

**Septième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des  
Conventions Enlèvement d'enfants de 1980 et Protection des enfants de 1996  
octobre 2017**

<b>Document</b>	Document préliminaire <input checked="" type="checkbox"/> Document de procédure <input type="checkbox"/> Document d'information <input type="checkbox"/>	Doc. pré. No 3 de juin 2017
<b>Titre</b>	Projet de Guide de bonnes pratiques sur l'article 13(1)(b) de la <i>Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants</i>	
<b>Auteur</b>	Bureau Permanent	
<b>Point de l'ordre du jour</b>	No 19	
<b>Mandat</b>	Conclusion et Recommandation Nos 80 et 81 adoptées lors de la Deuxième partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions Protection des enfants de 1996 et Enlèvement d'enfants de 1980 (du 25 au 31 janvier 2012)  Conclusion et Recommandation Nos 5 et 6 adoptées lors du Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence de 2012	
<b>Objectif</b>	Pour observations / discussion	
<b>Mesures à prendre</b>	Pour approbation <input type="checkbox"/> Pour décision <input checked="" type="checkbox"/> Pour information <input type="checkbox"/>	
<b>Annexe(s)</b>	Jointes	
<b>Document(s) connexe(s)</b>	Sans objet	

**[PROJET DE] GUIDE DE BONNES PRATIQUES SUR L'ARTICLE 13(1)(b) DE  
LA CONVENTION DE LA HAYE DU 25 OCTOBRE 1980 SUR LES ASPECTS  
CIVILS DE L'ENLÈVEMENT INTERNATIONAL D'ENFANTS**

**Cinquième partie - Article 13(1)(b)**

**Table des matières**

Introduction .....	1
1. Contexte de ce Guide.....	1
2. Objectifs et portée de ce Guide .....	4
i. Promouvoir la cohérence .....	4
ii. Caractère non spécifique et non contraignant des bonnes pratiques .....	4
iii. Lecteurs auxquels ce Guide est destiné : autorités judiciaires et autres autorités compétentes, Autorités centrales et autres acteurs du système.....	5
iv. Complémentarité des Conventions de 1980 et de 1996.....	5
v. Remerciements.....	5
3. Comment utiliser ce Guide .....	6
4. Discussions sur l'article 13(1)(b) lors des réunions de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de 1980.....	8
PREMIÈRE PARTIE : Contexte interprétatif .....	10
1. L'article 13(1)(b) dans le système normatif de la Convention de 1980.....	10
i. Objectifs et principes sous-jacents de la Convention de 1980 et de la CNUDE .....	10
ii. Obligation d'assurer le retour immédiat de l'enfant : article 12.....	11
iii. Exceptions à l'obligation d'assurer le retour immédiat de l'enfant .....	12
iv. Relation entre l'article 13(1)(b), les autres exceptions au retour et les autres éléments de l'affaire.....	13
2. Portée de l'article 13(1)(b).....	14
i. L'enfant au cœur de l'article 13(1)(b).....	14
ii. L'aspect « prospectif » de l'article 13(1)(b).....	14
iii. « Risque grave ».....	15
iv. Exposition à un danger physique ou psychique ou placement dans une situation intolérable.....	15
v. Charge de la preuve.....	16
vi. Pouvoir discrétionnaire d'ordonner ou de refuser le retour.....	16
3. L'application de l'article 13(1)(b) et les instruments régionaux.....	17
i. Article 11 du Règlement Bruxelles II bis .....	17
ii. Article 11(b) de la Convention interaméricaine sur le retour international des mineurs.....	18

DEUXIÈME PARTIE : Informations pour les autorités compétentes.....	19
1. Aperçu des bonnes pratiques pour l'application de l'article 13(1)(b) .....	19
2. INCADAT : une ressource généraliste pour les autorités compétentes.....	19
3. Aperçu des exigences procédurales pour les procédures de retour et importance d'une stricte gestion des affaires de justice.....	20
i. Limites des procédures de retour fondées sur la Convention de 1980.....	21
ii. Obligation de procéder d'urgence dans les procédures de retour .....	22
iii. Gestion des affaires judiciaires .....	24
a) Bonnes pratiques générales en matière de gestion des affaires .....	25
b) Identification et gestion précoces des exceptions qui seront soulevées.....	25
c) Identification et gestion précoces d'autres aspects d'une affaire .....	26
4. Analyse de l'exception de risque grave : deux approches.....	27
i. Examen de l'article 13(1)(b) - première approche .....	29
ii. Examen de l'article 13(1)(b) - deuxième approche .....	30
5. Intérêt du RIJH et des communications judiciaires directes avec le tribunal de l'État requis....	31
i. Suggestions de bonnes pratiques .....	32
6. Assistance des Autorités centrales et d'autres autorités .....	33
7. Garantir la sécurité et le « retour sans danger » de l'enfant et, le cas échéant, du parent qui l'accompagne.....	35
i. Mesures de protection visant à garantir la sécurité et le bien-être de l'enfant pendant la procédure dans l'État requis.....	35
a) Suggestions de bonnes pratiques .....	35
ii. Mesures de protection dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b) pour garantir le « retour sans danger » de l'enfant .....	36
a) Suggestions de bonnes pratiques .....	37
iii. Considérations relatives à la sécurité du parent ayant emmené l'enfant et du parent auquel celui-ci a été retiré .....	39
iv. Mesures de protection en vertu de l'article 11 de la Convention de 1996.....	39
a) Usages de l'article 11 de la Convention de 1996 dans les procédures de retour .....	40
b) Fonctionnement de l'article 11 de la Convention de 1996 dans le contexte des procédures de retour.....	41
c) Suggestions de bonnes pratiques .....	42
8. Informations et preuves en vertu de l'article 13(1)(b) .....	44
i. Remarques générales sur les informations et les preuves.....	44
ii. Recevabilité et recueil des preuves et des informations.....	45
iii. Suggestions de bonnes pratiques .....	46
iv. Avis et rapports d'experts dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b) .....	47
a) Avis ou rapport circonscrit à la portée limitée de l'exception .....	47
b) Impératif de célérité.....	48

c) Suggestions de bonnes pratiques .....	48
9. Participation de l'enfant à la procédure de retour .....	49
i. Normes internationales .....	49
ii. La voix de l'enfant et les exceptions en vertu de la Convention de 1980 .....	50
iii. Des pratiques nationales diversifiées .....	50
iv. Suggestions de bonnes pratiques .....	51
10. Médiation dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b) .....	52
i. Suggestions de bonnes pratiques .....	54
11. Autres aspects de la procédure de retour .....	54
i. Contact entre l'enfant et le parent auquel il a été retiré .....	54
ii. Représentation légale des parties .....	56
iii. Participation à la procédure de retour du parent auquel l'enfant a été retiré .....	56
TROISIÈME PARTIE : Informations pour les Autorités centrales .....	59
1. Rôle des Autorités centrales dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b) .....	59
i. Acceptation des demandes de retour (art. 8 et 27) .....	59
ii. Obligation de coopérer et de promouvoir une collaboration entre les autorités internes (art. 7(1)) .....	60
iii. Communication du lieu où se trouve l'enfant (art. 7(2)(a)) .....	60
iv. Organisation de contacts provisoires entre l'enfant et le parent auquel il a été retiré .....	62
v. Obligation de prévenir de nouveaux dangers pour l'enfant (art. 7(2)(b)) .....	63
vi. Obligation d'assurer la remise volontaire de l'enfant ou de faciliter une solution amiable (art. 7(2)(c)) .....	64
vii. Obligation d'introduire ou de favoriser l'ouverture d'une procédure judiciaire ou administrative (art. 7(2)(f)) .....	64
viii. Échange d'informations sur la situation sociale de l'enfant (art. 7(2)(d)) .....	66
ix. Obligation de prendre des mesures administratives pour garantir le retour sans danger de l'enfant (art. 7(2)(h)) .....	66
a) Fourniture d'informations .....	67
b) Poursuites pénales contre le parent ayant emmené l'enfant .....	68
c) Questions liées à l'immigration .....	68
d) Respect des ordonnances et des conditions au retour .....	69
x. Suivi postérieur au retour .....	70
QUATRIÈME PARTIE : Cas types / faits types .....	71
1. Allégations de violence domestique / familiale ou de maltraitance d'enfant et de risque grave auquel l'enfant serait exposé au retour .....	75
i. Comportement violent ou inapproprié à l'égard de l'enfant au retour .....	75
ii. Exposition de l'enfant à la violence domestique entre ses parents au retour .....	77
iii. Préjudice causé au retour au parent qui a emmené l'enfant par le parent auquel il a été retiré .....	79

2. Allégations selon lesquelles le retour de l'enfant engendrerait une situation dans laquelle il/elle serait exposé-e à un risque grave .....	81
i. Séparation entre l'enfant et ses frères et sœurs au retour.....	81
ii. Désavantages économiques ou éducatifs pour l'enfant au retour .....	84
iii. Risques associés à l'État de la résidence habituelle .....	85
iv. Risques associés à la santé de l'enfant.....	87
3. Allégations selon lesquelles l'impossibilité de revenir du parent ayant emmené l'enfant exposerait celui-ci à un risque grave .....	88
i. Poursuites pénales ou autres poursuites dans l'État de la résidence habituelle du fait du déplacement ou du non-retour illicite.....	90
ii. Impossibilité de revenir ou de rester dans l'État de la résidence habituelle en raison de questions d'immigration.....	92
iii. Situation économique au retour .....	94
iv. Accès à la justice dans l'État de la résidence habituelle.....	96
v. Impossibilité de revenir dans l'État de la résidence habituelle pour raisons médicales ou familiales.....	97
<b>CINQUIÈME PARTIE : Développement des connaissances et partage d'expériences et de pratiques</b>	<b>100</b>
1. Possibilités de formation .....	100
2. Intérêt de la concentration de la compétence .....	100
<b>ANNEXES .....</b>	<b>1</b>
Annexe 1 : Glossaire.....	1
Annexe 2 : Conclusions et Recommandations portant sur le retour sans danger de l'enfant et du parent accompagnateur, le cas échéant.....	5
1. Conclusions et Recommandation de la Sixième réunion de la Commission spéciale (2011/2012) .....	5
2. Conclusion et Recommandations de la Cinquième réunion de la Commission spéciale (2006).....	6
3. Conclusions et Recommandations de la Quatrième réunion de la Commission spéciale (2001).....	8
Annexe 3 : Dynamique de la violence domestique et normes internationales concernant les violences domestique et à l'égard des enfants .....	10
1. Introduction.....	10
2. Dynamique de la violence domestique .....	12
a) Définition de la violence domestique et recherches sur la dynamique particulière de ce phénomène.....	12
b) Contrôle coercitif, violences post-séparation et syndromes traumatiques.....	14
3. Effets de la violence domestique sur les enfants .....	16
a) Convention relative aux droits de l'enfant (CNUDE).....	16
b) Liens entre violence domestique et maltraitance d'enfants .....	16
c) Traumatisme causé aux enfants par la violence domestique .....	16

4. Violence domestique et familiale : contexte juridique national et international .....	18
a) Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes .....	19
b) Résolutions récentes de l'Assemblée générale des Nations Unies et autres activités des Nations Unies dans le domaine de l'élimination de la violence à l'égard des femmes....	20
c) Normes régionales : Convention latino-américaine et Conseil de l'Europe .....	20
5. Outils d'évaluation des risques et des préjudices .....	21
Annexe 4: Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (CNUDE), Observation générale No. 12 (2009) « Le droit de l'enfant d'être entendu ».....	24
Annexe 5 : Principes relatifs aux communications judiciaires directes dans des affaires particulières et garanties communément acceptées .....	27

## Introduction

### 1. Contexte de ce Guide

1. Ce Guide de bonnes pratiques est consacré à l'**article 13(1)(b)** 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 1980 » ou simplement « la Convention »), également appelé « exception de risque grave »<sup>1</sup>.

2. L'article 13(1)(b) est une des exceptions au retour d'un enfant illicitement déplacé ou retenu à l'étranger les plus fréquemment soulevées ; c'est aussi l'exception que les autorités compétentes invoquent le plus souvent pour refuser le retour d'un enfant en vertu de la Convention — parfois en association avec d'autres exceptions au retour<sup>2</sup>. Si l'on en croit la rumeur, cette exception serait souvent soulevée pour contester le retour ; pourtant, les décisions de justice refusant le retour d'un enfant fondées sur l'article 13(1)(b) sont en fait assez rares<sup>3</sup>, ce qui souligne le caractère exceptionnel de ce moyen de défense.

3. L'article 13(1)(b) est formulé comme suit :

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

[...]

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

4. En raison, notamment, du caractère international des procédures de retour fondées sur la Convention de 1980 et de l'importance des délais dans ces procédures, auxquels s'ajoute le caractère sensible de différentes questions susceptibles d'être soulevées au titre de l'exception de risque grave, les autorités compétentes<sup>4</sup> – c'est-à-dire les tribunaux – de l'État requis saisies d'une procédure de retour peuvent avoir parfois des difficultés à appliquer l'article 13(1)(b)<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Sauf indication contraire, toute mention d'un « risque grave » dans ce Guide renvoie à « 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 ». Dans ce Guide, l'exception générale au retour en vertu de l'art. 13(1)(b) est également appelée « exception de risque grave ».

<sup>2</sup> Selon les statistiques pour l'année 2008, recueillies à l'occasion de la Sixième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention. Voir Doc. préI. No 8A (mise à jour de novembre 2011, « Analyse statistique des demandes déposées en 2008 en application de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* – première partie - Rapport mondial » établi par N. Lowe, p. 6, disponible à l'adresse < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, sous les rubriques « Espace Enlèvement d'enfants », puis « Commissions spéciales sur le fonctionnement de la Convention », « Commissions spéciales précédentes » et « Sixième réunion de la Commission spéciale ». [Les données statistiques présentées dans ce projet seront actualisées en fonction des données plus récentes concernant les affaires de 2015 extraites de l'étude en cours du Professeur Nigel Lowe.]

