays. Ainsi, deux psychologues pour enfants sont attachés à la chambre de la famille du tribunal de grande instance de Paris, garantissant une certaine neutralité et préservant l'enfant du cœur des débats. Cette écoute indirecte paraît moins traumatisante pour l'enfant et garantit elle aussi une plus grande sérénité et impartialité.

La réception de la parole de l'enfant :

L'audition de l'enfant par un magistrat garantit l'obligation d'impartialité. La présence d'un avocat au côté de l'enfant permet également de protéger l'enfant des pressions familiales. La Cour européenne des droits de l'homme a, en outre, récemment estimé que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme était méconnu si le tribunal n'entendait pas personnellement l'enfant, dès lors que la maturité de l'enfant permettait son audition personnelle. A défaut, l'enfant doit être entendu dans un cadre adapté à son degré de discernement[367]. La Cour souligne même que, en dépit de la nécessité d'un juste équilibre entre les intérêts de l'enfant et du parent, l'intérêt supérieur de l'enfant revêt une importance particulière, qui, selon sa nature et sa gravité, peut l'emporter sur celui du parent[368]. Le droit de l'enfant à être entendu personnellement par un juge dans le cadre d'une procédure engagée par un de ses parents est globalement respecté par les pays européens.

2. Le droit de l'enfant à être informé

L'information de l'enfant a un double objet : d'une part, lui expliquer la procédure engagée par l'un de ses parents et la place qui pourra être la sienne dans le règlement à venir ; d'autre part, lui rappeler les droits de ses deux parents. Cette information garantit le droit du mineur d'exprimer son opinion et peut être l'occasion de lui expliquer les conséquences que sa parole peut avoir sur l'issu du procès.

L'avocat est l'interlocuteur privilégié de l'enfant. Outre sa mission de conseil et de représentation, l'avocat du mineur doit être attentif à sauvegarder ses intérêts et, à cette fin, il doit l'informer sur le déroulement de la procédure et l'enjeu et les conséquences de son audition sur le règlement final du litige. L'avocat peut être celui qui apprécie l'opportunité d'entendre l'enfant.

---

[367] Cour européenne des droits de l'homme, *Req.* n°30943/96, 11 octobre 2001, Sahin c/Allemagne.
[368] Cour européenne des droits de l'homme, *Req.* n°30943/96, 11 octobre 2001, Sahin c/Allemagne, §42. Cf aussi §47.

3. La portée de la parole de l'enfant

Les opinions exprimées par le mineur sont toujours prises en considération, mais leur portée varie en fonction de son âge et de son degré de maturité. Par ailleurs, nul n'est lié par la parole de l'enfant : le juge dispose d'un pouvoir souverain pour apprécier cette parole. Dans le cadre d'un règlement amiable, la parole de l'enfant ne lie ni les parents ni l'éventuel médiateur.

La reconnaissance d'une marge d'appréciation apparaît d'autant plus nécessaire lorsque l'audition de l'enfant intervient alors que son déplacement illicite a eu lieu depuis plusieurs mois. Il importe, en effet, de connaître une opinion neutre de l'enfant par rapport à son seul déplacement à l'exclusion de toute autre considération, notamment de ce qui a pu se passer depuis. Dans ce genre de situation, ceux qui procèdent à l'audition de l'enfant ne doivent pas oublier que sa parole reflète vraisemblablement une opinion façonnée par le parent auteur de l'enlèvement au sein d'un nouveau milieu. Pour cette raison, il convient de ne pas remettre en cause le principe selon lequel l'autorité judiciaire et/ou le médiateur ne sont pas liés par la parole de l'enfant. La décision finale doit refléter l'attente véritable de l'enfant, ainsi que ses véritables intérêts.

B – LE RESPECT DES DROITS DE L'ENFANT

1. Les droits de l'enfant et l'intérêt de l'enfant

Une notion sous-jacente au mode de règlement conventionnel :

La plupart des conventions internationales relatives à l'enfant ont pour objectif primordial de sauvegarder l'intérêt de l'enfant. Cette notion, difficile à cerner, débouche cependant sur des interprétations subjectives, parfois incompatibles, avec la finalité des Conventions de La Haye et de Luxembourg : celles-ci sont davantage tournées vers les parents que vers les enfants. La première permet le retour immédiat de l'enfant dans son pays de résidence habituelle (généralement celui du parent requérant). La seconde garantit le droit au maintien en toutes circonstances de relations régulières entre parents et enfants. Pourtant, le préambule de ces deux Conventions affirme l'attachement des Etats signataires à la défense de l'intérêt de l'enfant dans toutes les procédures concernant la garde. Dans les deux cas, le juriste se demande si l'intérêt de l'enfant est d'abord d'être renvoyé dans son pays de résidence habituelle ou de conserver des relations régulières avec ses deux parents, voire avec ses grands-parents. La notion d'intérêt de l'enfant, bien que présente, n'a donc

au mieux qu'un rôle subsidiaire : elle permet de préserver l'esprit des deux textes[369]. Pour le reste, le risque de conflit entre les intérêts des parents et celui de l'enfant est un dilemme fréquent pour les autorités chargées de régler les conflits familiaux.

La considération de l'intérêt de l'enfant :

L'intérêt de l'enfant consiste à vivre dans un milieu convenable avec un parent disposant de ressources suffisantes pour subvenir à ses besoins. En outre, ce parent doit être capable de l'entourer de l'affection adaptée à son âge et à ses besoins. Il existe des critères annexes, comme la présence ou non dans le pays où il doit vivre d'une infrastructure médicale adaptée à son état de santé.

La question fondamentale, quant à l'intérêt de l'enfant, est de savoir s'il vaut mieux ou non prononcer son retour. Si l'enfant s'oppose à son propre retour dans le cadre de l'article 13 de la Convention de La Haye, celle-ci se trouve vidée de sa substance. Le fait que nombre de décisions, concernant la garde ou la résidence habituelle des enfants, soient rendues sans que ces derniers soient entendus, est pourtant souvent à l'origine des problèmes ultérieurs, voire des déplacements illicites. Si ce silence est le résultat de la volonté de l'enfant, on ne peut rien y faire. Si, en revanche, l'enfant n'a pas eu la possibilité de faire part de son opinion et que son retour lui est imposé sans son consentement, la décision est alors très critiquable.

Les différentes modalités d'audition mettent en lumière le problème de fond touchant à l'intérêt de l'enfant. Les rédacteurs de la Convention de La Haye présumaient que le retour immédiat de l'enfant est toujours conforme à son intérêt. L'audition de l'enfant peut aboutir à remettre en cause ce principe. Faut-il alors répudier la Convention ? Faut-il respecter à tout prix la volonté de l'enfant au mépris de l'objectif premier de la Convention (le retour immédiat de l'enfant), dès lors que ce dernier, justifiant d'un discernement suffisant, s'oppose à ce retour ? Question difficile. Le mieux est sans doute de ne jamais trop s'éloigner du principe fondamental qui veut que l'intérêt de l'enfant, en cas de séparation de ses parents, consiste à préserver au maximum le respect mutuel entre lui et ses parents, ainsi qu'entre ses deux parents eux-mêmes. De ce point de vue, l'intérêt fondamental de l'enfant se confond avec le respect de ses droits substantiels.

2. Le respect des droits procéduraux

La place de l'enfant dans la procédure est une question cruciale. L'enfant peut avoir dans cette dernière un rôle passif ou actif. Actuellement, son action est bridée dans la

[369] Sur ce point, V. le Rapport explicatif, par Elisa Perez-Vera.

mesure où il peut, au mieux, espérer pouvoir exprimer son opinion, sans que celle-ci soit contraignante. Si le droit de participer à la procédure devait être reconnu à l'enfant, se poserait alors la question de la représentation de l'enfant, indispensable au respect de ses droits, et de sa qualité dans la procédure. Dans les litiges relatifs à un déplacement d'enfants ou à l'exercice d'un droit de visite, la désignation d'un représentant extérieur à la famille s'impose car elle est gage de neutralité et d'impartialité. La désignation d'un administrateur ad hoc, prévue par l'article 389-3 du code civil, ou d'un avocat, est une solution lorsque les intérêts du mineur sont en opposition avec ceux de ses représentants légaux. Cette solution tend à être adoptée par la plupart des pays. Pour autant, l'enfant reste en dehors du monde de règlement judiciaire car sa place dans la procédure est limitée. Une évolution paraît ici toujours possible.

3. Le respect des droits substantiels de l'enfant

Après l'article de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant, l'article 24§3 de la charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne prévoit que « tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt ». L'article 18 de la Convention de New York prévoit en outre qu'il incombe au premier chef aux parents d'élever l'enfant et d'assurer son développement car le droit du second correspond à une prérogative des premiers.

L'unité de la fratrie doit par ailleurs être préservée car elle permet aux frères et sœurs de mieux supporter l'épreuve familiale et facilite l'épanouissement, en particulier pour les jeunes enfants. Cela signifie que, sauf exception, la séparation des parents ne doit pas provoquer celle des frères et sœurs : le principe de l'unité de la fratrie doit prévaloir sur celui du retour immédiat énoncé par la Convention de La Haye. L'hypothèse inverse (le retour de tous les enfants au nom de l'unité de la fratrie) est rarement observée, mais on ne saurait l'exclure.

Ces deux droits substantiels de l'enfant (maintien de relations régulières avec ses deux parents et respect de l'unité de la fratrie) sont les manifestations d'un droit plus large, exprimé notamment par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et repris par l'article 7 de la charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne : le droit de toute personne au respect de sa vie privée et familiale. Ce droit fondamental devrait être l'un des critères de mise en œuvre des règles conventionnelles.

§IV – MIEUX ASSURER LE RESPECT DES RELATIONS PERSONNELLES ENTRE L'ENFANT ET SES DEUX PARENTS

L'enfant a besoin, pour son équilibre, d'une relation permanente avec ses deux parents, ce lien est un droit pour l'enfant qui peut être à la fois un remède à l'enlèvement (A), et une garantie du retour (B) en assurant un meilleur respect des relations personnelles entre l'enfant et ses parents (C).

A – LE DROIT A DES RELATIONS PERSONNELLES, REMEDE A L'ENLEVEMENT

1. Les difficultés pour un parent de faire respecter son droit à des relations personnelles avec son enfant

L'article 21 de la Convention de La Haye laisse à la discrétion des Etats l'application du droit de visite. Il suppose la coopération de l'autorité centrale requise qui peut vouloir, soit l'établissement et l'organisation du droit de visite, soit la protection et le respect de celui-ci[370]. Pourtant, l'article 7 indique seulement que les autorités centrales « doivent prendre toutes les mesures appropriées » pour, « le cas échéant [...] permettre l'organisation ou l'exercice effectif du droit de visite », mais aucune disposition juridique ne garantit le respect du droit de visite en tant que tel. Il est évident que lorsque le parent gardien s'oppose à l'exercice du droit de visite, ou lorsque l'existence de ce droit est constatée, la saisine d'un magistrat sera nécessaire et selon l'alinéa 3 de l'article 21, l'autorité centrale saisie a la possibilité, « soit directement, soit par des intermédiaires », d'« entamer ou de favoriser une procédure légale ».

Ce manque de précision sur le rôle exact des autorités centrales et sur les moyens qu'elles doivent mettre en œuvre pour garantir l'exercice effectif du droit de visite a abouti à de fortes divergences dans la pratique des différentes autorités. L'aide proposée va de la simple transmission de renseignements à une prise de position plus active dans la

[370] Article 21 al 1er : « Une demande visant l'organisation ou la protection de l'exercice effectif d'un droit de visite peut être adressée à l'autorité centrale d'un Etat contractant selon les mêmes modalités qu'une demande visant au retour de l'enfant ». Au moment des négociations sur le texte de la Convention, la compétence des autorités et de la loi de la résidence habituelle du mineur en matière de droit de visite a été unanimement rejetée. V. E. Perez-Vera, Rapport explicatif, n°126.

procédure : tout dépend du pays concerné et des différentes hypothèses dans lesquelles l'autorité centrale peut être saisie.

Aucune décision sur le droit de visite n'a encore été rendue :

Il est généralement conseillé au parent de s'adresser aux autorités de l'Etat de la résidence habituelle du mineur. On considère, en effet, que l'article 21 ne donne pas compétence aux juridictions, que ce soit pour statuer sur un droit de visite ou simplement pour reconnaître ou exécuter une éventuelle décision étrangère relative à ce droit. De manière générale, bien que les autorités centrales proposent parfois au parent requérant de le guider dans ses démarches, on en reste le plus souvent au stade de la divulgation de renseignements généraux et, dans la plupart des cas, le parent n'a plus qu'à agir seul.

Le parent non gardien peut se prévaloir d'une décision judiciaire :

Dans la plupart des dossiers, l'autorité centrale est saisie alors que le parent qui n'a pas la garde de l'enfant se prévaut d'une décision judiciaire (parfois même acquise après le déplacement) et souhaite voir son droit reconnu. Une décision peut, en effet, affirmer le principe du droit de visite sans l'organiser précisément : il est alors particulièrement difficile de faire exécuter cette décision et le parent doit généralement saisir à nouveau un juge pour que celui-ci se prononce à cette fin.

Dans la plupart des cas, lorsqu'une décision statuant sur le droit de visite existe, l'autorité centrale propose au parent requérant son assistance pour faire « exequaturer » la décision, que ce soit dans son pays ou à l'étranger. Si c'est à l'étranger, l'autorité s'adresse parfois à son homologue du pays concerné afin de connaître précisément la procédure à suivre et demander si le parent pourra obtenir une aide juridictionnelle. L'autorité étrangère suit le plus souvent l'affaire et tient régulièrement au courant l'autorité requérante de son déroulement. Si l'enfant est sur le territoire d'un Etat signataire de la Convention de La Haye, elle saisit son homologue et lui transmet la demande avec la traduction de la décision judiciaire. Celle-ci tente alors de localiser l'enfant, puis d'amener le parent qui en a la garde à respecter ses engagements, un règlement amiable étant systématiquement recherché. Ce n'est que lorsque le conflit persiste sans autre issue possible que les tribunaux sont saisis et que l'autorité centrale entame la procédure d'exequatur, aucune procédure d'urgence n'étant généralement prévue par le droit interne. Sur ce genre de questions, le rôle des autorités centrales diverge en fonction des Etats.

Il n'est pas rare de constater que deux mesures contradictoires relatives au droit de garde ont été rendues dans deux Etats différents. Là encore, les difficultés pour le parent non gardien paraissent souvent insurmontables. L'article 16 de la Convention de La Haye,

qui interdit aux juridictions de l'Etat vers lequel un enfant est enlevé ou retenu de statuer sur le fond du droit de garde, n'est de fait pas applicable aux demandes relatives au droit de visite.

Une procédure en retour sur le fondement de la Convention de La Haye ne peut jamais être initiée lorsqu'il s'agit de faire respecter un simple droit de visite. Il arrive, cependant, que le parent gardien quitte le territoire de résidence habituelle de l'enfant sans l'accord de l'autre, ce qui constitue une violation de l'article 3 de la Convention. La demande en retour requise se transforme alors fréquemment en demande relative à l'exécution du droit de visite. Si l'autorité centrale peut refuser la demande en se fondant sur l'article 27 de la Convention, elle peut conseiller au parent requérant d'agir seul en application de l'article 29. Dans le cas contraire, l'autorité centrale mènera elle-même la procédure en se fondant, non sur l'article 12, mais sur l'article 21 (non contraignant) de la Convention. Le respect de la Convention de La Haye et le droit du parent à voir son enfant se trouvent ainsi compromis.

Certains Etats reconnaissent à leurs juges la faculté de prononcer des mesures provisoires relatives au droit de visite, valables pour la durée de la procédure en retour, sur le fondement de l'article 21 de la Convention de La Haye. Ces mesures provisoires sont malheureusement trop rares, alors même que les procédures en retour peuvent s'éterniser. L'enfant et l'un de ses parents en subissent les conséquences. Il serait bon de généraliser cette procédure.

2. Le lien entre enlèvement ou non-retour par un parent et le non-respect de son droit de visite

Exercer son droit de visite et entretenir des relations personnelles avec son enfant est souvent une gageure pour un parent lorsque celui qui en a la garde s'y oppose. Les procédures peuvent durer des années. Certains dossiers cumulent toutes sortes de procédures : décision de divorce, décision sur la résidence habituelle et le droit de visite, nouvelle procédure avec phase amiable, auditions et expertises parfois, autre saisine du juge, sans compter l'obstructionnisme arbitraire du parent gardien[371]. Une procédure pénale peut être initiée en parallèle, voire une demande de révision de la pension alimentaire. Le tribunal peut même égarer le dossier...

[371] Dans un dossier relatif à l'exercice du droit de visite, la procédure a duré plusieurs années. Le père est soutenu par l'autorité centrale, mais celle-ci ne peut plus faire grande chose d'autre que de l'encourager moralement. La mère accepte désormais de respecter quelques droits de visite et il devrait prochainement pouvoir vivre avec sa fille puisqu'elle aura bientôt seize ans...

Le contentieux du droit de visite est particulièrement difficile à traiter. Parfois, le parent est découragé[372] et met fin à la procédure[373], mais il peut réagir en enlevant ou retenant son enfant de manière illicite. Souvent, dans les dossiers d'enlèvement liés à un problème de droit de visite, le retour est accepté par celui qui ne bénéficiait que de ce droit-là. Un accord amiable rapide est possible mais, le plus souvent, il faut l'intervention d'un tiers. C'est le plus souvent devant le juge que se règle ce genre d'affaires, ne serait-ce que pour « contraindre » les parents à conclure un accord amiable. Les carences de la Convention de La Haye en matière de respect du droit de visite du parent non gardien, notamment la totale liberté laissée à l'autorité centrale d'agir ou pas, incitent bien souvent le parent non gardien à outrepasser le droit. Une situation souvent dénoncée mais toujours non résolue.

B – LE DROIT A DES RELATIONS PERSONNELLES, GARANTIE DU RETOUR

1. La décision de retour liée à une garantie du droit à des relations parent-enfant

Seul le juge de la résidence habituelle du mineur peut attribuer ou modifier un droit de visite, national ou transfrontalier[374]. Un refus, par le juge de l'Etat requis, de prononcer le retour de l'enfant peut être motivé par une des exceptions prévues par la Convention de La Haye, ou parce qu'il sait que le parent non gardien ne se verra jamais reconnaître un droit de visite effectif. Il statue alors au regard de l'intérêt de l'enfant, cherchant parfois à « maquiller » le refus de retour en arguant d'un éventuel « danger grave » pour le mineur. Ce type de décision – qui transforme abusivement le parent initialement non gardien en parent gardien – est souvent motivé par l'incertitude, tant sur les décisions que prendront les juridictions de l'Etat de résidence habituelle (celles-ci suppriment parfois le droit de visite après que l'enfant enlevé soit rendu à son pays de résidence habituelle) que du fait du

---

372 Ainsi, le cas d'un père qui n'a pas vu son enfant depuis huit ans. D'autres abandonnent la procédure parce que l'enfant qu'ils n'ont pas vu depuis longtemps ne désire plus les voir.

373 Dans un certain nombre de cas, un parent sollicite l'exercice de son droit de visite et le dossier est finalement clôturé faute de réponse aux Courriers envoyés par l'autorité centrale. On ne peut que faire des suppositions : ou bien il renonce à la procédure ; ou bien, il a au contraire obtenu gain de cause, mais cette dernière hypothèse est sans doute parfois erronée dans la mesure où les échanges de Courriers ont été particulièrement nombreux, où la procédure a souvent duré longtemps et où des liens se créent parfois entre le parent et la personne chargée de son cas à l'autorité centrale. Tout porte à croire qu'il aurait averti l'autorité d'un dénouement en sa faveur.

374 Dans un certain dossiers allemands, il apparaît que le droit de visite doit s'effectuer sur le territoire national et souvent, dans ce cas, en milieu neutre.

caractère non contraignant d'un éventuel accord amiable entre les parents. Il serait dès lors opportun que les modalités du droit de visite soient fixées en même temps que la décision qui ordonne le retour, notamment lorsque l'enlèvement de l'enfant est lié à l'exercice du droit de visite. L'idéal serait que la décision soit prise en concertation avec les juges de l'Etat de la résidence habituelle du mineur, ce qui convaincrait le parent non gardien de la bonne foi de chacun. La généralisation du recours à des techniques d'accompagnement de la décision envisagées par les pays de common law, telles que *undertakings, mirror orders* ou *safe harbour orders*, pourraient contribuer à imposer le respect des droits de chacun.

2. La décision de retour et la suspension d'éventuelles sanctions pénales engagées contre le parent non gardien

Un autre problème est celui des sanctions pénales encourues par celui qui a enlevé son enfant. Privé du droit de pénétrer sur le territoire de l'Etat de résidence habituelle, il ne pourra plus entretenir de relations personnelles avec celui-ci. En France, les enlèvements internationaux peuvent ainsi donner lieu à des sanctions pénales[375] : les peines encourues pour non-représentation ou soustraction d'enfant ont été aggravées par la loi du 4 mars 2002. Ce type de menace constitue un obstacle potentiel au retour de l'enfant, d'autant que la poursuite à la suite d'une plainte est alors le fait, non du parent lésé, mais du ministère public, ce qui rend son retrait d'autant plus problématique.

C – COMMENT ASSURER UN MEILLEUR RESPECT DES RELATIONS PERSONNELLES ENTRE L'ENFANT ET SES DEUX PARENTS ?

1. La mise en place de nouveaux instruments internationaux

Les autorités européennes ont fait de la transmission et de la reconnaissance des décisions rendues par les juridictions des Etats membres un des points clés de l'élaboration d'un espace judiciaire européen. L'objectif est d'abolir la nécessité de faire « exequaturer » les décisions relatives à la responsabilité parentale, y compris celles portant sur le droit de visite. Les réformes en cours du droit communautaire (propositions de la commission du 20 novembre 2001[376] et le 17 mai 2002[377], entérinées au conseil de l'Union Européenne des

[375] Visées aux articles 227-5 et suivants du nouveau code pénal.
[376] Proposition de décision du conseil autorisant les Etats membres à signer dans l'intérêt de la communauté européenne la Convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la

28 et 29 novembre 2002) viendront compléter la Convention de Luxembourg du 20 mai 1980 qui a institué la nécessité d'une procédure d'exequatur « simple et rapide »[378] pour faciliter notamment la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères en matière de garde et de droit de visite[379].

Le conseil de l'Europe a, par ailleurs, adopté une convention dont l'objectif est d'améliorer certains aspects du droit des enfants et des parents à entretenir des relations personnelles régulières[380]. Ce droit consacré par l'article 4 de la Convention n'est limité que par l'intérêt supérieur de l'enfant. Des mesures pratiques sont envisagées pour garantir effectivement l'exercice de ce droit et assurer en contrepartie le retour de l'enfant à l'issue de la visite.

2. La question de l'attribution de droit d'un droit de visite transfrontière

Les positions envisageables :

Un parent a toujours la possibilité d'engager seul une action devant les juridictions du lieu de résidence habituelle du mineur pour obtenir ou faire respecter un droit de visite. Mais le fait qu'il ne puisse alors bénéficier des aides financières prévues par la Convention de La Haye constitue un sérieux handicap. La procédure « ordinaire » est également beaucoup plus longue, donc plus coûteuse et difficile, pour une personne qui vit peut-être loin et ne parle pas la langue du juge saisi. Une assistance systématique et gratuite devrait être envisagée, et les autorités centrales, avec des moyens supplémentaires, devraient unifier leurs pratiques. Le *guide des bonnes pratiques* élaboré au sein de la conférence de droit international privé de La Haye prévoit de nombreuses mesures concrètes en ce sens.

Il paraît, en outre, essentiel de prendre des mesures provisoires relatives à l'organisation d'un droit de visite en attendant l'issue de la procédure de retour qui peut durer un certain temps. Une fois le juge saisi de l'affaire, il devrait pouvoir rapidement et

---

coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (Convention de La Haye de 1996).

377 Proposition de règlement du conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n°1347/2000 et modifiant le règlement (CE) n°44/2001 en ce qui concerne les questions alimentaires.

378 Article 14 de la Convention de Luxembourg.

379 Ainsi, selon l'article 4-1 de la Convention de Luxembourg : « toute personne qui a obtenu dans un Etat contractant une décision relative à la garde d'un enfant et qui désire obtenir dans un autre Etat contractant la reconnaissance ou l'exécution de cette décision peut s'adresser, à cette fin, par requête, à l'autorité centrale de tout Etat contractant ». L'article 5-1 dispose que « l'autorité centrale de l'Etat requis prend les dispositions appropriées pour [...] c) assurer la reconnaissance ou l'exécution de la décision ; d) assurer la remise de l'enfant au demandeur lorsque l'exécution est accordée [...] ».

380 Le texte prévoit en outre que ce droit peut être étendu aux relations entre l'enfant et d'autres personnes, notamment d'autres membres de sa famille.

systématiquement ordonner ces mesures, libres ou imposées, destinées à favoriser les relations entre les deux parents et l'enfant (par exemple, en faisant exercer ce dernier en milieu neutre). Par ailleurs, à défaut de pouvoir être définitive, une décision du juge constatant un accord entre parents sur l'exercice du droit de visite devrait tout de même être reconnue et effective dans le pays de résidence habituelle de l'enfant lorsque le retour est ordonné. Toute demande de modification des mesures adoptées devrait être conditionnée à un changement intervenu dans la situation de l'un des membres de la famille[381].

Les solutions amiables doivent systématiquement être recherchées mais, une fois accepté, l'accord doit être effectif : le parent gardien doit être certain qu'il n'y aura pas (ou plus) de non-retour ou d'enlèvement, mais il doit également s'acquitter de ses obligations et laisser l'autre parent avoir des contacts réguliers avec son enfant. Toute tentative d'obstruction de sa part doit être sanctionnée. Plus généralement, des sanctions doivent pouvoir être prises à l'encontre des parents qui ne respectent pas leurs engagements. En cas de litige, une assistance immédiate doit pouvoir être fournie à l'un comme à l'autre. Enfin, les conditions du droit de visite – date, durée, lieu, étapes à suivre – doivent être précisément détaillées par le juge, afin d'éviter toute contestation. Enfin, une commission spéciale composée d'un magistrat de chacun des Etats requis et d'un magistrat d'un pays tiers pourrait permettre de trancher d'éventuels litiges.

L'exemple de la Convention franco-algérienne du 21 juin 1988 : le principe d'un droit de visite transfrontière :

Le mécanisme de la Convention du 21 juin 1988 relative aux enfants issus de couples mixtes séparés franco-algériens est novateur. Le préambule de la Convention affirme que « l'intérêt de l'enfant commande qu'il puisse conserver des relations paisibles et régulières avec ses parents séparés, où qu'ils résident ». Les négociateurs ont ainsi fait du droit de visite transfrontière le corollaire nécessaire et obligatoire du droit de garde. Selon les dispositions de l'article 6 de la Convention, « les parties contractantes s'engagent à garantir aux conjoints séparés l'exercice effectif du droit de visite interne et transfrontière. Toute décision judiciaire rendue par les juridictions des parties contractantes et statuant sur la garde de l'enfant attribue un droit de visite y compris transfrontière à l'autre parent. En cas de circonstances exceptionnelles mettant directement en danger la santé physique ou

[381] En ce sens, en France, le juge aux affaires familiales ne peut être saisi d'une demande de modification d'une décision relative à la garde des enfants et au droit de visite, à la suite d'une procédure de divorce, que si le demandeur rapporte la preuve de l'existence d'un fait nouveau (article 1083 du NCPC).

morale de l'enfant, le juge adapte les modalités d'exercice de ce droit en conformité avec l'intérêt de l'enfant ».

Le droit de visite transfrontière est donc le principe : l'enfant doit pouvoir circuler librement entre les deux pays dans lesquels résident ses parents séparés. Il est attribué par le juge chargé de prononcer le divorce[382] et n'est refusé qu'en cas de circonstances exceptionnelles. L'intérêt de l'enfant n'est finalement pris en compte que pour apprécier l'éventuel danger que pourrait représenter le droit de visite transfrontière[383], le droit de visite étant en quelque sorte présumé être de son intérêt[384]. Cette convention repose, comme celle de La Haye, sur une coopération entre les autorités centrales des Etats contractants[385]. En outre, l'assistance judiciaire est systématiquement attribuée, sans condition de ressources[386].

La convention précise que le parent qui refuse un exercice effectif du droit de visite accordé par le juge à l'autre parent s'expose à « des poursuites pénales pour non-représentation d'enfants prévues et réprimées par les législations pénales de ces deux Etats »[387]. En revanche, le texte ne prévoit pas de telles sanctions pour le parent qui exerce son droit de visite et viole l'accord.

La convention affirme que, à l'issue de la visite transfrontière, les parties contractantes doivent garantir le retour effectif de l'enfant sur le territoire d'où il est parti lorsque, à l'issue de la période fixée par le juge, l'enfant n'a pas été restitué au parent qui en a la garde[388]. Elle aurait pu envisager une suspension automatique du droit de visite une fois l'enfant de retour dans son pays de résidence habituelle, et ce jusqu'à ce que le juge se prononce à nouveau sur les modalités pratiques de ce droit. En effet, une telle convention ne peut fonctionner que si le parent gardien a autant de garanties de retour que d'obligations quant au respect du droit de visite.

---

382 La décision qui attribue le droit de visite transfrontière vaut autorisation de sortie du territoire (article 9 de la Convention).

383 Dans quelques dossiers allemands, il apparaît que le tribunal n'a pas attribué au parent le droit de visite car ces contacts n'étaient pas utiles au bien de l'enfant ; « seul compte l'intérêt de l'enfant » (dans un des dossiers, le tribunal a considéré que cet intérêt était de n'avoir aucun contact avec son père naturel, tandis qu'il s'intégrait dans une nouvelle famille ; la mère s'était mariée et avait eu deux autres enfants). Dans ces dossiers, l'enfant était naturel et le droit allemand ne reconnaissait pas encore au père naturel un droit de contact en générale ; la mère était l'unique titulaire de l'autorité parentale et elle seule donc pouvait décider du contact de son enfant avec son père.

384 L'intérêt de l'enfant est pris en compte nécessairement par le juge au moment où il se prononce sur les modalités pratiques du droit de visite transfrontière. Le juge doit statuer en veillant à ce que ce droit soit réel et effectif, un droit de visite de quelques jours par an paraît a priori insuffisant pour être réel…

385 Elles ont également un rôle similaire. Voir l'article 2 de la Convention.

386 Article 3 de la Convention.

387 Article 7 de la Convention. Le procureur se trouve alors obligé de poursuivre le parent gardien ; il n'a donc aucune opportunité des poursuites.

388 Article 8 de la Convention.

La mise en place de mécanismes similaires à cette convention pourrait réduire les cas d'enlèvements internationaux d'enfants dans la mesure où ceux-ci sont parfois liés à un non-respect du droit d'entretenir des relations personnelles, à la crainte pour l'un des parents d'être privé de contacts avec son enfant ou à l'absence pure et simple de telles relations. La Convention franco-algérienne est la seule à réellement consacrer un droit de visite transfrontière de principe. Des dispositions comparables pourraient être envisagées dans une nouvelle Convention internationale ou au titre des bonnes pratiques.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

Le déplacement transfrontière de l'enfant exacerbe les difficultés relatives à sa protection en droit international privé et conduit à rechercher des solutions spécifiques et innovantes.

L'Union européenne vient d'adopter un nouveau Règlement « Bruxelles II bis » relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de responsabilité parentale remplacent le Règlement Bruxelles II. Ce texte adopte un dispositif original en matière d'enlèvement international d'enfant, fondé sur une coopération renforcée entre les autorités judiciaires des Etats membres. Il s'agit d'un texte innovateur et essentiel dans le cadre de l'espace judiciaire européen, car, les parents doivent savoir que leurs droits élémentaires seront garantis au sein de cet espace et leurs enfants protégés. Mais, pour que ce texte puisse remplir ces objectifs, il est essentiel qu'il soit respecté de la même façon dans tous les Etats membres. En effet, si les citoyens européens constatent que sur ce plan, l'Union européenne est incapable de répondre à leurs attentes légitimes, alors la déception sera terrible et ses conséquences sur l'avenir européen commun seront irréparables.

Lorsque le juge est saisi d'une demande de retour, il peut éviter des pertes de temps inutiles en procédant à des contacts directs avec le juge compétent dans l'Etat de la résidence habituelle. Ces contacts directs lui permettent d'obtenir des marges de manœuvre en vue de trouver des solutions créatives et intelligentes. En procédant à des arrangements sur la procédure le juge peut apporter une contribution à la réalisation plus rapide et plus efficace des objectifs de la Convention de La Haye et à ce que la procédure nuise le moins possible à l'enfant.

Les contacts directs permettent également de réduire la méfiance et les craintes des deux parents qui, eux, peuvent à nouveau acquérir la capacité, dans la plus grande mesure du possible, de parvenir, en engageant leur propre responsabilité, à une solution amiable judicieuse de l'affaire.

La médiation a démontré son efficacité dans de nombreux conflits familiaux, même si elle ne peut à l'évidence les résoudre tous.