<sup>3</sup> 15 % des affaires publiées en 2008 ont abouti à une décision de non-retour, 27 % seulement de ces décisions de non-retour étant fondées sur l'art. 13(1)(b) (parfois associé à d'autres exceptions), ce qui représente environ 4 % des affaires publiées en 2008. La même étude a constaté que « 17 % des demandes ont été refusées par suite de l'opposition de l'enfant, 15 % parce qu'il n'a pas été établi que l'enfant résidait habituellement dans l'État requérant et 13 % sur le fondement de l'article 12 » (*ibid.*).

<sup>4</sup> Sauf indication contraire, toute référence à une « autorité compétente » dans ce Guide renvoie au tribunal ou à un autre organe saisi d'une procédure de retour fondée sur la Convention de 1980. Les autorités compétentes en vertu de la Convention peuvent être judiciaires ou administratives (voir art. 12). L'« autorité compétente » ne doit pas être confondue avec l'Autorité centrale en vertu de la Convention de 1980 (analysée dans la Troisième partie de ce Guide).

<sup>5</sup> Sauf indication contraire, tout article cité dans le texte ou dans une note de ce Guide est un article de la Convention de 1980.

5. Les jurisprudences nationales<sup>6</sup> montrent que cette disposition peut être appliquée différemment d'un État ou territoire à un autre, mais aussi d'une autorité compétente à une autre dans un même système juridique. L'une des principales motivations à l'origine de ce Guide est donc la nécessité, résultant du caractère international de la Convention de 1980, de promouvoir autant que possible une application homogène de cet instrument à l'échelle mondiale<sup>7</sup>.

6. Des préoccupations ont également été soulevées, notamment lors des réunions de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de 1980 (voir *infra*, section 4), eu égard au fait que les autorités compétentes saisies d'une affaire de retour n'appliquent pas toujours l'exception de risque grave de manière restrictive comme l'exige la Convention<sup>8</sup>.

7. En outre, certaines pratiques dans l'application de l'article 13(1)(b) peuvent engendrer des retards indus dans la résolution de l'affaire, contraires à l'exigence de procédures d'urgence énoncée dans la Convention<sup>9</sup>. Ces facteurs nuisent à l'efficacité globale de la Convention et accroissent l'insécurité juridique pour les enfants et les familles.

8. L'exception de risque grave peut être soulevée dans de nombreuses situations ; ainsi, le parent ayant emmené l'enfant peut, en vertu de l'article 13(1)(b), alléguer un risque grave de danger pour l'enfant qui résulterait, en cas de retour, d'une séparation avec ses frères et sœurs ou avec une personne qui a la responsabilité principale de l'enfant, d'une situation de violence domestique, d'abus sexuels ou d'une autre nature dont l'enfant est victime ou d'une combinaison de ces facteurs. La quatrième partie de ce Guide présente un ensemble de situations courantes.

9. Les statistiques les plus récentes indiquent qu'aujourd'hui, les affaires d'enlèvement international d'enfants les plus fréquentes sont celles dans lesquelles le parent qui emmène l'enfant en a la responsabilité unique ou conjointe<sup>10</sup>. Dans ces situations, l'exception de risque grave peut être soulevée, par exemple, si un parent qui a emmené l'enfant est incapable de revenir avec lui dans l'État de la résidence habituelle ; il peut alors alléguer que la séparation qui en résulte crée un risque grave pour l'enfant, surtout si celui-ci est très jeune.

10. Par ailleurs, depuis l'élaboration de la Convention, le droit interne de nombreux États et territoires a connu une importante évolution, le modèle de la responsabilité parentale conjointe ayant remplacé celui de la responsabilité parentale unique ou principale. Autrefois, il était sans doute fréquent que les mères obtiennent la garde principale ou la responsabilité parentale exclusive de l'enfant, et le fait qu'elles quittent un État ou territoire avec un enfant ne soulevait pas de problèmes en vertu de la Convention de 1980. Aujourd'hui, les modèles de responsabilité parentale conjointe étant bien plus répandus, des restrictions sont souvent posées à la capacité du père ou de la mère de se rendre librement à l'étranger avec ses enfants.

---

<sup>6</sup> La jurisprudence relative à l'art. 13(1)(b) est présentée dans la base de données sur l'enlèvement international d'enfants (INCADAT), disponible à l'adresse < [www.incadat.com](http://www.incadat.com) >, qui vise à promouvoir l'application et l'interprétation uniformes de la Convention de 1980 à l'échelle mondiale. Voir aussi, dans la section « Analyse de jurisprudence » d'INCADAT, les rubriques « Exceptions au retour », puis « Risque grave de danger ». L'analyse de la jurisprudence a été réalisée par P.E. McEleavy, Université de Dundee, Royaume-Uni.

<sup>7</sup> Voir, par ex., Conférence de La Haye de droit international privé, *Guide de bonnes pratiques en vertu de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants – Deuxième partie – Mise en œuvre*, Bristol, Family Law (Jordan Publishing Ltd.), 2011 (ci-après, « Guide de bonnes pratiques sur la mise en œuvre »). Voir en particulier la section 1.4 « Cohérence dans la mise en œuvre et l'interprétation de la Convention : Les dispositions de la Convention devraient être mises en œuvre en ayant à l'esprit l'objectif de cohérence internationale dans l'application de la Convention et son interprétation », et la section 3.4 « La mise en œuvre : un processus continu : Le bon fonctionnement de la Convention de La Haye de 1980 nécessite l'application de la Convention de manière cohérente par tous les États parties ».

<sup>8</sup> Voir E. Pérez-Vera, « Rapport explicatif sur la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 », in *Actes et documents de la Quatorzième Session*, tome III, *Enlèvement d'enfants*, La Haye, Imprimerie Nationale, 1982 (ci-après, « Rapport explicatif »), para. 34. Sur l'application restrictive de l'art. 13(1)(b), voir *infra*, para. 42 et s.

<sup>9</sup> Voir en particulier les art. 2 et 11 de la Convention ; voir aussi, *infra*, para. 91 et s.

<sup>10</sup> N. Lowe (*op. cit.* note 2), para. 42 et 46 à 48.

11. Les autorités compétentes peuvent être aussi confrontées à des allégations de risque grave impliquant des violences domestiques à l'égard d'un parent, d'un enfant ou des deux<sup>11</sup>. La violence domestique peut comprendre des formes et des degrés diversifiés de violences physiques, psychologiques, sexuelles, émotionnelles et, parfois, financières. Les allégations peuvent concerner des situations dans lesquelles l'enfant est une victime « directe » ou bien des circonstances dans lesquelles l'enfant est exposé ou soumis aux effets de la violence domestique dirigée contre l'autre parent (« violence conjugale » ou « violence à l'égard du partenaire intime ») et est à ce titre une victime « indirecte ».

12. Les recherches contemporaines et l'expérience ont permis de mieux comprendre les effets qu'ont sur les enfants des abus directs et l'exposition à la violence à l'égard d'un partenaire intime. On a constaté, par exemple, que le préjudice psychologique que subit l'enfant par suite de l'exposition à la violence à l'égard d'un partenaire intime peut être parfois aussi grave qu'un abus direct (même s'il convient d'évaluer les conséquences pour l'enfant au cas par cas). Parallèlement, un nombre croissant d'États reconnaissent les impacts potentiels de la violence domestique et prennent des mesures et proposent des programmes et des services d'aide aux victimes (voir annexe 3 pour plus d'informations sur la violence domestique). Dans le contexte de la portée limitée des procédures de retour dans lesquelles l'article 13(1)(b) est invoqué, les autorités compétentes peuvent éprouver des difficultés à apprécier ces circonstances afin de déterminer s'il existe un risque grave pour un enfant.

13. En outre, depuis l'adoption de la Convention, les cadres juridiques internationaux ont changé. À l'échelle mondiale, l'adoption de la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant de 1989* (ci-après, la « CNUDE ») a eu des répercussions sur des questions telles que la participation des enfants dans les procédures de retour en vertu de la Convention de 1980 (voir annexe 4 : Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (CNUDE), Observation générale No 12 (2009)), y compris lorsque l'article 13(1)(b) est invoqué<sup>12</sup>. À l'échelle régionale, l'adoption du Règlement Bruxelles II *bis*<sup>13</sup> au sein de l'Union européenne (UE) a prescrit les modalités de la conduite des procédures de retour au sein des États membres de l'UE<sup>14</sup> où le Règlement est applicable<sup>15</sup>. Dans une certaine mesure également, l'interprétation que fait la Cour européenne des droits de l'homme de l'article 8 (« Droit au respect de la vie privée et familiale ») de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950* (ci-après, la « CEDH ») a également influencé la conduite des procédures de retour en vertu de la Convention de 1980<sup>16</sup>.

14. Enfin, les outils et les pratiques en matière de coopération internationale se sont considérablement développés ces dernières années. La Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de 1980 a défini des principes et suggéré de bonnes pratiques concernant le « retour sans danger » d'un enfant et, le cas échéant, d'un parent qui l'accompagne (voir annexe 2). De même, les Autorités centrales désignées en vertu de la Convention (voir *infra*, deuxième partie, section 6, et troisième partie) et les juges saisis de procédures fondées sur la Convention ont développé un ensemble de pratiques utiles grâce aux

<sup>11</sup> Des fonctionnaires d'Autorités centrales et des travailleurs sociaux traitant des affaires d'enlèvement international d'enfants ont noté à titre anecdotique que le nombre limité d'exceptions possibles en vertu de la Convention pourrait expliquer l'augmentation, dans les procédures de retour, des allégations de violence domestique de la part des parents qui emmènent leur enfant, pour lesquels elles seraient une technique contentieuse ou une tactique dilatoire. C'est à l'autorité compétente saisie de l'affaire qu'il revient d'apprécier le fond, la véracité et la gravité des allégations éventuelles dans la mesure requise sans franchir les limites des procédures fondées sur l'art. 13(1)(b).

<sup>12</sup> Voir, par ex., l'art. 12 de la CNUDE. Voir aussi la deuxième partie, section 6, de ce Guide.

<sup>13</sup> Règlement (CE) No 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) No 1347/2000. Voir en particulier l'art. 11 du Règlement.

<sup>14</sup> Le Règlement Bruxelles II *bis* est directement applicable dans tous les États membres de l'Union européenne hormis le Danemark, qui n'est pas lié par celui-ci ni soumis à son application ; voir considérant No 31 et art. 2(3) du Règlement.

<sup>15</sup> Voir, *infra*, para. 68 et s.

<sup>16</sup> Pour une analyse synthétique, voir, par ex., P. Beaumont et L. Walker, « Post Neulinger Case Law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention », *A Commitment to Private International Law Essays in honour of Hans van Loon/Un engagement au service du droit international privé. Mélanges en l'honneur de Hans van Loon*, Cambridge/Anvers/Portland, Intersentia, 2013 ; et P. Beaumont *et al.*, « Child Abduction: Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 64, No 1, 2015.

communications judiciaires directes et au Réseau international de juges de La Haye (voir deuxième partie, section 5, et annexe 5) ainsi qu'à d'autres techniques (voir deuxième partie). Un objectif corollaire de ce Guide est de promouvoir une coopération internationale plus étroite aux fins du fonctionnement optimal de la Convention, dans l'intérêt des enfants et des familles.

## 2. Objectifs et portée de ce Guide

### i. Promouvoir la cohérence

15. Compte tenu des considérations qui précèdent, l'objectif de ce Guide est de promouvoir une plus grande cohérence dans l'application et l'interprétation de l'article 13(1)(b) conformément aux termes et aux objectifs de la Convention de 1980, en prenant en compte les aides à l'interprétation reconnues, comme les Conclusions et Recommandations de la Commission spéciale, le Rapport explicatif et les Guides de bonnes pratiques en vertu de la Convention de 1980 déjà publiés<sup>17</sup>. Dans cet objectif, ce Guide donne des informations et des conseils sur cet article, notamment en présentant les bonnes pratiques d'un ensemble d'États et de territoires, dont beaucoup ont été communiquées par les membres du Groupe de travail chargé de l'élaboration de cet ouvrage<sup>18</sup>.

### ii. Caractère non spécifique et non contraignant des bonnes pratiques

16. Bien qu'il aborde les questions d'interprétation d'un point de vue général, ce Guide **n'est pas conçu** pour diriger l'interprétation de l'article 13(1)(b) dans les affaires individuelles. Celle-ci relève « exclusivement de l'autorité compétente pour décider du retour »<sup>19</sup>, compte dûment tenu des faits propres à chaque espèce. Le rôle prépondérant des faits dans les affaires fondées sur la Convention de 1980 est bien connu, et les autorités compétentes et les autres acteurs sont invités à le garder à l'esprit quand ils consultent ce Guide.

17. Il faut souligner en outre que rien dans ce Guide ne peut être interprété comme étant contraignant pour les États contractants à la Convention de 1980 ou à d'autres Conventions de La Haye ni pour leurs autorités, judiciaires ou autres. Les bonnes pratiques exposées dans ce Guide ont un simple caractère de conseil et sont soumises aux lois et aux procédures nationales, y compris aux différences dues à la tradition juridique. En outre, ce Guide ne vise pas à décrire la position juridique dans tous les États contractants et les références qu'il fait à la jurisprudence et au droit comparé se limitent en grande partie aux notes de bas de page<sup>20</sup>.

18. Tous les États contractants sont invités à examiner leurs pratiques concernant l'application de l'article 13(1)(b) et, si c'est opportun, de les améliorer dans la mesure du possible.

---

<sup>17</sup> Voir, par ex., le Guide de bonnes pratiques sur la mise en œuvre (*op. cit.* note 7), section 8. Voir aussi les trois autres Guides de bonnes pratiques, tous disponibles à l'adresse < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, sous la rubrique « Publications » : *Guide de bonnes pratiques en vertu de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, Première partie – Pratique des Autorités centrales* (Jordan Publishing, 2003) (ci-après, « Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales ») ; *Guide de bonnes pratiques en vertu de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, Troisième partie – Mesures préventives* (Jordan Publishing, 2005) (ci-après, « Guide de bonnes pratiques sur les mesures préventives ») ; et *Guide de bonnes pratiques en vertu de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, Quatrième partie – Exécution* (Jordan Publishing, 2010) (ci-après, « Guide de bonnes pratiques sur l'exécution »).

<sup>18</sup> Voir, *infra*, note 24.

<sup>19</sup> « Rapport de la Deuxième partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de la Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants et de la Convention de la Haye de 1996 sur la protection des enfants (25-31 janvier 2012) » (ci-après, « Rapport de la Deuxième partie de la Sixième réunion de la CS »).

<sup>20</sup> Ces informations sont données à titre d'exemple ; les autorités compétentes et les autres autorités sont invitées à consulter leur jurisprudence nationale et INCADAT (voir deuxième partie, section 2, *infra*) pour plus d'informations et d'autres éléments à jour sur la façon dont les autorités compétentes traitent différentes questions liées à l'art. 13(1)(b).

### iii. Lecteurs auxquels ce Guide est destiné : autorités judiciaires et autres autorités compétentes, Autorités centrales et autres acteurs du système

19. Les informations présentées dans ce Guide visent à aider les juges ou d'autres autorités compétentes saisies d'une procédure de retour, dans leur fonction consistant à apprécier l'exception de risque grave lorsque celle-ci est invoquée devant eux en leur qualité d'autorité compétente appelée à statuer sur une demande de retour<sup>21</sup>.

20. Ce Guide contient également des informations sur le rôle des Autorités centrales désignées en vertu de la Convention<sup>22</sup>. Les bonnes pratiques qu'il présente devraient aider le personnel des Autorités centrales à traiter les demandes envoyées et reçues dans lesquelles l'exception de l'article 13(1)(b) est soulevée et jugée pertinente par les autorités compétentes, et contribuer ainsi à l'efficacité et à la célérité des procédures.

21. Enfin, ce Guide peut être une source d'information pour d'autres autorités et personnes intervenant dans des affaires d'enlèvement d'enfants comme les agents chargés de la protection de l'enfance, les psychologues pour enfants et autres experts, ainsi que les praticiens privés. Il peut notamment aider à mieux comprendre comment les juges et les autres autorités compétentes traitent les affaires fondées sur l'article 13(1)(b).

### iv. Complémentarité des Conventions de 1980 et de 1996

22. Bien que ce Guide soit consacré à l'article 13(1)(b), il aborde d'autres dispositions de la Convention de 1980 et d'autres instruments internationaux dans la mesure où ils peuvent jouer un rôle dans l'application de cet article. 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* (ci-après, la « Convention de 1996 ») en particulier, peut, lorsqu'elle est en vigueur entre les États concernés, faciliter le retour sans danger des enfants lorsque l'exception de risque grave est soulevée<sup>23</sup>.

### v. Remerciements

23. Le Bureau Permanent remercie les nombreux experts qui ont contribué à ce Guide par leurs connaissances et leur expérience. Il remercie plus particulièrement les membres du Groupe de travail sur l'élaboration de ce Guide, qui était composé de juges, de fonctionnaires (notamment de membres du personnel d'Autorités centrales), d'experts académiques / transdisciplinaires et de praticiens privés de différents États et territoires<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> La Convention prévoit que la procédure relative au retour de l'enfant est conduite dans l'État où l'enfant a été déplacé ou retenu (l'« État requis »). Dans la grande majorité des États contractants à la Convention de 1980, les affaires de retour fondées sur la Convention relèvent de la compétence des autorités judiciaires ; elles ne sont confiées à une autorité administrative que dans quelques États seulement (par ex. en Arménie et dans l'Ex-République yougoslave de Macédoine). Les Profils des États contiennent d'utiles informations sur la procédure, ils sont disponibles à l'adresse < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, sous les rubriques « Espace Enlèvement d'enfants », puis « Profils des États » et « Réponses ». Voir aussi le Rapport de la Deuxième partie de la Sixième réunion de la CS (*op. cit.* note 19), para. 49.

<sup>22</sup> Voir art. 6 de la Convention de 1980.

<sup>23</sup> Voir *infra*, para. 147 et s. sur les mesures de protection prévues à l'art. 11 de la Convention de 1996.

<sup>24</sup> Juges : l'Honorable Diana Bryant (Australie), Présidente, Dra. María Lilián Bendahan Silvera (Uruguay), Mag. Oscar Gregorio Cervera Rivero (Mexique), l'Honorable Jacques Chamberland (Canada), l'Honorable Bebe Pui Ying Chu (Chine, RAS de Hong Kong), l'Honorable Martina Erb-Klünemann (Allemagne), le juge Yetkin Ergün (Turquie), l'Honorable juge Francisco Javier Forcada Miranda (Espagne), l'Honorable Ramona A. Gonzalez (États-Unis d'Amérique), la très Honorable Lady Hale (Royaume-Uni), la juge Torunn E. Kvisberg (Norvège), Mme Annette C. Olland (Pays-Bas), la juge Belinda Van Heerden (retraîtée) (Afrique du Sud), M. Hironori Wanami (Japon) ; Fonctionnaires : Mme Aline Albuquerque (Brésil), M. Hatice Seval Arslan (Turquie) ; Dr Frauke Bachler (Allemagne), Mme Gonca Gülfem Bozdog (Turquie), Mme Natália Camba Martins (Brésil), Mme Marie-Alice Esterhazy (France), Mme Victoria Granillo Ocampo (Argentine), M. Christian Höhn (Allemagne), Mme Leslie Kaufman (Israël), M. Francisco George Lima Beserra (Brésil), Mme Jocelyne Palenne (France), Mme Marie Riendeau (Canada), Mme Andrea Schulz (Allemagne), Mme Petunia Itumeleng Seabi-Mathope (Afrique du Sud), M. Agris Skudra (Lettonie), M. Daniel Trecca (Uruguay), Mme Kumiko Tsukada (Japon), M. Yuta Yamasaki (Japon), M. Juan Francisco Zarricueta Baeza (Chili) ; Experts académiques / transdisciplinaires et praticiens privés : Prof. Nicholas Bala (Canada), M. Stephen J. Cullen (États-Unis d'Amérique), Mme Mikiko Otani (Japon), Dr Heidi Simoni (Suisse), Mme Zenobia Du Toit (Afrique du Sud).

### 3. Comment utiliser ce Guide

Ce Guide n'est pas conçu pour être lu de bout en bout. Certaines parties s'adressent à des autorités particulières, et certaines questions qui peuvent être pertinentes pour une affaire mais pas pour d'autres sont présentées dans les différentes sections sous les rubriques pertinentes. La présentation résumée qui suit est destinée à faciliter la consultation des ressources présentées dans ce Guide.

1. L'**Introduction** présente le contexte dans lequel s'inscrit ce Guide, ses **objectifs** et sa **portée**, et contient un **avertissement** important.

2. Si vous êtes une autorité **judiciaire** ou **administrative** (une « **autorité compétente** ») saisie d'une procédure de retour :

**Première partie : Contexte interprétatif**

- a. présente l'article 13(1)(b) dans le cadre de la Convention de 1980 (section 1)
- b. énonce les principaux principes d'interprétation de l'article 13(1)(b) (section 2)
- c. mentionne deux instruments régionaux connexes en Europe et en Amérique latine (section 3)

**Deuxième partie : La partie centrale du Guide à l'intention des autorités compétentes présente les questions pratiques et les approches pertinentes pour les procédures fondées sur l'article 13(1)(b).**

- a. La section 1 donne un aperçu des bonnes pratiques dans l'application de l'article 13(1)(b)
- b. La section 2 décrit la base de données de la jurisprudence mondiale, INCADAT
- c. La section 3 aborde les principes généraux qu'il convient d'appliquer aux procédures fondées sur l'article 13(1)(b), y compris la portée limitée des procédures et l'impératif de célérité et de stricte gestion des affaires
- d. La section 4 présente deux approches courantes de l'analyse de l'exception de risque grave
- e. Les sections 5 et 6 sont consacrées aux communications judiciaires directes et à l'assistance des Autorités centrales
- f. La section 7 couvre le « retour sans danger » et les mesures de protection
- g. La section 8 est consacrée aux preuves et aux informations y compris, le cas échéant, aux avis d'experts
- h. La section 9 couvre la participation de l'enfant à la procédure de retour
- i. La section 10 est consacrée à la médiation
- j. La section 11 examine d'autres aspects pratiques des procédures de retour

**Quatrième partie : Cas types / faits types**

Présente les éléments factuels courants dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b) et les approches possibles pour régler efficacement les questions soulevées

3. Les **annexes** du Guide contiennent d'autres informations importantes, notamment sur le **retour sans danger** de l'enfant et, le cas échéant, du parent qui l'accompagne (annexe 2), la **violence domestique** (annexe 3), le droit de l'enfant d'être entendu en vertu de la **CNUDE** (annexe 4) et les **Principes relatifs aux communications judiciaires directes** (annexe 5)

4. Si vous êtes fonctionnaire d'une **Autorité centrale**, la **troisième partie** précise quelle forme d'assistance les Autorités centrales peuvent apporter dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b)

5. La **cinquième partie** suggère d'**autres ressources et formations** sur le fonctionnement de la Convention de 1980 et les affaires fondées sur l'article 13(1)(b)

**D'autres informations, des aides à l'interprétation et le texte intégral de la Convention de 1980 sont disponibles à l'adresse**

**[www.hcch.net](http://www.hcch.net), sous la rubrique « Espace Enlèvement d'enfants »**

**Pour la jurisprudence internationale relative à l'application de la Convention de 1980, voir INCADAT : [www.incadat.com](http://www.incadat.com)**

#### 4. Discussions sur l'article 13(1)(b) lors des réunions de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de 1980

24. La Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de 1980 a évoqué l'article 13(1)(b) à plusieurs reprises.

25. En 1997, les experts présents lors de la Troisième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de 1980 ont noté que l'article 13(1)(b) « est une disposition très sensible de la Convention ». Ils ont insisté sur la nécessité d'une application restrictive de cet article car « [m]al utilisé, il pourrait ruiner l'efficacité de la Convention » et ont souligné que « les tribunaux de la résidence habituelle de l'enfant sont les tribunaux les plus appropriés pour connaître des demandes relatives à la garde ou aux questions connexes ». Certains experts ont estimé que « les tribunaux devraient se montrer plus sensibles aux dangers qui peuvent être encourus par un enfant si son retour est ordonné ». Toutefois, il a été souligné que « ce n'est pas aux tribunaux d'entamer une enquête sociale détaillée uniquement parce qu'il est allégué que l'enfant court un danger si le retour devait être ordonné. Une telle mesure risque en effet de conduire à une décision au fond »<sup>25</sup>.

26. En 2001, les experts présents lors de la Quatrième réunion de la Commission spéciale ont noté que l'exception de l'article 13(1)(b) « de manière générale a été interprétée de manière restrictive par les tribunaux des États contractants » car les statistiques faisaient apparaître un nombre assez réduit de refus d'accorder le retour fondés sur cette exception. La Commission spéciale a conclu que « [l']interprétation restrictive de cette exception permet de respecter les objectifs de la Convention, comme le corrobore le Rapport explicatif [...] »<sup>26</sup>. Cette conclusion a été réaffirmée en 2006 lors de la Cinquième réunion de la Commission spéciale<sup>27</sup>.

27. En 2011, lors de la Première partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale, les discussions relatives à l'exception de risque grave ont plus particulièrement porté sur les allégations de violence domestique et les procédures de retour, qui, selon certaines observations, étaient plus fréquentes parce que les parents ayant emmené l'enfant étaient aujourd'hui plus souvent des mères<sup>28</sup>. La Commission spéciale a également noté qu'« un grand nombre de pays traitent la question des violences conjugales et familiales comme un sujet d'une haute priorité, notamment à travers la sensibilisation et la formation ». Elle a conclu que « [...] les allégations de violence conjugale ou familiale et les risques éventuels pour l'enfant devraient être examinés rapidement et de manière appropriée dans la mesure exigée par les objectifs de cette exception »<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Voir le « Rapport de la Troisième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (17-21 mars 1997) », disponible à l'adresse < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, sous les rubriques « Espace Enlèvement d'enfants », puis « Commissions spéciales sur le fonctionnement de la Convention » et « Commissions spéciales précédentes », Question 27, para. 58.

<sup>26</sup> « 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) » (ci-après, « Conclusions et Recommandations de la Quatrième réunion de la CS »), para. 4.3, disponibles à l'adresse < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) > (chemin d'accès indiqué *ibid.*).

<sup>27</sup> « Conclusions et Recommandations de la Cinquième 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 et la mise en œuvre de 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 (30 octobre–9 novembre 2006) », para. 1.4.2, disponibles à l'adresse < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) > (chemin d'accès indiqué à la note 25).

<sup>28</sup> Voir le « Rapport de la Première partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et de la Convention Protection des enfants de 1996 (1-10 juin 2011) » (ci-après, « Rapport de la Première partie de la Sixième réunion de la CS »), para. 92 et s. Voir aussi « Violence conjugale et familiale et l'exception de « risque grave » de l'article 13 dans le fonctionnement de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants : document de réflexion », établi par le Bureau Permanent, Doc. pré-l. No 9 de mai 2011. Ces deux documents sont disponibles à l'adresse < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) > (chemin d'accès indiqué à la note 25).

<sup>29</sup> Voir « Conclusions et Recommandations de la Sixième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et de la Convention Protection des enfants de 1996 » (ci-après, « Conclusions et Recommandations de la Sixième réunion de la CS »), disponibles à l'adresse < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) > (chemin d'accès indiqué à la note 25), para. 35 et 36.