La médiation n'est plus seulement un outil ou une technique, c'est un état d'esprit : c'est penser que la vertu du dialogue est supérieure à celle des rapports de force, y compris

judiciaires ; c'est croire les familles capables de reprendre la maîtrise de leur sort, dans un sens, retrouvé leurs responsabilités.

Pour contribuer à conduire une culture de paix dans les rapports familiaux, la médiation devrait être à la justice ce que la diplomatie est à la guerre : une démarche première, et non la solution de la dernière chance, quand tout a échoué et qu'il est parfois trop tard...

Concernant la valeur de la parole de l'enfant, lorsque l'enfant s'oppose à son retour ou plus simplement lorsque le juge auditionne l'enfant, le principe du retour automatique instauré par la Convention de La Haye est privé de son efficacité. Le juge y est poussé par ce qu'il pense agir dans un souci de protection de l'intérêt immédiat de l'enfant, primant alors l'intérêt général de dissuasion des enlèvements internationaux. Nous pensons au contraire que l'automaticité et la rapidité de la procédure répondent mieux, en principe, à la fois à l'intérêt ponctuel et général des enfants victimes d'enlèvement. En pratique, les juges sont souvent face à des décisions rendues au fond (avant enlèvement) sur l'attribution de la garde et du droit de visite et qui leur paraissent ne pas devoir être appliquées, car contraires à l'intérêt de l'enfant. Ne serait-il pas préférable que l'intervention de l'enfant dans le règlement des conflits familiaux se fasse à l'occasion de ces décisions initiales, qui sont souvent l'origine du déplacement illicite ou des difficultés d'exercice du droit de visite ?

CONCLUSION

Le droit à une famille, le droit à être élevé par ses deux parents et de conserver des relations personnelles avec chacun d'eux, le droit à être entendu dans toutes les procédures qui le concernent, sont autant de droits qui assurent à l'enfant la sauvegarde de ses intérêts personnels et pécuniaires. Or, la multiplication des couples mixtes et la précarisation des couples peuvent conduire à une atteinte au respect des droits fondamentaux de l'enfant. La liberté de circulation des personnes, telle qu'elle est consacrée en Europe, rend la question de la protection de l'enfant encore plus délicate.

C'est pourquoi pour conclure, on se restreindra ici à résumer brièvement quelques sentiments et réflexions.

♦ Sur le plan humain, c'est d'abord un sentiment d'infinie compassion. Compassion pour l'enfant devenu au cours des dernières décennies, et en dépit de la proclamation solennelle et incessante de ses droits, le seul élément stable et l'enjeu du couple, marié ou non, et de ce fait nécessairement divisé lorsque ses parents se séparent, même lorsqu'ils s'entendent pour exercer conjointement l'autorité parentale. Que dire alors du cas où il se trouve enlevé, arraché au sens propre du terme par l'un ou l'autre de ceux qui à ses yeux ne pouvaient être qu'un, séparé de sa fratrie peut-être et de ses ascendants, déraciné de son pays d'origine et éventuellement de sa langue et de sa culture.

Compassion aussi pour l'un et l'autre de ses auteurs, et paradoxalement pour le ravisseur, car plus qu'un acte de haine ou de vengeance, enlever son propre enfant ne peut être qu'un geste de désespoir au regard duquel les sanctions pénales laissent mal à l'aise, même s'il est évident que des mesures coercitives doivent être prises d'urgence pour éviter le pire.

Sentiment d'impuissance et de révolte ensuite, devant la multiplicité des instruments de droit interne et international mis en œuvre pour un résultat qui n'est qu'un pis-aller, et le spectacle d'une armée d'intervenants – autorités nationales et internationales, juges, avocats, médiateurs, psychologues, travailleurs sociaux, associations..., s'épuisant à éteindre avec les moyens du bord les flammes de ce qui en réalité cache un incendie autrement vaste. Celui de la précarité des couples devenue endémique dans les sociétés post-modernes sur fond d'un changement profond des mentalités individuelles et collectives, comme en témoigne la multiplication des séparations et divorces, cohabitations

et décohabitations, recompositions et décompositions familiales, au point qu'on ne sache plus vraiment ce qu'est une famille, sinon un agglomérat transitoire d'électrons libres. Formidable gâchis suscitant un océan de détresses au nom du droit au bonheur. C'est là que commence la révolte et surgit la question : « Comment en sommes-nous arrivés là ? ».

Certes de nombreux facteurs politiques, économiques, scientifiques, technologiques - dont les médias ne sont pas les moindres – idéologiques et sociaux sont entrés en synergie dans la seconde partie du « XXe siècle », pour le meilleur ou pour le pire et pour changer psychologiquement et sociologiquement les mentalités, les idées et les mœurs. Mais dans domaine de la vie privée familiale, la question que je poserai, avec le Doyen Carbonnier, est bel et bien : quelle est la part du droit dans l'angoisse contemporaine[389] ? Cette angoisse dont les enlèvements d'enfants ne sont qu'un élément paradigmatique est la part émergée de l'iceberg.

♦ Sur le plan du droit :

Lorsqu'au lendemain du plus atroce conflit de l'histoire, les nations du monde entier surmontèrent leurs ressentiments et leurs antagonismes pour proclamer solennellement la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, leur objectif commun était de fonder le socle juridique des droits fondamentaux inviolables de la personne humaine, parmi lesquels : l'égalité en droit et en dignité, le droit à la vie et à la sûreté, le droit de n'être ni torturé, ni soumis à des traitements inhumains et dégradants, le droit à l'égale protection de la loi et au procès équitable, la liberté de pensée, de conscience, de religion, d'expression et de circulation, l'égalité de l'homme et de la femme, leur droit de se marier et de fonder une famille, la protection de la vie privée et familiale et celle de la famille comme l'élément naturel et fondamental de la société et de l'Etat, « sans lequel l'individu ne saurait développer librement sa personnalité ».

Par la suite d'autres conventions, dont la plus familière nous est la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ont mis en place des organes supranationaux de contrôle juridictionnel de conventionnalité habilités à sanctionner toute violation par commission ou omission de la part des Etats, y compris les lois elles-mêmes, mais aussi à interpréter le contenu des droits protégés de manière évolutive.

Le droit international privé de la protection des mineurs en cas d'enlèvement à travers les frontières, rassemble une mosaïque de règles destinées à résoudre les difficultés

---

[389] Doyen J. Carbonnier, « La part du droit dans l'angoisse contemporaine », in Flexible Droit 9ème éd. *L.G.D.J.*, 1998, p. 187 et s.

issues de la combinaison de l'internationalité d'une situation et des spécificités matérielles en cause.

L'articulation des instruments internationaux de protection de l'enfance est redoutable à plus d'un titre. Parce que, en premier lieu, la littérature consacrée de près ou de loin à ce thème est aussi volumineuse que sont nombreux les instruments internationaux de protection de l'enfance. Il est toujours périlleux d'aborder une matière où beaucoup a déjà été dit. En second lieu, et nul ne l'ignore, la matière est confrontée à des évolutions en cours dont il est possible de dire qu'elles sont pour le moins sensibles.

Cela fait plus de 20 ans l'entrée en vigueur en France des Conventions de Luxembourg du 20 mai 1980 et La Haye du 25 octobre 1980, et sachant que le Règlement Bruxelles II bis est entré en vigueur le 1er août 2004. Autrement dit, il y'a une mouvance continue. Il devient parfois difficile de suivre le mouvement. On n'est jamais certains de ne pas avoir manqué une étape et de ne pas être démentis le lendemain. Au surplus, cette frénésie qui s'empare des institutions internationales et européennes laisse profiler un risque beaucoup plus grave. N'est elle pas susceptible de décevoir les attentes de ceux – les citoyens, les enfants – au nom desquels on modifie, on abroge ou on adopte à un rythme qui rend impossible la nécessaire familiarisation de leurs conseils ou de leurs juges avec des nouvelles pratiques ?

Les inconvénients dénoncés n'affectent cependant pas la réelle utilité des instruments conventionnels en la matière.

Tout au long de ce travail, on a pu montrer à quel point la coopération de toutes les forces vives et la coordination judiciaire internationale sont indispensables en cette matière où la prévention, la rapidité et l'efficacité sont les conditions essentielles, et il faut se réjouir de voir s'établir cette collaboration au sein de la Communauté européenne, notamment grâce aux Règlements Bruxelles II et Bruxelles II bis, dont la force contraignante liée à la primauté et à l'effet direct du droit communautaire constitue un atout par rapport aux solutions de droit international privé traditionnel.

Il faudrait, cependant, ajouter ici quelques remarques relatives aux risques liés à l'empilement des sources normatives européennes et à l'emprise croissante du droit communautaire sur les législations nationales depuis les Traités de Maastricht (1992), d'Amsterdam (1998) et le Conseil de Nice (2000), notamment en matière de droit substantiel de la famille par différentes voies d'accès indirectes, ou même directes.

Les premières sont essentiellement de nature jurisprudentielle et passe par l'interprétation extensive donnée par la Cour européenne de Justice de Luxembourg aux

nations de « libre circulation des personnes et des services », « regroupement familial »[390], « citoyenneté européenne » et « espace de liberté, sécurité et justice », mais aussi inévitablement par le contrôle du respect des droits fondamentaux contenus dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dans l'application du droit communautaire et spécialement du principe de non-discrimination – même si ce n'est qu'au titre de « principes généraux » - selon une interprétation propre et avec une force plus contraignante que celle des arrêts de la Cour de Strasbourg puisqu'elle lie tous les Etats membres lorsqu'elle répond à une question préjudicielle. Au point que d'ores et déjà on puisse constater l'existence d'une compétition potentielle des deux ordres juridiques, européen et communautaire, et qui pourrait aboutir en finale à une absorption de l'ordre européen par l'ordre communautaire.

Les secondes se rapprochent de plus en plus d'une compétence législative communautaire en matière familiale, virtuellement contenue dans l'article 170 – IIIe Partie du projet de Traité portant Constitution pour l'Europe. Ce dernier prévoit que : « L'Union développe une coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, fondée sur le principe de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extra-judiciaires. Cette coopération peut inclure l'adoption de mesures de rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres ».

Tout dépendra évidemment de l'interprétation donnée à ces formules éminemment vagues, spécialement en matière de droit de la famille, mais l'on peut gager qu'elle sera extensive, sachant que le rapprochement des droits substantiels est de nature à éviter les conflits de lois, mais aussi à « harmoniser » - voir à « uniformiser » un droit jusqu'ici fortement marqué par les sensibilités et les cultures nationales. Et ce d'autant plus que de nombreuses commissions d'experts s'emploient depuis un certain temps déjà à ce travail d'harmonisation et d'unification des différentes branches du droit civil, en ce compris le droit de la famille, sans que les citoyens européens en soient le moins du monde conscients, ni avertis.

C'est dans ce manque de transparence et de visibilité, que réside le principal souci même si les intentions sont sans doute bonnes. Le droit communautaire, en effet, est si complexe et si politique, qu'il reste l'apanage des spécialistes et, a fortiori, échappe au citoyen ordinaire. Le rôle de représentation démocratique du Parlement lui-même est si flou qu'il apparaît jusqu'ici comme secondaire, voire plus virtuel que réel, et de plus ne représente pas l'opinion nationale des Etats-membres en tant que tel. Aux yeux des

---

390 V. H. Gaudemet-Tallon, « La famille face au droit communautaire », in Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famaille (F. Dekeuwer-Defossez, dir.), *L.G.D.J.* 1996, p. 85-116.

populations, seuls les Parlements nationaux exercent légitimement le pouvoir de faire les lois qui les gouvernent.

En réalité, c'est l'ensemble des citoyens de l'Union européenne qui doit être dûment et clairement informé et invité à participer démocratiquement au processus d'harmonisation, - plutôt que d'une hypothétique unification – du droit de la famille, en recherchant ce qui les rassemble ou ce qui les divise dans le domaine qui les concerne le plus directement, tant en matière personnelle que patrimoniale. Celui aussi qui régira l'avenir de leurs enfants et le devenir des sociétés.

Ainsi, partant d'un sujet qui au départ paraissait limité à un nombre restreint de cas exceptionnels et dramatiques, on débouche ici sur un problème humain et politique immense.

Lorsque les pays accepteront de considérer que l'enlèvement d'enfants ne peut être tolérés, tout cela appartiendra au passé. Les litiges familiaux et les divorces ne disparaîtront pas. Les enlèvements d'enfants par contre doivent disparaître.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

I) OUVRAGES GENERAUX :

- ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.), *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 3e éd., Dalloz, 1998.

- AUDIT (B.), *Droit international privé*, Economica, 3ème éd., 2005.

- BATIFOL (H) et LAGARDE (P) : *Droit international privé*, LGDJ, t. 1, 1993, 8e éd., t. 2 1983, 7e éd.

- BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, 3e éd., Dalloz, 1998.

- BOULANGER (F.), *Droit civil de la famille, Aspects comparatifs et internationaux*, Tome I, 3e éd. Economica, 1997 ; *Droit civil de la famille. Aspects comparatifs et internationaux.* Tome II, Economica, 1994 ; *Les rapports juridiques entre parents et enfants – Perspectives comparatistes et internationales*, Economica, Paris 1998, p. 261.

- BOULOUIS (J.) et CHEVALLIER (R.-M), *Grands arrêts de la cour de justice des communautés européennes.* Tome I, 6e éd., Dalloz, 1994.

- CADIET (L), *Droit judicaire privé*, Litec, 1998, 2e éd.

- CARBONNIER (J.), *Droit civil, Introduction*, 25e éd., PUF. 1997 ; *Droit civil, Les personnes*, Tome I, 20e éd., PUF, 1996 ; *Droit civil, La famille*, Tome II, 20e éd, PUF, 1999.

- DUBOUIS (L.) et GUEYDAN (C.), *Grand textes de droit communautaire et de l'Union européenne*, 4e éd., Dalloz, 1995.

- CORNU (G) et FOYER (J), *Procédure civile*, PUF 1996, 3e éd.

- FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, Dalloz, 10e éd., 1999.

- HAUSTER (J.) et HUET-WEILLER (D.), *La famille, Dissolution de la famille*, LGDJ, 1991 ; *La famille, Fondation et vie de la famille*, 2e éd., LGDJ, 1993.

- LEFEBRE-TEILLARD (A.), *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996.

- LEREBOURS-PIGEONNI7RE (P), *précis de droit international privé*, 6° éd. 1954, n° 208, p 226.

- LOUSSOUARN (Y.) et BOUREL (P.), *Droit international privé*, 8e éd., Dalloz, 2005.

- MALAURIE (Ph.), *Droit civil. La famille*, 6e éd., Cujas, 1998.

- MAYER (P.) et HEUZE (V.), *Droit international privé*, 8e éd., Domat-Montchrestien, 2005.
- QUOC-DINH (N.), DAILLIER (p.) et PELLET (A.), *Droit international public*, 6e éd., LGDJ, 1999.

- ROBERT (J) et DUFFAR (J), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestein, 6e éd., 1996.

- SUDRE (F.), *Droit international et européen des droits de l'homme*, 3e éd., PUF, 1997.

- TERRE (F.), *Introduction au droit*, 4e éd., Dalloz, 1998.

- TERRE (F.) et FENOUILLET (D.), *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, 6e éd., Dalloz, 1996.

- VINCENT (J) et GUINCHARD (S), *Procédure civile*, Dalloz, 25e éd.

II) OUVRAGES SPECIAUX, RAPPORTS, COURS ET THESE :

- ALFANDRI (E.), DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), MONEGER (F.), VERDIER (P.) et VERKINDT (P-Y.), *Affirmer et promouvoir les droits de l'enfant après la convention internationale sur les droits de l'enfant*, LDF, 1993.

- BAUER (H), *Compétence judicaire internationale des tribunaux civils français et allemands*, Dalloz 1965.

- BIONDI (B), *Le rôle des autorités centrales en matière d'enlèvements d'enfants ; Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Bruylant, Bruxelles 2004, p. 69.

- BOIRIN-BLANCHECOTTE (C.), *L'adoption internationale*, Thèse, Dijon, 1995.

- BOUGUIGNON (O.), RALLU (J.-L.) et THERY (I.), *Du divorce et des enfants*, PUF, 1985.

- BOULANGER (F.), *Les rapports juridiques entre parents et enfants. Perspectives comparatistes et internationales*, Economica, 1998 ; *Droit civil de la famille*, t. 2 *Aspect comparatifs et internationaux*, Economica 1994.

- BOSS-PLANTIERE (H), *Le droit de la famille et la construction d'un espace judiciaire européen, Les effets de jugements nationaux dans les autres Etats membres de l'Union européenne*, Bruylant 2001.

- BOURUET-AUBERTOT (I), *La protection des mineurs de la Convention de la Haye de 1961 à la Convention de la Haye* 1996, Thèse dactyl., 1998.

- BRUNET (B.), *L'évolution de l'action du ministère de la justice en matière de déplacement international d'enfant*, Thèse, Perpignan, 1986.

- BUREAU (D.), *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse, Paris II, 1992.

- CARLIER (J.-Y.), *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruylant, 1992.

- CHAPELLE (A.), *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, Thèse, Paris II, 1979.

- CHATIN (L.) et STURLESE (B.), *Recueil pratique des conventions sur l'entraide judiciaire internationale*,La Documentation française, 1990.

- CHENAUX (J.-L.), *Le droit de la personnalité face aux médiats internationaux. Etude de droit international privé comparé*, Librairie Droz, Genève, 1990.

- DEPREZ (J), « Doit international privé et conflits de civilisations. Les relatons entre système d'Europe occidentale et système islamique en matière de statut personnel », RCADI 1988, t. 4, pp. 19-372.

- DERRAS (L.), *La double nationalité*, Thèse, Paris II, 1986.

- DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), *Les droits de l'enfant*, 4e éd., PUF, coll, « Que sais je ? », n°852, 1998, *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, LDF, 1999.

- DESCHENAUX (B.), *L'enlèvement international d'enfants par un parent*, Editions Staempfi, 1995.

- DROZ (G), « Regards sur le droit international comparé », RCADI 1991, t. 4, p 9-421.

- DUNCUN (W), « Les conventions de La Haye relatives à la protection de l'enfant », *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Bruylant, Bruxelles 2004, p.4.

- ELHAWARY (A. M.), *Le droit international privé et la constitution : réflexions sur leur relation.* Thèse, Nice, 1988.

- FAUVARQUE-COSSON (B.), *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 272, 1996.

- FARGE (M.), *Le statut familial des étrangers en France : la loi nationale à la loi de la résidence habituelle*, Thèse Grenoble, janvier 2000.

- FOBLETS (M.-C.), « Rapport de synthèse, les enlèvements internationaux. Défits et limites de la communautarisation du droit international privé en Europe », *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Bruylant, Bruxelles 2004, p. 379.

- FOYER (J), *Filiation illégitime et changement de la loi applicable*, Dalloz 1964 ; « Problèmes de conflits de lois en matière de filiation », RCADI 1985, IV. 17.

- FULCHIRON (H), *Autorité parentale et parents désunis*, CNRS, Lyon, 1985 ; « Comment améliorer le fonctionnement des instruments internationaux ? », *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Bruylant, Bruxelles 2004, p. 371.

- GALLI (K.), *La convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.* Thèse, Strasbourg, 1998.

- GANNEGE (L.), *La hiérarchie des normes et des méthodes de droit international privé (étude de droit international privé de la famille)*, Thèse, Paris II, 1998.

- GAUDEMET TALLON (H.), *La désunion du couple en droit international privé*, Recueil Cours la Haye, t. 226, pp. 201 et s., 1991.

- GRATALOUP (S.), *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 290, 1998.

- HALPERIN (J.-L), *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF, 1999.

- HAMMJE (P.), *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, Thèse, Paris II, 1994.

- HERZFELDER (F), Les obligations alimentaires en droit international privé conventionnel, LGDJ 1985.

- HEUZE (V.), *La réglementation française des contrats internationaux. Etude critique des méthodes*, GLN JOLY, 1990.

- KERCHOVE (E.), *Particularisme et universalisme dans les conflits de loi*, Thèse, Lille, 1988.

- KHODARI (T.), *Le statut juridique du mineur né de père musulman dans les unions mixtes*, Thèse, Paris II, 1996.

- LAGARDE (P), « La réciprocité en droit international privé », RCADI 1977, t. 1, p. 130-214 ; « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », RCADI 1986, t. 1, p. 9-237.

- LECLERC (F.), *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflits de loi)*, Bruylant, 1995.

- LEQUETTE (Y.), *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Bibliothèque de droit privé, Dalloz 1976 ; *L'unification du droit international privé de la famille*, Recueil cours la Haye, 1994 ; « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », RCADI 1994, t. 2, p. 19-233.

- MALLIOT (L.) et BLANC (F.-P.), *Introduction à l'étude du droit musulman*, 2e éd., Sirey, 1987.

- MASSIP (J), *Administration légale et tutelle des mineurs*, 2 vol., Répertoire du Notariat Defrénois, t. 1 : *Régime juridique*, 1995.

- MEULDERS-KLEIN (M.-T), « Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille, un voyage sans destination ? », *La personne, la famille, le droit. Trois décennies de mutations en Occident*, Bruylant/LGDJ 1999, p. 496.

- MILLOT (L) et BLANC (F. P.), *Introduction à l'étude du droit musulman*, Sirey, 1987, 2e éd.

- MOLEFESSIS (N.), *Le conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 287, 1997.

- MOULAY RACHID (A.), « Les droits de l'enfants dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans », RCADI 1997, vol. 268, pp. 9 et s.

- NEIRICK (C.), *Le droit de l'enfance après la convention des Nations Unies*, Delmas, 1993.

- NIBOYET (J.-P), « Le rôle de la justice internationale en droit international privé : conflit des lois », RCADI 1932, Tome II, vol. 40, pp. 153 et s.

- NOURISSAT (C), « L'articulation des instruments internationaux de protection de l'enfance », Les enlèvements d'enfants à travers les frontières, Bruylant, Bruxelles 2004, p. 51.

- PAMBOUKIS (C.), *L'acte étranger en droit international privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 219, 1993.

- PATAUT (E.), *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (Etude de droit international privé)*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 298, 1999.

- PEREZ-VERRA, Rapport, Actes et documents de la quatorzième session de Conférence de la Haye, tomme III, p 426 et s.

- PICON (P.), « La méthode de référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », RCDI 1986, Tome II, vol. 197, pp. 229 et s.

- POTVIN (L.), *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du conseil d'Etat*, Thèse, Paris II, 1994.

- SAÏD (K.), *Conflit entre le loi française et statut personnel des algériens musulmans : du conflit interpersonnel du conflit international*, Thèse, Paris X, 1992.

- SAKMAR (A.), « Le nouveau droit international privé turc », RCADI 1990, Tome IV, vol. 223, pp. 303 et s.

- SOIRAT (F.), *Les règles de rattachement à caractère substantiel*, Thèse, Paris II, 1995.

- SUMAMPOUW (M.), *Les nouvelles conventions de la Haye, leur application par les juges nationaux*, 5 vol., TMC Asser Institut, La Haye, t. 1 1976, t. 2 1980, t. 3 1984, t. 4 1994, t. 5 1996.

- THERY (I.), *Le démariage, justice et vie privée*, éd. Odile Jacob, 1996.
Couple, filiation et parenté aujourd'hui, le droit face aux mutations de la famille et la vie privée, Rapport au ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la justice, éd. Odile Jacob et LDF, 1998.

- WECKEL (Ph.), La Concurrence des traités internationaux, Thèse, Strasbourg, 1989.

III) ARTICLES, CHRONIQUES, COMMUNICATIONS, ETUDES ET COMMENTAIRES :

- ABRAHAM (R.), « L'application directe de la convention devant la juridiction administrative », RUDH 1991, pp. 275 et s.

- ABRI HACHEM (M. EL.), « Le code tunisien de droit international privé », R 1999, pp. 227 et s.

- ALLEXANDRE (D.), « Les conflits de loi en matière d'effets de la filiation », in *Les conflits de lois en matière de filiation en droit international privé français, allemand et suisse*, TIDC Strasbourg, LGDJ, 1973, pp. 65 et s ; « L'intervention de l'ordre public dans le droit de la famille en droit international privé français », in *Le droit de la famille en Europe*, R. GANGHOFER (ss. La direction de), PU Strasbourg, 1992, pp.105 et s.

- ALLAND (D.), « L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ? », RGDIP 1998, pp.203 et s.

- ALVAREZ-GONZALES (S), « Clausulas de compatibilidad en los convenios de la Conferencia de la Haye de derecho internacional privado », REDI 1993, n°1, p. 39-62.

- ANCEL (B), « La réaction du droit international privé français face à l'enlèvement international d'enfants », Aspectos civiles de la soustraccion internacional de menores, Jornadas de derecho internacional privado, Toledo, 26 y 27 de febrero de 1990.

- BATIFFOL (H.), La quatorzième session de la Conférence de la Haye de DIP, RCDIP 1981.231.

- BARRIERE-BROSSE (I.), « L'enfant et les conventions internationales », JDI 1996, pp. 843 et s.

- BATIFFOL (H), « La 9e session de la Conférence de la Haye de droit international privé », RCDIP 1961, p. 461-476 ; « La 14e session de la Conférence de la Haye de droit international privé », RCDIP 1981, p. 231-245 ; « Conflits de lois dans l'espace et conflits de lois dans le temps », Choix d'articles, LGDJ 1976, p. 179-187 ; « Conflits mobiles et droit transitoire », Mélanges Roubier, t. 1, Dalloz Sirey 1961, p. 39-52 .

- BATIFFOL (H) et FRANCESCAKIS (PH), « L'arrêt Boll de la Cour internationale de justice et sa contribution à la théorie du droit international privé », RCDIP 1959, p. 259-276.

- BATIFFOL (H) et LAGARDE (P), « L'improvisation de nouvelles règles de conflit de lois en matière de filiation », RCDIP 1972, p. 1-26.

- BAUDOIN (J.-M.), « La protection du mineur étranger par le juge des enfants », RCDIP 1994, p. 483 et s ; « Conséquences pour les enfants confrontés à l'appareil judiciaire : la protection de l'enfance dans la perspective européenne, l'importance du droit international privé », Sauvegarde de l'enfance 1990, p. 240-259.

- BELLIVIER (F.), BRUNET (L.) et LABRUSSE-RIOU (C.), « La filiation, la génétique et le juge : où est passée la loi ? », RTD civ. 1999, pp. 529 et s.

- BENABENT (A.), « L'ordre public en droit de la famille », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, T. REVET (avec la coordination de), Dalloz, 1996, pp. 27 et s.

- BENHAMOU (Y.), « Courtes remarques sur la jurisprudence du conseil d'Etat relative à la réception en droit français de la convention de New York sur les droits de l'enfant (A propos d'un arrêt du Conseil d'Etat du 29 juillet 1994) », GP 1995, 2, doct, p. 899 ; « La convention européenne sur l'exercice des droits des enfants – regard critique », RTDH 1996. 23-34 ; « Réflexions en vue d'une meilleure défense en justice de l'enfant », D. 1993, p. 130-108.

- BODARD-HERMANT (A), « La convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants », Gaz. Pal., 120e année, 23-25 janvier 2000, p. 2 ; « La coopération judiciaire civile en matière familiale à l'heure de la construction de l'Europe », Les annonces de la Seine, supl. au n°6 du 27 janvier 2003 ; « Le droit de visite à l'épreuve des frontières », Gaz. Pal., 120e année, 10-12 décembre 2000, p.2 (WWW.gpdoc.com/acturevu/GPFamille_01212.pdf).

- BOSSE-PLATIERE (H.), « Enlèvement d'enfant et adoption internationale : la nécessité d'un contrôle juridictionnel des décisions des autorités centrales. A propos de l'arrêt rendu par la cour administrative d'appel de Paris du 11 juillet 1997 », RFD adm. 1999, p. 414 et s ; « L'application par les tribunaux français des conventions visant à lutter contre les déplacements illicites d'enfants », L'enfant et les conventions internationales, PUL 1996, p. 413-431.

- BOULANGER (F.), « La vie familiale », in *Libertés et droits fondamentaux*, R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et Th. REVET (ss. La direction de), 5e éd., Dalloz, 1999, p. 169 et s ; « De la convention de la Haye de 1961 à celle de 1996 sur la loi applicable à la responsabilité parentale et la protection des enfants. Requiem pour la loi nationale ? », in *Mélanges Fritz Sturm*, vol. II, Editions Juridiques de l'Université de Liège, 1999, p. 1399 et s.

- BRAUNSCHWEIG (A.) et GOUTTES (R. DE.), « Note à propos arrêts de 1993 de la 1er Chambre civile de la Cour de cassation sur la Convention des Nations Unies relative aux droit de l'enfant », GP 1995.2.doct. pp. 878 et s.

- BRET (J.-M.), « La convention des Nations-Unies sur les droits de l'enfant : un texte applicable et appliqué en France », GP 1991, 2, doct., pp. 748 et s.

- BRUCH (C. S.), « Les conflits en matière d'enlèvements d'enfants aux Etats-Unis », *L'enfant et les conventions internationales*, Presses Univ. De Lyon 1996, p. 319.

- BRUNEAU (C), « Le traité d'Amsterdam et la coopération judiciaire en matière civile. Transformation en règlement communautaire de quatre conventions européennes », JCP 2000, p. 266.

- BUCHER (A), « La révision de la Convention de la Haye sur la protection des mineurs », Mélanges B. Schnyder, Famille et droit, éd. Univ. Fribourg, 1995, p. 61 et s.

- BUREAU (D.), « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, Dalloz, PUF et Editions du Juris-Classeur, 1999, pp. 285 et s.

- BYK (C.), « La réception des conventions internationales par le juge français : à l'occasion de la jurisprudence de la cour de cassation relative à la convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant », JDI 1994, p. 966 et s ; « Les enfants de la procréatique et le droit : disparités nationales et harmonisation européenne », PA 1994, n°149, pp. 49 et s.

- CARRIO SALCEDO (J.- A.), « Article 1 », in *La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article.* L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (ss. La direction de), 2e éd., Economica, 1999, pp. 135 et s.

- CASTEX (G), « Les déplacements illicites d'enfants à l'étranger » in Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales, (avant-propos de F. Dekeuwer-Defossez), Actes des journées d'études des 3 et 4 décembre 1992 organisées par le LERADP, LGDJ 1993, p. 159-174.

- CHARPENTIER (S.), « Maintien des liens entre frères et sœurs : réflexions sur le nouvel article 371-5 du code civil », RDS soc. 1998, pp. 19 et s.

- CHATIN (L.), « Les conflits relatifs à la garde des enfants et au droit de visite en droit international privé », TCFDIP 1991-1982, p. 107 et s ; « Comment prévenir les déplacements ou les rétentions illicites d'enfants à l'étranger : l'arrêt de la Cour de cassation du 3 février 1982 », Gaz. Pal. 1982, doc., p. 342-345.

- CHATIN (L) et STURLESE (B), « Protection des mineurs et entraide judiciaire internationale », Recueil pratique de l'entraide judicaire internationale, La Documentation française, 1990, 3e éd.

- CHEVALIER (J.-Y.), « L'internationalisation du droit pénal français de l'enfance par la convention internationale sur les droits de l'enfant », in *L'internationalisation du droit, Mélanges Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 141 et s.

- CLEMANG (A.) et HOFFMANN (V.), « Les enlèvements internationaux de mineurs », in *Le droit de la famille en Europe*, R. GANGHOFER (SS. La direction de), PU Strasbourg, 1992, p. 633 et s.

- COHEN (D.), « La convention européenne des droit de l'homme et le droit international privé », R 1989, pp. 451 et s.

- COHEN-JONATHAN (G.), « Les rapports entre la Convention européenne des Droits de l'Homme et les autres traités conclus par les Etats Parties », in *The Dynamics of the Protection of Rights in Europe, Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Vol. III, Martius Nijhoff Publishers, 1994, pp. 79 et s ; « Les tribunaux administratifs et les traités relatifs aux droits de l'homme : quelques observations à propos du jugement du TA de Strasbourg du 8 décembre 1994 », RUDH 1995, pp. 120 et s.

- COLOMBET (F.), « Les principes constitutionnels du droit de la famille », in La Cour de cassation et la Constitution de la République, PUAM, 1995, pp. 211 et s.

- CONFORTI (B.), « L'interaction des normes internationales relatives à la protection des droits de l'homme », in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Pedone, 1998, pp. 121 et s.

- CORNEC (A.), « Prendre en compte l'intérêt de l'enfant, combattre la voie de fait sans favoriser le chantage », Gazette du Palais, 19 novembre 1992, p 868 ; « Les enlèvements

internationaux d'enfants, Convention de la Haye du 25 octobre 1980, jurisprudence française et anglaise », Gaz. Pal. 1992, doc., p. 868-873 ; « Actualité du jugement de Salomon. Comment ne pas trancher les enfants victimes d'un déplacement international », Gaz. Pal. 1997, doc., p. 1582 et s.

- CORPART (I), « L'autorité parentale », ASH, 2003 ; « La séparation du couple parental et le choix de la résidence de l'enfants », *Les liens de vie des enfants*, Recherches familiales, n°2, 2005.

- COURBE (P.), « Le divorce international : premier bilan d'application de l'article 310 du Code civil », TCFDIP 1989-1990, pp. 123 et s ; « Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la Convention dans le système français », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, P. TAVERNIER (ss. La direction de), Bruylant, 1996, pp. 249 et s.

- DECROUX (P.), « La Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire », JDI 1985, p. 49 et s.

- DEHAUSSY (J.), « La supériorité des normes internationales sur les normes internes : à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 20 octobre 1989, Nicolo », JDI 1990, pp. 5 et s.

- DEKEUWER-DEFOSSER (F.), « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », RTD civ. 1995, pp. 249 et s.

- DERRUPPE (J.) et AGOSTINI (E.), Juris-Classeur de droit international, *Le renvoi dans la jurisprudence française*, fascicule 532-2, 1994.

- DESCHENAUX (B), « La Convention de la Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 25 octobre 1980 », Annuaire suisse de droit international 1981, vol. 37, p. 119-128.

- DION (N.), « Le juge et le désire du juste », D 1999, chr. Pp. 195 et s.

- DROZ (G), « Une Convention de la Haye de droit international privé devant la Cour international de justice », RCDIP 1958. 626-630 ; « La protection des mineurs en droit international privé français depuis l'entrée en vigueur de la Convention de la Haye du 5 octobre 1961 », Clunet 1973, p. 603-643 ; « Entrée en vigueur de la Convention de Bruxelles révisée sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements », RCDIP 1987. 251-303 ; « Evolution du rôle des autorités administratives dans les conventions de droit international privé au cours du premier siècle de la Conférence de la Haye », Etudes offertes à Pierre Bellet, Litec 1991, p. 129-147 ; « Le rôle de la Conférence de la Haye de

droit international privé dans la mondialisation de la protection juridique de l'enfant », Les petites Affiches, 3 mai 1995, n°53, p. 33-35.

- DUNCUN (W), « La protection de la Haye de 1996 sur la protection des enfants », Les enfants sans enfance, Colloque de l'Association Louis Chatin, 27-28 novembre 1998, Les petites Affiches, 29 novembre 1999, n°237, p. 18-21.s

- DYER (A.), « Les convention de la Conférence de la Haye (II) », in *L'enfant et les convention internationales*, J. RUBELLIN-DEVINCHI et R. FRANCK (ss. La direction de), PU Lyon, 1996, pp. 71-82 ; « Les conventions, recommandations et autres textes internationaux traitant du droit de l'enfant en Europe sont-ils basés sur l'actualité ? », *Autorité responsabilité parentale et protection de l'enfant*, Confrontations européennes régionales, collection « Synthèse », éd. Chronique sociale, Lyon 1992, p. 379-387 ; « L'évolution du droit international privé de la famille en Europe au cours du premier siècle de la Conférence de la Haye de droit international privé. Les avatars des conventions de la Haye » in *Le droit de la famille en Europe, son évolution de l'Antiquité à nos jours*, (sous la direction de R. Ganghofer), Presses universitaires de Strasbourg, 1992, p. 95-103 ; « Les déplacements d'enfants au regard de la convention de la Haye », Les petites affiches 1997, n°118, p.32-34.

- EBADI (S), « Les enfants et la guerre en Iran », Les petites Affiches, 29 novemre 1999, n°237.

- FALLON (M.), « La théorie de l'adaptation au secours de l'ordre public dans les adoptions internationales ? », RTDF 1983, p. 133 et s ; « Une chronique anticipée du droit international privé de la famille (1980-2000) », RTDF 1992, pp. 475 et s ; « La filiation internationale : problèmes nouveaux, solutions nouvelles ? », in *Relations familiales internationales*, M. VERWILGHEN et R. DE VALKENEER (ss. La direction de), Bruylant, 1993, p. 87 et s ; « La Convention de la Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants – entrée en vigueur d'un instrument éprouvé », Rev. Trim. de droit familial, Vol. 1, 1999, p.7.

- FAUVARQUE-COSSON (B), « Le juge français et le droit étranger », D2000, chr. p. 125 et s.

- FLORAND (J.-M), « Le divorce et l'autorité parentale », PA 1994, n°95, p. 49 et s.

- FONTIANE (N.), « Bruxelles II, La nouvelle Convention entre les Etats de l'Union européenne sur le règlement des conflits transnationaux en matière familiale », D pat. Mars 1999, p. 22 et s.

- FORTIER (V.), « La fonction normative des notions floues », RRJ 1991, pp. 755 et s.

- FOSSIER (T.) et GUIHAL (D.), « Variétés à propos de la convention internationale des droits de l'enfant », RJO 1990, pp. 573 et s.

- FOYER (J.), « Vingt ans d'application des articles 311-14 à 311-18 du code civil », in *Mélanges Danièle Huet-Weiller*, PU Strasbourg, 1994, p. 127 et s ; « Réflexions sur l'article 202 du code civil », in *L'avenir du droit*, Mélanges François Terré, Dalloz, PUF et Editions du Juris-Classeur, 1999, p. 469 et s ; « La lente gestation d'une règle jurisprudentielle. La loi applicable à l'adoption internationale », in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à Pierre Drai, Dalloz, 2000, pp. 559 et s.

- FRANK (R.), « La signification différente attachée à la filiation par le sang en droit allemand et français de la famille », RIDC 1993, pp. 635 et s ; « L'examen biologique sous contrainte dans le cadre de l'établissement de la filiation en droit allemand », RIDC 1995, pp. 905 et s.

- FULICHRON (H.), « L'éducation de l'enfant étranger » in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, p. 197, Actes des journées d'études des 3 et 4 décembre 1992 organisées par le LERADP, Université de Lille II, LGDJ 1993, p. 197-234 ; « Une nouvelle réforme de l'autorité parentale », D. 1993, chron., p. 117-122 ; « L'intérêt de l'enfant déplacé : les difficultés d'application de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 », Chronique de droit de la famille, IV, JCP 1993.I.3688, p. 303-304 ; « Le juge de la famille et la loi étrangère (a propos de Cass. 1er civ., 26 mai 1999) », DF mars 2000, chr. N°5, p. 4 et s. ; « Actualité de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement d'enfants », par *le Centre de droit de la famille de Lyon*, Droit de la famille – Editions du Juris-Classeur, Chr., octobre 2003, p. 4 et s.

- GARE (T.), « Les grands-parents dans le droit de la famille à la lumière de la Convention internationale sur les droits de l'enfant », in *Mélanges Danièle Huet-Weiller*, PU Strasbourg, 1994, pp. 181 et s ; « Réflexions sur l'efficacité de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 relative aux aspects civils de l'enlèvement international d'enfants », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, pp. 299 et s.

- GAUDEMET-TALLON (H.), « L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales (l'exemple des Conventions de la Haye) », in *L'internationalisation du droit, Mélanges Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, pp. 181 et s. ; « La nouvelle convention européenne dite de Bruxelles II », RCDIP 2000, p. 140.

- GAUMONT-PRAT (H.), « Le droit à la vérité est-il un droit à la connaissance de ces origines ? », DF octobre 1999, chr. 17, pp. 6 et s.

- GEBLER (M.-J.), Juris-Classeur droit de l'enfant, *Autorité parentale*, fascicule 630, 1988.

- GENESIO (U), « L'implication des enfants dans les conflits armés », Les petites Affiches, 29 novembre 1999, n°237

- GOUTTENOIRE (A.), « L'administrateur ad hoc dans le cadre de la loi n°93-22 du_ janvier 1993 », PA 1995, n°53, pp. 87 et s.

- GUERREIRO LOPES (M.), Juris-Classeur de droit comparé, *Brésil*, fascicule 1, 1999.

- GUEDON (J.-P.), « La résidence alternée de l'enfant après la séparation de ses parents », Petites affiches, 3 septembre 2004, n°177, p. 3 et s.

- GUINCHARD (S.), « Application de la Convention européenne par le juge judiciaire », Europe octobre 1999, Hors série, pp. 10 et s.

- GULPHE (P), « L'action de la France dans la coopération internationale pour la protection de la personne de l'enfant dans les ménages séparés », Rev. jur. et pol. indép. et coop. 1983, p. 407-416.

- HAMMJE (P.), « Droits fondamentaux et ordre public », R 1997, pp. 1 et s.

- HARREMOES (E), « Le conseil de l'Europe et le droit de la famille », *Le droit de la famille en Europe, son évolution de l'Antiquité à nos jours*, (sous la direction de R. Ganghofer), Presses universitaires de Strasbourg, 1992, p. 9-15.

- HUET-WEILLER (D), « De la puissance paternelle à la responsabilité parentale », Le droit de la famille en Europe, son évolution de l'Antiquité à nos jours, (sous la direction de R. Ganghofer), Presses universitaires de Strasbourg, 1992, p. 405-413.

- JANARD (P.), « Les enlèvements internationaux d'enfants et l'administration », Rev. belge dr. int., 1988, p. 35 et s.

- KING (M.) et KRATZ (C.), « La notion d'intérêt de l'enfant en droit : vecteur de coopération ou d'interférence ? », DS 1992, n°22, p. 607 et s.

- LAGARDE (P.), « La règle de conflit applicable aux questions préalables », RCDIP 1960, p. 459-484 ; « Destinées de l'arrêt Rivière », Clunet 1971, p. 241-257 ; « La nouvelle convention de la Haye sur la loi applicable aux successions », RCDIP 1989, 249-275 ; « Observations sur l'articulation des questions de statut personnel et des questions alimentaires dans l'application des conventions de droit international privé », *Conflits et harmonisation : mélanges en l'honneur d'Alfred E. Von Overbeck*, Faculté de droit de l'Université de Fribourg, Walter A. Steffel et Paul Volken, Editions universitaires 1990, p. 511-528 ; « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française », in *Nouveaux itinéraires en Droit, Hommage à François Rigaux*, Bruylant, 1993, p. 511 et s ; « La nouvelle Convention de la Haye sur la protection des mineurs », R 1997, pp. 217 et s ; « Rapport explicatif », in Actes et Documents de la Dix-huitième session du 30 septembre au 19 octobre 1996, Tome II, Protection des enfants, BPCH, 1998, p. 534 et s.

- LEBORGNE (F.), « Les règles de compétences des autorités dans la Convention de la Haye de 1961 sur la protection des mineurs et leur application dans la jurisprudence française », Rev. Jur. Ouest 1996, p. 3 et s., p. 149 et s.

- LEGIER (G.), « Les rapports familiaux et l'ordre public au sens du droit international privé », RRJ 1999, p. 293 et s., Juris-Classeur de droit international, Acte juridiques, fascicule 551-20, 1999.

- LENAERTS (K.), « Le rôle joué par l'exception d'ordre public lors de la solution des conflits de lois en matière de filiation », RTDF 1983, p. 109 et s.

- LEONARD (P.), « Revendication d'un droit de tutelle, de garde ou de visite exercé devant les juridictions algériennes sur un enfant d'un couple franco-algérien », GP 1987, 2, doct. pp. 566 et s.

- LEPARMENTIER (A), « L'Allemagne refuse de renvoyer en France les enfants Ancelin », Le Monde 27 novembre 1998, p. 6 ; « Bonn et Paris viennent à l'aide des divorcés franco-allemands », Le Monde 3 décembre 1998, p. 33 ; « La justice allemande confie à la Française Cosette Lancelin la garde de ses enfants », Le Monde 3 avril 1999, p. 7.

- LEQUETTE (Y.), « De l'utilitarisme dans le droit international privé conventionnel de la famille », in *L'internationalisation du droit, Mélanges Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 245 et s ; « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in *Libertés et droit fondamentaux*, R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et Th. REVET (ss. La direction de), 5e éd., Dalloz, 1999, p. 79 et s.

- LERNOUT (Y), « L'enfant, acteur de sa protection ? », intervention au colloque de Mendel les 23 et 24 mars 1990, *Droit de l'enfant, droit de l'enfance*, DEF 1990/1.106-115.

- LIBCHABER (R.), « L'exception d'ordre public en droit international privé », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Th. REVET (avec la coordination de), Dalloz, 1996, p. 65 et s.

- LOUTFI (M.-H), Juris-Classeur de droit comparé, *Egypte*, fascicule 1, 1996.

- MAHOT DE LA QUERANTONNAIS (Y.), « Les enjeux patrimoniaux de la Convention de la Haye du 29 mai 1993 », D pat. Février 1995, pp. 20 et s.

- MANCINI (A), « Les enfants au cœur des conflits de la famille. Les conflits de garde au sein des couples bi-nationaux », *Enfants d'Europe, enfants du monde* – Deuxième journées Eur. du Droit de Nancy – Actes du colloque organisé à Nancy les 24 – 25 novembre 2000.

- MARTAGUET (P.), « La protection de l'enfant dans la procédure de divorce », in *La protection judiciaire de l'enfant en fonction de l'évolution du droit et des institutions judiciaires*, M. ANCEL et H. MOLINES (ss. La direction de), Pedone, 1980, p. 101 et s.

- MASSIP (J.), « Les modifications apportées au droit de la famille par la loi du 8 janvier 1993 », GP 1993, 2, doct., p. 1120 et s ; « L'évolution récente du droit de la famille dans douze pays européens », III Le filiation et l'autorité parentale, Defrénois 1994, Art. 35947, p. 1494-1498 ; « L'application par la Cour de cassation de convention internationales récentes relatives à l'enfance », PA 1995, n°53, pp. 41 et s ; « L'application par la jurisprudence française des normes supra-nationales de droit de la famille », in *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (ss. La direction de), LGDJ, 1996, p. 135 et s ; « La loi du 30 décembre 1996 tendant à éviter la séparation des frères et sœurs », PA 1997, n°115, p. 5 et s.

- MATSCHER (F.), « Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme », TCFDIP 1996-1997, p. 211 et s.

- MAYER (P.), « L'Etat et le droit international privé », Droits 1992, p. 33 et s ; « La protection de la partie faible en droit international privé », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, J. GHESTIN et M. FONTAINE (ss. La direction de), LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 261, 1996, p. 513 et s.

- MEBROUKINE (A.), « La Convention algéro-française du 21 juin 1988 relative aux enfants de couples mixtes séparés. Le point de vue d'un Algérien », RCDIP 1991, p.1-39.

- MEULDERS-KLEIN (M.-T.), « Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ? », in *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (ss. La direction de), LGDJ, 1996, p. 179 et s.

- MEYER-FABRE (N.), « La convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », R 1994, pp. 259 et s.

- MEYZEAUD-GARAUD (M.-C.), « Enlèvement international d'enfants : la Cour de cassation assure une parfaite efficacité à la Convention de la Haye », Rev. Jur. Personnes et famille, n°4, avril 2005.

- MONEGER (F), « La convention franco marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judicaire », RCDIP 1984, p. 29-69, et 267-288 ; « Le contentieux de l'assistance éducative », RD sanit. soc., 1988, p. 122-126 ; « La convention relative aux enfants issus de couples mixtes séparés franco algériens du 21 juin 1988 », Clunet 1989, p. 41-62 ; « Les enlèvements internationaux d'enfants ou comment permettre à un enfant de conserver des relations avec ses deux parents », JCP 1992.I.3605, p. 353-358 ; « La protection de l'enfant étranger après la loi du 24 août 1993 sur la maîtrise de l'immigration », RD sanit. soc. 1994, p. 329-338.

- MONIN-HERSANT (P) et STURLESE (B), « Les conflits relatifs au droit de garde et de visite en droit international privé conventionnel », DEF, n°26, 1987-1988, p. 126-146 ; « L'entrée en vigueur de la Convention franco-algérienne du 21 juin 1988 : un nouvel espoir pour les enfants déchirés » Gaz. Pal. 1988, 2, Doc., p. 523-526.

- MOURA RAMOS (R. M.), « La protection des enfants sur le plan international », *Mélanges Mouly*, Litec 1998, p. 353-373.

- MUIR-WATT (H), « Remarques sur les effets en France des jugements étrangers indépendamment de l'exequatur », *Mélanges D. Holleaux*, Litec 1990, p. 301-316 ; « La convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », TCFDIP 1994, p.49-62 ; « La rencontre dans l'espace de figures hybrides (variations autour du conflit international de décisions) », RGP 1998, p. 711-725, 1999, p. 291-306.

- PARCHEMINAL (H), « Le juge aux affaires familiales et la protection de l'intérêt de l'enfant », RD sanit. soc. 1994, p. 201-220.

- PATAUT (E), « Principe de souveraineté et conflits de juridictions », LGDJ 1999, n°336 et s, p. 225.

- PAULINO-PEREIRA (F. R.), « La reconnaissance mutuelle des décisions en matière de divorce et de responsabilité parentale : la convention de Bruxelles II », Les petites Affiches, décembre 1998, p. 45-48 ; « La reconnaissance mutuelle des décisions en matière de divorce et de responsabilité parentale dans l'Union européenne (la convention de Bruxelles II) », RMCUE juillet/août 1999, p. 484-489.

- PETTITI (L.), « Le projet de convention européenne sur l'exercice des droits des enfants », Les Petites Affiches, 3 mai 1995, n°53, p. 31-32.

- PROOST (C), « Parents divorcés et autorité parentale », Les petites Affiches, 3 mai 1995, n°53, p. 53, p. 21-22.

- REYMOND (G.), « Aspects comparatifs des conventions sur l'enlèvement », P.A. 8 juin 1993, n° 68, p 31 ; « La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant et le droit français de l'enfance », JCP 1990, I, 3451, 8 p.

- RIEG (A), « L'harmonisation européenne du droit de la famille : mythe ou réalité ? », *Conflits et harmonisation, Mélanges en l'honneur d'Alfred E. Von Overbeck*, Ed. Univ. Fribourg 1990, p. 473-499.

- RUBELLIN-DEVICHI (J), « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises », JCP 1994.I.3739, p. 87-93.

- STURLESSE (B), « Premiers commentaires sur un événement juridique : la signature de la Convention de Bruxelles II ou quant l'Europe se préoccupe des conflits familiaux », JCP G 1998, 1, p. 145 ; « Les nouvelles règles du droit international privé européen du divorce », Règlement (CE) n°1347/2000 du Conseil ; JCP G 2001, 1, 292.

- SIMON-DEPITRE (M), « La protection des mineurs en droit international privé après l'arrêt Boll de la Cour International de Justice », TCFDIP, 1960-1962, p. 109-138.

- THOMAS-SASSIER (F), « La soustraction internationale d'enfants », Les Petites Affiches 1997, n°118, p. 35-41.

- VON OVERBECK (A), « L'application par le juge interne des conventions de droit international privé », *RCADI* 1971,t. I, p. 1, spéc. p. 14.

IV) COMPTES-RENDUS, NOTES, OBSERVATIONS RAPPORTS :

- **HCCH Publications : disponibles sur le : www.hcch/net/**

- Publications de la HCCH :

° Les Conventions de la Haye relatives aux enfants, 2005.

° Guide de bonne pratiques, Convention – Enlèvement d'enfants : Première Partie – Pratique des Autorités centrales, 2003.

°Guide de bonnes pratiques, Convention – Enlèvement d'enfants : Deuxième Partie – Mise en œuvre, 2003.

° Guide de bonnes pratiques, Convention – Enlèvement d'enfants : Troisième Partie – Mesures préventives, 2005.

°Protection internationale de l'enfant – La lettre des juges (printemps 2005), 2005.

°Protection internationale de l'enfant – La lettre des juges (automne 2004), 2005.

°Protection internationale de l'enfant – La lettre des juges (printemps 2004), 2004.

°Protection internationale de l'enfant – La lettre des juges (automne 2003), 2003.

°Protection internationale de l'enfant – La lettre des juges (printemps 2003), 2003.

°Protection internationale de l'enfant – La lettre des juges (été 2002), 2002.

°Protection internationale de l'enfant – La lettre des juges (automne 2001), 2001.

°Protection internationale de l'enfant – La lettre des juges (automne 2000), 2000.

°Protection internationale de l'enfant – La lettre des juges (printemps 1999), 1999.

° Actes et documents de la Dix-huitième session (1996) – Protection des enfants, 1998.

° Rapport explicatif sur la convention – Protection des enfants de 1996, Paul Lagarde, 1998.

° Rapport explicatif sur la convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, G. Parra Aranguren, 1994.

° Actes et documents de la Quatorzième session (1980) – Enlèvement d'enfants, 1982.

° Rapport explicatif sur la convention de la Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants, Elisa Pérez-Vera, 1982.

° Rapport explicatif sur la Recommandations adoptée par la Quatorzième session, Gustaf Moller, 1982.

- Documents relatifs au suivi pratique :

° Rapport et Conclusion de la Commission spéciale de septembre – octobre 2002 sur la Convention – Enlèvement d'enfants, 2003.

° Conclusions et Recommandations de la Commission spéciale de septembre – octobre 2002 sur la Convention – Enlèvement d'enfants, 2003.

° Doc. Prél. n°11 de septembre 2002 – Observations reçues sur le Guide de Bonne Pratiques, Première partie – Pratique des Autorités centrales, 2002.

° Doc. Prél. n°10 de septembre 2002 – Document d'information concernant INCADAT, la lettre des juges, INCASTAT et le Rapport Lowe, 2002.

° Doc. Prél. n°7 d'août 2002 – Enlèvement d'enfants et droit de visite transfrontière : conventions bilatérales et Etats de tradition islamique – Rapport de recherche, 2002.

° Annexes au Doc. Prél. n°7 – Enlèvement d'enfants et droit de visite transfrontière : conventions bilatérales et Etats de tradition islamique, 2002.

° Doc. Prél. n°6 d'août 2002 – Les mécanismes pratiques pour faciliter la communication internationale directe entre autorités judiciaires dans le cadre de la Convention de la Haye – Rapport préliminaire + Annexes, 2002.

° Doc. Prél. n°5 de juillet 2002 – Le droit de visite/ droit d'entretenir un contacte transfrontière et la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants – Rapport final, 2002.

° Conclusions et Recommandations de la Quatrième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (22-28 mars 2001), 2001.

° Doc. Prél. n°7 de mars 2001 – Conférence de la Haye de droit international privé : la base de données sur l'enlèvement international d'enfants (INCADAT), 2001.

° Doc. Prél. n°4 de février 2001 – Le droit de visite/ droit d'entretenir un contacte transfrontière et la Convention de la Haye de 1980 – Rapport préliminaire, 2001.

° Rapport de la troisième réunion de la Commission spéciale (17-21 mars 1997), 1997.

° Rapport de la deuxième réunion de la Commission spéciale (18-21 janvier 1993), 1993.

° Conclusions générales de la Commission d'octobre 1989, 1989.

- Divers :

° Lancement du pilote iChild, Système électronique de gestion de dossiers pour la Convention de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants, 2005.

° Aperçu des acceptations d'adhésion, 2004.

° Séminaire pour les juges sur la Convention de la Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants – Conclusions, Noordwijk, 19-22 octobre 2003, 2003.

° INCADAT Guide pour Correspondants, 2003.

° Projet d'ordre du jour de la réunion de la Commission spéciale sur la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects vicils de l'enlèvement international d'enfants, du 27 septembre au 1er octobre 2002, 2002.

° Projet de la Haye pour le coopération internationale et la protection des enfants, 2002.

° INCADAT – Réunion des correspondants – Rapport et Recommandations, 2002.

° INCADAT – Formules modèles à utiliser pour communiquer des décisions rendues conformément à la Convention, 2001.

° Communiqué de presse : 4e réunion de la Commission spéciale (mars 2001), 2001.

° Projet d'ordre du jour pour la quatrième réunion de la Commission spéciale (22-28 mars 2001), 2001.

° La Conférence judicaire de common law sur m'enlèvement international d'un enfant par l'un de ses parents, Washington, D.C., 17-21 septembre 2000, 2000.

° Recommandation adoptée par la Quatorzième session : formule modèle à utiliser pour les demandes de retour des enfants déplacés ou retenus illicitement, 1980.

V) LES DECISIONS CITEES :

- CA Paris 3 avril 1951 : RCDIP 1951.325, note J. P. Niboyet ; Clunet 1951.1178, note J. B. Sialelli ; S. 1951.2.144.

- Arrêt Boll, CIJ 28 novembre 1958, RCDIP 1958.259, note G. Droz ; Clunet 1960.208, note Pino ; Rec. CIJ 1958.146, note Offerhaus.

- TGI Poitiers, 15 avril 1967 : Clunet 1967.903, note Ph. Kahn ; RCDIP 1969.284, 2e esp., note J. Prévault et J. Vincent ; JCP 1967.II.15101, note J. A. Rec. Gén. Lois 1967.453, note G. Droz.

- CA Paris 28 avril 1967, RCDIP 1968.446, note J. Foyer ; Clunet 1968.98, note Ph. Kahn.

- CA Poitiers, 6 juin 1967 : RCDIP 1969.284, 2e esp., note J. Prévault et J. Vincent ; Clunet 1968.925, note P. Level ; JCP 1967.II.15155, note J. A. Gaz. Pal. 1967.2. 232, note R. Saurraute ; Rec. Gén. Lois, 1969.218, note G. Droz ; 653, note L. Boyer.

- Cass. Civ. 1e, 3 février 1982 : RCDIP 1982.558, note P. Lagarde ; Gaz. Pal. 1982, 1, 342 ; JCP 1982.IV.140.

- TGI Paris, 25 juin 1982 : Gaz. Pal. 1982.2.396.

- TGI Paris 9 novembre 1982 : Clunet 1983.99, note A. Huet.

- Cass. civ. 1e, 10 mars 1983, *D.* 1993.361, note J. Massip.

- Cass. civ. 2e, 21 mars 1983, Bull. civ. II, n° 86, p. 58; Defrénois 1983, art. 33174, p. 1497, obs. J. Massip; D. 1984, p. 53, note T. Moussa; JCP éd. G 1984, II, 20163, note A. Dekeuwer; RTD civ. 1984, obs. J. Rubellin-Devichi; Cass. civ. 2e, 2 mai 1984, Bull. civ. II,

n° 78, p. 57; Defrénois 1985, art. 33477, p. 328, obs. J. Massip; JCP éd. G 1985, II note A. Dekeuwer; RTD civ. 1984, 691, obs. J. Rubellin-Devichi.

- Cass. Civ. 1e, 7 novembre 1984, Tolet : RCDIP 1985.533, note M. Simon-Depitre ; Clunet 1985. 434, note H. Gaudmet-Tallon ; D. 1985.459, note E. Poisson-Drocourt ; Defrénois 1985.1006, note J. Massip ; GA n°65.

- CA Dijon, 19 décembre 1984 : Gaz. Pal. 1985.1.256.

- Cass. Civ. 1e, 16 décembre 1986 : RCDIP 1987.401, note P. Lagarde.

- TGI de Toulouse, 20 mars 1987, Gaz. Pal., 9-10 octobre 1987, p. 17 ; aussi RCDIP, 1988, p. 67.

- CA Versailles, 8 juillet 1987 : Gaz. Pal. 1988.1.53, note P. Monin-Hersant et B. Sturlèse.

- TGI Grasse 17 mars 1988 : RCDIP 1990.529.

- CA Aix-en-Provence 23 mars 1989 : RCDIP 1990.529, note Y. Lequette.

- Cass. Civ. 1e, 23 octobre 1990 : RCDIP 1991.407, note Y. Lequette ; Defrénois 1991, Art. 34980, n°9 ; D. 1991.233, note J. Massip ; JCP 1990.IV.412.

- CA Versailles 3 décembre 1990 : JCP 1995.I.3813, chr. H. Bosse-Plantière ; Juris-Data n°052467.

- Cass. Civ. 1e, 16 avril 1991 : Defrènois 1991, Art. 35088, n°68. D. 25, note F. Monéger, et Somm. 67, C. Choain ; JCP 1992.I.3547, chron., H. Fulchiron ; JCP 1992.II.21928, note Gebler. Quot. Jur. 29 octobre 1991, p. 11.

- CA Paris 24 mai 1991 : Gaz. Pal. 1992.676.

- Cass. Civ. 1e, 25 juin 1991 : Clunet 1991.975, note H. Gaudemet-Tallon ; JCP 1992.II, 21798, note H. Muir-Watt ; D. 1992, 51, note J. Massip.

- TGI Périgueux 17 mars 1992 : Clunet 1993.938, note H. Gaudmet-Tallon ; RCDIP 1993.650, note B. Ancel ; JCP 1993.II.22104, note T. Clay ; JCP 1993.I.3688, chron. H. Fulchiron ; Gaz. Pal. 19922.2.678, note G. C. ; D. 1992.315, note G. C. ; Petites Affiches 3 septembre 1993.p. 7, note T. Clay.

- Cass. Civ. 1e, 16 décembre 1992 : Bull. civ. I. n°313, p. 205 ; D. 1993. Somm. 352, B. Audit ; Defrénois 1993, Art. 35572, n° 50, obs. J. Massip.

- TGI Paris 8 février 1993 : Clunet 1994.133, note H Gaudmet-Tallon ; RCDIP 1993.650, note B. Ancel.

- Arrêt « Lejeune », Cass. Civ. 1e, 10 mars 1993 ; RCDIP 1993, p. 449, note Lagarde.
- Cass. Civ. 1e, 16 juillet 1993 : Clunet 1994.133, note H. Gaudmet-Tallon, RCDIP 1993.650, note B. Ancel.

- CA Lyon, 5 octobre 1993, JCP éd. G 1994, II, 22231, note H. Fulchiron.

- Cass. Civ. 1e, 26 janvier 1994 : Bull. Civ. I. n°31, p. 23 ; Defrénois 1994, Art. 35892, note J. Massip ; D. 1995.226, note C. Choain ; RCDIP 1995. Somm. 806 ; JCP 1994. IV.836 ; Gaz. Pal. 1994. Panor. 108 et Somm. 668, note J. Massip ; RD sanit. soc. 1995.179, note F. Monéger.

- Cass. Civ. 1e, 15 juin 1994 : RCDIP 1995.96, note H. Muir-Watt.

- Cass. Civ. 1e, 12 Juillet 1994, RCDIP 1994, p : 98, note H. Muir Watt.
- Cass. Civ. 1e, 15 juillet 1994 : RCDIP 1995.96, note H. Muir-Watt ; Defrénois 1995, Art. 36024 ; Les Petites Affiches 5 mars 1995, n°32, note J. Massip ; JCP 1994.IV.2285.JCP 1996.I.3903, Chr. H. Bosse-Platière.

- Cass. Civ. 5 juin 1995 : D. 1996.393, note J. Massip ; Defrénois 1996. Art. 36272, p. 336, J. Massip.

- TGI Niort, 9 juin 1995, JDI 1995, p. 361. note H. Gaudemet-Tallon.
- Cass. Civ. 1e, 21 novembre 1995 : D. 1996.468, note J. Massip ; JCP 1996.IV. 98.

- CA Paris 11 juillet 1997 : RFDA 1998, p. 1035, concl. J.-P. Plaitre.
- TGI Blois, 25 septembre 1997 et CA Orléans, 10 octobre 1998 ; Droit et patrimoine, n° 69, 1999, p : 22.
- Aff. C-85/96, 12 mai 1998, Martinez Sala, pt 31 : Rec. CJCE, p. I-2691 ; Europe, 1998, comm. n°241, note L. Idot; Rev. du marché unique européen, 1998, p. 254, obs. P. Cabral ; JDI, 1999, p. 557, M. Luby.
- CA Basse-Saxe, 10 juillet 1998 : Droit et patrimoine n°69, 1999, p. 22 et s.
- Cour constitutionnelle de Karlsruhe, 16 et 31 juillet 1998 : Droit et patrimoine n°69, 1999, p. 22 et s.
- CA Amiens 27 janvier 1999, JCP 1999. IV. 2560.

- Cour constitutionnelle de Karlsruhe, 1er avril 1999 : Droit et patrimoine n°69, 1999, p. 22 et s.
- Tribunal de Tel Aviv, 25 avril 1999 ; CA Aix, 23 mars 1989 : RCDIP 1990, p. 529 ; Civ. 1er, 22 avril 1997 :Bull. 1997, n°123.

- Arrêt « Lejeune », Cass. Civ. 1e, 10 mars 1993 ; RCDIP 1993, p. 449, note Lagarde.
- Cass. Civ. 1e, 16 juillet 1993 : Clunet 1994.133, note H. Gaudmet-Tallon, RCDIP 1993.650, note B. Ancel.

- CA Lyon, 5 octobre 1993, JCP éd. G 1994, II, 22231, note H. Fulchiron.

- Cass. Civ. 1e, 26 janvier 1994 : Bull. Civ. I. n°31, p. 23 ; Defrénois 1994, Art. 35892, note J. Massip ; D. 1995.226, note C. Choain ; RCDIP 1995. Somm. 806 ; JCP 1994. IV.836 ; Gaz. Pal. 1994. Panor. 108 et Somm. 668, note J. Massip ; RD sanit. soc. 1995.179, note F. Monéger.

- Cass. Civ. 1e, 15 juin 1994 : RCDIP 1995.96, note H. Muir-Watt.

- Cass. Civ. 1e, 12 Juillet 1994, RCDIP 1994, p : 98, note H. Muir Watt.
- Cass. Civ. 1e, 15 juillet 1994 : RCDIP 1995.96, note H. Muir-Watt ; Defrénois 1995, Art. 36024 ; Les Petites Affiches 5 mars 1995, n°32, note J. Massip ; JCP 1994.IV.2285.JCP 1996.I.3903, Chr. H. Bosse-Platière.

- Cass. Civ. 5 juin 1995 : D. 1996.393, note J. Massip ; Defrénois 1996. Art. 36272, p. 336, J. Massip.