28. Les discussions portant sur la violence domestique dans les procédures de retour se sont poursuivies dans la Deuxième partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale, qui a conclu que « l'appréciation de la preuve et la détermination de l'exception du risque grave (art. 13(1)(b)), y compris les allégations de violence conjugale, [relevaient] exclusivement de l'autorité compétente pour décider du retour, en tenant dûment compte de l'objectif de la Convention de 1980 qui est de garantir le retour immédiat et sans danger de l'enfant »<sup>30</sup>. Les experts ont suggéré qu'il convenait de conduire d'autres travaux pour promouvoir une interprétation cohérente de l'article 13(1)(b) et certains ont remarqué qu'une application cohérente de cette exception était importante pour garantir la sécurité de l'enfant<sup>31</sup>.

29. La majorité des experts ont considéré que si de nouveaux travaux étaient menés, ceux-ci ne devraient pas se borner à la violence domestique et familiale dans le contexte de l'article 13(1)(b) et devraient couvrir toutes les situations dans lesquelles un « risque grave de danger » peut être allégué. Plusieurs experts ont expliqué que limiter l'examen de l'article 13(1)(b) à la violence domestique pourrait conduire à appliquer une norme différente dans les affaires où des violences domestiques sont alléguées<sup>32</sup>. Il convient donc de souligner d'emblée que bien que ce Guide puisse présenter une analyse plus étendue des allégations de violence domestique que des autres chefs de risque grave de danger (pour les raisons exposées plus haut), les allégations de violence domestique ne devraient pas être traitées différemment des autres allégations en vertu de l'article 13(1)(b) ; elles devraient être soumises au même niveau de preuve et la charge de la preuve devrait peser de manière identique sur l'auteur de ces allégations.

30. À l'issue de cette discussion, les experts ont recommandé que « de plus amples travaux soient entrepris en vue de promouvoir la cohérence dans l'interprétation et l'application de l'article 13(1)(b), y compris les allégations de violence conjugale et familiale mais ne se limitant pas uniquement à celles-ci [...] [et que le] Conseil sur les affaires générales et la politique [autorise] la constitution d'un Groupe de travail composé de juges, d'Autorités centrales et d'experts multidisciplinaires aux fins d'élaborer un Guide de bonnes pratiques sur l'interprétation et l'application de l'article 13(1)(b), comprenant une partie visant à fournir des orientations spécifiquement destinées aux autorités judiciaires, prenant en compte les Conclusions et Recommandations des précédentes réunions de la Commission spéciale et les Guides de bonnes pratiques »<sup>33</sup>.

31. À la suite de ces recommandations, le Conseil sur les affaires générales et la politique de 2012 a décidé « d'établir un Groupe de travail, composé d'un large éventail d'experts, comprenant des juges, des Autorités centrales et des experts multidisciplinaires, en vue d'élaborer un Guide de bonnes pratiques sur l'interprétation et l'application de l'article 13(1)(b) de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, comprenant une partie visant à fournir des orientations spécifiquement destinées aux autorités judiciaires »<sup>34</sup>. Cette décision constitue le mandat aux fins de l'élaboration de ce Guide.

---

<sup>30</sup> *Ibid.*, para. 80.

<sup>31</sup> Voir le Rapport de la Deuxième partie de la Sixième réunion de la CS (*op. cit.* note 19), para. 43 et s.

<sup>32</sup> *Ibid.*, para. 50.

<sup>33</sup> Voir les Conclusions et Recommandations de la Sixième réunion de la CS (*op. cit.* note 29), para. 81-82.

<sup>34</sup> Voir para. 6 des Conclusions et Recommandations du Conseil sur les affaires générales et la politique de 2012, disponibles à l'adresse < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, sous les rubriques « Gouvernance », puis « Conseil sur les affaires générales et la politique ».

## PREMIÈRE PARTIE : Contexte interprétatif

### 1. L'article 13(1)(b) dans le système normatif de la Convention de 1980

#### i. Objectifs et principes sous-jacents de la Convention de 1980 et de la CNUDE

32. L'importance primordiale de l'intérêt de l'enfant pour toute question relative à sa garde est le principe qui sous-tend la Convention de 1980, comme le déclare son préambule. À partir de cette conviction, la Convention a été élaborée pour 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 son retour immédiat dans l'État de sa résidence habituelle, ainsi que d'assurer la protection du droit de visite<sup>35</sup>.

33. Les deux principaux objectifs exprimés par la Convention sont :

- d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout État contractant ;
- de faire respecter effectivement dans les autres États contractants les droits de garde et de visite existant dans un État contractant<sup>36</sup>.

34. Pour atteindre ces objectifs, la Convention instaure un système de coopération étroite entre les autorités judiciaires et administratives des États contractants<sup>37</sup> et demande à ces derniers de recourir aux procédures d'urgence prévues par leur droit interne aux fins des procédures fondées sur la Convention<sup>38</sup>.

35. Les termes de la Convention illustrent le postulat fondamental selon lequel le déplacement ou le non-retour illicite d'un enfant est généralement préjudiciable à son bien-être<sup>39</sup> et dans la majorité des cas, il sera dans l'intérêt supérieur de l'enfant de retourner dans l'État de la résidence habituelle où toute question relative à la garde ou au droit de visite, y compris le droit d'un parent de déménager dans un autre État avec l'enfant, devrait être résolue<sup>40</sup>. Le retour immédiat de l'enfant répond également au souhait de rétablir une situation unilatéralement modifiée par le parent qui a emmené l'enfant (c.-à-d. de rétablir la situation antérieure)<sup>41</sup>.

36. La Convention de 1980 donne effet à d'importantes dispositions de la CNUDE, notamment ses articles 9(3) et 10(2), qui établissent le droit de l'enfant d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, et son article 11, qui vise à lutter contre les déplacements et les non-retours illicites d'enfants à l'étranger. Elle donne en outre effet à l'article 35 de la CNUDE dont un des objectifs est de prévenir l'enlèvement d'enfants.

<sup>35</sup>Voir le préambule de la Convention de 1980.

<sup>36</sup> Voir art. 1.

<sup>37</sup> Voir le Rapport explicatif (*op. cit.* note 8), para. 35 et s.

<sup>38</sup> Voir art. 2. Pour plus d'informations sur le recours aux procédures d'urgence, voir, *infra*, para. 91 et s.

<sup>39</sup> Le caractère préjudiciable de l'enlèvement international pour le bien-être de l'enfant a été confirmé dans différentes études, notamment M. Freeman, *International Child Abduction: the Effects*, Reunite International Child Abduction Centre, 2006 et *Parental Child Abduction: The Long-Term Effects*, International Centre for Family Law, Policy and Practice, 2014 ; G.L. Greif, « The long-term aftermath of child abduction: Two case studies and implications for family therapy », *American Journal of Family Therapy*, vol. 37, 2009, p. 273 à 286.

<sup>40</sup> Voir le Rapport explicatif (*op. cit.* note 8), para. 20 à 26. Il est précisé au para. 24 que la philosophie de la Convention peut être définie comme suit : « La lutte contre la multiplication des enlèvements internationaux d'enfants doit toujours être inspirée par le désir de protéger les enfants, en se faisant l'interprète de leur véritable intérêt. Or, 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 au nom de droits plus ou moins discutables sur sa personne. »

<sup>41</sup> Voir le Rapport explicatif (*ibid.*), para. 17.

## ii. Obligation d'assurer le retour immédiat de l'enfant : article 12

37. L'article 12 énonce l'obligation d'assurer le retour immédiat de l'enfant. Il dispose que l'autorité compétente de l'État contractant où l'enfant a été illicitement déplacé ou retenu doit ordonner son retour immédiat lorsqu'il s'est écoulé moins d'un an depuis le déplacement ou le non-retour illicite au moment de l'introduction de la demande devant l'autorité compétente requise<sup>42</sup>. L'autorité compétente est tenue d'ordonner le retour même lorsqu'elle est saisie après l'expiration de ce délai d'un an à moins qu'il ne soit établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu<sup>43</sup>.

38. Conformément à l'objectif de retour *immédiat* de l'enfant énoncé par la Convention<sup>44</sup>, l'article 12(1) oblige l'autorité compétente de l'État requis à ordonner le retour « *immédiat* »<sup>45</sup>. Cette obligation est renforcée par l'article 11, qui oblige les autorités judiciaires et administratives à procéder d'urgence en vue du retour de l'enfant et prévoit que 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'État requis (de sa propre initiative ou sur requête de l'Autorité centrale de l'État requérant) peut demander une déclaration sur les raisons de ce retard<sup>46</sup>.

39. Bien que le préambule de la Convention évoque le retour de l'enfant dans « l'État de sa résidence habituelle », cette référence est absente dans l'article 12 et dans les autres articles de la Convention. Cette omission est délibérée ; elle permet à l'autorité compétente, dans certaines circonstances, d'ordonner s'il y a lieu le retour de l'enfant dans un autre lieu que l'État de la résidence habituelle avant le déplacement ou le non-retour illicite, par exemple, lorsque le demandeur n'y réside plus<sup>47</sup>.

40. La Convention ne précise pas non plus à qui l'enfant doit être remis. Elle ne prévoit pas, en particulier, qu'il soit confié au *parent auquel il a été retiré*. Cette flexibilité reflète le principe sous-jacent qui veut que la question de savoir qui s'occupera de l'enfant à son retour soit tranchée par une autorité compétente de l'État de la résidence habituelle conformément à la loi qui régit le droit de garde, y compris toute ordonnance pouvant s'appliquer entre les parents ou d'autres personnes intéressées.

41. L'obligation d'assurer le retour immédiat de l'enfant est renforcée par l'article 18, aux termes duquel les dispositions du chapitre III (« Retour de l'enfant », art. 8 à 20) ne limitent pas le pouvoir d'une autorité judiciaire ou administrative d'ordonner le retour de l'enfant à tout moment. Cet article autorise le tribunal saisi de la procédure de retour à ordonner le retour de l'enfant en invoquant d'autres dispositions plus favorables à la réalisation de cet objectif<sup>48</sup>.

<sup>42</sup> Voir art. 12(1). Pour plus d'informations sur l'art. 12, voir le Rapport explicatif (*ibid.*), para. 106 et s.

<sup>43</sup> Voir art. 12(2). Alors que le premier alinéa de l'art. 12 énonce les situations dans lesquelles les autorités de l'État requis sont tenues d'ordonner le retour de l'enfant, le deuxième alinéa prévoit une exception à l'obligation de retour. Il reconnaît que lorsqu'un long délai s'est écoulé et que l'enfant s'est intégré dans l'État requis, son retour dans l'État de la résidence habituelle, qui rétablit le *statu quo*, ne répond pas toujours à l'objectif de protection de son intérêt supérieur et qu'il peut au contraire engendrer pour lui de nouvelles difficultés. Voir pour plus d'informations, par ex., R. Schuz, *The Hague Child Abduction Convention – A critical analysis*, Oxford et Portland, Oregon, Hart Publishing, 2013, p. 225 et s.

<sup>44</sup> Voir le préambule de la Convention et l'art. 1(a). L'importance du retour « immédiat » de l'enfant est également soulignée à l'art. 7(1).

<sup>45</sup> Contrairement à l'art. 12(1), l'art. 12(2) n'évoque qu'un simple « retour » et non un « retour immédiat », considérant que dans les circonstances dans lesquelles cette disposition s'applique, le retour de l'enfant interviendrait plus d'un an après le déplacement ou le non-retour illicite ; voir le Rapport explicatif (*op. cit.* note 8), para. 109.

<sup>46</sup> Voir dans ce contexte, *infra*, para. 96.

<sup>47</sup> Voir le Rapport explicatif (*op. cit.* note 8), para. 110.

<sup>48</sup> Voir *ibid.*, para. 106 et 112.

### iii. Exceptions à l'obligation d'assurer le retour immédiat de l'enfant

42. Les articles 12 (voir ci-dessus), 13 et 20 de la Convention prévoient un nombre limité d'exceptions ou « moyens » d'opposition au retour qui, lorsqu'elles sont soulevées et que le niveau de preuve approprié est apporté, lèvent l'obligation qui pèse sur l'autorité compétente de l'État requis d'ordonner le retour de l'enfant<sup>49</sup>.

#### **Autres exceptions au retour**

##### **1. Article 12**

- Si un délai de 12 mois s'est écoulé depuis l'introduction de la demande de retour et s'il est démontré que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu, le tribunal peut refuser d'ordonner le retour de l'enfant.

##### **2. Article 13(1)(a)**

- S'il est établi que le parent auquel l'enfant a été retiré n'exerçait pas effectivement son droit de garde à l'époque du déplacement ou du non-retour, le tribunal n'est pas tenu d'ordonner le retour de l'enfant.
- De même, s'il est établi que le parent auquel l'enfant a été retiré a consenti ou acquiescé postérieurement à ce déplacement ou à ce non-retour, le tribunal n'est pas tenu d'ordonner le retour de l'enfant.

##### **3. Article 13(2)**

- Le tribunal peut refuser d'ordonner le retour de l'enfant s'il 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 son point de vue.

##### **4. Article 20**

- Le retour de l'enfant peut être refusé quand il ne serait pas permis par les principes fondamentaux de l'État requis en matière de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

43. Par ces exceptions, la Convention reconnaît que le déplacement ou le non-retour illicite d'un enfant peut être parfois justifié par des raisons objectives touchant soit à sa personne, soit à l'environnement qui lui était le plus proche ou dans lequel son retour est demandé<sup>50</sup>. Le postulat fondamental selon lequel un retour immédiat est dans l'intérêt supérieur de l'enfant peut donc être contesté au cas par cas.

44. Le Rapport explicatif déclare que les exceptions « doivent être appliquées en tant que telles », c'est-à-dire « restrictivement si l'on veut éviter que la Convention devienne lettre morte »<sup>51</sup>. Il précise en outre qu'une « invocation systématique des exceptions mentionnées, substituant ainsi au for de la résidence de l'enfant le for choisi par l'enleveur, fera s'écrouler tout l'édifice conventionnel, en le vidant de l'esprit de confiance mutuelle qui l'a inspiré »<sup>52</sup>.