- TGI Niort, 9 juin 1995, JDI 1995, p. 361. note H. Gaudemet-Tallon.
- Cass. Civ. 1e, 21 novembre 1995 : D. 1996.468, note J. Massip ; JCP 1996.IV. 98.

- CA Paris 11 juillet 1997 : RFDA 1998, p. 1035, concl. J.-P. Plaitre.
- TGI Blois, 25 septembre 1997 et CA Orléans, 10 octobre 1998 ; Droit et patrimoine, n° 69, 1999, p : 22.
- Aff. C-85/96, 12 mai 1998, Martinez Sala, pt 31 : Rec. CJCE, p. I-2691 ; Europe, 1998, comm. n°241, note L. Idot; Rev. du marché unique européen, 1998, p. 254, obs. P. Cabral ; JDI, 1999, p. 557, M. Luby.
- CA Basse-Saxe, 10 juillet 1998 : Droit et patrimoine n°69, 1999, p. 22 et s.
- Cour constitutionnelle de Karlsruhe, 16 et 31 juillet 1998 : Droit et patrimoine n°69, 1999, p. 22 et s.
- CA Amiens 27 janvier 1999, JCP 1999. IV. 2560.

- Cour constitutionnelle de Karlsruhe, 1er avril 1999 : Droit et patrimoine n°69, 1999, p. 22 et s.
- Tribunal de Tel Aviv, 25 avril 1999 ; CA Aix, 23 mars 1989 : RCDIP 1990, p. 529 ; Civ. 1er, 22 avril 1997 :Bull. 1997, n°123.

- Cass. Civ. 1e, 22 juin 1999 ; revue juridique de Personnes et Famille, n° 7, octobre 1999, p : 20-21, note C. Deslances et p. Valoray.
- CE, 30 juin 1999 : D. 2000 n°1, P. 1, note F. Boulanger.
- Affaire Ignacollo-Zénide c/ Roumanie du 25 janvier 2000, JCP GI, p. 291, obs. F. Sudre, Dr. Famille, janvier 2000, p. 11, article de S. Grataloup.
- Arrêt « Elsholz contre Allemagne », CEDH, 13 juillet 2000 ; texte disponible sur le site : www.isonet.fr/stop/cour_europeenne2.htm
- Cour européenne des droits de l'homme, Req. n°30943/96, 11 octobre 2001, Sahin c/Allemagne.
- Affaire Iglésias Gil et AUI c/ Espagne du 29 avril 2003, Maire c/ Portugal du 26 juin 2003, Sylvester c/ Autriche du 24 avril 2003, V. toutes ses affaires, A. Gouttenoire, Dr. Famille, octobre 2003, p. 6.
- Sahin c/ Allemangne 8 juillet 2003, JCP 2004.I.107, obs. F. Sudre ; RTD civ., 2003, p. 760, obs. J.-P. Marguénaud ; cet arrêt de grande chambre a été précédé dans la même affaire d'un arrêt du 11 octobre 2001 qui avait condamné l'absence d'audition de l'enfant dans la procédure.
- Sophia Gudrun Hansen c/ Turquie, 23 septembre 2003 ; H. Fuchiron et A. Gouttenoire, « Actualité de la convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement d'enfants », Dr. Famille, 2003 chron. n°24.
- Cass. Civ. 1er, 18 mai 2005, Bulletin 2005 I n° 211 p.179.
- Cass. Civ. 1er, 14 juin 2005, Bulletin 2005 I n° 245 p.207.

VI) PRINCIPALES CONVENTIONS INTERNATIONALES CITEES :

Conventions multilatérales :

° Conférence de droit international de la Haye :

- Convention du 5 octobre 1061 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, RCDIP 1973.574.

- Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, RCDIP 1980.893.

- Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, RCDIP 1993.506 ; JCP 1993.I.3710.

- Convention franco-tunisienne, du 18 mars 1982, relative à l'entraide judiciaire en matière de droit de garde des enfants, de droit de visite et d'obligations alimentaires, JO 1er juillet 1983.

- Convention franco-algérienne, du 21 juin 1988, relative aux enfants issus de couples mixtes séparés, RCDIP 188.797 ; JO 19 août 1988.

VII) CONTACTS :

Associations :

- L'alphabet du respect des enfants (ARE),

  La Moulinière, 22640 Plestan

  Tel./ Fax : 02.96.34.19.37

- Association de défense de l'enfance et parents séparés (ADEPS),

  37 rue Ronsard, 37100 Tours

  Tel. : 02.47.42.59.93, Fax :02.47.41.68.19

  http://www.adeps.asso.fr

- Association mercure inter-faces,

  9 rue des deux Anges, 76000 Rouen

  Tel. :02.35.71.70.51, Fax : 02.35.71.70.51

- Association père mère enfant médiation (APME),

  6 rue des Etats Généraux, 78000 Versailles

  Tel. : 01.30.21.75.55, Fax : 01.39.51.28.70

- Collectif de solidarité aux mères des enfants enlevés (CSMEE),

  9 rue des Chaillots, 92190 Meudon

  Tel. : 01.45.34.49.10, Fax : 01.46.23.11.64

- Fondation pour l'enfance,

  17 rue Castagnary, 75015 Paris

  Tel. : 01.53.68.16.50, Fax : 01.53.68.16.59

- S0S Enlèvements internationaux d'enfants,

  7 rue des Fougères, 95560 Maffaliers

  Tel./ Fax : 05.56.38.97.07

  http ://www.seie.org

Personnalités rencontrées :

- Mme **BRUN Odette**, Présidente de l'association CSMEE.
- Mme **CERISIER BEN GUIGA** Monique, Sénatrice des français établis hors de France.
- M. **LE BLAVEC Pierre**, attaché parlementaire non-inscrit au Sénat, au près du Sénateur **DARNICHE Philippe**.
- Mme **LIMAROLA Pascale**, Présidente de l'association « SOS enlèvements internationaux d'enfants ».

VIII) LIENS UTILES :

- Assemblée nationale
http://www.assemblee-national.fr

- Canada – Québec. Ministère de la justice
http://www.justice.gov.qc.ca

- Conférence de droit international privé de la Haye
http://www.hch.net

- Conseil de l'Europe
http://www.coe.int

- Convention des droits de l'enfant 1989 de l'ONU
http://www.droitsenfant.com

- Défenseur des enfants
http://www.defenseurdesenfants.fr

- Défense des enfants international - France
http://www.globenet.org/enfant

- Droit de la femme musulmane au Maroc
http://www.techno.net.ma/femmes/

- Droit tunisien
http://www.legistunisie.com

- International Child Abduction Database
http://www.incadat.com

- International Child Abduction Centre

http://www.renite.org

- INSEE

http://www.insee.fr/fr/home/home_page.asp

- Ministère de la justice

http://www.justice.gouv.fr

- Réseau national des Centres d'informations sur le droit des femmes

http://www.cidff.com

- Sénat

http://www.senat.fr

- Service social international

http://www.iss-ssi.org

- Services public

http://www.services-public.fr

- SOS Enlèvement d'enfants

http://www.soschildabduction.com

- UNICEF

http://unicef.org/french/

ANNEXES

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

II – Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants (Convention de Luxembourg du 20 mai 1980).

III – La Convention de La Haye du 19 octobre 1996 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.

IV – Règlement (CE) n°2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n°1347/3000 (Règlement de Bruxelles II bis).

ANNEXE I

LA CONVENTION DE LA HAYE DU 25 OCTOBRE 1980 SUR LES ASPECTS CIVILS DE L'ENLEVEMENT INTERNATIONAL D'ENFANTS.

ANNEXE I

1. – CONVENTION DE LA HAYE DU 25 OCTOBRE 1980 SUR LES ASPECTS CIVILS DE L'ENLÈVEMENT INTERNATIONAL D'ENFANTS

Les Etats signataires de la présente Convention,

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

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

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

CHAPITRE I. – *Champ d'application de la Convention*

Article premier

La présente Convention a pour objet :

a) d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout Etat contractant;

b) de faire respecter effectivement dans les autres Etats contractants les droits de garde et de visite existant dans un Etat contractant.

Article 2

Les Etats contractants prennent toutes mesures appropriées pour assurer, dans les limites de leur territoire, la réalisation des objectifs de la Convention. A cet effet, ils doivent recourir à leurs procédures d'urgence.

Article 3

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

a) lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement, par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour; et

b) que ce droit était exercé de façon effective seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus.

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

Article 4

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

Article 5

Au sens de la présente Convention :

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

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

CHAPITRE II. – *Autorités centrales*

Article 6

Chaque Etat contractant désigne une Autorité centrale chargée de satisfaire aux obligations qui lui sont imposées par la Convention.

Un Etat fédéral, un Etat dans lequel plusieurs systèmes de droit sont en vigueur ou un Etat ayant des organisations territoriales autonomes, est libre de désigner plus d'une Autorité centrale et de spécifier l'étendue territoriale des pouvoirs de chacune de ces Autorités. L'Etat qui fait usage de cette faculté désigne l'Autorité centrale à laquelle les demandes peuvent être adressées en vue de leur transmission à l'Autorité centrale compétente au sein de cet Etat.

Article 7

Les Autorités centrales doivent coopérer entre elles et promouvoir une collaboration entre les autorités compétentes dans leurs Etats respectifs, pour assurer le retour immédiat des enfants et réaliser les autres objectifs de la présente Convention.

En particulier, soit directement, soit avec le concours de tout intermédiaire, elles doivent prendre toutes les mesures appropriées :

a) pour localiser un enfant déplacé ou retenu illicitement;

b) pour prévenir de nouveaux dangers pour l'enfant ou des préjudices pour les parties concernées, en prenant ou faisant prendre des mesures provisoires;

c) pour assurer la remise volontaire de l'enfant ou faciliter une solution amiable;

d) pour échanger, si cela s'avère utile, des informations relatives à la situation sociale de l'enfant;

e) pour fournir des informations générales concernant le droit de leur Etat relatives à l'application de la Convention;

f) pour introduire ou favoriser l'ouverture d'une procédure judiciaire ou administrative, afin d'obtenir le retour de l'enfant et, le cas échéant, de permettre l'organisation ou l'exercice effectif du droit de visite;

g) pour accorder ou faciliter, le cas échéant, l'obtention de l'assistance judiciaire et juridique, y compris la participation d'un avocat;

h) pour assurer, sur le plan administratif, si nécessaire et opportun, le retour sans danger de l'enfant;

i) pour se tenir mutuellement informées sur le fonctionnement de la Convention et, autant que possible, lever les obstacles éventuellement rencontrés lors de son application.

CHAPITRE III. – *Retour de l'enfant*

Article 8

La personne, l'institution ou l'organisme qui prétend qu'un enfant a été déplacé ou retenu en violation d'un droit de garde peut saisir soit l'Autorité

centrale de la résidence habituelle de l'enfant, soit celle de tout autre Etat contractant, pour que celles-ci prêtent leur assistance en vue d'assurer le retour de l'enfant.

La demande doit contenir :

a) des informations portant sur l'identité du demandeur, de l'enfant et de la personne dont il est allégué qu'elle a emmené ou retenu l'enfant;

b) la date de naissance de l'enfant, s'il est possible de se la procurer;

c) les motifs sur lesquels se base le demandeur pour réclamer le retour de l'enfant;

d) toutes informations disponibles concernant la localisation de l'enfant et l'identité de la personne avec laquelle l'enfant est présumé se trouver.

La demande peut être accompagnée ou complétée par :

e) une copie authentifiée de toute décision ou de tout accord utiles;

f) une attestation ou une déclaration avec affirmation émanant de l'Autorité centrale, ou d'une autre autorité compétente de l'Etat de la résidence habituelle, ou d'une personne qualifiée, concernant le droit de l'Etat en la matière;

g) tout autre document utile.

Article 9

Quand l'Autorité centrale qui est saisie d'une demande en vertu de l'article 8 a des raisons de penser que l'enfant se trouve dans un autre Etat contractant, elle transmet la demande directement et sans délai à l'Autorité centrale de cet Etat contractant et en informe l'Autorité centrale requérante ou, le cas échéant, le demandeur.

Article 10

L'Autorité centrale de l'Etat où se trouve l'enfant prendra ou fera prendre toute mesure propre à assurer sa remise volontaire.

Article 11

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

Lorsque l'autorité judiciaire ou administrative saisie n'a pas statué dans un délai de six semaines à partir de sa saisine, le demandeur ou l'Autorité centrale de l'Etat requis, de sa propre initiative ou sur requête de l'Autorité centrale de l'Etat requérant, peut demander une déclaration sur les raisons de ce retard. Si la réponse est reçue par l'Autorité centrale de l'Etat requis, cette Autorité doit la transmettre à l'Autorité centrale de l'Etat requérant ou, le cas échéant, au demandeur.

Article 12

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

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

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

Article 13

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

a) que la personne, l'institution ou l'organisme qui avait le soin de la personne de l'enfant n'exerçait pas effectivement le droit de garde à l'époque du déplacement ou du non-retour, ou avait consenti ou a acquiescé postérieurement à ce déplacement ou à ce non-retour; ou

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

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

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

Article 14

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

preuve de ce droit ou pour la reconnaissance des décisions étrangères qui seraient autrement applicables.

Article 15

Les autorités judiciaires ou administratives d'un Etat contractant peuvent, avant d'ordonner le retour de l'enfant, demander la production par le demandeur d'une décision ou d'une attestation émanant des autorités de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant constatant que le déplacement ou le non-retour était illicite au sens de l'article 3 de la Convention, dans la mesure où cette décision ou cette attestation peut être obtenue dans cet Etat. Les Autorités centrales des Etats contractants assistent dans la mesure du possible le demandeur pour obtenir une telle décision ou attestation.

Article 16

Après avoir été informées du déplacement illicite d'un enfant ou de son non-retour dans le cadre de l'article 3, les autorités judiciaires ou administratives de l'Etat contractant où l'enfant a été déplacé ou retenu ne pourront statuer sur le fond du droit de garde jusqu'à ce qu'il soit établi que les conditions de la présente Convention pour un retour de l'enfant ne sont pas réunies, ou jusqu'à ce qu'une période raisonnable ne se soit écoulée sans qu'une demande en application de la Convention n'ait été faite.

Article 17

Le seul fait qu'une décision relative à la garde ait été rendue ou soit susceptible d'être reconnue dans l'Etat requis ne peut justifier le refus de renvoyer l'enfant dans le cadre de cette Convention, mais les autorités judiciaires ou administratives de l'Etat requis peuvent prendre en considération les motifs de cette décision qui rentreraient dans le cadre de l'application de la Convention.

Article 18

Les dispositions de ce chapitre ne limitent pas le pouvoir de l'autorité judiciaire ou administrative d'ordonner le retour de l'enfant à tout moment.

Article 19

Une décision sur le retour de l'enfant rendue dans le cadre de la Convention n'affecte pas le fond du droit de garde.

Article 20

Le retour de l'enfant conformément aux dispositions de l'article 12 peut être refusé quand il ne serait pas permis par les principes fondamentaux de l'Etat requis sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

CHAPITRE IV. – *Droit de visite*

Article 21

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

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

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

CHAPITRE V. – *Dispositions générales*

Article 22

Aucune caution ni aucun dépôt, sous quelque dénomination que ce soit, ne peut être imposé pour garantir le paiement des frais et dépens dans le contexte des procédures judiciaires ou administratives visées par la Convention.

Article 23

Aucune légalisation ni formalité similaire ne sera requise dans le contexte de la Convention.

Article 24

Toute demande, communication ou autre document sont envoyés dans leur langue originale à l'Autorité centrale de l'Etat requis et accompagnés d'une traduction dans la langue officielle ou l'une des langues officielles de cet Etat ou, lorsque cette traduction est difficilement réalisable, d'une traduction en français ou en anglais.

Toutefois, un Etat contractant pourra, en faisant la réserve prévue à l'article 42, s'opposer à l'utilisation soit du français, soit de l'anglais, dans toute demande, communication ou autre document adressés à son Autorité centrale.

Article 25

Les ressortissants d'un Etat contractant et les personnes qui résident habituellement dans cet Etat auront droit, pour tout ce qui concerne l'application de la Convention, à l'assistance judiciaire et juridique dans tout autre Etat contractant, dans les mêmes conditions que s'ils étaient eux-mêmes ressortissants de cet autre Etat et y résidaient habituellement.

Article 26

Chaque Autorité centrale supportera ses propres frais en appliquant la Convention.

L'Autorité centrale et les autres services publics des Etats contractants n'imposeront aucun frais en relation avec les demandes introduites en application de la Convention. Notamment, ils ne peuvent réclamer du demandeur le paiement des frais et dépens du procès ou, éventuellement, des frais entraînés par la participation d'un avocat. Cependant, ils peuvent demander le paiement des dépenses causées ou qui seraient causées par les opérations liées au retour de l'enfant.

Toutefois, un Etat contractant pourra, en faisant la réserve prévue à l'article 42, déclarer qu'il n'est tenu au paiement des frais visés à l'alinéa précédent, liés à la participation d'un avocat ou d'un conseiller juridique, ou aux frais de justice, que dans la mesure où ces coûts peuvent être couverts par son système d'assistance judiciaire et juridique.

En ordonnant le retour de l'enfant ou en statuant sur le droit de visite dans le cadre de la Convention, l'autorité judiciaire ou administrative peut, le cas échéant, mettre à la charge de la personne qui a déplacé ou qui a retenu l'enfant, ou qui a empêché l'exercice du droit de visite, le paiement de tous frais nécessaires engagés par le demandeur ou en son nom, notamment des frais de voyage, des frais de représentation judiciaire du demandeur et de retour de l'enfant, ainsi que de tous les coûts et dépenses faits pour localiser l'enfant.

Article 27

Lorsqu'il est manifeste que les conditions requises par la Convention ne sont pas remplies ou que la demande n'est pas fondée, une Autorité centrale n'est pas tenue d'accepter une telle demande. En ce cas, elle informe immédiatement de ses motifs le demandeur ou, le cas échéant, l'Autorité centrale qui lui a transmis la demande.

Article 28

Une Autorité centrale peut exiger que la demande soit accompagnée d'une autorisation par écrit lui donnant le pouvoir d'agir pour le compte du demandeur, ou de désigner un représentant habilité à agir en son nom.

Article 29

La Convention ne fait pas obstacle à la faculté pour la personne, l'institution ou l'organisme qui prétend qu'il y a eu une violation du droit de garde ou de visite au sens des articles 3 ou 21 de s'adresser directement aux autorités judiciaires ou administratives des Etats contractants, par application ou non des dispositions de la Convention.

Article 30

Toute demande, soumise à l'Autorité centrale ou directement aux autorités judiciaires ou administratives d'un Etat contractant par application de la Convention, ainsi que tout document ou information qui y serait annexé ou fourni par une Autorité centrale, seront recevables devant les tribunaux ou les autorités administratives des Etats contractants.

Article 31

Au regard d'un Etat qui connaît en matière de garde des enfants deux ou plusieurs systèmes de droit applicables dans des unités territoriales différentes :

a) toute référence à la résidence habituelle dans cet Etat vise la résidence habituelle dans une unité territoriale de cet Etat;

b) toute référence à la loi de l'Etat de la résidence habituelle vise la loi de l'unité territoriale dans laquelle l'enfant a sa résidence habituelle.

Article 32

Au regard d'un Etat connaissant en matière de garde des enfants deux ou plusieurs systèmes de droit applicables à des catégories différentes de personnes, toute référence à la loi de cet Etat vise le système de droit désigné par le droit de celui-ci.

Article 33

Un Etat dans lequel différentes unités territoriales ont leurs propres règles de droit en matière de garde des enfants ne sera pas tenu d'appliquer la Convention lorsqu'un Etat dont le système de droit est unifié ne serait pas tenu de l'appliquer.

Article 34

Dans les matières auxquelles elle s'applique, la Convention prévaut sur la Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, entre les Etats Parties aux deux Conventions. Par ailleurs, la présente Convention n'empêche pas qu'un autre instrument international liant l'Etat d'origine et l'Etat requis, ni que le droit non conventionnel de l'Etat requis, ne soient invoqués pour obtenir le retour d'un enfant qui a été déplacé ou retenu illicitement ou pour organiser le droit de visite.

Article 35

La Convention ne s'applique entre les Etats contractants qu'aux enlèvements ou aux non-retours illicites qui se sont produits après son entrée en vigueur dans ces Etats.

Si une déclaration a été faite conformément aux articles 39 ou 40, la référence à un Etat contractant faite à l'alinéa précédent signifie l'unité ou les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

Article 36

Rien dans la Convention n'empêche deux ou plusieurs Etats contractants, afin de limiter les restrictions auxquelles le retour de l'enfant peut être soumis, de convenir entre eux de déroger à celles de ses dispositions qui peuvent impliquer de telles restrictions.

CHAPITRE VI. – *Clauses finales*

Article 37

La Convention est ouverte à la signature des Etats qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Quatorzième session.

Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

Article 38

Tout autre Etat pourra adhérer à la Convention.

L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

La Convention entrera en vigueur, pour l'Etat adhérant, le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt de son instrument d'adhésion.

L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'Etat adhérant et les Etats contractants qui auront déclaré accepter cette adhésion. Une telle déclaration devra également être faite par tout Etat membre ratifiant, acceptant ou approuvant la Convention ultérieurement à l'adhésion. Cette déclaration sera déposée auprès du Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas; celui-ci en enverra, par la voie diplomatique, une copie certifiée conforme, à chacun des Etats contractants.

La Convention entrera en vigueur entre l'Etat adhérant et l'Etat ayant déclaré accepter cette adhésion le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt de la déclaration d'acceptation.

Article 39

Tout Etat, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, pourra déclarer que la Convention s'étendra à l'ensemble des territoires qu'il représente sur le plan international ou à l'un ou plusieurs d'entre eux. Cette déclaration aura effet au moment où elle entre en vigueur pour cet Etat.

Cette déclaration, ainsi que toute extension ultérieure, seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

Article 40

Un Etat contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par cette Convention pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration.

Ces déclarations seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas et indiqueront expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

Article 41

Lorsqu'un Etat contractant a un système de gouvernement en vertu duquel les pouvoirs exécutif, judiciaire et législatif sont partagés entre des Autorités centrales et d'autres autorités de cet Etat, la signature, la ratification, l'acceptation ou l'approbation de la Convention, ou l'adhésion à

celle-ci, ou une déclaration faite en vertu de l'article 40, n'emportera aucune conséquence quant au partage interne des pouvoirs dans cet Etat.

Article 42

Tout Etat contractant pourra, au plus tard au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, ou au moment d'une déclaration faite en vertu des articles 39 ou 40, faire soit l'une, soit les deux réserves prévues aux articles 24 et 26, alinéa 3. Aucune autre réserve ne sera admise.

Tout Etat pourra, à tout moment, retirer une réserve qu'il aura faite. Ce retrait sera notifié au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

L'effet de la réserve cessera le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification mentionnée à l'alinéa précédent.

Article 43

La Convention entrera en vigueur le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion prévu par les articles 37 et 38.

Ensuite, la Convention entrera en vigueur :

1. pour chaque Etat ratifiant, acceptant, approuvant ou adhérant postérieurement le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion;

2. pour les territoires ou les unités territoriales auxquels la Convention a été étendue conformément à l'article 39 ou 40, le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification visée dans ces articles.

Article 44

La Convention aura une durée de cinq ans à partir de la date de son entrée en vigueur conformément à l'article 43, alinéa premier, même pour les Etats qui l'auront postérieurement ratifiée, acceptée ou approuvée ou qui y auront adhéré.

La Convention sera renouvelée tacitement de cinq ans en cinq ans, sauf dénonciation.

La dénonciation sera notifiée, au moins six mois avant l'expiration du délai de cinq ans, au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas. Elle pourra se limiter à certains territoires ou unités territoriales auxquels s'applique la Convention.

La dénonciation n'aura d'effet qu'à l'égard de l'Etat qui l'aura notifiée. La Convention restera en vigueur pour les autres Etats contractants.

Article 45

Le Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas notifiera aux Etats Membres de la Conférence, ainsi qu'aux Etats qui auront adhéré conformément aux dispositions de l'article 38 :

1. les signatures, ratifications, acceptations et approbations visées à l'article 37;

2. les adhésions visées à l'article 38;

3. la date à laquelle la Convention entrera en vigueur conformément aux dispositions de l'article 43;

4. les extensions visées à l'article 39;

5. les déclarations mentionnées aux articles 38 et 40;

6. les réserves prévues aux articles 24 et 26, alinéa 3, et le retrait des réserves prévu à l'article 42;

7. les dénonciations visées à l'article 44.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés, ont signé la présente Convention.

Fait à La Haye, le 25 octobre 1980, en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire, qui sera déposé dans les archives du Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et dont une copie certifiée conforme sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des Etats Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Quatorzième session.

Soixante-quatorze Etats sont parties à la Convention de Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants : Afrique du Sud (1er octobre 1997), Allemagne (1er décembre 1990), Argentine (1er juin 1991), Australie (1er janvier 1987), Autriche (1er octobre 1988), Bahamas (1er janvier 1994), Bélarus (1er avril 1998), Belgique (1er mai 1999), Belize (1er septembre 1989), Bosnie-Herzégovine (1er décembre 1991), Burkina Faso (1er août 1992), Brésil (1er janvier 2000), Bulgarie (1er août 2003), Canada (1er décembre 1983), Chili (1er mai 1994), Chine, Région administrative spéciale de Hongkong seulement (1er septembre 1997), Chine, Région administrative spéciale de Macao seulement (1er mars 1999), Chypre (1er février 1995), Colombie (1er mars 1996), Costa Rica (1er février 1999), Croatie (1er décembre 1991), Danemark (1er juillet 1991), El Salvador (1er mai 2001), Equateur (1er avril 1992), Espagne (1er septembre 1987), Estonie (1er juillet 2001), Etats-Unis (1er juillet 1988), L'ex-République yougoslave de Macédoine (1er décembre 1991), Fidji (1er juin 1999), Finlande (1er août 1994), France (1er décembre 1983), Géorgie (1er octobre 1997), Grèce (1er juin 1993), Guatemala (1er mai 2002), Honduras (1er mars 1994), Hongrie (1er juillet 1986), Ile Maurice (1er juin 1993), Irlande (1er octobre 1991), Islande (1er novembre 1996),

Israël (1er décembre 1991), Italie (1er mai 1995), Lettonie (1er février 2002), Lituanie (1er septembre 2002), Luxembourg (1er janvier 1987), Malte (1er janvier 2000), Mexique (1er septembre 1991), Moldova (1er juillet 1998), Monaco (1er février 1993), Nicaragua (1er mars 2001), Norvège (1er avril 1989), Nouvelle-Zélande (1er août 1991), Ouzbékistan (1er août 1999), Panama (1er mai 1994), Paraguay (1er août 1998), Pays-Bas (1er septembre 1990), Pérou (1er août 2001), Pologne (1er novembre 1992), Portugal (1er décembre 1983), Roumanie (1er février 1993), Royaume-Uni (1er août 1986), Saint-Kitts-et-Nevis (1er août 1994), Serbie-et-Monténégro (1er décembre 1991), Slovaquie (1er février 2001), Slovénie (1er juin 1994), Sri Lanka (1er décembre 2001), Suède (1er juin 1989), Suisse (1er janvier 1984), République tchèque (1er mars 1998), Thaïlande (1er novembre 2002), Trinité et Tobago (1er septembre 2000), Turkménistan (1er mars 1998), Turquie (1er août 2000), Uruguay (1er février 2000), Venezuela (1er janvier 1997), Zimbabwe (1er juillet 1995).

ANNEXE II

CONVENTION EUROPEENNE SUR LA RECONNAISSANCE ET L'EXECUTION DES DECISIONS EN MATIERE DE GARDE DES ENFANTS ET LE RETABLISSEMENT DE LA GARDE DES ENFANTS (CONVENTION DE LUXEMBOURG DU 20 MAI 1980).

ANNEXE II

2. – CONVENTION EUROPÉENNE SUR LA RECONNAISSANCE ET L'EXÉCUTION DES DÉCISIONS EN MATIÈRE DE GARDE DES ENFANTS ET LE RÉTABLISSEMENT DE LA GARDE DES ENFANTS (CONVENTION DE LUXEMBOURG DU 20 MAI 1980)

Les Etats membres du Conseil de l'Europe, signataires de la présente Convention,

Reconnaissant que dans les Etats membres du Conseil de l'Europe la prise en considération de l'intérêt de l'enfant est d'une importance décisive en matière de décisions concernant sa garde;

Considérant que l'institution de mesures destinées à faciliter la reconnaissance et l'exécution des décisions concernant la garde d'un enfant aura pour effet d'assurer une meilleure protection de l'intérêt des enfants;

Estimant souhaitable, dans ce but, de souligner que le droit de visite des parents est le corollaire normal du droit de garde;

Constatant le nombre croissant de cas où des enfants ont été déplacés sans droit à travers une frontière internationale et les difficultés rencontrées pour résoudre de manière adéquate les problèmes soulevés par ces cas;

Désireux d'introduire des dispositions appropriées permettant le rétablissement de la garde des enfants lorsque cette garde a été arbitrairement interrompue;

Convaincus de l'opportunité de prendre, à cet effet, des mesures adaptées aux différents besoins et aux différentes circonstances;

Désireux d'établir des relations de coopération judiciaire entre leurs autorités,

Sont convenus de ce qui suit :

Article 1

Aux fins de la présente Convention, on entend par :

a) enfant : une personne, quelle que soit sa nationalité, pour autant qu'elle n'a pas encore atteint l'âge de 16 ans et qu'elle n'a pas le droit de fixer elle-même sa résidence selon la loi de sa résidence habituelle ou de sa nationalité ou selon la loi interne de l'Etat requis;

b) autorité : toute autorité judiciaire ou administrative;

c) décision relative à la garde : toute décision d'une autorité dans la mesure où elle statue sur le soin de la personne de l'enfant, y compris le droit de fixer sa résidence, ainsi que sur le droit de visite;

d) déplacement sans droit : le déplacement d'un enfant à travers une frontière internationale en violation d'une décision relative à sa garde rendue dans un Etat contractant et exécutoire dans un tel Etat; est aussi considéré comme déplacement sans droit :

i. le non-retour d'un enfant à travers une frontière internationale, à l'issue de la période d'exercice d'un droit de visite relatif à cet enfant ou à l'issue de tout autre séjour temporaire dans un territoire autre que celui dans lequel s'exerce la garde;

ii. un déplacement déclaré ultérieurement comme illicite au sens de l'article 12.

TITRE I. – *Autorités centrales*

Article 2

1. Chaque Etat contractant désignera une autorité centrale qui exercera les fonctions prévues dans la présente Convention.

2. Les Etats fédéraux et les Etats dans lesquels plusieurs systèmes de droit sont en vigueur ont la faculté de désigner plusieurs autorités centrales dont ils déterminent les compétences.

3. Toute désignation effectuée en application du présent article doit être notifiée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe.

Article 3

1. Les autorités centrales des Etats contractants doivent coopérer entre elles et promouvoir une concertation entre les autorités compétentes de leurs pays respectifs. Elles doivent agir avec toute la diligence nécessaire.

2. En vue de faciliter la mise en œuvre de la présente Convention, les autorités centrales des Etats contractants :

a) assurent la transmission des demandes de renseignements émanant des autorités compétentes et qui concernent des points de droit ou de fait relatifs à des procédures en cours;

b) se communiquent réciproquement sur leur demande des renseignements concernant leur droit relatif à la garde des enfants et son évolution;

c) se tiennent mutuellement informées des difficultés susceptibles de s'élever à l'occasion de l'application de la Convention et s'emploient, dans toute la mesure du possible, à lever les obstacles à son application.

Article 4

1. Toute personne qui a obtenu dans un Etat contractant une décision relative à la garde d'un enfant et qui désire obtenir dans un autre Etat contractant la reconnaissance ou l'exécution de cette décision peut s'adresser, à cette fin, par requête, à l'autorité centrale de tout Etat contractant.

2. La requête doit être accompagnée des documents mentionnés à l'article 13.

3. L'autorité centrale saisie, si elle est autre que l'autorité centrale de l'Etat requis, transmet les documents à cette dernière par voie directe et sans délai.

4. L'autorité centrale saisie peut refuser son intervention lorsqu'il est manifeste que les conditions requises par la présente Convention ne sont pas remplies.

5. L'autorité centrale saisie informe sans délai le demandeur des suites de sa demande.

Article 5

1. L'autorité centrale de l'Etat requis prend ou fait prendre dans les plus brefs délais toutes dispositions qu'elle juge appropriées, en saisissant, le cas échéant, ses autorités compétentes, pour :

a) retrouver le lieu où se trouve l'enfant;

b) éviter, notamment par les mesures provisoires nécessaires, que les intérêts de l'enfant ou du demandeur ne soient lésés;

c) assurer la reconnaissance ou l'exécution de la décision;

d) assurer la remise de l'enfant au demandeur lorsque l'exécution de la décision est accordée;

e) informer l'autorité requérante des mesures prises et des suites données.

2. Lorsque l'autorité centrale de l'Etat requis a des raisons de croire que l'enfant se trouve dans le territoire d'un autre Etat contractant, elle trans-

met les documents à l'autorité centrale de cet Etat, par voie directe et sans délai.

3. A l'exception des frais de rapatriement, chaque Etat contractant s'engage à n'exiger du demandeur aucun paiement pour toute mesure prise pour le compte de celui-ci en vertu du paragraphe 1 du présent article par l'autorité centrale de cet Etat, y compris les frais et dépens du procès et, lorsque c'est le cas, les frais entraînés par la participation d'un avocat.

4. Si la reconnaissance ou l'exécution est refusée et si l'autorité centrale de l'Etat requis estime devoir donner suite à la demande du requérant d'introduire dans cet Etat une action au fond, cette autorité met tout en œuvre pour assurer la représentation du requérant dans cette procédure dans des conditions non moins favorables que celles dont peut bénéficier une personne qui est résidente et ressortissante de cet Etat et, à cet effet, elle peut notamment saisir ses autorités compétentes.

Article 6

1. Sous réserve des arrangements particuliers conclus entre les autorités centrales intéressées et des dispositions du paragraphe 3 du présent article :

a) les communications adressées à l'autorité centrale de l'Etat requis sont rédigées dans la langue ou dans l'une des langues officielles de cet Etat ou accompagnées d'une traduction dans cette langue;

b) l'autorité centrale de l'Etat requis doit néanmoins accepter les communications rédigées en langue française ou anglaise ou accompagnées d'une traduction dans l'une de ces langues.

2. Les communications émanant de l'autorité centrale de l'Etat requis, y compris les résultats des enquêtes effectuées, peuvent être rédigées dans la ou dans l'une des langues officielles de cet Etat ou en français ou en anglais.

3. Tout Etat contractant peut exclure l'application en tout ou en partie des dispositions du paragraphe 1.b du présent article. Lorsqu'un Etat contractant a fait cette réserve tout autre Etat contractant peut également l'appliquer à l'égard de cet Etat.

TITRE II. – *Reconnaissance et exécution des décisions et rétablissement de la garde des enfants*

Article 7

Les décisions relatives à la garde rendues dans un Etat contractant sont reconnues et, lorsqu'elles sont exécutoires dans l'Etat d'origine, elles sont mises à exécution dans tout autre Etat contractant.

Article 8

1. En cas de déplacement sans droit, l'autorité centrale de l'Etat requis fera procéder immédiatement à la restitution de l'enfant :

a) lorsqu'au moment de l'introduction de l'instance dans l'Etat où la décision a été rendue ou à la date du déplacement sans droit, si celui-ci a eu lieu antérieurement, l'enfant ainsi que ses parents avaient la seule nationalité de cet Etat et que l'enfant avait sa résidence habituelle sur le territoire dudit Etat, et

b) qu'une autorité centrale a été saisie de la demande de restitution dans un délai de six mois à partir du déplacement sans droit.

2. Si, conformément à la loi de l'Etat requis, il ne peut être satisfait aux prescriptions du paragraphe 1 du présent article sans l'intervention d'une autorité judiciaire, aucun des motifs de refus prévus dans la présente Convention ne s'appliquera dans la procédure judiciaire.

3. Si un accord homologué par une autorité compétente est intervenu entre la personne qui a la garde de l'enfant et une autre personne pour accorder à celle-ci un droit de visite et qu'à l'expiration de la période convenue l'enfant, ayant été emmené à l'étranger, n'a pas été restitué à la personne qui en avait la garde, il est procédé au rétablissement du droit de garde conformément aux paragraphe 1.b et 2 du présent article. Il en est de même en cas de décision de l'autorité compétente accordant ce même droit à une personne qui n'a pas la garde de l'enfant.

Article 9

1. Dans les cas de déplacement sans droit autres que ceux prévus à l'article 8 et si une autorité centrale a été saisie dans un délai de six mois à partir du déplacement, la reconnaissance et l'exécution ne peuvent être refusées que :

a) si, lorsqu'il s'agit d'une décision rendue en l'absence du défendeur ou de son représentant légal, l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié au défendeur régulièrement et en temps utile pour qu'il puisse se défendre; toutefois, cette absence de signification ou de notification ne saurait constituer une cause de refus de reconnaissance ou d'exécution lorsque la signification ou la notification n'a pas eu lieu parce que le défendeur a dissimulé l'endroit où il se trouve à la personne qui a engagé l'instance dans l'Etat d'origine;

b) si, lorsqu'il s'agit d'une décision rendue en l'absence du défendeur ou de son représentant légal, la compétence de l'autorité qui l'a rendue n'est pas fondée :

i. sur la résidence habituelle du défendeur, ou

ii. sur la dernière résidence habituelle commune des parents de l'enfant pour autant que l'un d'eux y réside encore habituellement, ou

iii. sur la résidence habituelle de l'enfant;

c) si la décision est incompatible avec une décision relative à la garde devenue exécutoire dans l'Etat requis avant le déplacement de l'enfant, à moins que l'enfant n'ait eu sa résidence habituelle sur le territoire de l'Etat requérant dans l'année précédant son déplacement.

2. Si aucune autorité centrale n'a été saisie, les dispositions du paragraphe 1 du présent article sont également applicables lorsque la reconnaissance et l'exécution sont demandées dans un délai de six mois à partir du déplacement sans droit.

3. En aucun cas, la décision ne peut faire l'objet d'un examen au fond.

Article 10

1. Dans les cas autres que ceux visés aux articles 8 et 9, la reconnaissance ainsi que l'exécution peuvent être refusées non seulement pour les motifs prévus à l'article 9, mais en outre pour l'un des motifs suivants :

a) s'il est constaté que les effets de la décision sont manifestement incompatibles avec les principes fondamentaux du droit régissant la famille et les enfants dans l'Etat requis;

b) s'il est constaté qu'en raison de changements de circonstances incluant l'écoulement du temps mais excluant le seul changement de résidence de l'enfant à la suite d'un déplacement sans droit, les effets de la décision d'origine ne sont manifestement plus conformes à l'intérêt de l'enfant;

c) si, au moment de l'introduction de l'instance dans l'Etat d'origine :

i. l'enfant avait la nationalité de l'Etat requis ou sa résidence habituelle dans cet Etat alors qu'aucun de ces liens de rattachement n'existait avec l'Etat d'origine;

ii. l'enfant avait à la fois la nationalité de l'Etat d'origine et de l'Etat requis et sa résidence habituelle dans l'Etat requis;

d) si la décision est incompatible avec une décision rendue, soit dans l'Etat requis, soit dans un Etat tiers tout en étant exécutoire dans l'Etat requis, à la suite d'une procédure engagée avant l'introduction de la demande de reconnaissance ou d'exécution, et si le refus est conforme à l'intérêt de l'enfant.

2. Dans les mêmes cas, la procédure en reconnaissance ainsi que la procédure en exécution peuvent être suspendues pour l'un des motifs suivants :

a) si la décision d'origine fait l'objet d'un recours ordinaire;

b) si une procédure concernant la garde de l'enfant, engagée avant que la procédure dans l'Etat d'origine n'ait été introduite, est pendante dans l'Etat requis;

c) si une autre décision relative à la garde de l'enfant fait l'objet d'une procédure d'exécution ou de toute autre procédure relative à la reconnaissance de cette décision.

Article 11

1. Les décisions sur le droit de visite et les dispositions des décisions relatives à la garde qui portent sur le droit de visite sont reconnues et mises à exécution dans les mêmes conditions que les autres décisions relatives à la garde.

2. Toutefois, l'autorité compétente de l'Etat requis peut fixer les modalités de la mise en œuvre et de l'exercice du droit de visite compte tenu notamment des engagements pris par les parties à ce sujet.

3. Lorsqu'il n'a pas été statué sur le droit de visite ou lorsque la reconnaissance ou l'exécution de la décision relative à la garde est refusée, l'autorité centrale de l'Etat requis peut saisir ses autorités compétentes pour statuer sur le droit de visite, à la demande de la personne invoquant ce droit.

Article 12

Lorsqu'à la date à laquelle l'enfant est déplacé à travers une frontière internationale il n'existe pas de décision exécutoire sur sa garde rendue dans un Etat contractant, les dispositions de la présente Convention s'appliquent à toute décision ultérieure relative à la garde de cet enfant et déclarant le déplacement illicite, rendue dans un Etat contractant à la demande de toute personne intéressée.

TITRE III. – *Procédure*

Article 13

1. La demande tendant à la reconnaissance ou l'exécution dans un autre Etat contractant d'une décision relative à la garde doit être accompagnée:

a) d'un document habilitant l'autorité centrale de l'Etat requis à agir au nom du requérant ou à désigner à cette fin un autre représentant;

b) d'une expédition de la décision réunissant les conditions nécessaires à son authenticité;

c) lorsqu'il s'agit d'une décision rendue en l'absence du défendeur ou de son représentant légal, de tout document de nature à établir que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été régulièrement signifié ou notifié au défendeur;

d) le cas échéant, de tout document de nature à établir que, selon la loi de l'Etat d'origine, la décision est exécutoire;

e) si possible, d'un exposé indiquant le lieu où pourrait se trouver l'enfant dans l'Etat requis;

f) de propositions sur les modalités du rétablissement de la garde de l'enfant.

2. Les documents mentionnés ci-dessus doivent, le cas échéant, être accompagnés d'une traduction selon les règles établies à l'article 6.

Article 14

Tout Etat contractant applique à la reconnaissance et à l'exécution d'une décision relative à la garde une procédure simple et rapide. A cette fin, il veille à ce que la demande d'*exequatur* puisse être introduite sur simple requête.

Article 15

1. Avant de statuer sur l'application du paragraphe 1.b de l'article 10, l'autorité relevant de l'Etat requis :

a) doit prendre connaissance du point de vue de l'enfant, à moins qu'il n'y ait une impossibilité pratique, eu égard notamment à l'âge et à la capacité de discernement de celui-ci; et

b) peut demander que des enquêtes appropriées soient effectuées.

2. Les frais des enquêtes effectuées dans un Etat contractant sont à la charge de l'Etat dans lequel elles ont été effectuées.

3. Les demandes d'enquête et leurs résultats peuvent être adressés à l'autorité concernée par l'intermédiaire des autorités centrales.

Article 16

Aux fins de la présente Convention, aucune légalisation ni formalité analogue ne peut être exigée.

TITRE IV. – *Réserves*

Article 17

1. Tout Etat contractant peut faire la réserve selon laquelle, dans les cas prévus aux articles 8 et 9 ou à l'un de ces articles, la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives à la garde pourront être refusées pour ceux des motifs prévus à l'article 10 qui seront indiqués dans la réserve.

2. La reconnaissance et l'exécution des décisions rendues dans un Etat contractant ayant fait la réserve prévue au paragraphe 1 du présent article

peuvent être refusées dans tout autre Etat contractant pour l'un des motifs additionnels indiqués dans cette réserve.

Article 18

Tout Etat contractant peut faire la réserve selon laquelle il n'est pas lié par les dispositions de l'article 12. Les dispositions de la présente Convention ne s'appliquent pas aux décisions visées à l'article 12 qui ont été rendues dans un Etat contractant qui a fait cette réserve.

TITRE V. – *Autres instruments*

Article 19

La présente Convention n'empêche pas qu'un autre instrument international liant l'Etat d'origine et l'Etat requis ou le droit non conventionnel de l'Etat requis soient invoqués pour obtenir la reconnaissance ou l'exécution d'une décision.

Article 20

1. La présente Convention ne porte pas atteinte aux engagements qu'un Etat contractant peut avoir à l'égard d'un Etat non contractant en vertu d'un instrument international portant sur des matières régies par la présente Convention.

2. Lorsque deux ou plusieurs Etats contractants ont établi ou viennent à établir une législation uniforme dans le domaine de la garde des enfants ou un système particulier de reconnaissance ou d'exécution des décisions dans ce domaine, ils auront la faculté d'appliquer entre eux cette législation ou ce système à la place de la présente Convention ou de toute partie de celle-ci. Pour se prévaloir de cette disposition, ces Etats devront notifier leur décision au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe. Toute modification ou révocation de cette décision doit également être notifiée.

TITRE VI. – *Clauses finales*

Article 21

La présente Convention est ouverte à la signature des Etats membres du Conseil de l'Europe. Elle sera soumise à ratification, acceptation ou approbation. Les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés près le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe.

Article 22

1. La présente Convention entrera en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date à laquelle trois Etats membres du Conseil de l'Europe auront exprimé leur consentement à être liés par la Convention conformément aux dispositions de l'article 21.

2. Pour tout Etat membre qui exprimera ultérieurement son consentement à être lié par la Convention, celle-ci entrera en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date du dépôt de l'instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation.

Article 23

1. Après l'entrée en vigueur de la présente Convention, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe pourra inviter tout Etat non membre du Conseil à adhérer à la présente Convention par une décision prise à la majorité prévue à l'article 20.d du Statut, et à l'unanimité des représentants des Etats contractants ayant le droit de siéger au Comité.

2. Pour tout Etat adhérent, la Convention entrera en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date du dépôt de l'instrument d'adhésion près le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe.

Article 24

1. Tout Etat peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, désigner le ou les territoires auxquels s'appliquera la présente Convention.

2. Tout Etat peut, à tout autre moment par la suite, par une déclaration adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, étendre l'application de la présente Convention à tout autre territoire désigné dans la déclaration. La Convention entrera en vigueur à l'égard de ce territoire le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de la déclaration par le Secrétaire Général.

3. Toute déclaration faite en vertu des deux paragraphes précédents pourra être retirée, en ce qui concerne tout territoire désigné dans cette déclaration, par notification adressée au Secrétaire Général. Le retrait prendra effet le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de six mois après la date de réception de la notification par le Secrétaire Général.

Article 25

1. Un Etat qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent en matière de garde

des enfants et de reconnaissance et d'exécution de décisions relatives à la garde peut, au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ces unités territoriales ou à une ou plusieurs d'entre elles.

2. Il peut, à tout autre moment par la suite, par une déclaration adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, étendre l'application de la présente Convention à toute autre unité territoriale désignée dans la déclaration. La Convention entrera en vigueur à l'égard de cette unité territoriale le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de la déclaration par le Secrétaire Général.

3. Toute déclaration faite en vertu des deux paragraphes précédents pourra être retirée, en ce qui concerne toute unité territoriale désignée dans cette déclaration, par notification adressée au Secrétaire Général. Le retrait prendra effet le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de six mois après la réception de la notification par le Secrétaire Général.

Article 26

1. Au regard d'un Etat qui, en matière de garde des enfants, a deux ou plusieurs systèmes de droit d'application territoriale :

a) la référence à la loi de la résidence habituelle ou de la nationalité d'une personne doit être entendue comme référence au système de droit déterminé par les règles en vigueur dans cet Etat ou, à défaut de telles règles, au système avec lequel la personne concernée a les liens les plus étroits;

b) la référence à l'Etat d'origine ou à l'Etat requis doit être entendue, selon le cas, comme référence à l'unité territoriale dans laquelle la décision a été rendue ou à l'unité territoriale dans laquelle la reconnaissance ou l'exécution de la décision ou le rétablissement de la garde est demandé.

2. Le paragraphe 1.a du présent article s'applique également mutatis mutandis aux Etats qui, en matière de garde des enfants, ont deux ou plusieurs systèmes de droit d'application personnelle.

Article 27

1. Tout Etat peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, déclarer faire usage d'une ou plusieurs réserves figurant au paragraphe 3 de l'article 6, à l'article 17 et à l'article 18 de la présente Convention. Aucune autre réserve n'est admise.

2. Tout Etat contractant qui a formulé une réserve en vertu du paragraphe précédent peut la retirer en tout ou en partie en adressant une notifi-

cation au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe. Le retrait prendra effet à la date de réception de la notification par le Secrétaire Général.

Article 28

A l'issue de la troisième année qui suit la date d'entrée en vigueur de la présente Convention et, à son initiative, à tout autre moment après cette date, le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe invitera les représentants des autorités centrales désignées par les Etats contractants à se réunir en vue d'étudier et de faciliter le fonctionnement de la Convention. Tout Etat membre du Conseil de l'Europe qui n'est pas partie à la Convention pourra se faire représenter par un observateur. Les travaux de chacune de ces réunions feront l'objet d'un rapport qui sera adressé pour information au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.

Article 29

1. Toute Partie peut, à tout moment, dénoncer la présente Convention en adressant une notification au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe.

2. La dénonciation prendra effet le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de six mois après la date de réception de la notification par le Secrétaire Général.

Article 30

Le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe notifiera aux Etats membres du Conseil et à tout Etat ayant adhéré à la présente Convention :

a) toute signature;

b) le dépôt de tout instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion;

c) toute date d'entrée en vigueur de la présente Convention conformément à ses articles 22, 23, 24 et 25;

d) tout autre acte, notification ou communication ayant trait à la présente Convention.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés à cet effet, ont signé la présente Convention.

Fait à Luxembourg, le 20 mai 1980, en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire qui sera déposé dans les archives du Conseil de l'Europe. Le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe en communiquera copie certifiée conforme à chacun des Etats membres du Conseil de l'Europe et à tout Etat invité à adhérer à la présente Convention.

La Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants

est en vigueur dans 34 Etats : Allemagne (1er février 1991), Autriche (1er août 1985), Belgique (1er février 1986), Bulgarie (1er octobre 2003), Chypre (1er octobre 1986), Danemark (1er août 1991), Espagne (1er septembre 1984), Estonie (1er septembre 2001), Finlande (1er août 1994), France (1er septembre 1983), Grèce (1er juillet 1993), Hongrie (1er juin 2004), Irlande (1er octobre 1991), Islande (1er novembre 1996), Italie (1er juin 1995), Lettonie (1er août 2002), l'ex-République yougoslave de Macédoine (1er mars 2003), Liechtenstein (1er août 1997), Lituanie (1er mai 2003), Luxembourg (1er septembre 1983), Malte (1er février 2000), Moldova (1er mai 2004), Norvège (1er mai 1989), Pays-Bas (1er septembre 1990), Pologne (1er mars 1996), Portugal (1er septembre 1983), République tchèque (1er juillet 2000), Roumanie (1er septembre 2004), Royaume-Uni (1er août 1986), Serbie-Monténégro (1er mai 2002), Slovaquie (1er septembre 2001), Suède (1er juillet 1989), Suisse (1er janvier 1984), Turquie (1er juin 2000).

ANNEXE III

LA CONVENTION DE LA HAYE DU 19 OCTOBRE 1996 CONCERNANT LA COMPETENCE, LA LOI APPLICABLE, LA RECONNAISSANCE, L'EXECUTION ET LA COOPERATION EN MATIERE DE RESPONSABILITE PARENTALE ET DE MESURES DE PROTECTION DES ENFANTS.

ANNEXE III

3. – CONVENTION DE LA HAYE DU 19 OCTOBRE 1996 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

Les Etats signataires de la présente Convention,

Considérant qu'il convient de renforcer la protection des enfants dans les situations à caractère international,

Désirant éviter des conflits entre leurs systèmes juridiques en matière de compétence, loi applicable, reconnaissance et exécution des mesures de protection des enfants,

Rappelant l'importance de la coopération internationale pour la protection des enfants,

Confirmant que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale,

Constatant la nécessité de réviser la *Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs,*

Désirant établir des dispositions communes à cet effet, en tenant compte de la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant,* du 20 novembre 1989,

Sont convenus des dispositions suivantes :

Chapitre I. – *Champ d'application de la Convention*

Article premier

1. La présente Convention a pour objet :

a) de déterminer l'Etat dont les autorités ont compétence pour prendre des mesures tendant à la protection de la personne ou des biens de l'enfant;

b) de déterminer la loi applicable par ces autorités dans l'exercice de leur compétence;

c) de déterminer la loi applicable à la responsabilité parentale;

d) d'assurer la reconnaissance et l'exécution des mesures de protection dans tous les Etats contractants;

e) d'établir entre les autorités des Etats contractants la coopération nécessaire à la réalisation des objectifs de la Convention.

2. Aux fins de la Convention, l'expression «responsabilité parentale» comprend l'autorité parentale ou tout autre rapport d'autorité analogue déterminant les droits, les pouvoirs et les obligations des parents, d'un tuteur ou autre représentant légal à l'égard de la personne ou des biens de l'enfant.

Article 2

La Convention s'applique aux enfants à partir de leur naissance et jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de 18 ans.

Article 3

Les mesures prévues à l'article premier peuvent porter notamment sur :

a) l'attribution, l'exercice et le retrait total ou partiel de la responsabilité parentale, ainsi que la délégation de celle-ci;

b) le droit de garde, comprenant le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence, ainsi que le droit de visite, comprenant le droit d'emmener l'enfant pour une période limitée dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle;

c) la tutelle, la curatelle et les institutions analogues;

d) la désignation et les fonctions de toute personne ou organisme chargé de s'occuper de la personne ou des biens de l'enfant, de le représenter ou de l'assister;

e) le placement de l'enfant dans une famille d'accueil ou dans un établissement, ou son recueil légal par *kafala* ou par une institution analogue;

f) la supervision par les autorités publiques des soins dispensés à l'enfant par toute personne ayant la charge de cet enfant;

g) l'administration, la conservation ou la disposition des biens de l'enfant.

Article 4

Sont exclus du domaine de la Convention :

a) l'établissement et la contestation de la filiation;

b) la décision sur l'adoption et les mesures qui la préparent, ainsi que l'annulation et la révocation de l'adoption;

c) les nom et prénoms de l'enfant;

d) l'émancipation;

e) les obligations alimentaires;

f) les trusts et successions;

g) la sécurité sociale;

h) les mesures publiques de caractère général en matière d'éducation et de santé;

i) les mesures prises en conséquence d'infractions pénales commises par des enfants;

j) les décisions sur le droit d'asile et en matière d'immigration.

CHAPITRE II. – *Compétence*

Article 5

1. Les autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'Etat contractant de la résidence habituelle de l'enfant sont compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens.

2. Sous réserve de l'article 7, en cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant dans un autre Etat contractant, sont compétentes les autorités de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle.

Article 6

1. Pour les enfants réfugiés et les enfants qui, par suite de troubles prévalant dans leur pays, sont internationalement déplacés, les autorités de l'Etat contractant sur le territoire duquel ces enfants sont présents du fait de leur déplacement exercent la compétence prévue au paragraphe premier de l'article 5.

2. La disposition du paragraphe précédent s'applique également aux enfants dont la résidence habituelle ne peut être établie.

Article 7

1. En cas de déplacement ou de non-retour illicite de l'enfant, les autorités de l'Etat contractant dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour conservent leur

compétence jusqu'au moment où l'enfant a acquis une résidence habituelle dans un autre Etat et que :

a) toute personne, institution ou autre organisme ayant le droit de garde a acquiescé au déplacement ou au non-retour; ou

b) l'enfant a résidé dans cet autre Etat pour une période d'au moins un an après que la personne, l'institution ou tout autre organisme ayant le droit de garde a connu ou aurait dû connaître le lieu où se trouvait l'enfant, aucune demande de retour présentée pendant cette période n'est encore en cours d'examen, et l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu.

2. Le déplacement ou le non-retour de l'enfant est considéré comme illicite :

a) lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement, par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour, et

b) que ce droit était exercé de façon effective, seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus.

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

3. Tant que les autorités mentionnées au paragraphe premier conservent leur compétence, les autorités de l'Etat contractant où l'enfant a été déplacé ou retenu ne peuvent prendre que les mesures urgentes nécessaires à la protection de la personne ou des biens de l'enfant, conformément à l'article 11.

Article 8

1. A titre d'exception, l'autorité de l'Etat contractant compétente en application des articles 5 ou 6, si elle considère que l'autorité d'un autre Etat contractant serait mieux à même d'apprécier dans un cas particulier l'intérêt supérieur de l'enfant, peut

- soit demander à cette autorité, directement ou avec le concours de l'Autorité centrale de cet Etat, d'accepter la compétence pour prendre les mesures de protection qu'elle estimera nécessaires,
- soit surseoir à statuer et inviter les parties à saisir d'une telle demande l'autorité de cet autre Etat.

2. Les Etats contractants dont une autorité peut être requise ou saisie dans les conditions fixées au paragraphe précédent sont :

a) un Etat dont l'enfant possède la nationalité,

b) un Etat dans lequel sont situés des biens de l'enfant,

c) un Etat dont une autorité est saisie d'une demande en divorce ou séparation de corps des parents de l'enfant, ou en annulation de leur mariage,

d) un Etat avec lequel l'enfant présente un lien étroit.

3. Les autorités concernées peuvent procéder à un échange de vues.

4. L'autorité requise ou saisie dans les conditions prévues au paragraphe premier peut accepter la compétence, en lieu et place de l'autorité compétente en application des articles 5 ou 6, si elle considère que tel est l'intérêt supérieur de l'enfant.

Article 9

1. Les autorités des Etats contractants mentionnés à l'article 8, paragraphe 2, si elles considèrent qu'elles sont les mieux à même d'apprécier dans un cas particulier l'intérêt supérieur de l'enfant, peuvent

– soit demander à l'autorité compétente de l'Etat contractant de la résidence habituelle de l'enfant, directement ou avec le concours de l'Autorité centrale de cet Etat, de leur permettre d'exercer la compétence pour prendre les mesures de protection qu'elles estiment nécessaires,

– soit inviter les parties à présenter une telle demande devant les autorités de l'Etat contractant de la résidence habituelle de l'enfant.

2. Les autorités concernées peuvent procéder à un échange de vues.

3. L'autorité à l'origine de la demande ne peut exercer la compétence en lieu et place de l'autorité de l'Etat contractant de la résidence habituelle de l'enfant que si cette autorité a accepté la demande.

Article 10

1. Sans préjudice des articles 5 à 9, les autorités d'un Etat contractant, dans l'exercice de leur compétence pour connaître d'une demande en divorce ou séparation de corps des parents d'un enfant résidant habituellement dans un autre Etat contractant, ou en annulation de leur mariage, peuvent prendre, si la loi de leur Etat le permet, des mesures de protection de la personne ou des biens de l'enfant,

a) si, au commencement de la procédure, l'un des parents réside habituellement dans cet Etat et que l'un d'eux ait la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant, et

b) si la compétence de ces autorités pour prendre de telles mesures a été acceptée par les parents, ainsi que par toute autre personne ayant la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant et si cette compétence est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant.

2. La compétence prévue au paragraphe premier pour prendre des mesures de protection de l'enfant cesse dès lors que la décision faisant droit ou rejetant la demande en divorce, séparation de corps ou annulation du mariage est devenue définitive ou que la procédure a pris fin pour un autre motif.

Article 11

1. Dans tous les cas d'urgence, les autorités de chaque Etat contractant sur le territoire duquel se trouve l'enfant ou des biens lui appartenant sont compétentes pour prendre les mesures de protection nécessaires.

2. Les mesures prises en application du paragraphe précédent à l'égard d'un enfant ayant sa résidence habituelle dans un Etat contractant cessent d'avoir effet dès que les autorités compétentes en vertu des articles 5 à 10 ont pris les mesures exigées par la situation.

3. Les mesures prises en application du paragraphe premier à l'égard d'un enfant ayant sa résidence habituelle dans un Etat non contractant cessent d'avoir effet dans chaque Etat contractant dès qu'y sont reconnues les mesures exigées par la situation, prises par les autorités d'un autre Etat.

Article 12

1. Sous réserve de l'article 7, les autorités d'un Etat contractant sur le territoire duquel se trouve l'enfant ou des biens lui appartenant sont compétentes pour prendre des mesures de protection de la personne ou des biens de l'enfant, ayant un caractère provisoire et une efficacité territoriale restreinte à cet Etat, pour autant que de telles mesures ne soient pas incompatibles avec celles déjà prises par les autorités compétentes en vertu des articles 5 à 10.

2. Les mesures prises en application du paragraphe précédent à l'égard d'un enfant ayant sa résidence habituelle dans un Etat contractant cessent d'avoir effet dès que les autorités compétentes en vertu des articles 5 à 10 se sont prononcées sur les mesures que pourrait exiger la situation.

3. Les mesures prises en application du paragraphe premier à l'égard d'un enfant ayant sa résidence habituelle dans un Etat non contractant cessent d'avoir effet dans l'Etat contractant où elles ont été prises dès qu'y sont reconnues les mesures exigées par la situation, prises par les autorités d'un autre Etat.

Article 13

1. Les autorités d'un Etat contractant qui sont compétentes selon les articles 5 à 10 pour prendre des mesures de protection de la personne ou des biens de l'enfant doivent s'abstenir de statuer si, lors de l'introduction

de la procédure, des mesures correspondantes ont été demandées aux autorités d'un autre Etat contractant alors compétentes en vertu des articles 5 à 10 et sont encore en cours d'examen.

2. La disposition du paragraphe précédent ne s'applique pas si les autorités devant lesquelles la demande de mesures a été initialement présentée ont renoncé à leur compétence.

Article 14

Les mesures prises en application des articles 5 à 10 restent en vigueur dans les limites qui sont les leurs, même lorsqu'un changement des circonstances a fait disparaître l'élément sur lequel était fondée la compétence, tant que les autorités compétentes en vertu de la Convention ne les ont pas modifiées, remplacées ou levées.

CHAPITRE III. – *Loi applicable*

Article 15

1. Dans l'exercice de la compétence qui leur est attribuée par les dispositions du chapitre II, les autorités des Etats contractants appliquent leur loi.

2. Toutefois, dans la mesure où la protection de la personne ou des biens de l'enfant le requiert, elles peuvent exceptionnellement appliquer ou prendre en considération la loi d'un autre Etat avec lequel la situation présente un lien étroit.

3. En cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant dans un autre Etat contractant, la loi de cet autre Etat régit, à partir du moment où le changement est survenu, les conditions d'application des mesures prises dans l'Etat de l'ancienne résidence habituelle.

Article 16

1. L'attribution ou l'extinction de plein droit d'une responsabilité parentale, sans intervention d'une autorité judiciaire ou administrative, est régie par la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant.

2. L'attribution ou l'extinction d'une responsabilité parentale par un accord ou un acte unilatéral, sans intervention d'une autorité judiciaire ou administrative, est régie par la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant au moment où l'accord ou l'acte unilatéral prend effet.

3. La responsabilité parentale existant selon la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant subsiste après le changement de cette résidence habituelle dans un autre Etat.

4. En cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant, l'attribution de plein droit de la responsabilité parentale à une personne qui n'est

pas déjà investie de cette responsabilité est régie par la loi de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle.

Article 17

L'exercice de la responsabilité parentale est régi par la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant. En cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant, il est régi par la loi de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle.

Article 18

La responsabilité parentale prévue à l'article 16 pourra être retirée ou ses conditions d'exercice modifiées par des mesures prises en application de la Convention.

Article 19

1. La validité d'un acte passé entre un tiers et une autre personne qui aurait la qualité de représentant légal selon la loi de l'Etat où l'acte a été passé ne peut être contestée, ni la responsabilité du tiers engagée, pour le seul motif que l'autre personne n'avait pas la qualité de représentant légal en vertu de la loi désignée par les dispositions du présent chapitre, sauf si le tiers savait ou devait savoir que la responsabilité parentale était régie par cette loi.

2. Le paragraphe précédent ne s'applique que dans le cas où l'acte a été passé entre personnes présentes sur le territoire d'un même Etat.

Article 20

Les dispositions du présent chapitre sont applicables même si la loi qu'elles désignent est celle d'un Etat non contractant.

Article 21

1. Au sens du présent chapitre, le terme «loi» désigne le droit en vigueur dans un Etat, à l'exclusion des règles de conflit de lois.

2. Toutefois, si la loi applicable en vertu de l'article 16 est celle d'un Etat non contractant et que les règles de conflit de cet Etat désignent la loi d'un autre Etat non contractant qui appliquerait sa propre loi, la loi de cet autre Etat est applicable. Si la loi de cet autre Etat non contractant ne se reconnaît pas applicable, la loi applicable est celle désignée par l'article 16.

Article 22

L'application de la loi désignée par les dispositions du présent chapitre ne peut être écartée que si cette application est manifestement contraire à l'ordre public, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant.

CHAPITRE IV. – *Reconnaissance et exécution*

Article 23

1. Les mesures prises par les autorités d'un Etat contractant sont reconnues de plein droit dans les autres Etats contractants.

2. Toutefois, la reconnaissance peut être refusée :

a) si la mesure a été prise par une autorité dont la compétence n'était pas fondée sur un chef de compétence prévu au chapitre II;

b) si la mesure a été prise, hors le cas d'urgence, dans le cadre d'une procédure judiciaire ou administrative, sans qu'ait été donnée à l'enfant la possibilité d'être entendu, en violation des principes fondamentaux de procédure de l'Etat requis;

c) à la demande de toute personne prétendant que cette mesure porte atteinte à sa responsabilité parentale, si cette mesure a été prise, hors le cas d'urgence, sans qu'ait été donnée à cette personne la possibilité d'être entendue;

d) si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'Etat requis, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant;

e) si la mesure est incompatible avec une mesure prise postérieurement dans l'Etat non contractant de la résidence habituelle de l'enfant, lorsque cette dernière mesure réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'Etat requis;

f) si la procédure prévue à l'article 33 n'a pas été respectée.

Article 24

Sans préjudice de l'article 23, paragraphe premier, toute personne intéressée peut demander aux autorités compétentes d'un Etat contractant qu'il soit statué sur la reconnaissance ou la non-reconnaissance d'une mesure prise dans un autre Etat contractant. La procédure est régie par la loi de l'Etat requis.