45. Concernant l'exception de l'article 13(1)(b), l'autre danger est qu'un tribunal l'applique de telle manière que la procédure relative au retour de l'enfant devienne une procédure

<sup>49</sup> Voir, *supra*, note 10 (citant le Doc. prélim. No 8 A, para. 17 et para. 100 et s), qui présente les dernières statistiques mondiales analysant les motifs des décisions judiciaires refusant le retour. Concernant les liens entre les exceptions, voir, *infra*, para. 48 et s.

<sup>50</sup> Voir le Rapport explicatif (*op. cit.* note 8), para. 25.

<sup>51</sup> Voir, dans ce contexte, para. 4.3 des Conclusions et Recommandations de la Quatrième réunion de la CS (*op. cit.* note 26), qui a été réaffirmé dans les Conclusions et Recommandations de la Cinquième réunion de la CS (*op. cit.* note 27), disponibles à l'adresse < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) > (chemin d'accès indiqué à la note 25).

<sup>52</sup> Voir, *ibid.*, para. 34. Lors de l'élaboration de la Convention, de nombreux délégués ont reconnu que des exceptions trop générales ou interprétées trop largement pourraient en fait nuire à la Convention tout entière. La délégation de l'Allemagne a déclaré, par ex. : « Plus la formulation de la disposition est générale et vague, plus l' " enleveur " a les moyens de résister avec succès au retour de l'enfant. Dans l'intérêt d'un " fonctionnement " efficace [...], les exceptions devraient être les plus restreintes possibles et seules les situations qui méritent véritablement une exception devraient être prévues » [traduction du Bureau Permanent]. Voir *Actes et documents de la Quatorzième Session*, tome III, *Enlèvement d'enfants* (*op. cit.* note 8), p. 216.

contradictoire sur le fond de la garde<sup>53</sup>. Le tribunal doit éviter de créer une forme de compétence qui lui permette de traiter des questions qu'il appartient à l'État de la résidence habituelle de trancher<sup>54</sup>.

46. Une application trop large des exceptions nuirait à la Convention, comme le note le Rapport explicatif, mais il en irait de même d'une application *trop* restrictive. La Convention reconnaît, en ses articles 13 et 20, que dans certaines circonstances, le retour serait tellement préjudiciable à l'enfant que l'ordonner serait contraire à ses objectifs. Une application restrictive de ces articles ne doit donc pas signifier qu'ils ne doivent jamais être appliqués<sup>55</sup>. Dans certaines situations, la décision appropriée serait inévitablement de refuser le retour de l'enfant.

47. Il faut également souligner que si les procédures de retour doivent être rapides, le mécanisme de retour en vertu de la Convention de 1980 ne s'applique pas automatiquement. Lorsqu'un risque grave au sens de l'article 13(1)(b) a été établi et qu'il n'existe aucune mesure de protection adéquate, un juge peut décider de refuser le retour d'un enfant. Cette disposition résulte d'un des délicats compromis trouvés par les rédacteurs de la Convention.

#### **iv. Relation entre l'article 13(1)(b), les autres exceptions au retour et les autres éléments de l'affaire**

48. Les exceptions prévues aux articles 12, 13 et 20 sont autonomes ; elles sont donc examinées séparément par le tribunal si le parent ayant emmené l'enfant ou un autre organisme qui s'oppose au retour soulève plus d'une exception<sup>56</sup>.

49. Il peut cependant exister des situations dans lesquelles l'exception prévue à l'article 13(2), relative à l'opposition d'un enfant au retour, a conduit à considérer l'exception de risque grave. Par exemple, l'aîné d'une fratrie peut s'opposer au retour en vertu de l'article 13(2) et le tribunal envisage d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour refuser le retour, constatant qu'il a atteint un âge et un degré de maturité auxquels il est approprié de tenir compte de ses vœux. Il peut être allégué qu'en cas de non-retour de l'aîné des enfants, un cadet ou un benjamin (qui ne s'oppose pas au retour ou qui n'a pas atteint un âge et un degré de maturité où il se révèle approprié de tenir compte de son point de vue) serait placé, en cas de retour, dans une « situation intolérable » en vertu de l'article 13(1)(b) s'il était séparé de son frère ou de sa sœur<sup>57</sup>.

50. En outre, des travaux de recherche et des décisions de justice ont relevé que la dynamique de la violence domestique ou familiale peut être pertinente pour la question de la résidence habituelle (en vertu des art. 3 et 4) lorsque, par exemple, les membres de la famille sont amenés par la force ou la tromperie à déménager<sup>58</sup>.

<sup>53</sup> Voir, par ex., les contributions des États-Unis d'Amérique lors du processus d'élaboration, déclarant, entre autres, que « les exceptions à caractère général tendront à transformer pratiquement toutes les procédures de retour en procédures contradictoires sur le fond de la garde. Aucun avocat de l'enleveur ne manquerait de soulever une ou plusieurs exceptions » [traduction du Bureau Permanent] ; voir *Actes et documents de la Quatorzième Session*, tome III, *Enlèvement d'enfants (ibid.)*, p. 242 et 301.

<sup>54</sup> Déclaration de la délégation de l'Irlande lors du processus d'élaboration, voir *ibid.*, p. 302.

<sup>55</sup> Voir en ce sens, par ex., la décision de la Chambre des Lords, Royaume Uni dans l'affaire *Re D. (A Child) (Abduction: Rights of Custody)* [2006] UKHL 51 [référence INCADAT : HC/E/UKe 880], para. 51.

<sup>56</sup> Pour des informations sur l'art. 20, voir, par ex., le Rapport explicatif (*op. cit.* note 8), para. 31 à 33 et para. 118. Voir aussi P.R. Beaumont et P.E. McElevy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford University Press, 1999, p. 172 et s. Dans l'affaire *Re K. (Abduction: Psychological harm)* [1995] 2 FLR 550 [référence INCADAT : HC/E/UKe 96], la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles (Royaume-Uni) a noté qu'il y a des objections à l'adoption d'une interprétation de l'art. 20 qui aurait pour effet de contourner, ou de sensiblement modifier, la portée des autres articles, et en particulier l'art. 13(1)(b).

<sup>57</sup> Voir, *infra*, para. 279 et s. sur la séparation d'un enfant avec ses frères et sœurs au retour.

<sup>58</sup> Voir, par ex., l'étude de Lindhorst et Edleson, dont il ressort que dans 40 % des affaires, le parent ayant emmené l'enfant avait déclaré que le déménagement dans l'État qu'ils avaient ensuite quitté avait été accompli de force par des menaces ou par la dissimulation, T. Lindhorst et J.L. Edleson, *Battered Women, Their Children, and International Law*, Boston, Northeastern University Press, 2012, p. 58 à 63. Voir aussi la jurisprudence suivante, dans laquelle les tribunaux ont jugé qu'en raison du caractère coercitif du déplacement, la résidence habituelle des enfants n'était pas établie, Tribunal fédéral des États-Unis pour le district est de Washington (*United States District Court for the Eastern District of Washington*) dans l'affaire *Tsarbopoulos v. Tsarbopoulos*, 176 F. Supp.2d 1045 (E.D. Wash. 2001) [référence INCADAT : HC/E/USf 482] ; Tribunal fédéral des États-Unis pour le district de l'Utah, Division du centre (*United States District Court for the District of Utah, Central Division*), dans l'affaire *In re Ponath*, 829 F. Supp. 363 (D. Utah 1993) [référence INCADAT : HC/E/USf 144] ; et Tribunal fédéral

## 2. Portée de l'article 13(1)(b)

51. Aux termes de l'article 13(1)(b), l'autorité judiciaire ou administrative de l'État requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant si la personne, l'institution ou l'autre organisme qui s'oppose au retour de l'enfant établit « 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'exception de risque grave découle de la prise en considération de l'intérêt de l'enfant, compte tenu de « l'intérêt primaire de toute personne de ne pas être exposée à un danger physique ou psychique, ou placée dans une situation intolérable »<sup>59</sup>.

### i. L'enfant au cœur de l'article 13(1)(b)

52. La formulation de l'article 13(1)(b) (« que le retour de l'enfant ne l'expose ») précise que la question qui se pose est de savoir si le retour exposerait *l'enfant*, et non une autre partie, à un risque grave. C'est donc la situation de l'enfant qui doit être au cœur de l'examen.

53. Néanmoins, l'article 13(1)(b) se préoccupe aussi de la difficulté, par exemple, d'un parent qui a emmené l'enfant, dans la mesure où sa situation a un impact sur celui-ci. Lorsqu'il est établi que le parent qui a emmené l'enfant encourt un risque grave de danger à son retour avec l'enfant dans l'État de la résidence habituelle qui ne peut être réglé de manière satisfaisante par les mesures de protection possibles dans cet État et qui, s'il se produisait, exposerait *l'enfant* à un risque grave au sens de l'article 13(1)(b), l'exception de risque grave peut être établie<sup>60</sup>.

### ii. L'aspect « prospectif » de l'article 13(1)(b)

54. La formulation de l'article 13(1)(b) (« risque grave que le retour de l'enfant ») indique en outre que l'exception est « prospective » en ce qu'elle s'attache à la situation de *l'enfant au retour* et à la possibilité qu'elle ne l'expose à un risque grave.

55. L'examen de l'exception de risque grave ne peut donc être limité ou principalement centré sur une analyse de la situation qui existait avant ou au moment du déplacement ou du non-retour illicite. Il requiert en fait d'envisager l'avenir, c'est-à-dire la situation dans laquelle l'enfant se trouverait en cas de retour immédiat. L'examen couvrirait alors également, si cela était jugé nécessaire, les mesures de protection adéquates et efficaces qui ont été ou pourraient être prises dans l'État de la résidence habituelle afin de garantir le retour sans danger de l'enfant et, le cas échéant, d'un parent qui l'accompagne, dans cet État<sup>61</sup>.

56. En ce qui concerne l'examen visant à déterminer s'il existe des mesures de protection adéquates et efficaces, deux approches peuvent être évoquées<sup>62</sup>. Certains tribunaux procèdent à cet examen avant ou au moment d'examiner si le parent qui a emmené l'enfant a établi qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant n'expose celui-ci à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable<sup>63</sup>. D'autres tribunaux examinent les mesures de protection dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire en vertu de l'article 13(1)(b), après avoir constaté qu'un risque grave est établi<sup>64</sup>. L'approche retenue par le tribunal n'a pas d'incidence sur l'issue de l'affaire, retour ou refus de retour, mais elle peut en avoir sur la procédure, notamment sur sa célérité.

---

des États-Unis pour le district sud de l'Ohio, Division de l'ouest (*United States District Court for the Southern District of Ohio, Western Division*), dans l'affaire *Ostevoll v. Ostevoll*, 2000 WL 1611123 (S.D. Ohio 2000) [référence INCADAT : HC/E/USf 1145].

<sup>59</sup> Voir le Rapport explicatif (*op. cit.* note 8), para. 29. Voir aussi, *supra*, para. 43.

<sup>60</sup> Voir la deuxième partie, section 7(iii), de ce Guide. Voir aussi les scénarios présentés dans la quatrième partie et l'annexe 3.

<sup>61</sup> Voir, *infra*, para. 137 et s. sur les mesures de protection dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b).

<sup>62</sup> Voir dans ce contexte les logigrammes, *infra*, para. 107 et s.

<sup>63</sup> Les tribunaux qui appliquent le Règlement Bruxelles II *bis*, en particulier, étudient si des mesures de protection adéquates et efficaces peuvent être prises lorsqu'ils examinent si un risque grave a été établi en vertu de l'art. 11(4) du Règlement, voir, *infra*, para. 68 et s.

<sup>64</sup> Voir, *infra*, para. 66.

### iii. « Risque grave »

57. Le terme « risque grave » illustre l'intention des rédacteurs, qui souhaitaient une application restrictive de l'exception<sup>65</sup>. En fait, lors de l'élaboration de la Convention, les exigences d'une approche restrictive ont conduit à adopter une formulation plus étroite de l'article 13(1)(b) que celle qui avait été initialement proposée. Le terme employé dans l'exception au départ, « risque important », a été remplacé par « risque grave » parce que l'adjectif « grave » exprime un degré de gravité supérieur<sup>66</sup>.

58. Ce sont les faits de l'espèce qui déterminent si le risque allégué peut être considéré comme « grave » ou non. De manière générale, la jurisprudence montre que la plupart des tribunaux de différents États et territoires ont confirmé que le niveau de risque requis pour déclencher l'exception de l'article 13(1)(b) est élevé et ont appliqué l'exception de manière restrictive, conformément aux recommandations de la Commission spéciale<sup>67</sup>.

### iv. Exposition à un danger physique ou psychique ou placement dans une situation intolérable

59. L'article 13(1)(b) prévoit trois catégories de risque :

- un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ;
- un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger psychique ;
- un risque grave que de toute autre manière le retour de l'enfant ne le place dans une situation intolérable ;

60. Bien que ces trois catégories constituent des exceptions indépendantes les unes des autres, elles n'en sont pas moins liées ; en effet, l'expression « de toute autre manière » indique que le danger physique ou psychique dont il s'agit est un danger tel qu'il constitue lui aussi une situation intolérable<sup>68</sup>.

61. L'adjectif « intolérable » indique que l'exception exige que le danger physique ou psychique encouru par l'enfant ou la situation potentielle dans laquelle il serait placé au retour soit tel qu'on ne peut raisonnablement escompter que l'enfant le tolère<sup>69</sup>.

62. Chaque catégorie d'exception peut être soulevée de manière autonome pour justifier une dérogation à l'obligation du retour immédiat de l'enfant ; il est donc arrivé qu'elles soient toutes les trois soulevées simultanément, chacune indépendamment des deux autres<sup>70</sup>. Toutefois, bien qu'elles soient indépendantes, elles sont souvent employées ensemble et les tribunaux ne les ont pas toujours clairement distinguées dans leurs décisions<sup>71</sup>.