Article 25

L'autorité de l'Etat requis est liée par les constatations de fait sur lesquelles l'autorité de l'Etat qui a pris la mesure a fondé sa compétence.

Article 26

1. Si les mesures prises dans un Etat contractant et qui y sont exécutoires comportent des actes d'exécution dans un autre Etat contractant, elles sont, dans cet autre Etat, déclarées exécutoires ou enregistrées aux fins d'exécution, sur requête de toute partie intéressée, selon la procédure prévue par la loi de cet Etat.

2. Chaque Etat contractant applique à la déclaration d'exequatur ou à l'enregistrement une procédure simple et rapide.

3. La déclaration d'exequatur ou l'enregistrement ne peuvent être refusés que pour l'un des motifs prévus à l'article 23, paragraphe 2.

Article 27

Sous réserve de ce qui est nécessaire pour l'application des articles qui précèdent, l'autorité de l'Etat requis ne procédera à aucune révision au fond de la mesure prise.

Article 28

Les mesures prises dans un Etat contractant, qui sont déclarées exécutoires ou enregistrées aux fins d'exécution dans un autre Etat contractant, y sont mises à exécution comme si elles avaient été prises par les autorités de cet autre Etat. La mise à exécution des mesures se fait conformément à la loi de l'Etat requis dans les limites qui y sont prévues, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant.

CHAPITRE V. – *Coopération*

Article 29

1. Chaque Etat contractant désigne une Autorité centrale chargée de satisfaire aux obligations qui lui sont imposées par la Convention.

2. Un Etat fédéral, un Etat dans lequel plusieurs systèmes de droit sont en vigueur ou un Etat ayant des unités territoriales autonomes est libre de désigner plus d'une Autorité centrale et de spécifier l'étendue territoriale ou personnelle de leurs fonctions. L'Etat qui fait usage de cette faculté désigne l'Autorité centrale à laquelle toute communication peut être adressée en vue de sa transmission à l'Autorité centrale compétente au sein de cet Etat.

Article 30

1. Les Autorités centrales doivent coopérer entre elles et promouvoir la coopération entre les autorités compétentes de leur Etat pour réaliser les objectifs de la Convention.

2. Elles prennent, dans le cadre de l'application de la Convention, les dispositions appropriées pour fournir des informations sur leur législation, ainsi que sur les services disponibles dans leur Etat en matière de protection de l'enfant.

Article 31

L'Autorité centrale d'un Etat contractant prend soit directement, soit avec le concours d'autorités publiques ou d'autres organismes, toutes dispositions appropriées pour :

a) faciliter les communications et offrir l'assistance prévues aux articles 8 et 9 et au présent chapitre;

b) faciliter par la médiation, la conciliation ou tout autre mode analogue, des ententes à l'amiable sur la protection de la personne ou des biens de l'enfant, dans les situations auxquelles s'applique la Convention;

c) aider, sur demande d'une autorité compétente d'un autre Etat contractant, à localiser l'enfant lorsqu'il paraît que celui-ci est présent sur le territoire de l'Etat requis et a besoin de protection.

Article 32

Sur demande motivée de l'Autorité centrale ou d'une autre autorité compétente d'un Etat contractant avec lequel l'enfant a un lien étroit, l'Autorité centrale de l'Etat contractant dans lequel l'enfant a sa résidence habituelle et dans lequel il est présent peut, soit directement, soit avec le concours d'autorités publiques ou d'autres organismes,

a) fournir un rapport sur la situation de l'enfant;

b) demander à l'autorité compétente de son Etat d'examiner l'opportunité de prendre des mesures tendant à la protection de la personne ou des biens de l'enfant.

Article 33

1. Lorsque l'autorité compétente en vertu des articles 5 à 10 envisage le placement de l'enfant dans une famille d'accueil ou dans un établissement, ou son recueil légal par *kafala* ou par une institution analogue, et que ce placement ou ce recueil aura lieu dans un autre Etat contractant, elle consulte au préalable l'Autorité centrale ou une autre autorité compétente de ce dernier Etat. Elle lui communique à cet effet un rapport sur l'enfant et les motifs de sa proposition sur le placement ou le recueil.

2. La décision sur le placement ou le recueil ne peut être prise dans l'Etat requérant que si l'Autorité centrale ou une autre autorité compétente de l'Etat requis a approuvé ce placement ou ce recueil, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Article 34

1. Lorsqu'une mesure de protection est envisagée, les autorités compétentes en vertu de la Convention peuvent, si la situation de l'enfant l'exige, demander à toute autorité d'un autre Etat contractant qui détient des informations utiles pour la protection de l'enfant de les lui communiquer.

2. Chaque Etat contractant pourra déclarer que les demandes prévues au paragraphe premier ne pourront être acheminées que par l'intermédiaire de son Autorité centrale.

Article 35

1. Les autorités compétentes d'un Etat contractant peuvent demander aux autorités d'un autre Etat contractant de prêter leur assistance à la mise en oeuvre de mesures de protection prises en application de la Convention, en particulier pour assurer l'exercice effectif d'un droit de visite, ainsi que du droit de maintenir des contacts directs réguliers.

2. Les autorités d'un Etat contractant dans lequel l'enfant n'a pas sa résidence habituelle peuvent, à la demande d'un parent résidant dans cet Etat et souhaitant obtenir ou conserver un droit de visite, recueillir des renseignements ou des preuves et se prononcer sur l'aptitude de ce parent à exercer le droit de visite et sur les conditions dans lesquelles il pourrait l'exercer. L'autorité compétente en vertu des articles 5 à 10 pour statuer sur le droit de visite devra, avant de se prononcer, prendre en considération ces renseignements, preuves ou conclusions.

3. Une autorité compétente en vertu des articles 5 à 10 pour statuer sur le droit de visite peut suspendre la procédure jusqu'au terme de la procédure prévue au paragraphe 2, notamment lorsqu'elle est saisie d'une demande tendant à modifier ou supprimer le droit de visite conféré par les autorités de l'Etat de l'ancienne résidence habituelle.

4. Cet article n'empêche pas une autorité compétente en vertu des articles 5 à 10 de prendre des mesures provisoires jusqu'au terme de la procédure prévue au paragraphe 2.

Article 36

Dans le cas où l'enfant est exposé à un grave danger, les autorités compétentes de l'Etat contractant dans lequel des mesures de protection de cet enfant ont été prises ou sont en voie de l'être, si elles sont informées du changement de résidence ou de la présence de l'enfant dans un autre Etat, avisent les autorités de cet Etat de ce danger et des mesures prises ou en cours d'examen.

Article 37

Une autorité ne peut demander ou transmettre des informations en application de ce chapitre si elle est d'avis qu'une telle demande ou transmission pourrait mettre en danger la personne ou les biens de l'enfant, ou constituer une menace grave pour la liberté ou la vie d'un membre de sa famille.

Article 38

1. Sans préjudice de la possibilité de réclamer des frais raisonnables correspondant aux services fournis, les Autorités centrales et les autres autorités publiques des Etats contractants supportent leurs frais découlant de l'application des dispositions du présent chapitre.

2. Un Etat contractant peut conclure des accords avec un ou plusieurs autres Etats contractants sur la répartition des frais.

Article 39

Tout Etat contractant pourra conclure avec un ou plusieurs autres Etats contractants des accords en vue de favoriser dans leurs rapports réciproques l'application du présent chapitre. Les Etats qui ont conclu de tels accords en transmettront une copie au dépositaire de la Convention.

CHAPITRE VI. – *Dispositions générales*

Article 40

1. Les autorités de l'Etat contractant de la résidence habituelle de l'enfant ou de l'Etat contractant où une mesure de protection a été prise peuvent délivrer au titulaire de la responsabilité parentale ou à toute personne à qui est confiée la protection de la personne ou des biens de l'enfant, à sa demande, un certificat indiquant sa qualité et les pouvoirs qui lui sont conférés.

2. La qualité et les pouvoirs indiqués par le certificat sont tenus pour établis, sauf preuve contraire.

3. Chaque Etat contractant désigne les autorités habilitées à établir le certificat.

Article 41

Les données personnelles rassemblées ou transmises conformément à la Convention ne peuvent être utilisées à d'autres fins que celles pour lesquelles elles ont été rassemblées ou transmises.

Article 42

Les autorités auxquelles des informations sont transmises en assurent la confidentialité conformément à la loi de leur Etat.

Article 43

Les documents transmis ou délivrés en application de la Convention sont dispensés de toute légalisation ou de toute formalité analogue.

Article 44

Chaque Etat contractant peut désigner les autorités à qui les demandes prévues aux articles 8, 9 et 33 doivent être envoyées.

Article 45

1. Les désignations mentionnées aux articles 29 et 44 sont communiquées au Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé.

2. La déclaration mentionnée à l'article 34, paragraphe 2, est faite au dépositaire de la Convention.

Article 46

Un Etat contractant dans lequel des systèmes de droit ou des ensembles de règles différents s'appliquent en matière de protection de l'enfant et de ses biens n'est pas tenu d'appliquer les règles de la Convention aux conflits concernant uniquement ces différents systèmes ou ensembles de règles.

Article 47

Au regard d'un Etat dans lequel deux ou plusieurs systèmes de droit ou ensembles de règles ayant trait aux questions régies par la présente Convention s'appliquent dans des unités territoriales différentes :

1. toute référence à la résidence habituelle dans cet Etat vise la résidence habituelle dans une unité territoriale;

2. toute référence à la présence de l'enfant dans cet Etat vise la présence de l'enfant dans une unité territoriale;

3. toute référence à la situation des biens de l'enfant dans cet Etat vise la situation des biens de l'enfant dans une unité territoriale;

4. toute référence à l'Etat dont l'enfant possède la nationalité vise l'unité territoriale désignée par la loi de cet Etat ou, en l'absence de règles pertinentes, l'unité territoriale avec laquelle l'enfant présente le lien le plus étroit;

5. toute référence à l'Etat dont une autorité est saisie d'une demande en divorce ou séparation de corps des parents de l'enfant, ou en annulation de leur mariage, vise l'unité territoriale dont une autorité est saisie d'une telle demande;

6. toute référence à l'Etat avec lequel l'enfant présente un lien étroit vise l'unité territoriale avec laquelle l'enfant présente ce lien;

7. toute référence à l'Etat où l'enfant a été déplacé ou retenu vise l'unité territoriale dans laquelle l'enfant a été déplacé ou retenu;

8. toute référence aux organismes ou autorités de cet Etat, autres que les Autorités centrales, vise les organismes ou autorités habilités à agir dans l'unité territoriale concernée;

9. toute référence à la loi, à la procédure ou à l'autorité de l'Etat où une mesure a été prise vise la loi, la procédure ou l'autorité de l'unité territoriale dans laquelle cette mesure a été prise;

10. toute référence à la loi, à la procédure ou à l'autorité de l'Etat requis vise la loi, la procédure ou l'autorité de l'unité territoriale dans laquelle la reconnaissance ou l'exécution est invoquée.

Article 48

Pour identifier la loi applicable en vertu du chapitre III, lorsqu'un Etat comprend deux ou plusieurs unités territoriales dont chacune a son propre système de droit ou un ensemble de règles ayant trait aux questions régies par la présente Convention, les règles suivantes s'appliquent :

a) en présence de règles en vigueur dans cet Etat identifiant l'unité territoriale dont la loi est applicable, la loi de cette unité s'applique;

b) en l'absence de telles règles, la loi de l'unité territoriale définie selon les dispositions de l'article 47 s'applique.

Article 49

Pour identifier la loi applicable en vertu du chapitre III, lorsqu'un Etat comprend deux ou plusieurs systèmes de droit ou ensembles de règles applicables à des catégories différentes de personnes pour les questions régies par la présente Convention, les règles suivantes s'appliquent :

a) en présence de règles en vigueur dans cet Etat identifiant laquelle de ces lois est applicable, cette loi s'applique;

b) en l'absence de telles règles, la loi du système ou de l'ensemble de règles avec lequel l'enfant présente le lien le plus étroit s'applique.

Article 50

La présente Convention n'affecte pas la *Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants,* dans les relations entre les Parties aux deux Conventions. Rien n'empêche cependant que des dispositions de la présente Convention soient invoquées pour obtenir le retour d'un enfant qui a été déplacé ou retenu illicitement, ou pour organiser le droit de visite.

Article 51

Dans les rapports entre les Etats contractants, la présente Convention remplace la *Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs* et la *Convention pour régler la tutelle des mineurs,* signée à La Haye le 12 juin 1902, sans préjudice de la reconnaissance des mesures prises selon la Convention du 5 octobre 1961 précitée.

Article 52

1. La Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels des Etats contractants sont Parties et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention, à moins qu'une déclaration contraire ne soit faite par les Etats liés par de tels instruments.

2. La Convention n'affecte pas la possibilité pour un ou plusieurs Etats contractants de conclure des accords qui contiennent, en ce qui concerne les enfants habituellement résidents dans l'un des Etats Parties à de tels accords, des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention.

3. Les accords à conclure par un ou plusieurs Etats contractants sur des matières réglées par la présente Convention n'affectent pas, dans les rapports de ces Etats avec les autres Etats contractants, l'application des dispositions de la présente Convention.

4. Les paragraphes précédents s'appliquent également aux lois uniformes reposant sur l'existence entre les Etats concernés de liens spéciaux, notamment de nature régionale.

Article 53

1. La Convention ne s'applique qu'aux mesures prises dans un Etat après l'entrée en vigueur de la Convention pour cet Etat.

2. La Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des mesures prises après son entrée en vigueur dans les rapports entre l'Etat où les mesures ont été prises et l'Etat requis.

Article 54

1. Toute communication à l'Autorité centrale ou à toute autre autorité d'un Etat contractant est adressée dans la langue originale et accompagnée d'une traduction dans la langue officielle ou l'une des langues officielles de cet Etat ou, lorsque cette traduction est difficilement réalisable, d'une traduction en français ou en anglais.

2. Toutefois, un Etat contractant pourra, en faisant la réserve prévue à l'article 60, s'opposer à l'utilisation soit du français, soit de l'anglais.

Article 55

1. Un Etat contractant pourra, conformément à l'article 60 :

a) réserver la compétence de ses autorités pour prendre des mesures tendant à la protection des biens d'un enfant situés sur son territoire;

b) se réserver de ne pas reconnaître une responsabilité parentale ou une mesure qui serait incompatible avec une mesure prise par ses autorités par rapport à ces biens.

2. La réserve pourra être restreinte à certaines catégories de biens.

Article 56

Le Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé convoque périodiquement une Commission spéciale afin d'examiner le fonctionnement pratique de la Convention.

CHAPITRE VII. – *Clauses finales*

Article 57

1. La Convention est ouverte à la signature des Etats qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Dix-huitième session.

2. Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire de la Convention.

Article 58

1. Tout autre Etat pourra adhérer à la Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 61, paragraphe 1.

2. L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du dépositaire.

3. L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'Etat adhérant et les Etats contractants qui n'auront pas élevé d'objection à son encontre

dans les six mois après la réception de la notification prévue à l'article 63, lettre *b*. Une telle objection pourra également être élevée par tout Etat au moment d'une ratification, acceptation ou approbation de la Convention, ultérieure à l'adhésion. Ces objections seront notifiées au dépositaire.

Article 59

1. Un Etat qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par la présente Convention pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration.

2. Ces déclarations seront notifiées au dépositaire et indiqueront expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

3. Si un Etat ne fait pas de déclaration en vertu du présent article, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet Etat.

Article 60

1. Tout Etat contractant pourra, au plus tard au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, ou au moment d'une déclaration faite en vertu de l'article 59, faire soit l'une, soit les deux réserves prévues aux articles 54, paragraphe 2, et 55. Aucune autre réserve ne sera admise.

2. Tout Etat pourra, à tout moment, retirer une réserve qu'il aura faite. Ce retrait sera notifié au dépositaire.

3. L'effet de la réserve cessera le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification mentionnée au paragraphe précédent.

Article 61

1. La Convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation prévu par l'article 57.

2. Par la suite, la Convention entrera en vigueur :

a) pour chaque Etat ratifiant, acceptant ou approuvant postérieurement, le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion;

b) pour chaque Etat adhérant, le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après l'expiration du délai de six mois prévu à l'article 58, paragraphe 3;

c) pouvr les unités territoriales auxquelles la Convention a été étendue conformément à l'article 59, le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la notification visée dans cet article.

Article 62

1. Tout Etat Partie à la Convention pourra dénoncer celle-ci par une notification adressée par écrit au dépositaire. La dénonciation pourra se limiter à certaines unités territoriales auxquelles s'applique la Convention.

2. La dénonciation prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de douze mois après la date de réception de la notification par le dépositaire. Lorsqu'une période plus longue pour la prise d'effet de la dénonciation est spécifiée dans la notification, la dénonciation prendra effet à l'expiration de la période en question.

Article 63

Le dépositaire notifiera aux Etats membres de la Conférence de La Haye de droit international privé, ainsi qu'aux Etats qui auront adhéré conformément aux dispositions de l'article 58 :

a) les signatures, ratifications, acceptations et approbations visées à l'article 57;

b) les adhésions et les objections aux adhésions visées à l'article 58;

c) la date à laquelle la Convention entrera en vigueur conformément aux dispositions de l'article 61;

d) les déclarations mentionnées aux articles 34, paragraphe 2, et 59;

e) les accords mentionnés à l'article 39;

f) les réserves visées aux articles 54, paragraphe 2, et 55 et le retrait des réserves prévu à l'article 60, paragraphe 2;

g) les dénonciations visées à l'article 62.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés, ont signé la présente Convention.

Fait à La Haye, le 19 octobre 1996, en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire, qui sera déposé dans les archives du Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et dont une copie certifiée conforme sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des Etats membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de la Dix-huitième session.

La Convention de La Haye du 19 octobre 1996 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 est en vigueur dans neuf Etats : Australie (1er août 2003), Equateur (1er septembre

2003), Estonie (1er juin 2003), Lettonie (1er avril 2003) Lituanie (1er septembre 2004), Maroc (1er décembre 2002), Monaco (1er janvier 2002), Slovaquie (1er janvier 2002), Slovénie, République tchèque (1er janvier 2002).

ANNEXE IV

REGLEMENT (CE) N°2201/2003 DU CONSEIL DU 27 NOVEMBRE 2003 RELATIF A LA COMPETENCE, LA RECONNAISSANCE ET L'EXECUTION DES DECISIONS EN MATIERE MATRIMONIALE ET EN MATIERE DE RESPONSABILITE PARENTALE ABROGEANT LE REGLEMENT (CE) N°1347/3000 (REGLEMENT DE BRUXELLES II BIS).

ANNEXE IV

4. – RÈGLEMENT (CE) N° 2201/2003 DU CONSEIL DU 27 NOVEMBRE 2003 RELATIF À LA COMPÉTENCE, LA RECONNAISSANCE ET L'EXÉCUTION DES DÉCISIONS EN MATIÈRE MATRIMONIALE ET EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ PARENTALE ABROGEANT LE RÈGLEMENT (CE) N° 1347/2000 (RÈGLEMENT DIT BRUXELLES II BIS)

Journal officiel n° L 338 du 23 décembre 2003 p. 1

LE CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE,

vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment son article 61, point c), et son article 67, paragraphe 1,

vu la proposition de la Commission (1),

vu l'avis du Parlement européen (2),

vu l'avis du Comité économique et social européen (3),

considérant ce qui suit :

1. La Communauté européenne s'est donné pour objectif de créer un espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes. A cette fin, la Communauté adopte, notamment, les mesures dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile nécessaires au bon fonctionnement du marché intérieur.

2. Le Conseil européen de Tampere a approuvé le principe de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires comme pierre angulaire de la création d'un véritable espace judiciaire, et a identifié le droit de visite comme une priorité.

3. Le règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 (4) établit les règles régissant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs, rendues à l'occasion d'actions matrimoniales. Le contenu dudit règlement était largement repris de la Convention du 28 mai 1998 ayant le même objet (5).

---

(1) *JO* C203 E du 27 août 2002, p. 155.

(2) Avis rendu le 20 septembre 2002.

(3) *JO* C61 du 14 mars 2003, p. 76.

(4) *JO* L160 du 30 juin 2000, p. 19.

(5) Lors de l'adoption du règlement (CE) n° 1347/2000, le Conseil avait pris acte du rapport explicatif relatif à la Convention élaboré par madame le professeur Alegria Borras (*JO* C221 du 16 juillet 1998, p. 27).

4. Le 3 juillet 2000, la France a présenté une initiative en vue de l'adoption d'un règlement du Conseil relatif à l'exécution mutuelle des décisions concernant le droit de visite des enfants (6).

5. En vue de garantir l'égalité de tous enfants, le présent règlement couvre toutes les décisions en matière de responsabilité parentale, y compris les mesures de protection de l'enfant, indépendamment de tout lien avec une procédure matrimoniale.

6. Dès lors que l'application des règles en matière de responsabilité parentale intervient souvent dans le cadre d'actions matrimoniales, il est plus approprié d'avoir un seul instrument en matière de divorce et en matière de responsabilité parentale.

7. Le champ d'application du présent règlement couvre les matières civiles, quelle que soit la nature de la juridiction.

8. En ce qui concerne les décisions de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage, le présent règlement ne devrait s'appliquer qu'à la dissolution du lien matrimonial et ne devrait pas concerner des questions telles que les causes de divorce, les effets patrimoniaux du mariage ou autres mesures accessoires éventuelles.

9. En ce qui concerne les biens de l'enfant, le présent règlement ne devrait s'appliquer qu'aux mesures de protection de l'enfant, c'est-à-dire : i) à la désignation et aux fonctions d'une personne ou d'un organisme chargé de gérer les biens de l'enfant, de le représenter et de l'assister et ii) aux mesures relatives à l'administration, à la conservation ou à la disposition des biens de l'enfant. Dans ce contexte et à titre d'exemple, le présent règlement devrait s'appliquer aux cas dans lesquels les parents sont en litige au sujet de l'administration des biens de l'enfant. Les mesures relatives aux biens de l'enfant qui ne concernent pas la protection de l'enfant devraient continuer à être régies par règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (7).

10. Le présent règlement n'a pas vocation à s'appliquer à des matières telles que celles relatives à la sécurité sociale, aux mesures de droit public à caractère général en matière d'éducation et de santé, ni aux décisions relatives au droit d'asile et à l'immigration. En outre, il ne s'applique ni à l'établissement de la filiation qui est une question distincte de l'attribution de la responsabilité parentale, ni aux autres questions liées à l'état des personnes. Il ne s'applique pas non plus aux mesures prises à la suite d'infractions pénales commises par des enfants.

---

(6) *JO* C234 du 15 août 2000, p. 7.

(7) *JO* L12 du 16 janvier 2001, p. 1. Règlement modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1496/2002 de la Commission (*JO* L225 du 22 août 2002, p. 13).

11. Les obligations alimentaires sont exclues du champ d'application du présent règlement car elles sont déjà régies par le règlement (CE) n° 44/2001. Les juridictions compétentes en vertu du présent règlement seront généralement compétentes pour statuer en matière d'obligations alimentaires par application de l'article 5, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 44/2001.

12. Les règles de compétence établies par le présent règlement en matière de responsabilité parentale sont conçues en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant et en particulier du critère de proximité. Ce sont donc en premier lieu les juridictions de l'Etat membre dans lequel l'enfant a sa résidence habituelle qui devraient être compétentes, sauf dans certains cas de changement de résidence de l'enfant ou suite à un accord conclu entre les titulaires de la responsabilité parentale.

13. Dans l'intérêt de l'enfant, le présent règlement permet à la juridiction compétente, à titre exceptionnel et dans certaines conditions, de renvoyer l'affaire à la juridiction d'un autre Etat membre si celle-ci est mieux placée pour connaître de l'affaire. Toutefois, dans ce cas, la juridiction deuxième saisie ne devrait pas être autorisée à renvoyer l'affaire à une troisième juridiction.

14. Les effets du présent règlement ne devraient pas porter préjudice à l'application du droit international public en matière d'immunités diplomatiques. Si la juridiction compétente sur base du présent règlement ne peut exercer sa compétence en raison de l'existence d'une immunité diplomatique conforme au droit international, la compétence devrait être déterminée dans l'Etat membre dans lequel la personne concernée ne bénéficie d'aucune immunité, conformément à la loi de cet Etat.

15. Le règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la signification et à la notification dans les Etats membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale (8) est d'application pour la signification et la notification des actes dans le cadre d'une action judiciaire intentée en vertu du présent règlement.

16. Le présent règlement ne fait pas obstacle à ce que les juridictions d'un Etat membre adoptent, en cas d'urgence, des mesures provisoires ou conservatoires relatives aux personnes ou aux biens présents dans cet Etat.

17. En cas de déplacement ou de non-retour illicite d'un enfant, son retour devrait être obtenu sans délai et à ces fins la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 devrait continuer à s'appliquer telle que complétée par les dispositions de ce règlement et en particulier de l'article 11. Les juridictions de l'Etat membre dans lequel l'enfant a été déplacé ou retenu illicitement devraient être en mesure de s'opposer à son retour dans des cas pré-

(8) *JO* L 160 du 30 juin 2000, p. 37.

cis, dûment justifiés. Toutefois, une telle décision devrait pouvoir être remplacée par une décision ultérieure de la juridiction de l'Etat membre de la résidence habituelle de l'enfant avant son déplacement ou non-retour illicites. Si cette décision implique le retour de l'enfant, le retour devrait être effectué sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure pour la reconnaissance et l'exécution de ladite décision dans l'Etat membre où se trouve l'enfant enlevé.

18. En cas de décision de non-retour rendue en vertu de l'article 13, de la Convention de La Haye de 1980, la juridiction devrait en informer la juridiction compétente ou l'autorité centrale de l'Etat membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle avant son déplacement ou son non-retour illicites. Cette juridiction, si elle n'a pas encore été saisie, ou l'autorité centrale, devrait adresser une notification aux parties. Cette obligation ne devrait pas empêcher l'autorité centrale d'adresser également une notification aux autorités publiques concernées conformément au droit national.

19. L'audition de l'enfant joue un rôle important dans l'application du présent règlement sans que cet instrument ait pour objet de modifier les procédures nationales applicables en la matière.

20. L'audition d'un enfant dans un autre Etat membre peut être effectuée selon les modalités prévues par le règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des Etats membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale (9).

21. La reconnaissance et l'exécution des décisions rendues dans un Etat membre devraient reposer sur le principe de la confiance mutuelle et les motifs de non-reconnaissance devraient être réduits au minimum nécessaire.

22. Les actes authentiques et les accords entre parties qui sont exécutoires dans un Etat membre devraient être assimilés à des «décisions» aux fins de l'application des règles de reconnaissance et d'exécution.

23. Le Conseil européen de Tampere a estimé en ses conclusions (point 34) que les décisions rendues dans les litiges relevant du droit familial devaient être «automatiquement reconnues dans l'ensemble de l'Union sans procédure intermédiaire ni motifs de refus d'exécution». C'est pourquoi les décisions concernant le droit de visite et celles concernant le retour de l'enfant, qui ont été certifiées dans l'Etat membre d'origine conformément aux dispositions du présent règlement, devraient être reconnues et jouissent de la force exécutoire dans tous les autres Etats membres sans qu'aucune autre procédure ne soit requise. Les modalités relatives à l'exécution de ces décisions restent régies par le droit national.

---

(9) *JO* L 174 du 27 juin 2001, p. 1.

24. Le certificat délivré aux fins de faciliter l'exécution de la décision ne devrait être susceptible d'aucun recours. Il ne devrait donner lieu à une action en rectification qu'en cas d'erreur matérielle, c'est-à-dire si le certificat ne reflète pas correctement le contenu de la décision.

25. Les autorités centrales devraient coopérer tant de manière générale que dans les cas particuliers, y compris en vue de favoriser le règlement à l'amiable des conflits familiaux en matière de responsabilité parentale. A cet effet, les autorités centrales participent au réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale créé par la décision 2001/470/CE du Conseil du 28 mai 2001 relative à la création d'un réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale (10).

26. La Commission devrait rendre publiques et mettre à jour les listes de juridictions et de voies de recours transmises par les Etats membres.

27. Il y a lieu d'arrêter les mesures nécessaires à la mise en oeuvre du présent règlement en conformité avec la décision 1999/468/CE du Conseil du 28 juin 1999 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission (11).

28. Le présent règlement remplace le règlement (CE) n° 1347/2000 qui est par conséquent abrogé.

29. Il importe, en vue du bon fonctionnement du présent règlement, que la Commission en examine l'application en vue de proposer, le cas échéant, les modifications nécessaires.

30. Le Royaume-Uni et l'Irlande, en vertu de l'article 3 du protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande annexé au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne, ont notifié leur souhait de participer à l'adoption et à l'application du présent règlement.

31. Le Danemark, conformément aux articles 1er et 2 du protocole sur la position du Danemark annexé au traité sur l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne, ne participe pas à l'adoption du présent règlement et n'est donc pas lié par celui-ci ni soumis à son application.

32. Etant entendu que les objectifs du présent règlement ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc être mieux réalisés au niveau communautaire, la Communauté peut prendre des mesures conformément au principe de subsidiarité consacré à l'article 5 du traité. Conformément au principe de proportionnalité, tel qu'énoncé audit article, le présent règlement n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs.

---

(10) *JO* L174 du 27 juin 2001, p. 25.
(11) *JO* L184 du 17 juillet 1999, p. 23.

33. Le présent règlement reconnaît les droits fondamentaux et observe les principes consacrés par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il veille notamment à assurer le respect des droits fondamentaux de l'enfant tels qu'énoncés à l'article 24 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne,

A ARRÊTE LE PRESENT RÈGLEMENT :

CHAPITRE I. – *Champ d'application et définitions*

Article premier - Champ d'application

1. Le présent règlement s'applique, quelle que soit la nature de la juridiction, aux matières civiles relatives :

a) au divorce, à la séparation de corps et à l'annulation du mariage des époux;

b) à l'attribution, à l'exercice, à la délégation, au retrait total ou partiel de la responsabilité parentale.

2. Les matières visées au paragraphe 1, point b, concernent notamment :

a) le droit de garde et le droit de visite;

b) la tutelle, la curatelle, et les institutions analogues;

c) la désignation et les fonctions de toute personne ou organisme chargé de s'occuper de la personne ou des biens de l'enfant, de le représenter ou de l'assister;

d) le placement de l'enfant dans une famille d'accueil ou dans un établissement;

e) les mesures de protection de l'enfant liées à l'administration, à la conservation ou à la disposition de ses biens.

3. Le présent règlement ne s'applique pas :

a) à l'établissement et la contestation de la filiation;

b) à la décision sur l'adoption et les mesures qui la préparent, ainsi que l'annulation et la révocation de l'adoption;

c) aux noms et prénoms de l'enfant;

d) à l'émancipation;

e) aux obligations alimentaires;

f) aux trusts et successions;

g) aux mesures prises à la suite d'infractions pénales commises par des enfants.

Article 2 - Définitions

Aux fins du présent règlement on entend par :

1. «juridiction» toutes les autorités compétentes des Etats membres dans les matières relevant du champ d'application du présent règlement en vertu de l'article 1er;

2. «juge» le juge ou le titulaire de compétences équivalentes à celles du juge dans les matières relevant du champ d'application du présent règlement;

3. «Etat membre» tous les Etats membres à l'exception du Danemark;

4. «décision» toute décision de divorce, de séparation de corps ou d'annulation d'un mariage, ainsi que toute décision concernant la responsabilité parentale rendue par une juridiction d'un Etat membre, quelle que soit la dénomination de la décision, y compris les termes «arrêt», «jugement» ou «ordonnance»;

5. «Etat membre d'origine» l'Etat membre dans lequel a été rendue la décision à exécuter;

6. «Etat membre d'exécution» l'Etat membre dans lequel est demandée l'exécution de la décision;

7. «responsabilité parentale» l'ensemble des droits et obligations conférés à une personne physique ou une personne morale sur la base d'une décision judiciaire, d'une attribution de plein droit ou d'un accord en vigueur, à l'égard de la personne ou des biens d'un enfant. Il comprend notamment le droit de garde et le droit de visite;

8. «titulaire de la responsabilité parentale» toute personne exerçant la responsabilité parentale à l'égard d'un enfant;

9. «droit de garde» les droits et obligations portant sur les soins de la personne d'un enfant, et en particulier le droit de décider de son lieu de résidence;

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

11. «déplacement ou non-retour illicites d'un enfant» le déplacement ou le non-retour d'un enfant lorsque:

a) il a eu lieu en violation d'un droit de garde résultant d'une décision judiciaire, d'une attribution de plein droit ou d'un accord en vigueur en vertu du droit de l'Etat membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour

et

b) sous réserve que le droit de garde était exercé effectivement, seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus. La garde est considérée comme étant exercée conjointement lorsque l'un des titulaires de la responsabilité parentale ne peut, conformément à une décision ou par attribution

de plein droit, décider du lieu de résidence de l'enfant sans le consentement d'un autre titulaire de la responsabilité parentale.

CHAPITRE II. – *Compétence*

Section 1. – Divorce, séparation de corps et annulation du mariage

Article 3 - Compétence générale

1. Sont compétentes pour statuer sur les questions relatives au divorce, à la séparation de corps et à l'annulation du mariage des époux, les juridictions de l'Etat membre :

a) sur le territoire duquel se trouve :

- la résidence habituelle des époux, ou
- la dernière résidence habituelle des époux dans la mesure où l'un d'eux ly réside encore, ou
- la résidence habituelle du défendeur, ou
- en cas de demande conjointe, la résidence habituelle de l'un ou l'autre époux, ou
- la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins une année immédiatement avant l'introduction de la demande, ou
- la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins six mois immédiatement avant l'introduction de la demande et s'il est soit ressortissant de l'Etat membre en question, soit, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, s'il y a son «domicile»;

b) de la nationalité des deux époux ou, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, du «domicile» commun.

2. Aux fins du présent règlement, le terme «domicile» s'entend au sens des systèmes juridiques du Royaume-Uni et de l'Irlande.

Article 4 - Demande reconventionnelle

La juridiction devant laquelle la procédure est pendante en vertu de l'article 3 est également compétente pour examiner la demande reconventionnelle, dans la mesure où celle-ci entre dans le champ d'application du présent règlement.

Article 5 - Conversion de la séparation de corps en divorce

Sans préjudice de l'article 3, la juridiction de l'Etat membre qui a rendu une décision sur la séparation de corps est également compétente pour convertir cette décision en divorce, si la loi de cet Etat membre le prévoit.

Article 6 - Caractère exclusif des compétences définies aux articles 3, 4 et 5

Un époux qui :

a) a sa résidence habituelle sur le territoire d'un Etat membre, ou

b) est ressortissant d'un Etat membre ou, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, a son «domicile» sur le territoire de l'un de ces Etats membres,

ne peut être attrait devant les juridictions d'un autre Etat membre qu'en vertu des articles 3, 4 et 5.

Article 7 - Compétences résiduelles

1. Lorsque aucune juridiction d'un Etat membre n'est compétente en vertu des articles 3, 4 et 5, la compétence est, dans chaque Etat membre, réglée par la loi de cet Etat.

2. Tout ressortissant d'un Etat membre qui a sa résidence habituelle sur le territoire d'un autre Etat membre peut, comme les nationaux de cet Etat, y invoquer les règles de compétence applicables dans cet Etat contre un défendeur qui n'a pas sa résidence habituelle dans un Etat membre et qui ou bien n'a pas la nationalité d'un Etat membre ou, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, n'a pas son «domicile» sur le territoire de l'un de ces Etats membres.

Section 2. – Responsabilité parentale

Article 8 - Compétence générale

1. Les juridictions d'un Etat membre sont compétentes en matière de responsabilité parentale à l'égard d'un enfant qui réside habituellement dans cet Etat membre au moment où la juridiction est saisie.

2. Le paragraphe 1 s'applique sous réserve des dispositions des articles 9, 10 et 12.

Article 9 - Maintien de la compétence de l'ancienne résidence habituelle de l'enfant

1. Lorsqu'un enfant déménage légalement d'un Etat membre dans un autre et y acquiert une nouvelle résidence habituelle, les juridictions de l'Etat membre de l'ancienne résidence habituelle de l'enfant gardent leur compétence, par dérogation à l'article 8, durant une période de trois mois suivant le déménagement, pour modifier une décision concernant le droit de visite rendue dans cet Etat membre avant que l'enfant ait déménagé, lorsque le titulaire du droit de visite en vertu de la décision concernant le droit de visite continue à résider habituellement dans l'Etat membre de l'ancienne résidence habituelle de l'enfant.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas si le titulaire du droit de visite visé au paragraphe 1 a accepté la compétence des juridictions de l'Etat membre de la nouvelle résidence habituelle de l'enfant en participant à une procédure devant ces juridictions sans en contester la compétence.

Article 10 - Compétence en cas d'enlèvement d'enfant

En cas de déplacement ou de non-retour illicites d'un enfant, les juridictions de l'Etat membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicites conservent leur compétence jusqu'au moment où l'enfant a acquis une résidence habituelle dans un autre Etat membre et que

a) toute personne, institution ou autre organisme ayant le droit de garde a acquiescé au déplacement ou au non-retour

ou

b) l'enfant a résidé dans cet autre Etat membre pendant une période d'au moins un an après que la personne, l'institution ou tout autre organisme ayant le droit de garde a eu ou aurait dû avoir connaissance du lieu où se trouvait l'enfant, que l'enfant s'est intégré dans son nouvel environnement et que l'une au moins des conditions suivantes est remplie :

i. dans un délai d'un an après que le titulaire d'un droit de garde a eu ou aurait dû avoir connaissance du lieu où se trouvait l'enfant, aucune demande de retour n'a été faite auprès des autorités compétentes de l'Etat membre où l'enfant a été déplacé ou est retenu;

ii. une demande de retour présentée par le titulaire d'un droit de garde a été retirée et aucune nouvelle demande n'a été présentée dans le délai fixé au point i);

iii. une affaire portée devant une juridiction de l'Etat membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicites a été close en application de l'article 11, paragraphe 7;

iv. une décision de garde n'impliquant pas le retour de l'enfant a été rendue par les juridictions de l'Etat membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicites.

Article 11 - Retour de l'enfant

1. Lorsqu'une personne, institution ou tout autre organisme ayant le droit de garde demande aux autorités compétentes d'un Etat membre de rendre une décision sur la base de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (ci-après «la Convention de La Haye de 1980») en vue d'obtenir le retour d'un enfant

qui a été déplacé ou retenu illicitement dans un Etat membre autre que l'Etat membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicites, les paragraphes 2 à 8 sont d'application.

2. Lors de l'application des articles 12 et 13 de la Convention de La Haye de 1980, il y a lieu de veiller à ce que l'enfant ait la possibilité d'être entendu au cours de la procédure, à moins que cela n'apparaisse inapproprié eu égard à son âge ou à son degré de maturité.

3. Une juridiction saisie d'une demande de retour d'un enfant visée au paragraphe 1 agit rapidement dans le cadre de la procédure relative à la demande, en utilisant les procédures les plus rapides prévues par le droit national.

Sans préjudice du premier alinéa, la juridiction rend sa décision, sauf si cela s'avère impossible en raison de circonstances exceptionnelles, six semaines au plus tard après sa saisine.

4. Une juridiction ne peut pas refuser le retour de l'enfant en vertu de l'article 13, point b), de la Convention de La Haye de 1980 s'il est établi que des dispositions adéquates ont été prises pour assurer la protection de l'enfant après son retour.

5. Une juridiction ne peut refuser le retour de l'enfant si la personne qui a demandé le retour de l'enfant n'a pas eu la possibilité d'être entendue.

6. Si une juridiction a rendu une décision de non-retour en vertu de l'article 13 de la Convention de La Haye de 1980, cette juridiction doit immédiatement, soit directement soit par l'intermédiaire de son autorité centrale, transmettre une copie de la décision judiciaire de non-retour et des documents pertinents, en particulier un compte rendu des audiences, à la juridiction compétente ou à l'autorité centrale de l'Etat membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicites, conformément à ce que prévoit le droit national. La juridiction doit recevoir tous les documents mentionnés dans un délai d'un mois à compter de la date de la décision de non-retour.

7. A moins que les juridictions de l'Etat membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicites aient déjà été saisies par l'une des parties, la juridiction ou l'autorité centrale qui reçoit l'information visée au paragraphe 6 doit la notifier aux parties et les inviter à présenter des observations à la juridiction, conformément aux dispositions du droit national, dans un délai de trois mois à compter de la date de la notification, afin que la juridiction examine la question de la garde de l'enfant.

Sans préjudice des règles en matière de compétence prévues dans le présent règlement, la juridiction clôt l'affaire si elle n'a reçu dans le délai prévu aucune observation.

8. Nonobstant une décision de non-retour rendue en application de l'article 13 de la Convention de La Haye de 1980, toute décision ultérieure ordonnant le retour de l'enfant rendue par une juridiction compétente en vertu du présent règlement est exécutoire conformément au chapitre III, section 4, en vue d'assurer le retour de l'enfant.

Article 12 - Prorogation de compétence

1. Les juridictions de l'Etat membre où la compétence est exercée en vertu de l'article 3 pour statuer sur une demande en divorce, en séparation de corps ou en annulation du mariage des époux sont compétentes pour toute question relative à la responsabilité parentale liée à cette demande lorsque

a) au moins l'un des époux exerce la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant

et

b) la compétence de ces juridictions a été acceptée expressément ou de toute autre manière non équivoque par les époux et par les titulaires de la responsabilité parentale, à la date à laquelle la juridiction est saisie, et qu'elle est dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

2. La compétence exercée conformément au paragraphe 1 prend fin dès que

a) soit la décision faisant droit à la demande en divorce, en séparation de corps ou en annulation du mariage ou la rejetant est passée en force de chose jugée;

b) soit, dans le cas où une procédure relative à la responsabilité parentale est encore en instance à la date visée au point a), dès qu'une décision relative à la responsabilité parentale est passée en force de chose jugée;

c) soit, dans les cas visés aux points a) et b), dès qu'il a été mis fin à la procédure pour une autre raison.

3. Les juridictions d'un Etat membre sont également compétentes en matière de responsabilité parentale dans des procédures autres que celles visées au paragraphe 1 lorsque

a) l'enfant a un lien étroit avec cet Etat membre du fait, en particulier, que l'un des titulaires de la responsabilité parentale y a sa résidence habituelle ou que l'enfant est ressortissant de cet Etat membre

et

b) leur compétence a été acceptée expressément ou de toute autre manière non équivoque par toutes les parties à la procédure à la date à laquelle la juridiction est saisie et la compétence est dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

4. Lorsque l'enfant a sa résidence habituelle sur le territoire d'un Etat tiers, qui n'est pas partie contractante à la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 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, la compétence fondée sur le présent article est présumée être dans l'intérêt de l'enfant notamment lorsqu'une procédure s'avère impossible dans l'Etat tiers concerné.

Article 13 - Compétence fondée sur la présence de l'enfant

1. Lorsque la résidence habituelle de l'enfant ne peut être établie et que la compétence ne peut être déterminée sur base de l'article 12, les juridictions de l'Etat membre dans lequel l'enfant est présent sont compétentes.

2. Le paragraphe 1 s'applique également aux enfants réfugiés ainsi qu'aux enfants qui, par suite de troubles prévalant dans leur pays, sont internationalement déplacés.

Article 14 - Compétences résiduelles

Lorsqu'aucune juridiction d'un Etat membre n'est compétente en vertu des articles 8 à 13, la compétence est, dans chaque Etat membre, réglée par la loi de cet Etat.

Article 15 - Renvoi à une juridiction mieux placée pour connaître de l'affaire

1. A titre d'exception, les juridictions d'un Etat membre compétentes pour connaître du fond peuvent, si elles estiment qu'une juridiction d'un autre Etat membre avec lequel l'enfant a un lien particulier est mieux placée pour connaître de l'affaire, ou une partie spécifique de l'affaire, et lorsque cela sert l'intérêt supérieur de l'enfant :

a) surseoir à statuer sur l'affaire ou sur la partie en question et inviter les parties à saisir d'une demande la juridiction de cet autre Etat membre conformément au paragraphe 4, ou

b) demander à la juridiction d'un autre Etat membre d'exercer sa compétence conformément au paragraphe 5.

2. Le paragraphe 1 est applicable

a) sur requête de l'une des parties ou

b) à l'initiative de la juridiction ou

c) à la demande de la juridiction d'un autre Etat membre avec lequel l'enfant a un lien particulier, conformément au paragraphe 3.

Le renvoi ne peut cependant être effectué à l'initiative de la juridiction ou à la demande de la juridiction d'un autre Etat membre que s'il est accepté par l'une des parties au moins.

3. Il est considéré que l'enfant a un lien particulier avec un Etat membre, au sens du paragraphe 1, si

a) après la saisine de la juridiction visée au paragraphe 1, l'enfant a acquis sa résidence habituelle dans cet Etat membre, ou

b) l'enfant a résidé de manière habituelle dans cet Etat membre, ou

c) l'enfant est ressortissant de cet Etat membre, ou

d) l'un des titulaires de la responsabilité parentale a sa résidence habituelle dans cet Etat membre, ou

e) le litige porte sur les mesures de protection de l'enfant liées à l'administration, à la conservation ou à la disposition de biens détenus par l'enfant et qui se trouvent sur le territoire de cet Etat membre.

4. La juridiction de l'Etat membre compétente pour connaître du fond impartit un délai durant lequel les juridictions de l'autre Etat membre doivent être saisies conformément au paragraphe 1.

Si les juridictions ne sont pas saisies durant ce délai, la juridiction saisie continue d'exercer sa compétence conformément aux articles 8 à 14.

5. Les juridictions de cet autre Etat membre peuvent, lorsque, en raison des circonstances spécifiques de l'affaire, cela est dans l'intérêt supérieur de l'enfant, se déclarer compétentes dans un délai de six semaines à compter de la date à laquelle elles ont été saisies sur base du paragraphe 1, point a) ou b). Dans ce cas, la juridiction première saisie décline sa compétence. Dans le cas contraire, la juridiction première saisie continue d'exercer sa compétence conformément aux articles 8 à 14.

6. Les juridictions coopèrent aux fins du présent article, par voie directe ou par l'intermédiaire des autorités centrales désignées conformément à l'article 53.

Section 3. – Dispositions communes

Article 16 – Saisine d'une juridiction

1. Une juridiction est réputée saisie :

a) à la date à laquelle l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent est déposé auprès de la juridiction, à condition que le demandeur n'ait pas négligé par la suite de prendre les mesures qu'il était tenu de prendre pour que l'acte soit notifié ou signifié au défendeur;

ou

b) si l'acte doit être notifié ou signifié avant d'être déposé auprès de la juridiction, à la date à laquelle il est reçu par l'autorité chargée de la notification ou de la signification, à condition que le demandeur n'ait pas négligé par la suite de prendre les mesures qu'il était tenu de prendre pour que l'acte soit déposé auprès de la juridiction.

Article 17 - Vérification de la compétence

La juridiction d'un Etat membre saisie d'une affaire pour laquelle sa compétence n'est pas fondée aux termes du présent règlement et pour laquelle une juridiction d'un autre Etat membre est compétente en vertu du présent règlement se déclare d'office incompétente.

Article 18 - Vérification de la recevabilité

1. Lorsque le défendeur qui a sa résidence habituelle dans un Etat autre que l'Etat membre où l'action a été intentée ne comparaît pas, la juridiction compétente est tenue de surseoir à statuer aussi longtemps qu'il n'est pas établi que ce défendeur a été mis à même de recevoir l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent en temps utile afin de pourvoir à sa défense ou que toute diligence a été faite à cette fin.

2. L'article 19 du règlement (CE) n° 1348/2000 s'applique en lieu et place des dispositions du paragraphe 1 du présent article si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a dû être transmis d'un Etat membre à un autre en exécution dudit règlement.

3. Lorsque les dispositions du règlement (CE) n° 1348/2000 ne sont pas applicables, l'article 15 de la Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale s'applique si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a dû être transmis à l'étranger en exécution de ladite Convention.

Article 19 - Litispendance et actions dépendantes

1. Lorsque des demandes en divorce, en séparation de corps ou en annulation du mariage sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'Etats membres différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence de la juridiction première saisie soit établie.

2. Lorsque des actions relatives à la responsabilité parentale à l'égard d'un enfant, ayant le même objet et la même cause, sont introduites auprès de juridictions d'Etats membres différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence de la juridiction première saisie soit établie.

3. Lorsque la compétence de la juridiction première saisie est établie, la juridiction saisie en second lieu se dessaisit en faveur de celle-ci.

Dans ce cas, la partie ayant introduit l'action auprès de la juridiction saisie en second lieu peut porter cette action devant la juridiction première saisie.

Article 20 - Mesures provisoires et conservatoires

1. En cas d'urgence, les dispositions du présent règlement n'empêchent pas les juridictions d'un Etat membre de prendre des mesures provisoires ou conservatoires relatives aux personnes ou aux biens présents dans cet Etat, prévues par la loi de cet Etat membre même si, en vertu du présent règlement, une juridiction d'un autre Etat membre est compétente pour connaître du fond.

2. Les mesures prises en exécution du paragraphe 1 cessent d'avoir effet lorsque la juridiction de l'Etat membre compétente en vertu du présent règlement pour connaître du fond a pris les mesures qu'elle estime appropriées.

CHAPITRE III. – *Reconnaissance et exécution*

Section 1. – Reconnaissance

Article 21 - Reconnaissance d'une décision

1. Les décisions rendues dans un Etat membre sont reconnues dans les autres Etats membres sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure.

2. En particulier, et sans préjudice du paragraphe 3, aucune procédure n'est requise pour la mise à jour des actes d'état civil d'un Etat membre sur la base d'une décision rendue dans un autre Etat membre en matière de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage, qui n'est plus susceptible de recours selon la loi de cet Etat membre.

3. Sans préjudice de la section 4, toute partie intéressée peut demander, selon les procédures prévues à la section 2, que soit prise une décision de reconnaissance ou de non-reconnaissance de la décision.

La compétence territoriale de la juridiction indiquée dans la liste communiquée par chaque Etat membre à la Commission conformément à l'article 68 est déterminée par la loi de l'Etat membre dans lequel la demande de reconnaissance ou de non-reconnaissance est présentée.

4. Si la reconnaissance d'une décision est invoquée de façon incidente devant une juridiction d'un Etat membre, celle-ci peut statuer en la matière.

Article 22 - Motifs de non-reconnaissance des décisions de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage

Une décision rendue en matière de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage n'est pas reconnue :

a) si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'Etat membre requis;

b) si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié au défendeur défaillant en temps utile et de telle manière qu'il puisse pourvoir à sa défense, à moins qu'il ne soit établi que le défendeur a accepté la décision de manière non équivoque;

c) si elle est inconciliable avec une décision rendue dans une instance opposant les mêmes parties dans l'Etat membre requis; ou

d) si elle est inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un autre Etat membre ou dans un Etat tiers dans une affaire opposant les mêmes parties, dès lors que cette première décision réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'Etat membre requis.

Article 23 - Motifs de non-reconnaissance des décisions en matière de responsabilité parentale

Une décision rendue en matière de responsabilité parentale n'est pas reconnue :

a) si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'Etat membre requis eu égard aux intérêts supérieurs de l'enfant;

b) si, sauf en cas d'urgence, elle a été rendue sans que l'enfant, en violation des règles fondamentales de procédure de l'Etat membre requis, ait eu la possibilité d'être entendu;

c) si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié à la personne défaillante en temps utile et de telle manière que celle-ci puisse pourvoir à sa défense, à moins qu'il ne soit établi que cette personne a accepté la décision de manière non équivoque;

d) à la demande de toute personne faisant valoir que la décision fait obstacle à l'exercice de sa responsabilité parentale, si la décision a été rendue sans que cette personne ait eu la possibilité d'être entendue;

e) si elle est inconciliable avec une décision rendue ultérieurement en matière de responsabilité parentale dans l'Etat membre requis;

f) si elle est inconciliable avec une décision rendue ultérieurement en matière de responsabilité parentale dans un autre Etat membre ou dans l'Etat tiers où l'enfant réside habituellement, dès lors que la décision ultérieure réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'Etat requis;

ou

g) si la procédure prévue à l'article 56 n'a pas été respectée.

Article 24 - Interdiction du contrôle de la compétence de la juridiction d'origine

Il ne peut être procédé au contrôle de la compétence de la juridiction de l'Etat membre d'origine. Le critère de l'ordre public visé à l'article 22, point a), et à l'article 23, point a), ne peut être appliqué aux règles de compétence visées aux articles 3 à 14.

Article 25 - Disparités entre les lois applicables

La reconnaissance d'une décision ne peut être refusée au motif que la loi de l'Etat membre requis ne permet pas le divorce, la séparation de corps ou l'annulation du mariage sur la base de faits identiques.

Article 26 - Interdiction de la révision au fond

En aucun cas, une décision ne peut faire l'objet d'une révision au fond.

Article 27 - Sursis à statuer

1. La juridiction d'un Etat membre saisie d'une demande de reconnaissance d'une décision rendue dans un autre Etat membre peut surseoir à statuer si cette décision fait l'objet d'un recours ordinaire.

2. La juridiction d'un Etat membre saisie d'une demande de reconnaissance d'une décision rendue en Irlande ou au Royaume-Uni et dont l'exécution est suspendue dans l'Etat membre d'origine du fait de l'exercice d'un recours peut surseoir à statuer.

Section 2. – Requête en déclaration de la force exécutoire

Article 28 - Décisions exécutoires

1. Les décisions rendues dans un Etat membre sur l'exercice de la responsabilité parentale à l'égard d'un enfant, qui y sont exécutoires et qui ont été signifiées ou notifiées, sont mises en exécution dans un autre Etat membre après y avoir été déclarées exécutoires sur requête de toute partie intéressée.

2. Toutefois, au Royaume-Uni, ces décisions ne sont mises à exécution en Angleterre et au pays de Galles, en Ecosse ou en Irlande du Nord qu'après avoir été enregistrées en vue de leur exécution, sur requête de toute partie intéressée, dans l'une ou l'autre de ces parties du Royaume-Uni, suivant le cas.

Article 29 - Juridiction territorialement compétente

1. La requête en déclaration de constatation de la force exécutoire est présentée à la juridiction indiquée dans la liste communiquée par chaque Etat membre à la Commission conformément à l'article 68.

2. La compétence territoriale est déterminée par la résidence habituelle de la personne contre laquelle l'exécution est demandée ou par la résidence habituelle de tout enfant concerné par la requête.

Lorsqu'aucune des résidences visées au premier alinéa ne se trouve dans l'Etat membre d'exécution, la compétence territoriale est déterminée par le lieu d'exécution.

Article 30 - Procédure

1. Les modalités de dépôt de la requête sont déterminées par la loi de l'Etat membre d'exécution.

2. Le requérant doit faire élection de domicile dans le ressort de la juridiction saisie. Toutefois, si la loi de l'Etat membre d'exécution ne connaît pas l'élection de domicile, le requérant désigne un mandataire ad litem.

3. Les documents mentionnés aux articles 37 et 39 sont joints à la requête.

Article 31 - Décision rendue par la juridiction

1. La juridiction saisie de la requête statue à bref délai, sans que ni la personne contre laquelle l'exécution est demandée ni l'enfant ne puissent, à ce stade de la procédure, présenter d'observations.

2. La requête ne peut être rejetée que pour l'un des motifs prévus aux articles 22, 23 et 24.

3. En aucun cas, la décision ne peut faire l'objet d'une révision au fond.

Article 32 - Notification de la décision

La décision rendue sur requête est aussitôt portée à la connaissance du requérant, à la diligence du greffier, suivant les modalités déterminées par la loi de l'Etat membre d'exécution.

Article 33 - Recours

1. L'une ou l'autre partie peut former un recours contre la décision relative à la demande de déclaration constatant la force exécutoire.

2. Le recours est porté devant la juridiction indiquée dans la liste communiquée par chaque Etat membre à la Commission conformément à l'article 68.

3. Le recours est examiné selon les règles de la procédure contradictoire.

4. Si le recours est formé par la personne qui a demandé la déclaration constatant la force exécutoire, la partie contre laquelle l'exécution est demandée est appelée à comparaître devant la juridiction saisie du recours. En cas de défaut, les dispositions de l'article 18 s'appliquent.

5. Le recours contre la déclaration constatant la force exécutoire doit être formé dans un délai d'un mois à compter de sa signification. Si la partie contre laquelle l'exécution est demandée a sa résidence habituelle dans un Etat membre autre que celui dans lequel la déclaration constatant la force exécutoire a été délivrée, le délai est de deux mois et court à compter du jour où la signification a été faite à personne ou à domicile. Ce délai ne comporte pas de prorogation à raison de la distance.

Article 34 - Juridictions de recours et voies de recours

La décision rendue sur le recours ne peut faire l'objet que du recours visé à la liste communiquée par chaque Etat membre à la Commission conformément à l'article 68.

Article 35 - Sursis à statuer

1. La juridiction saisie du recours formé au titre de l'article 33 ou 34 peut, à la requête de la partie contre laquelle l'exécution est demandée, surseoir à statuer si la décision fait, dans l'Etat membre d'origine, l'objet d'un recours ordinaire, ou si le délai pour le former n'est pas expiré. Dans ce dernier cas, la juridiction peut impartir un délai pour former ce recours.

2. Lorsque la décision a été rendue en Irlande ou au Royaume-Uni, toute voie de recours prévue dans l'Etat membre d'origine est considérée comme un recours ordinaire aux fins de l'application du paragraphe 1.

Article 36 - Exécution partielle

1. Lorsque la décision a statué sur plusieurs chefs de la demande et que l'exécution ne peut être autorisée pour le tout, la juridiction accorde l'exécution pour un ou plusieurs d'entre eux.

2. Le requérant peut demander une exécution partielle.

Section 3. – Dispositions communes aux sections 1 et 2

Article 37 - Documents

1. La partie qui invoque ou conteste la reconnaissance d'une décision ou sollicite la délivrance d'une déclaration constatant sa force exécutoire doit produire :

a) une expédition de celle-ci réunissant les conditions nécessaires à son authenticité;

et

b) le certificat visé à l'article 39.

2. En outre, s'il s'agit d'une décision par défaut, la partie qui invoque la reconnaissance ou sollicite la délivrance d'une déclaration constatant sa force exécutoire doit produire :

a) l'original ou une copie certifiée conforme du document établissant que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été signifié ou notifié à la partie défaillante;

ou

b) tout document indiquant que le défendeur a accepté la décision de manière non équivoque.

Article 38 - Absence de documents

1. A défaut de production des documents mentionnés à l'article 37, paragraphe 1, point b), ou paragraphe 2, la juridiction peut impartir un délai pour les produire ou accepter des documents équivalents ou, si elle s'estime suffisamment éclairée, en dispenser.

2. Il est produit une traduction des documents si la juridiction l'exige. La traduction est certifiée par une personne habilitée à cet effet dans l'un des Etats membres.

Article 39 - Certificat concernant les décisions en matière matrimoniale et certificat concernant les décisions en matière de responsabilité parentale

La juridiction ou l'autorité compétente de l'Etat membre d'origine délivre, à la requête de toute partie intéressée, un certificat en utilisant le formulaire dont le modèle figure à l'annexe I (décisions en matière matrimoniale) ou à l'annexe II (décisions en matière de responsabilité parentale).

Section 4. – Force exécutoire de certaines décisions relatives au droit de visite et de certaines décisions ordonnant le retour de l'enfant

Article 40 - Champ d'application

1. La présente section s'applique :

a) au droit de visite

et

b) au retour d'un enfant consécutif à une décision ordonnant le retour de l'enfant visée à l'article 11, paragraphe 8.

2. Les dispositions de la présente section n'empêchent pas un titulaire de la responsabilité parentale d'invoquer la reconnaissance et l'exécution d'une décision, conformément aux dispositions contenues dans les sections 1 et 2 du présent chapitre.

Article 41 - Droit de visite

1. Le droit de visite visé à l'article 40, paragraphe 1, point a), accordé par une décision exécutoire rendue dans un Etat membre, est reconnu et jouit de la force exécutoire dans un autre Etat membre sans qu'aucune déclaration lui reconnaissant force exécutoire ne soit requise et sans qu'il soit possible de s'opposer à sa reconnaissance si la décision a été certifiée dans l'Etat membre d'origine conformément au paragraphe 2.

Même si le droit national ne prévoit pas la force exécutoire de plein droit, nonobstant un éventuel recours, d'une décision accordant un droit de visite, la juridiction d'origine peut déclarer la décision exécutoire.

2. Le juge d'origine ne délivre le certificat visé au paragraphe 1, en utilisant le formulaire dont le modèle figure à l'annexe III (certificat concernant le droit de visite), que si :

a) en cas de procédure par défaut, l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été signifié ou notifié à la personne défaillante en temps utile et de telle manière que cette personne puisse pourvoir à sa défense, ou, s'il a été signifié ou notifié sans le respect de ces conditions, il est néanmoins établi qu'elle a accepté la décision de manière non équivoque;

b) toutes les parties concernées ont eu la possibilité d'être entendues;

et

c) l'enfant a eu la possibilité d'être entendu, à moins qu'une audition n'ait été jugée inappropriée eu égard à son âge ou à son degré de maturité.

Le certificat est rempli dans la langue de la décision.

3. Si le droit de visite concerne une situation ayant dès le prononcé de la décision un caractère transfrontière, le certificat est délivré d'office lorsque la décision devient exécutoire, y compris par provision. Si la situation n'acquiert un caractère transfrontière qu'ultérieurement, le certificat est délivré à la demande de l'une des parties.

Article 42 - Retour de l'enfant

1. Le retour de l'enfant visé à l'article 40, paragraphe 1, point b), résultant d'une décision exécutoire rendue dans un Etat membre est reconnu et jouit de la force exécutoire dans un autre Etat membre sans qu'aucune déclaration lui reconnaissant force exécutoire ne soit requise et sans qu'il ne soit possible de s'opposer à sa reconnaissance si la décision a été certifiée dans l'Etat membre d'origine conformément au paragraphe 2.

Même si le droit national ne prévoit pas la force exécutoire de plein droit, nonobstant un éventuel recours, d'une décision ordonnant le retour de l'enfant visée à l'article 11, paragraphe 8, la juridiction d'origine peut déclarer la décision exécutoire.

2. Le juge d'origine qui a rendu la décision visée à l'article 40, paragraphe 1, point b), ne délivre le certificat visé au paragraphe 1 que si :

a) l'enfant a eu la possibilité d'être entendu, à moins qu'une audition n'ait été jugée inappropriée eu égard à son âge ou à son degré de maturité,

b) les parties ont eu la possibilité d'être entendues, et que

c) la juridiction a rendu sa décision en tenant compte des motifs et des éléments de preuve sur la base desquels avait été rendue la décision prise en application de l'article 13 de la Convention de La Haye de 1980.

Au cas où la juridiction ou toute autre autorité prend des mesures en vue d'assurer la protection de l'enfant après son retour dans l'Etat de sa résidence habituelle, le certificat précise les modalités de ces mesures.

Le juge d'origine délivre de sa propre initiative ledit certificat, en utilisant le formulaire dont le modèle figure à l'annexe IV (certificat concernant le retour de l'enfant).

Le certificat est rempli dans la langue de la décision.

Article 43 - Action en rectification

1. Le droit de l'Etat membre d'origine est applicable à toute rectification du certificat.

2. La délivrance d'un certificat au titre de l'article 41, paragraphe 1, ou de l'article 42, paragraphe 1, n'est par ailleurs susceptible d'aucun recours.

Article 44 - Effets du certificat

Le certificat ne produit ses effets que dans les limites du caractère exécutoire du jugement.

Article 45 - Documents

1. La partie qui demande l'exécution d'une décision doit produire :

a) une expédition de celle-ci réunissant les conditions nécessaires à son authenticité;

et

b) le certificat visé à l'article 41, paragraphe 1, ou à l'article 42, paragraphe 1.

2. Aux fins du présent article,

- le certificat visé à l'article 41, paragraphe 1, s'accompagne d'une traduction du point 12 relatif aux modalités d'exercice du droit de visite,
- le certificat visé à l'article 42, paragraphe 1, s'accompagne d'une traduction du point 14 relatif aux modalités des mesures prises en vue d'assurer le retour de l'enfant.

La traduction est effectuée dans la langue officielle ou l'une des langues officielles de l'Etat membre d'exécution ou dans toute autre langue que ce dernier a indiqué d'accepter. La traduction est certifiée par une personne habilitée à cet effet dans l'un des Etats membres.

Section 5. – Actes authentiques et accords

Article 46

Les actes authentiques reçus et exécutoires dans un Etat membre ainsi que les accords entre parties exécutoires dans l'Etat membre d'origine sont reconnus et rendus exécutoires dans les mêmes conditions que des décisions.

Section 6. – Autres dispositions

Article 47 - Procédure d'exécution

1. La procédure d'exécution est déterminée par le droit de l'Etat membre d'exécution.

2. Toute décision rendue par la juridiction d'un autre Etat membre et déclarée exécutoire conformément à la section 2 ou certifiée conformément à l'article 41, paragraphe 1, ou à l'article 42, paragraphe 1, est exécutée dans l'Etat membre d'exécution dans les mêmes conditions que si elle avait été rendue dans cet Etat membre.

En particulier, une décision certifiée conformément à l'article 41, paragraphe 1, ou à l'article 42, paragraphe 1, ne peut être exécutée si elle est inconciliable avec une décision exécutoire rendue ultérieurement.

Article 48 - Modalités pratiques de l'exercice du droit de visite

1. Les juridictions de l'Etat membre d'exécution peuvent arrêter les modalités pratiques pour organiser l'exercice du droit de visite, si les modalités nécessaires n'ont pas été prévues ou ne l'ont pas été suffisamment dans la décision rendue par les juridictions de l'Etat membre compétentes pour connaître du fond, et pour autant que les éléments essentiels de ladite décision soient respectés.

2. Les modalités pratiques arrêtées conformément au paragraphe 1 cessent d'être applicables en exécution de la décision ultérieure rendue par les juridictions de l'Etat membre compétentes pour connaître du fond.