<sup>65</sup> Voir, *supra*, para. 44 à 46.

<sup>66</sup> Voir *Actes et documents de la Quatorzième Session*, tome III, *Enlèvement d'enfants* (*op. cit.* note 8), p. 362.

<sup>67</sup> Voir l'analyse des réunions de la Commission spéciale à la section 4 de l'Introduction et, par ex., la section consacrée à l'analyse de la jurisprudence et la jurisprudence correspondante dans INCADAT (*op. cit.* note 6). Voir aussi, par ex., R. Schuz (*op. cit.* note 43), p. 273.

<sup>68</sup> Voir, notamment, la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Thomson v. Thomson* [1994] 3 SCR 551, 6 RFL (4th) 290 [référence INCADAT : HC/E/CA 11] et la Cour suprême du Royaume-Uni dans l'affaire *Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal)* [2011] UKSC 27, [2012] 1 A.C. 144 [référence INCADAT : HC/E/UKe 1068], para. 34.

<sup>69</sup> Voir, par ex., la Chambre des Lords du Royaume-Uni dans l'affaire *Re D. (A Child) (Abduction: Rights of Custody)* [2006] UKHL 51 [référence INCADAT : HC/E/UKe 880], para. 52 et la Cour suprême du Royaume-Uni dans l'affaire *Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal)* (*ibid.*) ; voir aussi OLG Karlsruhe, Allemagne, décision du 16 décembre 2014 – 2 UF 266/14 [pas encore publiée sur INCADAT].

<sup>70</sup> Voir, pour des informations sur l'application des différents types d'exception par les tribunaux, par ex., P.R. Beaumont et P.E. McEavey (*op. cit.* note 56), p. 138 et s. et R. Schuz (*op. cit.* note 43), p. 274 et s.

<sup>71</sup> Voir, par ex., M.H. Weiner, « Intolerable Situations and Counsel for Children: Following Switzerland's Example in Hague Abduction Cases », *American University Law Review*, vol. 58, 2008.

## v. Charge de la preuve

63. Le chapeau de l'article 13(1) dispose qu'il appartient à la personne, à l'institution ou à l'organisme qui s'oppose au retour d'établir 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<sup>72</sup>. La charge de la preuve incombe donc le plus souvent au parent qui a emmené l'enfant.

64. Afin, notamment, de compenser la charge de la preuve incombant au parent qui a emmené l'enfant ou à une autre personne ou à l'organisme qui s'oppose au retour, l'article 13(3) dispose que le tribunal saisi de la procédure de retour doit tenir compte des informations relatives à la situation sociale de l'enfant fournies par l'Autorité centrale ou toute autre autorité compétente de l'État de la résidence habituelle de l'enfant, qui devrait être la mieux placée pour fournir ces informations<sup>73</sup>.

## vi. Pouvoir discrétionnaire d'ordonner ou de refuser le retour

65. Les termes « n'est pas tenue d'ordonner le retour » du chapeau de l'article 13(1) indiquent clairement que lorsqu'une exception est établie, l'autorité judiciaire ou administrative a la faculté d'ordonner ou de refuser le retour de l'enfant. Il en résulte que les exceptions prévues à l'article 13, lorsqu'elles sont établies, ne sont pas d'application automatique, en ce sens qu'elles n'aboutissent pas toujours au non-retour de l'enfant<sup>74</sup>, par exemple lorsqu'il existe, dans l'État de la résidence habituelle, des garanties concrètes suffisantes qui atténuent effectivement un « risque grave ».

66. Dans le contexte des procédures fondées sur l'article 13(1)(b), comme il est indiqué ci-dessus<sup>75</sup>, certains tribunaux considèrent que l'examen de la disponibilité de mesures de protection adéquates et efficaces entre dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, et donc comme une étape intervenant après le constat de l'existence d'un risque grave.

---

<sup>72</sup> Voir le Rapport explicatif (*op. cit.* note 8), para. 114, qui précise notamment : « en adoptant cette optique, la Convention a entendu équilibrer la position de la personne dépossédée par rapport à l'enleveur qui, en principe, a pu choisir le for de sa convenance ».

<sup>73</sup> Voir le Rapport explicatif (*ibid.*), para. 117. Voir sur l'art. 13(3), *infra*, para. 163 et s.

<sup>74</sup> Voir, *ibid.*, para. 113.

<sup>75</sup> Voir, *supra*, para. 56 et les logigrammes, *infra*, para. 107 et s.

### 3. L'application de l'article 13(1)(b) et les instruments régionaux

67. Concernant l'application de l'article 13(1)(b), il convient de mentionner deux instruments régionaux connexes, le Règlement Bruxelles II *bis*<sup>76</sup> et la *Convention interaméricaine sur le retour international des mineurs* (ci-après, la « Convention interaméricaine »)<sup>77</sup>.

#### i. Article 11 du Règlement Bruxelles II bis

68. Pour les affaires d'enlèvement international d'enfants intervenant entre des États membres de l'Union européenne hormis le Danemark<sup>78</sup>, la Convention de 1980 s'applique et est complétée par certaines dispositions du Règlement Bruxelles II *bis*<sup>79</sup>. Sont en particulier pertinents l'article 11 de ce Règlement et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur ces questions<sup>80</sup>.

69. Le Règlement Bruxelles II *bis* renforce le principe de l'obligation faite au tribunal d'ordonner le retour immédiat de l'enfant et vise à réduire au strict minimum l'application de l'exception prévue à l'article 13(1)(b) de la Convention de 1980. Aux termes de ce Règlement, le retour de l'enfant est toujours ordonné s'il peut être protégé dans l'État de la résidence habituelle<sup>81</sup> ; en conséquence, son l'article 11(4) prévoit qu'« [u]ne 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 »<sup>82</sup>.

70. Il est à noter que contrairement à la Convention de 1980, le Règlement Bruxelles II *bis*, dans son article 11(2), oblige expressément les tribunaux à veiller à ce que l'enfant ait la possibilité d'être entendu lorsqu'ils appliquent les articles 12 et 13 de la Convention de 1980 (et donc y compris dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b)), à moins que cela n'apparaisse inapproprié eu égard à son âge ou à son degré de maturité<sup>83</sup>.

71. Lorsqu'un tribunal a décidé de ne pas ordonner le retour de l'enfant sur le fondement de l'article 13 de la Convention, l'article 11(6) et (7) du Règlement Bruxelles II *bis* prévoit un mécanisme spécial, dit « mécanisme qui l'emporte », qui permet au tribunal de l'État membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant le déplacement ou le non-retour illicite et qui est compétent en vertu du Règlement Bruxelles II *bis* d'examiner la

<sup>76</sup> Règlement (CE) No 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) No 1347/2000. En 2016, la Commission européenne a soumis une Proposition de refonte du Règlement Bruxelles II *bis* (COM(2016) 411). Le Règlement et la Proposition sont disponibles à l'adresse < <http://eur-lex.europa.eu> >. Toutes les références faites dans ce Guide au Règlement Bruxelles II *bis* sont susceptibles d'être modifiées dans le cadre du processus de révision de cet instrument actuellement en cours et de ses discussions.

<sup>77</sup> La *Convention interaméricaine sur le retour international des mineurs* est disponible en anglais sur le site Web de l'Organisation des États américains à l'adresse < [www.oas.org](http://www.oas.org) >, sous les rubriques « Documents », puis « Traités et accords ». Pour plus d'informations, voir aussi l'« Espace Amérique latine et les Caraïbes » de l'« Espace Enlèvement d'enfants » à l'adresse < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >.

<sup>78</sup> Le Règlement Bruxelles II *bis* est directement applicable dans tous les États membres de l'Union européenne hormis le Danemark, qui n'est pas lié par celui-ci ni soumis à son application ; voir considérant No 31 et art. 2(3) du Règlement.

<sup>79</sup> Voir considérant No 17 et art. 60(e) du Règlement Bruxelles II *bis*.

<sup>80</sup> Les décisions de la Cour de justice de l'Union européenne sur ces questions sont notamment disponibles sur son site Web, à l'adresse < [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu) >, et dans INCADAT (*op. cit.* note 6).

<sup>81</sup> Voir le *Guide pratique pour l'application du règlement Bruxelles II bis*, publié par la Commission européenne, disponible à l'adresse < [http://ec.europa.eu/justice/civil/files/brussels\\_ii\\_practice\\_guide\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/brussels_ii_practice_guide_fr.pdf) >, para. 4.3.3.

<sup>82</sup> Cette disposition a été conservée dans la Proposition de refonte du Règlement Bruxelles II *bis* (*op. cit.* note 76), avec deux ajouts. L'art. 25(1) de la Proposition dispose qu'« [u]ne juridiction ne peut pas refuser le retour de l'enfant en vertu de l'article 13, premier alinéa, 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. À cet effet, la juridiction : a) coopère avec les autorités compétentes de l'État membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicites, soit directement, avec l'aide des autorités centrales, soit par l'intermédiaire du réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale, et b) prend, le cas échéant, des mesures provisoires ou conservatoires conformément à l'article 12 du présent règlement. »

<sup>83</sup> La Proposition de refonte du Règlement Bruxelles II *bis* (*ibid.*) conserve cette obligation avec des modifications ; voir, notamment, considérant No 23, art. 20 et 24 de la Proposition.

question de la garde de l'enfant. Par ailleurs, son article 11(8) dispose que toute décision ultérieure de cette juridiction ordonnant le retour de l'enfant serait directement reconnue et exécutoire dans l'État membre requis sans *exequatur*<sup>84</sup>.

72. Il faut souligner que les objectifs et les principes sous-jacents de la Convention de 1980, y compris les considérations relatives à la portée de l'article 13(1)(b) et à son rôle dans le système normatif de la Convention<sup>85</sup>, conservent leur validité pour les États contractants dans les situations où la Convention et le Règlement Bruxelles II *bis* s'appliquent tous les deux en raison de la complémentarité des dispositions pertinentes du Règlement.

## ii. Article 11(b) de la Convention interaméricaine sur le retour international des mineurs

73. La Convention interaméricaine sur le retour international des mineurs est en vigueur entre les États membres de l'Organisation des États américains (OEA) qui y sont Parties, et fonctionne souvent en parallèle à la Convention de 1980 entre les États d'Amérique latine<sup>86</sup>.

74. L'article 11(b) de la Convention interaméricaine, qui correspond à l'article 13(1)(b) de la Convention de 1980, dispose qu'« [une] autorité administrative ou judiciaire de l'État requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant si la partie qui s'oppose au retour établit : [...] qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique ».

75. La principale différence entre la formulation de l'article 13(1)(b) de la Convention de 1980 et celle de l'article 11(b) de la Convention interaméricaine est que ce dernier omet la troisième catégorie d'exception, le placement de l'enfant « dans une situation intolérable »<sup>87</sup>.

76. Cependant, la jurisprudence des États parties à la Convention interaméricaine et à la Convention de 1980 montre que les tribunaux appliquent les mêmes critères pour l'application de l'article 11(b) de la Convention interaméricaine et de l'article 13(1)(b) de la Convention de 1980<sup>88</sup>.

<sup>84</sup> Pour plus d'informations sur l'art. 11(6)-(8) du Règlement Bruxelles II *bis*, voir le Guide de pratique (*op. cit.* note 81), para. 4.1 et 4.4. Le mécanisme dit « qui l'emporte » a été conservé, avec des modifications, à l'art. 26 de la Proposition de refonte du Règlement Bruxelles II *bis* (*ibid.*).

<sup>85</sup> Voir, *supra*, para. 32 et s. et para. 51 et s.

<sup>86</sup> Par ex., les jugements peuvent mentionner les deux Conventions ; voir, par ex., Cour suprême de l'Argentine dans l'affaire *F. 441. XLVI. F. R., F. C. c/ L. S., Y. U. s/ reintegro de hijo* [pas encore publiée sur INCADAT] ; Cour d'appel de Buenos Aires dans l'affaire *M. c. M., M. A. s/ reintegro de hijo* du 24 octobre 2013 [pas encore publiée sur INCADAT] ; Cour d'appel de Montevideo, Uruguay, dans l'affaire *CED-0010-000669/2016* du 6 juin 2016 [pas encore publiée sur INCADAT].

<sup>87</sup> Voir, *supra*, para. 59 et s.

<sup>88</sup> Voir, par ex., Cour suprême de l'Argentine dans l'affaire *S.A.G. s/restitucion internacional solicita restitucion de la menor* [référence INCADAT : HC/E/AR 1332] et dans l'affaire *F. 441. XLVI. F. R., F. C. c/ L. S., Y. U. s/ reintegro de hijo* [pas encore publié sur INCADAT]. Voir aussi, par ex., Tellechea Bergman, « Análisis de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de Montevideo de 1989 », *Revista Uruguaya de Derecho de Familia No 4*, FCU, 1989, p. 131 à 142, et « La Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores. Consideraciones acerca de sus soluciones y de su funcionamiento » in A.L. Calvo Caravaca/E. Castellanos Ruiz, *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, p. 797 à 804 ; M.S. Najurieta, « Interpretación Uniforme de las excepciones al reintegro del niño o niña previstas en los convenios de restitución internacional », *Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración, Libro Homenaje a R. Ruiz Díaz Labrano*, CEDEP, 2013, p. 419 à 441 ; N. Rubaja, *Derecho Internacional privado de Familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*, Abeledo Perrot, 2012, p. 506.