Article 49 - Coûts

Les dispositions du présent chapitre, à l'exception de celles prévues à la section 4, sont aussi d'application pour la fixation du montant des frais du

procès au titre des procédures engagées en vertu du présent règlement et pour l'exécution de tout jugement concernant de tels frais.

Article 50 - Assistance judiciaire

Le requérant qui, dans l'Etat membre d'origine, a bénéficié en tout ou en partie de l'assistance judiciaire ou d'une exemption de frais et dépens bénéficie, dans la procédure prévue aux articles 21, 28, 41, 42 et 48, de l'assistance la plus favorable ou de l'exemption la plus large prévue par le droit de l'Etat membre d'exécution.

Article 51 - Caution, dépôt

Aucune caution ni aucun dépôt, sous quelque dénomination que ce soit, ne peuvent être imposés à la partie qui demande l'exécution dans un Etat membre d'une décision rendue dans un autre Etat membre en raison :

a) du défaut de résidence habituelle dans l'Etat membre requis; ou

b) soit de sa qualité d'étranger, soit, lorsque l'exécution est demandée au Royaume-Uni ou en Irlande, du défaut de «domicile» dans l'un de ces Etats membres.

Article 52 - Légalisation ou formalité analogue

Aucune légalisation ni formalité analogue n'est exigée en ce qui concerne les documents visés aux articles 37, 38 et 45 ou, le cas échéant, la procuration ad litem.

CHAPITRE IV. – *Coopération entre les Autorités centrales en matière de responsabilité parentale*

Article 53 - Désignation

Chaque Etat membre désigne une ou plusieurs autorités centrales chargées de l'assister dans l'application du présent règlement et en précise les attributions territoriales ou matérielles. Lorsqu'un Etat membre a désigné plusieurs autorités centrales, les communications sont en principe adressées directement à l'autorité centrale compétente. Si une communication est adressée à une autorité centrale non compétente, celle-ci est chargée de la transmettre à l'autorité centrale compétente et d'en informer l'expéditeur.

Article 54 - Fonctions générales

Les autorités centrales communiquent des informations sur les législations et procédures nationales et prennent des mesures pour améliorer l'application du présent règlement et renforcer leur coopération. A cette fin,

il est fait usage du réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale créé par la décision 2001/470/CE.

Article 55 - Coopération dans le cadre d'affaires spécifiques à la responsabilité parentale

Les autorités centrales, à la demande d'une autorité centrale d'un autre Etat membre ou du titulaire de la responsabilité parentale, coopèrent dans des affaires déterminées pour réaliser les objectifs visés par le présent règlement. A cet effet, elles prennent, elles-mêmes ou par l'intermédiaire des pouvoirs publics ou autres organismes, toute mesure appropriée, conformément à la législation de cet Etat membre en matière de protection des données à caractère personnel, pour :

a) recueillir et échanger des informations :

i. sur la situation de l'enfant,

ii. sur toute procédure en cours, ou

iii. sur toute décision rendue concernant l'enfant;

b) fournir des informations et une assistance aux titulaires de la responsabilité parentale qui demandent la reconnaissance et l'exécution d'une décision sur leur territoire, en particulier en matière de droit de visite et de retour de l'enfant;

c) faciliter les communications entre les juridictions notamment pour l'application de l'article 11, paragraphes 6 et 7, et de l'article 15;

d) fournir toute information et aide utiles pour l'application par les juridictions de l'article 56;

e) faciliter la conclusion d'accords entre les titulaires de la responsabilité parentale en recourant à la médiation ou à d'autres moyens, et faciliter à cette fin la coopération transfrontalière.

Article 56 - Placement de l'enfant dans un autre Etat membre

1. Lorsque la juridiction compétente en vertu des articles 8 à 15 envisage le placement de l'enfant dans un établissement ou dans une famille d'accueil et que ce placement aura lieu dans un autre Etat membre, elle consulte au préalable l'autorité centrale ou une autre autorité compétente de ce dernier Etat membre si l'intervention d'une autorité publique est prévue dans cet Etat membre pour les cas internes de placements d'enfants.

2. La décision sur le placement visé au paragraphe 1 ne peut être prise dans l'Etat membre requérant que si l'autorité compétente de l'Etat requis a approuvé ce placement.

3. Les modalités relatives à la consultation ou à l'approbation visées aux paragraphes 1 et 2 sont régies par le droit national de l'Etat membre requis.

4. Lorsque la juridiction compétente en vertu des articles 8 à 15 décide le placement de l'enfant dans une famille d'accueil, que ce placement aura lieu dans un autre Etat membre, et que l'intervention d'une autorité publique n'est pas prévue dans ce dernier Etat membre pour les cas internes de placement d'enfants, elle en avise l'autorité centrale ou une autorité compétente de cet Etat membre.

Article 57 - Méthode de travail

1. Tout titulaire de la responsabilité parentale peut adresser à l'autorité centrale de l'Etat membre dans lequel il réside habituellement ou à l'autorité centrale de l'Etat membre dans lequel l'enfant a sa résidence habituelle ou est présent, une demande d'assistance conformément à l'article 55. D'une manière générale, la demande est accompagnée de toutes les informations disponibles pouvant en faciliter l'exécution. Si la demande d'assistance concerne la reconnaissance ou l'exécution d'une décision relative à la responsabilité parentale couverte par le champ d'application du présent règlement, le titulaire de la responsabilité parentale est tenu d'y joindre les certificats correspondants figurant aux articles 39, 41, paragraphe 1, ou 42, paragraphe 1.

2. Les Etats membres notifient à la Commission la ou les langues officielles des institutions de la Communauté autres que leur(s) propre(s) langue(s) dans lesquelles les communications peuvent être adressées aux autorités centrales.

3. L'assistance dispensée par les autorités centrales en vertu de l'article 55 est gratuite.

4. Chaque autorité centrale supporte ses propres frais.

Article 58 - Réunions

1. Les autorités centrales, pour faciliter l'application du présent règlement, sont réunies régulièrement.

2. La convocation de ces réunions s'effectue conformément à la décision 2001/470/CE relative à la création d'un réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale.

CHAPITRE V. – *Relations avec d'autres instruments*

Article 59 - Relation avec d'autres instruments

1. Sans préjudice des articles 60, 63, 64 et du paragraphe 2 du présent article, le présent règlement remplace, pour les Etats membres, les Conventions existant au moment de l'entrée en vigueur du présent règlement, qui ont été conclues entre deux ou plusieurs Etats membres et qui portent sur des matières réglées par le présent règlement.

2. *a*) La Finlande et la Suède ont la faculté de déclarer que la Convention du 6 février 1931 entre le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède comprenant des dispositions de droit international privé sur le mariage, l'adoption et la garde des enfants ainsi que son protocole final s'appliquent en tout ou en partie, dans leurs relations mutuelles, en lieu et place des règles du présent règlement. Ces déclarations sont publiées au Journal officiel de l'Union européenne en annexe du présent règlement. Lesdits Etats membres peuvent y renoncer, en tout ou en partie, à tout moment.

b) Le principe de la non-discrimination en raison de la nationalité entre citoyens de l'Union européenne est respecté.

c) Dans tout accord à conclure entre les Etats membres visés au point a), portant sur des matières réglées par le présent règlement, les règles de compétence sont alignées sur celles prévues par le présent règlement.

d) Les décisions rendues dans l'un des Etats nordiques qui a fait la déclaration visée au point a) en vertu d'un chef de compétence qui correspond à l'un de ceux prévus au chapitre II du présent règlement sont reconnues et exécutées dans les autres Etats membres conformément aux règles prévues au chapitre III du présent règlement.

3. Les Etats membres communiquent à la Commission :

a) une copie des accords et des lois uniformes les mettant en oeuvre visés au paragraphe 2, points a) et c);

b) toute dénonciation ou modification de ces accords ou de ces lois uniformes.

Article 60 - Relations avec certaines Conventions multilatérales

Dans les relations entre les Etats membres, le présent règlement prévaut sur les Conventions suivantes dans la mesure où elles concernent des matières réglées par le présent règlement :

a) Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs;

b) Convention de Luxembourg du 8 septembre 1967 sur la reconnaissance des décisions relatives au lien conjugal;

c) Convention de La Haye du 1er juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps;

d) Convention européenne du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants;

et

e) Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants;

Article 61 - Relations avec la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 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

Dans les relations avec la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 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, le présent règlement s'applique

a) lorsque l'enfant concerné a sa résidence habituelle sur le territoire d'un Etat membre;

b) en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution d'une décision rendue par la juridiction compétente d'un Etat membre sur le territoire d'un autre Etat membre, même si l'enfant concerné a sa résidence habituelle sur le territoire d'un Etat non membre qui est partie contractante à ladite Convention.

Article 62 - Etendue des effets

1. Les accords et Conventions visés à l'article 59, paragraphe 1, et aux articles 60 et 61 continuent à produire leurs effets dans les matières non réglées par le présent règlement.

2. Les Conventions mentionnées à l'article 60, notamment la Convention de La Haye de 1980, continuent à produire leurs effets entre les Etats membres qui en sont parties contractantes, dans le respect de l'article 60.

Article 63 - Traités conclus avec le Saint-Siège

1. Le présent règlement est applicable sans préjudice du traité international (concordat) conclu entre le Saint-Siège et le Portugal, signé au Vatican le 7 mai 1940.

2. Toute décision relative à l'invalidité d'un mariage rendue en vertu du traité visé au paragraphe 1 est reconnue dans les Etats membres dans les conditions prévues au chapitre III, section 1.

3. Les dispositions des paragraphes 1 et 2 s'appliquent également aux traités internationaux (concordats) ci-après conclus avec le Saint-Siège :

a) «Concordato lateranense» du 11 février 1929 entre l'Italie et le Saint-Siège, modifié par l'accord, et son protocole additionnel, signé à Rome le 18 février 1984;

b) accord du 3 janvier 1979 entre le Saint-Siège et l'Espagne sur des questions juridiques.

4. En Italie ou en Espagne, la reconnaissance des décisions prévue au paragraphe 2 peut être soumise aux mêmes procédures et aux mêmes contrôles que ceux qui sont applicables aux décisions rendues par les juridictions ecclésiastiques conformément aux traités internationaux conclus avec le Saint-Siège et visés au paragraphe 3.

5. Les Etats membres communiquent à la Commission :

a) une copie des traités visés aux paragraphes 1 et 3;

b) toute dénonciation ou modification de ces traités.

CHAPITRE VI. – *Dispositions transitoires*

Article 64

1. Les dispositions du présent règlement ne sont applicables qu'aux actions judiciaires intentées, aux actes authentiques reçus et aux accords entre parties conclus postérieurement à la date de sa mise en application telle que prévue à l'article 72.

2. Les décisions rendues après la date de mise en application du présent règlement à la suite d'actions intentées avant cette date, mais après la date d'entrée en vigueur du règlement (CE) n° 1347/2000, sont reconnues et exécutées conformément aux dispositions du chapitre III du présent règlement, si les règles de compétence appliquées sont conformes à celles prévues soit par le chapitre II du présent règlement ou du règlement (CE) n° 1347/2000, soit par une Convention qui était en vigueur entre l'Etat membre d'origine et l'Etat membre requis lorsque l'action a été intentée.

3. Les décisions rendues avant la date de mise en application du présent règlement à la suite d'actions intentées après la date d'entrée en vigueur du règlement (CE) n° 1347/2000 sont reconnues et exécutées conformément aux dispositions du chapitre III du présent règlement pour autant qu'il s'agisse d'une décision de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage, ou d'une décision relative à la responsabilité parentale des enfants communs rendue à l'occasion d'une telle action matrimoniale.

4. Les décisions rendues avant la date de mise en application du présent règlement, mais après la date d'entrée en vigueur du règlement (CE) n° 1347/2000, à la suite d'actions intentées avant la date d'entrée en

vigueur du règlement (CE) n° 1347/2000 sont reconnues et exécutées conformément aux dispositions du chapitre III du présent règlement pour autant qu'il s'agisse d'une décision de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage, ou d'une décision relative à la responsabilité parentale des enfants communs rendue à l'occasion d'une telle action matrimoniale, et que les règles de compétence appliquées sont conformes à celles prévues soit par le chapitre II du présent règlement ou du règlement (CE) n° 1347/2000, soit par une Convention qui était en vigueur entre l'Etat membre d'origine et l'Etat membre requis lorsque l'action a été intentée.

CHAPITRE VII. – *Dispositions finales*

Article 65 - Réexamen

Au plus tard le 1er janvier 2012, et ensuite tous les cinq ans, la Commission présente au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, sur la base des informations fournies par les Etats membres, un rapport relatif à l'application du présent règlement, accompagné le cas échéant de propositions visant à l'adapter.

Article 66 - Etats membres ayant deux ou plusieurs systèmes juridiques

Au regard d'un Etat membre dans lequel deux ou plusieurs systèmes de droit ou ensembles de règles ayant trait aux questions régies par le présent règlement s'appliquent dans des unités territoriales différentes :

a) toute référence à la résidence habituelle dans cet Etat membre vise la résidence habituelle dans une unité territoriale;

b) toute référence à la nationalité ou, dans le cas du Royaume-Uni, au «domicile», vise l'unité territoriale désignée par la loi de cet Etat;

c) toute référence à l'autorité d'un Etat membre vise l'autorité de l'unité territoriale concernée au sein de cet Etat;

d) toute référence aux règles de l'Etat membre requis vise les règles de l'unité territoriale dans laquelle la compétence, la reconnaissance ou l'exécution sont invoquées.

Article 67 - Informations relatives aux autorités centrales et aux langues acceptées

Les Etats membres notifient à la Commission dans un délai de trois mois à compter de l'entrée en vigueur du présent règlement :

a) les noms, adresses et moyens de communication des autorités centrales désignées conformément à l'article 53;

b) les langues acceptées pour les communications adressées aux autorités centrales conformément à l'article 57, paragraphe 2;

et

c) les langues acceptées pour le certificat concernant le droit de visite conformément à l'article 45, paragraphe 2.

Les Etats membres communiquent à la Commission toute modification apportée à ces informations.

La Commission met ces informations à la disposition du public.

Article 68 - Informations relatives aux juridictions et aux voies de recours

Les Etats membres communiquent à la Commission les listes des juridictions et des voies de recours visées aux articles 21, 29, 33 et 34, ainsi que les modifications qui y sont apportées.

La Commission met ces informations à jour et les met à la disposition du public par voie de publication au Journal officiel de l'Union européenne et par tout autre moyen approprié.

Article 69 - Modification des annexes

Toute modification apportée aux formulaires dont les modèles figurent aux annexes I à IV est adoptée selon la procédure visée à l'article 70, paragraphe 2.

Article 70 - Comité

1. La Commission est assistée par un comité (ci-après, «le comité»).

2. Lorsqu'il est fait référence au présent paragraphe, les articles 3 et 7 de la décision 1999/468/CE s'appliquent.

3. Le comité adopte son règlement intérieur.

Article 71 - Abrogation du règlement (CE) n° 1347/2000

1. Le règlement (CE) n° 1347/2000 est abrogé à compter de la date de mise en application du présent règlement.

2. Toute référence au règlement (CE) n° 1347/2000 s'entend comme faite au présent règlement conformément à la table de correspondance figurant à l'annexe V.

Article 72 - Entrée en vigueur

Le présent règlement entre en vigueur le 1er août 2004.

Le présent règlement s'applique à compter du 1er mars 2005 à l'exception des articles 67, 68, 69 et 70, qui s'appliquent à compter du 1er août 2004.

Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans les Etats membres conformément au traité instituant la Communauté européenne.

Fait à Bruxelles, le 27 novembre 2003.

Par le Conseil

Le président

R. Castelli

TABLES DES MATIERES :

INTRODUCTION 1

PREMIERE PARTIE : UNE GENERATION OPTIMISTE DE MECANISME DE COOPERATION ET D'ENTRAIDE ; LE CONTENTIEUX FAMILIAL QUITTE LA SPHERE PRIVEE POUR DEVENIR UNE AFFAIRE INTERNATIONALE 9

CHAPITRE I : L'ENLEVEMENT INTERNATIONAL A LA LUMIERE DE LA CONVENTION DE LUXEMBOURG DU 20 MAI 1980 ET DE LA CONVENTION DE LA HAYE DU 25 OCTOBRE 1980 13

SECTION I : LA PLACE DES DEUX CONVENTIONS MULTILATERALES DANS LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE AINSI QUE LEURS OBJECTIFS COMMUNS 16

§ I - INTEGRATION AU SEIN DU MOUVEMENT CONVENTIONNEL SUR LE DROIT DE LA FAMILLE 16

A – UNIFICATION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE DE LA FAMILLE 17

B – PROTECTION INTERNATIONALE DU STATUT DE L'ENFANT 18

1. La Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant 18

2. La Convention européenne des droits des enfants du 22 janvier 1996 relative à l'exercice des droits de l'enfant 19

3. La Convention de la Haye du 19 octobre 1996 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 20

§ II – LES MODES DE PREVENTION, LE SCHEMA TYPE DES CONVENTIONS SUR L'ENLEVEMENT D'ENFANT 22

A – PRISE EN COMPTE DE L'INTERET DE L'ENFANT 23

B – PROTECTION DU DROIT DE VISITE 24

1 – Droit interne français 24

2 – Actions internationales 25

C – PREEMINENCE DU PAYS DE LA RESIDENCE HABITUELLE 26

§ III – APPRECIATION CRITIQUE DES MODES ETABLIS PAR LES DEUX CONVENTIONS AFIN DE PREVENIR LES ENLEVEMENTS 28

A – L'INCOMPATIBILITE DES MESURES PREVENTIVES AVEC LA LIBERTE D'ALLER ET DE VENIR 29

B – L'ARTICULATION DES MESURES RESTRICTIVES AVEC L'EXISTENCE DE GARANTIES 30

C – L'INCOMPATIBILITE DES MESURES RESTRICTIVES AVEC LE DROIT DE VISITE TRANSFRONTIERE 31

SECTION II : LES MOYENS DE LUTTE MIS EN PLACE PAR LES DEUX CONVENTIONS CADRES 32

§ I – LA COOPERATION DES AUTORITES CENTRALES 32

A – OBLIGATIONS A LA CHARGE DES AUTORITES CENTRALES 33

B – LIBRE DETERMINATION DES MESURES APPROPRIEES 34

§ II – PROCEDURE D'EXEQUATUR SIMPLIFIEE 35

A – CONDITIONS DE FOND DE LA RECONNAISSANCE ET D'EXECUTION 36

1. Reconnaissance de plein droit et mise à exécution sans exequatur 36

2. Exequatur soumis à des motifs de refus d'ordre procédural 36

3. Exequatur correspondant à une révision au fond 37

3.1. Refus fondé sur l'exception d'ordre public 37
3.2. Refus fondé sur l'appréciation de l'intérêt de l'enfant 38
3.3. Refus fondé sur la présence de liens de rattachement avec l'Etat requis 38
3.4. Refus fondé sur l'incompatibilité 39
B – CONDITIONS DE FORME 40
§ III – L'ACTION EN REMISE DE L'ENFANT 40
A – LE PRINCIPE : LE RETOUR 42
1. Conditions de fond 42
1.1. La voie de fait est une atteinte au droit de garde 42
1.1.1. Attribution de la garde 42
1.1.2. Exercice effectif du droit de la garde 43
1.1.3. Prérogatives attachées au droit de garde 43
1.2. Le droit de garde étant attribué par l'Etat de la résidence habituelle 44
1.2.1. Action indépendante du fond 44
1.2.1.1. Incompétence au fond du juge requis 45
1.2.1.2. Solution au fond renvoyée au juge d'origine 45
1.2.2. Illicéité du déplacement 45
1.3. Un droit de garde étant attribué immédiatement avant le déplacement ou le non-retour 46
2. Conditions de forme 46
B – L'EXCEPTION : LE NON-RETOUR 47
1. Intégration dans son nouveau milieu 48
2. Les circonstances de refus du retour visées dans l'article 13 48
2.1. La primauté de l'intérêt de l'enfant 49
2.2. La notion de danger au regard de l'article 13b 51
2.2.1. Les mécanismes d'appréciation de la réalité du danger 52
2.2.2. L'évolution de la définition juridique de la situation génératrice du danger 54
CHAPITRE II : A LA RECHERCHE DES SOLUTIONS A TRAVERS LES CONVENTIONS BILATERALES 60
SECTION I : ENLEVEMENT INTERNATIONAL ET DROIT DE VISITE TRANSFRONTIERE : CONVENTIONS BILATERALES ET ETATS DE TRADITION MUSULMANE 61
§ I - LES TRAITEMENTS COMMUNS DES CONVENTIONS DE LA 1ERE GENERATION ... 66
A – LE PRINCIPE DE L'INTERET DE L'ENFANT 66
B – L'INSTITUTION D'AUTORITE CENTRALE ET DES COMMISSIONS CONSULTATIVES DANS CHAQUE ETAT 67
C – LA PROTECTION DU DROIT DE VISITE 69
§ II - LES DIFFICULTES QUI S'OPPOSENT AU BON FONCTIONNEMENT DES CONVENTIONS DE LA 1ERE GENERATION 71
A – UN ACCORD CLASSIQUE : LA CONVENTION FRANCO-EGYPTIENNE DU 15 MARS 1982 SUR LA COOPERATION JUDICIAIRE EN MATIERE CIVILE, SOCIALE, COMMERCIALE ET ADMINISTRATIVE 72
B – DEUX ACCORDS SPECIFIQUES : LA CONVENTION FRANCO-MAROCAINE DU 10 AOUT 1981, RELATIVE AU STATUT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE ET A LA COOPERATION JUDICIAIRE ET LA CONVENTION FRANCO-TUNISIENNE DU 18 MARS 1982 RELATIVE A L'ENTRAIDE JUDICIAIRE EN MATIERE DE DROIT DE GARDE DES ENFANTS, DE DROIT DE VISITE ET D'OBLIGATION ALIMENTAIRE ... 74

§ III - LA DEUXIEME GENERATION DES CONVENTIONS BILATERALES : LA CONVENTION FRANCO-ALGERIENNE DU 21 JUIN 1988 78
A – L'INNOVATION DE LA CONVENTION FRANCO-ALGERIENNE 80
B – LES GARANTIES D'EXERCICE DES DROITS DE GARDE ET DE VISITE 83
1. Le rôle des autorités centrales 83
2. L'aide judiciaire 83
3. Le rôle des autorités consulaires 83
4. Les procédures simplifiées d'exequatur 84
SECTION II : ENLEVEMENT INTERNATIONAL ET DROIT DE VISITE TRANSFRONTIERE : LES RAPPORTS FRANCO-ALLEMAND 86
§ I - LES DIFFICULTES JURIDIQUES EMPECHANT LE RETOUR DES ENFANTS 87
A – DIFFICULTES RENCONTREES LORS DE L'INTERPRETATION ET DE L'APPLICATION DE LA CONVENTION DE LA HAYE 87
1. L'article 12 al 2 et la prise en compte de l'intégration au nouveau milieu en cas de demande introduite plus d'un an après l'enlèvement 87
2. L'article 13 al 2 et l'opinion de l'enfant sur son retour 88
3. L'article 13 al 1er§b et le risque grave d'exposer l'enfant à un danger 89
B – DIFFICULTES PROCEDURALES EMPECHANT LE RETOUR IMMEDIAT DE L'ENFANT 94
1. Remise en cause partielle du fonctionnement des autorités centrales 94
2. Le reproche fait aux juridictions allemandes qui basent leurs décisions sur les rapports des « *Judendamt* » 96
3. Multiplicité des tribunaux compétents et lenteur des procédures 96
§ II – L'EXISTENCE D'AUTRES DIFFICULTES LIEES AU PROBLEME DE L'ENLEVEMENT INTERNATIONAL D'ENFANT 98
A – LE DROIT DE VISITE DU PARENT DONT L'ENFANT N'A PAS ETE RESTITUE ... 99
1. Les moyens réduits offerts par la Convention de La Haye pour assurer l'exercice effectif d'un droit de visite 99
2. Les difficultés à obtenir un droit de visite effectif en Allemagne 101
B – LE CHANGEMENT DU NOM PATRONYMIQUE DE L'ENFANT DEPLACE 106
DEUXIEME PARTIE : LES REMEDES AUX ENLEVEMENTS INTERNATIONAUX D'ENFANTS . 110
CHAPITRE I : LES SOLUTIONS INNOVANTES AU NIVEAU INTERNATIONAL, EUROPEEN ET NATIONAL 114
SECTION I : LES SOLUTIONS INNOVANTES D'APPLICATION INTERNATIONALE 114
§ I – LA MEDIATION INTERNATIONALE FAMILIALE 115
A – L'ORGANISATION DE LA MEDIATION NECESSITE UNE COOPERATION DES ETATS 116
B – LE MOMENT ET LE ROLE DE LA MEDIATION INTERNATIONALE 118
§ II – LA PORTEE JURIDIQUE DONNEE A LA PAROLE DE L'ENFANT 120
A – LA CONSECRATION DE LA PAROLE DE L'ENFANT ENLEVE 121
1. De la liberté d'expression au droit d'être entendu 122
2. Du simple avis au droit de veto 124
B – LES GARANTIES ENTOURANT LA PAROLE DE L'ENFANT ENLEVE 125
1. La capacité de l'enfant à s'exprimer 125
2. Le contexte serein de l'audition 127
SECTION II : LES SOLUTIONS INNOVANTES AU NIVEAU COMMUNAUTAIRE : ESPACE JUDICIAIRE EUROPEEN EN MATIERE DE DROIT DE LA FAMILLE, LE NOUVEAU REGLEMENT « BRUXELLES II BIS » 129

§I – L'AMENAGEMENT DES REGLES DE PROCEDURE EN CAS D'ENLEVEMENTS D'ENFANTS 132
A - L'AMENAGEMENT DES REGLES RELATIVES A LA RESPONSABILITE PARENTALE 132
B - L'AMENAGEMENT DES REGLES DE PROCEDURE DE RETOUR DE L'ENFANT 135
§II – LA CONSECRATION DU PRINCIPE DE LA LIBRE CIRCULATION DES DECISIONS DE RETOUR 139
A - LA SUPPRESSION DE L'EXEQUATUR 139
B - LES DECISIONS DE RETOUR DISPENSEES D'EXEQUATUR 142
SECTION III : AU NIVEAU NATIONAL : LA LOI DU 4 MARS 2002 SUR L'AUTORITE PARENTALE 143
§I – L'AFFIRMATION DU PRINCIPE DE COPARENTALITE 146
A – LE PARTAGE DES RESPONSABILITES PARENTALES 146
B – LA VOLONTE D'ASSURER LA PERENNITE DES LIENS ENTRE L'ENFANT ET SES PARENTS 151
§II – LE RESPECT DE LA PERSONNE DE L'ENFANT 155
A – LA PROMOTION DES DROITS DE L'ENFANT 156
1. L'égalité entre enfants 156
2. La reconnaissance de nouveaux droits 157
B – LE RENFORCEMENT DE LA PROTECTION DE L'ENFANT 158
1. La protection générale : la reconstruction des règles de l'obligation parentale d'entretien 158
2. Les protections spécifiques 160
CHAPITRE II : A LA RECHERCHE DE SOLUTIONS NOUVELLES 165
SECTION I : VERS UNE MEILLEURE INFORMATION, UN APPROFONDISSEMENT DE LA COLLABORATION INTERNATIONALE ET UNE AMELIORATION EVENTUELLE DANS LES PRATIQUES INTERNATIONALES 167
§I – RENFORCER LES PRINCIPAUX ACTEURS DE LA PROTECTION 167
A – LES AUTORITES CENTRALES 167
B – LES MAGISTRATS 168
C – LES AVOCATS 169
§II – PREVENIR LES DEPLACEMENTS ILLICTES 170
A – LE CONSTAT 170
1. Diversité et efficacité des mesures préventives 170
2. L'ambiguïté des mesures préventives 171
B – LES PERSPECTIVES 171
1. La nécessité d'une meilleure coopération internationale 171
2. La reconnaissance des droits et des devoirs de chacun 172
§III – FACILITER LA COOPERATION INTERNATIONALE 173
A – SURMONTER LES DIFFICULTES TECHNIQUES DE LA COOPERATION INTERNATIONALE 173
B – LES CONTACTS DIRECTS 176
§IV – ASSURER L'HARMONISATION DES PRATIQUES INTERNATIONALES 177
A – LA RECONNAISSANCE RECIPROQUE DES SYSTEMES 177
B – LA RECONNAISSANCE DES PRATIQUES CONVENTIONNELLES 178
C – L'ELABORATION DE PRATIQUES COMMUNES 179
SECTION II : VERS UN MEILLEUR DEVELOPPEMENT DES SOLUTIONS AMIABLES ET UN RENFORCEMENT DES DROITS DE L'ENFANT ET DES RELATIONS DE CE DERNIER AVEC SES PARENTS 180

§I – DEVELOPPER LES SOLUTIONS AMIABLES 180
A – ASSURER LE BON FONCTIONNEMENT DE LA CONVENTION 181
1. Le règlement amiable intervient avant le dépôt de la demande de retour 181
2. Le règlement amiable intervient après le dépôt de la demande de retour. 182
B – DEVELOPPER LA MEDIATION FAMILIALE INTERNATIONALE 182
1. Affirmer clairement les principes de la médiation 182
2. Diversifier les formes de la médiation 183
3. Renforcer les moyens de médiation 184
4. Valoriser les accords de médiation 184
§II – GARANTIR LA REALITE DU RETOUR DANS LE RESPECT DES INTERETS DE CHACUN 185
A – L'EXECUTION DE LA DECISION DE RETOUR 185
1. L'exécution de la décision de retour dans le pays du juge auteur de la décision 185
2. L'exécution de la décision de retour dans le pays de la résidence habituelle 186
B – L'AMENAGEMENT DU RETOUR DE L'ENFANT 187
1. Les aménagements pratiques du retour 187
2. Les aménagements juridiques du retour 187
§III – MIEUX ASSURER LE RESPECT DES DROITS DE L'ENFANT 188
A – L'AUDITION DE L'ENFANT ET LA PLACE DE LA PAROLE DE L'ENFANT 189
1. Le droit de l'enfant à être entendu 189
2. Le droit de l'enfant à être informé 190
3. La portée de la parole de l'enfant 191
B – LE RESPECT DES DROITS DE L'ENFANT 191
1. Les droits de l'enfant et l'intérêt de l'enfant 191
2. Le respect des droits procéduraux 192
3. Le respect des droits substantiels de l'enfant 193
§IV – MIEUX ASSURER LE RESPECT DES RELATIONS PERSONNELLES ENTRE L'ENFANT ET SES DEUX PARENTS 194
A – LE DROIT A DES RELATIONS PERSONNELLES, REMEDE A L'ENLEVEMENT . 194
1. Les difficultés pour un parent de faire respecter son droit à des relations personnelles avec son enfant 194
2. Le lien entre enlèvement ou non-retour par un parent et le non-respect de son droit de visite 196
B – LE DROIT A DES RELATIONS PERSONNELLES, GARANTIE DU RETOUR 197
1. La décision de retour liée à une garantie du droit à des relations parent-enfant 197
2. La décision de retour et la suspension d'éventuelles sanctions pénales engagées contre le parent non gardien 198
C – COMMENT ASSURER UN MEILLEUR RESPECT DES RELATIONS PERSONNELLES ENTRE L'ENFANT ET SES DEUX PARENTS ? 198
1. La mise en place de nouveaux instruments internationaux 198
2. La question de l'attribution de droit d'un droit de visite transfrontière.... 199
CONCLUSION 205
BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE 210
ANNEXES 239

LES ENLEVEMENTS INTERNATIONAUX D'ENFANTS 25 ANS APRES LA CONVENTION DE LA HAYE DU 25 OCTOBRE 1980 SUR LES ASPECTS CIVILS DE L'ENLEVEMENT D'ENFANTS

L'actualité se fait régulièrement l'écho des drames engendrés par la séparation des couples, lorsque l'enfant devient l'enjeu et la victime du conflit qui oppose son père et sa mère. Le problème est plus douloureux encore lorsque la frontière est utilisée comme une arme par l'un des parents. Pour lutter contre ce fléau, se sont développés plusieurs instruments internationaux. Deux d'entre eux sont spécifiquement consacrés à la question : la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et la Convention européenne du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants.

La France est liée à un grand nombre d'Etat par de multiples instruments, conventions bilatérales et multilatérales, qui ont prévu la désignation d'autorités centrales ayant pour mission d'appliquer ces instruments internationaux. Selon les instruments considérés, et selon les Etats, les modalités d'intervention des autorités centrales sont différentes, et il s'agit toujours pour les membres de l'autorité centrale française d'adapter leurs fonctions à ce contexte.

Le déplacement transfrontière de l'enfant exacerbe les difficultés relatives à sa protection en droit international privé et conduit à rechercher des solutions spécifiques et innovantes.

Plus récemment l'Union européenne a élaboré un règlement communautaire dit Bruxelles II bis qui traite des différentes questions relatives à la compétence judiciaire et à la reconnaissance des décisions en matière de dissolution du mariage et en matière de responsabilité parentale, mais qui consacre un certain nombre de dispositions à la question des enlèvements d'enfants : soigneusement articulé avec la Convention de La Haye de 1980, ce texte devrait faire de l'espace communautaire un modèle dans la lutte contre les déplacements illicites d'enfants.