## DEUXIÈME PARTIE : Informations pour les autorités compétentes

### 1. Aperçu des bonnes pratiques pour l'application de l'article 13(1)(b)

77. En résumé, une bonne application de l'article 13(1)(b) de la Convention de 1980 exige :

- de concilier les objectifs de la Convention qui, d'une part, règlent l'enlèvement international d'enfants en assurant le retour immédiat de l'enfant dans l'État de la résidence habituelle, où les questions de garde et de visite et les questions connexes peuvent être résolues et, d'autre part, reconnaissent que dans certaines circonstances, le retour d'un enfant dans son État pourrait l'exposer à un risque grave<sup>89</sup> ;
- de confiner la portée des procédures de retour à l'objet limité de la Convention, qui *n'est pas* de traiter les questions de droit de garde et de droit de visite ni de conduire une « évaluation complète de l'intérêt supérieur » de l'enfant dans le cadre d'une procédure de retour<sup>90</sup> ;
- d'interpréter et d'appliquer l'exception de l'article 13(1)(b) de manière restrictive, comme toutes les exceptions prévues par la Convention<sup>91</sup> ;
- de recueillir toutes les informations ou preuves nécessaires et de les examiner, y compris de traiter les avis ou rapports d'experts conformément à l'obligation de procéder d'urgence dans les procédures de retour<sup>92</sup> ;
- s'il y a lieu, de demander, de recevoir et d'évaluer des informations sur l'existence et l'adéquation de mesures de protection dans l'État requis pour atténuer un risque grave allégué ou établi en vertu de l'article 13(1)(b), conformément à la nécessité d'assurer le retour sans danger de l'enfant<sup>93</sup>.

78. Des outils et les meilleures pratiques à l'appui des principes ci-dessus sont présentés dans cette partie et dans la troisième partie de ce guide, cette dernière s'adressant principalement aux Autorités centrales.

### 2. INCADAT : une ressource généraliste pour les autorités compétentes

79. La base de données sur l'enlèvement international d'enfants (ci-après, « INCADAT ») a été créée en 1999 pour faciliter la compréhension mutuelle et une interprétation plus homogène de la Convention de 1980. Elle peut être consultée gratuitement en ligne en anglais, en français et en espagnol à l'adresse : [www.incadat.com](http://www.incadat.com). Elle contient des résumés ainsi que le texte complet de décisions importantes en matière d'enlèvement international d'enfants et présente également des analyses juridiques concises sur les questions qui font souvent l'objet de contentieux et d'interprétation judiciaire dans les procédures d'enlèvement d'enfants, avec des liens vers les décisions correspondantes de la base de données. INCADAT permet aux juges, aux Autorités centrales et à d'autres acteurs d'accéder aisément aux décisions et aux pratiques

<sup>89</sup> Voir, *supra*, para. 32 et s. sur les objectifs de la Convention de 1980 et les principes qui la sous-tendent.

<sup>90</sup> Voir, *infra*, para. 81 et s. sur les limites des procédures de retour dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b). Il faut noter toutefois que le droit de visite et d'entretenir un contact des parents *pendant* la procédure de retour est une question qui relève de l'art. 13(1)(b), voir, *infra*, section 11(i).

<sup>91</sup> Voir, *supra*, para. 42 et s. sur l'application restrictive de l'art. 13(1)(b).

<sup>92</sup> Voir, *infra*, para. 163 et s. sur les informations ou preuves relatives aux conclusions des parties en vertu de l'art. 13(1)(b).

<sup>93</sup> Voir, *infra*, para. 137 et s. sur les mesures de protection dans les affaires fondées sur l'art. 13(1)(b). Voir aussi l'annexe 2.

des États et territoires tout autour du monde. Elle répertorie aujourd'hui des décisions rendues dans 47 États et territoires et vise à présenter des résumés et le texte complet des décisions importantes en matière d'enlèvement international d'enfants.

---

### *Comment utiliser INCADAT*

---

INCADAT est constituée de deux sections, auxquelles on accède dans la barre de navigation supérieure. La première est la « Recherche de décisions », qui permet de rechercher des décisions en fonction de différents critères (par ex. le type de décision rendu, le nom de la juridiction et le degré de juridiction, l'État de la décision, les articles et les motifs de la décision, etc.). À chaque décision correspond une page contenant des informations de base, le lien vers le texte intégral et un résumé des faits, le dispositif et les motifs de la décision, ainsi qu'un commentaire INCADAT. La seconde section d'INCADAT est l'« analyse de jurisprudence », qui présente des aperçus concis des notions et questions clés de la Convention de 1980. L'analyse présente les tendances de l'interprétation judiciaire mais elle n'a pas pour objet d'évaluer les interprétations ou les résultats des décisions. Organisée par question juridique, elle contient des sections sur les objectifs et le domaine d'application de la Convention, le mécanisme de retour prévu à l'article 12, les exceptions au retour prévues aux articles 12, 13 et 20, les questions de mise en œuvre et les difficultés d'application, la protection du droit de visite et du droit d'entretenir un contact, et la relation de la Convention avec d'autres instruments internationaux et régionaux et avec les droits internes.

80. INCADAT est un précieux outil de recherche et de référence pour les autorités compétentes et les acteurs du système chargés d'appliquer la Convention de 1980 et l'exception de l'article 13(1)(b), car elle permet d'effectuer des comparaisons avec les décisions d'autres autorités compétentes sur la base des faits propres aux affaires. Il faut néanmoins garder à l'esprit qu'INCADAT n'a pas pour objet d'évaluer les interprétations ni les décisions rendues ; par conséquent, on ne peut pas considérer que toutes les décisions qui y sont enregistrées représentent les « meilleures pratiques » dans les affaires relevant de la Convention de 1980. Par ailleurs, en raison des ressources limitées et du caractère facultatif des informations soumises à la base de données, on ne peut considérer que la jurisprudence des États et territoires présentés est parfaitement à jour.

### **3. Aperçu des exigences procédurales pour les procédures de retour et importance d'une stricte gestion des affaires de justice**

81. Les procédures de retour en vertu de la Convention de 1980 sont conduites par l'autorité compétente de chaque État contractant, conformément à ses procédures et pratiques internes. Ainsi, dans certains États et territoires, il sera statué sur la demande de retour sur la base des conclusions écrites déposées par les parties sans audience, ou par exception avec une audience, alors que dans d'autres États ou territoires, les audiences auxquelles les parties sont présentes sont la norme dans les procédures de retour. Les Profils des États donnent des informations sur la procédure de retour dans les différents États contractants<sup>94</sup>.

82. Afin de garantir le retour immédiat des enfants, de nombreux États contractants ont adopté des procédures spécifiques, notamment pour accélérer les procédures de retour. Les Profils des États indiquent également si les États ont pris des mesures pour garantir que les autorités compétentes procèdent d'urgence dans les procédures de retour<sup>95</sup>. Outre les procédures internes adoptées dans les différents États et territoires, des techniques de gestion des affaires s'avèrent très utiles aux autorités compétentes qui appliquent la Convention pour

---

<sup>94</sup> Voir les Profils des États (*op. cit.* note 21), section 10.3.

<sup>95</sup> *Ibid.*

garantir la gestion rapide des procédures de retour (voir *infra*, section iii).

83. Les bonnes pratiques présentées dans cette partie du Guide ne doivent être envisagées que si elles sont appropriées et autorisées par les procédures et pratiques internes de l'État contractant et si une autorité compétente les juge appropriées à une affaire précise, en gardant à l'esprit la nécessité de célérité des procédures<sup>96</sup>.

#### **i. Limites des procédures de retour fondées sur la Convention de 1980**

84. Les procédures visant à garantir le retour immédiat des enfants illicitement déplacés ou retenus dans un État contractant (« procédures de retour ») interviennent devant « l'autorité judiciaire ou administrative de l'État contractant où se trouve l'enfant » (art.12(1)), c'est-à-dire dans l'« État requis »<sup>97</sup>. Dans la grande majorité des États contractants, elles sont conduites par un tribunal compétent et non par une autorité administrative<sup>98</sup>.

85. La portée des procédures de retour doit être envisagée en tenant compte de la considération suivante : « les normes conventionnelles reposent, dans une large mesure, sur l'idée sous-jacente qu'il existe une sorte de compétence naturelle des tribunaux de la résidence habituelle de l'enfant dans un litige relatif à sa garde »<sup>99</sup>. Le postulat sous-jacent à la Convention de 1980 est que les autorités qui sont les mieux placées pour statuer sur le fond d'un litige relatif à la garde (qui comprendrait habituellement une évaluation complète de l'« intérêt supérieur ») sont les tribunaux de l'État de la résidence habituelle de l'enfant car ce sont eux, et non les tribunaux de l'État requis, qui ont, entre autres, le meilleur accès aux informations et aux éléments de preuve pertinents pour statuer sur la garde. Cette règle de compétence claire accroît la sécurité juridique, la prévisibilité et la continuité pour les enfants et leurs familles<sup>100</sup>. (Voir la première partie de ce Guide sur le « Contexte interprétatif » de la Convention.)

86. Par conséquent, les procédures de retour en vertu de la Convention de 1980 *ne devraient pas* comprendre une évaluation complète de l'« intérêt supérieur », typique des procédures relatives à la garde ; elles sont en fait centrées sur le retour immédiat de l'enfant dans l'État de la résidence habituelle afin que les tribunaux de cet État puissent statuer au fond sur les questions de droit de garde et de droit de visite des parents, y compris, par exemple, sur le déménagement à l'étranger d'un parent qui a un droit de garde<sup>101</sup>. La Convention de 1980 ne règle pas ni ne modifie les questions de fond relatives à la garde de l'enfant (voir, par ex., les art. 16 et 19, analysés plus loin), qui relèvent de la compétence du tribunal de la résidence habituelle de l'enfant et de la loi applicable dans ce tribunal<sup>102</sup>.

<sup>96</sup> Voir dans ce contexte l'introduction, para. 17 et s.

<sup>97</sup> Voir le Rapport explicatif (*op. cit.* note 8), para. 106.

<sup>98</sup> Dans quelques États très peu nombreux, la demande de retour est traitée par une autorité administrative (par ex. en Arménie et dans l'Ex-République yougoslave de Macédoine). Voir, *supra*, note 21.

<sup>99</sup> Voir le Rapport explicatif (*op. cit.* note 8), para. 66. Il est précisé au para. 34 que les États contractants doivent être « convaincus de ce qu'ils appartiennent, malgré leurs différences, à une même communauté juridique au sein de laquelle les autorités de chaque État reconnaissent que les autorités de l'un d'entre eux – celles de la résidence habituelle de l'enfant – sont en principe les mieux placées pour statuer en toute justice sur les droits de garde et de visite ».

<sup>100</sup> Cette règle de compétence claire est réaffirmée à l'art. 7 de la Convention de 1996.

<sup>101</sup> Voir, par ex., l'arrêt de la Cour suprême d'Israël dans l'affaire *T. v. M.* du 15 avril 1992 [référence INCADAT : HC/E/IL 214, transcript, unofficial translation], para. 9 : « [L]a Cour n'envisage pas la question de la garde permanente de l'enfant, ni même celle de son bien-être dans l'acception complète du terme. Le cadre de l'audience n'est pas conçu pour une analyse aussi complète et ne le permet pas. Le rôle de la Cour [...] est simplement " d'éteindre l'incendie " ou " de dispenser les premiers secours " afin de rétablir la situation antérieure – le retour de l'enfant illicitement enlevé à la garde de l'autre parent ou à la garde conjointe décidée par une autorité compétente ou par accord entre les parents [...]. La question de la garde, quand elle est contestée, est ordinairement réglée par l'autorité compétente, et le bien-être de l'enfant fait l'objet d'un examen exhaustif dans ce cadre. » [traduction du Bureau Permanent].

<sup>102</sup> En vertu de la Convention de 1980, le droit de garde n'est examiné que pour déterminer si un déplacement ou un non-retour a été illicite (voir art. 3 et 5).

87. L'article 16 interdit de prendre une décision sur le fond du droit de garde dans l'État où l'enfant a été déplacé ou retenu<sup>103</sup>. Il dispose que les autorités judiciaires ou administratives de cet État contractant 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 » concernant un déplacement ou un non-retour illicite de l'enfant au sens de l'article 3.

88. En outre, l'article 19 dispose qu'« [u]ne décision sur le retour de l'enfant rendue dans le cadre de la Convention n'affecte pas le fond du droit de garde ». L'objectif de cet article est d'« éviter qu'une décision ultérieure sur ce droit puisse être influencée par un changement de circonstances, introduit unilatéralement par une des parties »<sup>104</sup>. Les deux parents devraient pouvoir être entendus dans le cadre d'une procédure équitable sur les questions de garde dans le for approprié en vertu des règles de la Convention, en principe l'État de la résidence habituelle de l'enfant.

89. Exemple de bonne pratique pour le tribunal saisi d'une demande de retour en ce qui concerne la portée de la procédure :

➤ **Les procédures de retour en vertu de la Convention de 1980, qui doivent être conduites avec célérité, se distinguent des procédures visant à statuer au fond sur le droit de garde ou sur d'autres questions de fond connexes (par ex. déménagement, pension alimentaire) : elles servent à statuer sur la question du retour de l'enfant dans l'État de la résidence habituelle, où se trouve le tribunal approprié pour statuer sur le fond du droit de garde ou de toute question connexe.**

90. Il est important que les juges saisis d'une procédure de retour aient conscience de la portée limitée de cette procédure en vertu de la Convention de 1980.

## ii. Obligation de procéder d'urgence dans les procédures de retour

91. Le principe fondamental de la Convention, qui veut que le retour dans l'État de la résidence habituelle de l'enfant protégera celui-ci des effets dommageables de l'enlèvement, n'est respecté que si le retour intervient *rapidement*<sup>105</sup>.

92. La Convention a été rédigée à partir d'un constat : la véritable victime d'un enlèvement est l'enfant, qui souffre d'une perte soudaine de stabilité, de la perte traumatisante de contact avec le parent auquel il a été retiré dans la plupart des cas, des incertitudes et des frustrations qui peuvent découler de la nécessité de s'adapter à une langue étrangère, à des conditions culturelles qui ne lui sont pas familières et à des enseignants et à une famille qui lui sont souvent inconnus<sup>106</sup>. Afin d'assurer la stabilité de l'enfant illicitement déplacé ou retenu et de lui épargner les souffrances liées à la situation incertaine dans laquelle il se trouve pour une période incertaine, la Convention vise à assurer son retour *immédiat* dans l'État de la résidence habituelle (voir le préambule et l'art. 1(a))<sup>107</sup>.

93. Pour obtenir ce retour immédiat, l'article 2 exige que les États contractants recourent aux procédures d'urgence prévues dans leur droit interne<sup>108</sup>.

94. En outre, l'article 11(1) dispose que « [l]es autorités judiciaires ou administratives doivent procéder d'urgence en vue du retour de l'enfant ». Selon le Rapport explicatif, « [l]'obligation considérée a un double aspect : d'une part, l'utilisation des procédures les plus

<sup>103</sup> Pour plus d'informations, voir le Rapport explicatif (*op. cit.* note 8), para. 121.

<sup>104</sup> Voir le Rapport explicatif (*ibid.*), para. 19 et 124.

<sup>105</sup> Voir, *supra*, para. 32 et s. Voir dans ce contexte, R. Schuz (*op. cit.* note 43), p. 448.

<sup>106</sup> Voir le Rapport explicatif (*op. cit.* note 8), para. 24, citant le Rapport Dyer.

<sup>107</sup> Sur l'obligation de procéder d'urgence, voir le Guide de bonnes pratiques sur la mise en œuvre (*op. cit.* note 7), par ex., chapitres 1.5, 5 et 6.

<sup>108</sup> Les États contractants doivent « utiliser, dans toute question concernant la matière objet de la Convention, les procédures les plus urgentes figurant dans leur propre droit » (*op. cit.* note 8), para. 63.

rapides connues par leur système juridique ; d'autre part, le traitement prioritaire, dans toute la mesure du possible, des demandes visées »<sup>109</sup>. Plusieurs États contractants ont explicitement transposé ces exigences dans leurs lois, leurs règlements et leurs procédures de mise en œuvre<sup>110</sup>.

95. Il faut souligner que des procédures d'urgence sont essentielles à tous les stades des procédures fondées sur la Convention, y compris dans le cadre des recours lorsqu'ils sont autorisés<sup>111</sup>. Il convient également d'éviter les délais indus entre les instances, par exemple entre la décision du tribunal de première instance et la procédure d'appel.

96. La Convention précise à l'article 11(2) un délai de six semaines au terme duquel le demandeur ou l'Autorité centrale de l'État requis (de sa propre initiative ou sur requête de l'Autorité centrale de l'État requérant) peut demander à une autorité compétente une déclaration sur les raisons d'un retard. Comme l'indique le Rapport explicatif, cette disposition « attire l'attention des autorités compétentes sur le caractère décisif du facteur temps dans les situations concernées et [...] fixe le délai maximum que devrait prendre l'adoption d'une décision à cet égard »<sup>112</sup>. Certains États contractants<sup>113</sup> ont jugé utile de fixer explicitement des délais courts dans leurs lois et leurs procédures afin de garantir le traitement très rapide des affaires d'enlèvement international d'enfants<sup>114</sup>, auxquelles la « plus haute priorité » doit être accordée<sup>115</sup>.

97. Concernant l'application de l'article 13(1)(b) dans les affaires fondées sur cet article, on notera que certaines pratiques peuvent engendrer des retards indus, notamment lors du recueil ou de l'examen d'informations ou de preuves par les tribunaux<sup>116</sup>. Le fait que l'article 13(1)(b) soit soulevé dans une affaire ne devrait pas, pour le tribunal, être un motif suffisant pour retarder indûment la procédure ou s'abstenir d'accélérer les procédures. D'ailleurs, les tribunaux ont mis au point certaines techniques, notamment de gestion des affaires, grâce auxquelles ils peuvent conduire un examen suffisant rapidement, par exemple lorsque des questions graves sont soulevées au titre de l'article 13(1)(b).

98. L'impératif de célérité est lié à la portée limitée des procédures de retour ; ces procédures conduites dans l'État requis ne devraient pas se muer en examen sur le fond relatif au droit de garde ou au droit de visite, car l'État de la résidence habituelle de l'enfant est le for approprié pour statuer sur ces questions.

<sup>109</sup> Voir le Rapport explicatif (*ibid.*), para. 104.

<sup>110</sup> Voir, par ex., para. 15(2) du Règlement australien de 1986 sur le droit de la famille (Convention sur l'enlèvement d'enfants) (*Australian Family Law (Child Abduction Convention) Regulations 1986*) (« Un tribunal doit, dans la mesure du possible, accorder à une demande la priorité requise pour garantir qu'elle soit traitée aussi rapidement que le permet l'examen approprié de chaque question relative à cette demande » [traduction du Bureau Permanent]) ; art. 38(1) de la Loi allemande sur la procédure en droit international de la famille (« Le tribunal traite les procédures de retour d'un enfant en priorité dans tous les cas. [...] Le tribunal applique toutes les mesures nécessaires pour accélérer la procédure [...] » [traduction du Bureau Permanent]) ; art. 107(1) de la Loi néozélandaise sur la garde des enfants (*Care of Children Act*) (« Un tribunal [...] doit, autant que possible, donner la priorité aux procédures afin de garantir leur traitement rapide. » [traduction du Bureau Permanent]) ; Résolution 480/2008 de la Cour suprême de justice de la République dominicaine ; et Loi uruguayenne No 18.895 sur le Retour des personnes de moins de 16 ans illicitement déplacées ou retenues. Les Profils des États précisent si des mesures ont été prises pour garantir que les autorités judiciaires et administratives de leur territoire procèdent d'urgence dans les procédures de retour (*op. cit.* note 21), section 10.3(d).

<sup>111</sup> Voir le Guide de bonnes pratiques sur la mise en œuvre (*op. cit.* note 7), chapitre 1.5.

<sup>112</sup> Pour plus d'informations, voir le Rapport explicatif (*op. cit.* note 8), para. 105.

<sup>113</sup> Parmi ces États contractants figurent notamment ceux qui sont liés par le Règlement Bruxelles II *bis*. Voir, *supra*, para. 68. L'art 11(3) du Règlement Bruxelles II *bis* dispose : « Une juridiction saisie d'une demande de retour d'un enfant [...] agit rapidement dans le cadre de la procédure relative à la demande, en utilisant les procédures les plus rapides prévues par le droit national. [...] [L]a juridiction rend sa décision, sauf impossibilité due à des circonstances exceptionnelles, six semaines au plus tard après sa saisine. » La Proposition de refonte du Règlement Bruxelles II *bis* (*op. cit.* note 76) précise que chaque niveau de juridiction devrait rendre sa décision six semaines au plus tard après l'introduction de la demande ou du recours, sauf si cela s'avère impossible en raison de circonstances exceptionnelles ; voir considérant 26 et art. 23(1) de la Proposition.

<sup>114</sup> Voir, par ex., la Loi uruguayenne No 18.895 du 20 avril 2012.

<sup>115</sup> Rapport explicatif (*op. cit.* note 8), para. 105.

<sup>116</sup> Voir, *supra*, dans l'aperçu, para. 77, et, *infra*, para. 163 et s. sur les informations et les preuves. Voir aussi les deux approches suivies par les juges dans le contexte de l'analyse du risque grave à la section 4 de cette partie, *infra*.

99. Exemples de bonnes pratiques permettant aux tribunaux de procéder d'urgence dans les procédures de retour :

- Examiner les procédures internes afin de déterminer si elles permettent de prendre des décisions dans le délai de la Convention de 1980 et, dans le cas contraire, les ajuster en conséquence.
- Rappeler l'objectif de la Convention, qui est d'assurer le retour immédiat des enfants illicitement déplacés ou retenus (art. 1(a)), et l'obligation de procéder d'urgence en vue de leur retour (art. 11(1)) à tous les stades de la procédure de retour.
- Réfléchir à la possibilité de confiner la procédure de telle sorte qu'elle facilite le règlement rapide de l'affaire, sous réserve que le tribunal ait les pouvoirs pour ce faire, par exemple en utilisant les documents ou preuves documentaires existants ou en autorisant des témoins à déposer par visioconférence au lieu de leur imposer de comparaître en personne devant le tribunal.
- Si le tribunal estime que le rapport d'un expert est nécessaire, veiller à préciser la portée limitée de celui-ci et fixer un délai limité pour sa production au tribunal ainsi qu'une date d'audience pour la poursuite de la procédure.
- Lorsqu'il est envisagé d'ordonner le retour de l'enfant, veiller, dans la mesure du possible, à l'exécution immédiate de l'ordonnance de retour, par exemple, en considérant que le prononcé oral d'une ordonnance de retour en audience devrait être suivi sans délai d'une décision écrite.
- Appliquer systématiquement des procédures appropriées de gestion des affaires judiciaires afin d'accélérer les procédures et d'éviter des retards indus (voir discussion ci-dessous).

### iii. Gestion des affaires judiciaires

100. Afin de garantir le traitement urgent des demandes de retour en première instance et en appel, des mesures pratiques ou juridiques de stricte gestion des affaires peuvent s'avérer nécessaires<sup>117</sup>. La gestion des affaires devrait commencer dès que possible et peut faire appel, par exemple, à l'établissement de procédures standards à l'aide de listes de contrôle et à une coopération étroite avec toutes les parties concernées, Autorités centrales comprises, si cela s'avère nécessaire.

101. En général, une stricte gestion des affaires judiciaires permet au tribunal, dans la mesure du possible, de prendre la responsabilité du calendrier et des informations déposées et obtenues, ainsi que des moyens par lesquelles elles sont obtenues. La continuité dans la gestion d'une affaire fondée sur l'article 13(1)(b), de la réception de la demande de retour au retour sans danger de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle, en prenant en considération toutes les étapes de la procédure, peut grandement accélérer les procédures dans la poursuite de l'objectif essentiel de la Convention.

102. Une stricte gestion des affaires est également importante pour protéger les droits de l'enfant et garantir sa sécurité et son bien-être (et peut-être ceux d'un parent) pendant la procédure de retour<sup>118</sup>. Elle facilite entre autres la prise en considération par le tribunal de la nécessité éventuelle de mesures pour protéger l'enfant et, le cas échéant, un parent qui l'accompagne (voir section 7, ci-dessous), ainsi que la participation de l'enfant à la procédure de retour, le cas échéant (voir section 9 plus loin).

<sup>117</sup> Le Guide de bonnes pratiques sur la mise en œuvre (*op. cit.* note 7) indique, au chapitre 6.4 : « Afin d'assurer que les demandes de retour soient traitées rapidement en première instance et en appel, certaines mesures de gestion stricte des affaires pourront être nécessaires : elles pourront comprendre, lorsque la Constitution le permet, une obligation ou une invite aux tribunaux de première instance et d'appel de se fixer des délais pour assurer le règlement rapide des demandes de retour ; une requête adressée aux juges, en première instance comme en appel, de suivre rigoureusement l'avancement des procédures de retour, et une inscription prioritaire des affaires de retour de La Haye au rôle des tribunaux. »

<sup>118</sup> Voir, *infra*, para. 132 et s. sur la sécurité et le bien-être de l'enfant.

103. Dans la mesure du possible, il conviendrait également d'étudier la possibilité de « concentrer les compétences » pour les affaires relevant de la Convention de 1980, afin de développer une expertise spécialisée et de faciliter le traitement rapide des affaires d'enlèvement international d'enfants (voir ci-dessous cinquième partie, section 2).

#### a) Bonnes pratiques générales en matière de gestion des affaires

104. Exemples de bonnes pratiques des tribunaux, si elles sont opportunes et autorisées par les procédures et les pratiques internes :

- **Envisager la mise en œuvre de procédures appropriées de gestion des affaires judiciaires, comprenant la fixation de délais courts et stricts et la concentration des compétences, en particulier, pour éviter tout retard indu causé dans l'examen de l'affaire.**
- **Tenir compte, tout au long de la gestion de l'affaire, de la nécessité de procéder d'urgence pour régler l'affaire, y compris en ce qui concerne les rapports et décisions de justice éventuellement requis<sup>119</sup>.**
- **Veiller, dans la mesure du possible, à ce que la priorité soit accordée aux procédures de retour, par exemple pour la fixation de la date d'audience dans une affaire.**
- **Veiller à ce que les autorités et les personnes concernées soient informées des délais fixés, y compris l'Autorité centrale de l'État requis<sup>120</sup> et tout expert auquel il est demandé, par exemple, d'entendre l'enfant ou de produire un rapport ou un avis<sup>121</sup>.**

#### b) Identification et gestion précoces des exceptions qui seront soulevées

105. L'application de procédures appropriées de gestion des affaires peut notamment aider le tribunal à déterminer à un stade précoce de la procédure quelles exceptions sont soulevées, de sorte que :

- **le tribunal peut déterminer les éléments précis des exceptions sur lesquelles il sera appelé à statuer ;**
- **le tribunal peut demander des informations ou des preuves à l'appui des allégations relatives aux exceptions et, si c'est nécessaire et possible, engager ou faciliter le recueil des informations ou l'obtention de preuves<sup>122</sup> ;**
- **le tribunal peut déterminer si le rapport d'un expert est nécessaire et, dans l'affirmative, ordonner sa production tout en donnant à l'expert des instructions concises et en lui accordant un délai limité pour le produire ;**

<sup>119</sup> Le cahier d'audience intitulé « *The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction - National Judicial Institute Electronic Bench Book* » (mis à jour en 2012), publié par l'Institut national de la magistrature du Canada, note au chapitre VII.A.1 : « Tout au long du processus de gestion d'une affaire, gardez en tête la nécessité de régler l'affaire, y compris toute décision judiciaire requise, avec célérité et de façon synthétique. Les demandes de retour doivent être prioritaires. Une ordonnance pour raccourcir les délais ou pour procéder d'urgence ou sans notification peut être nécessaire si les circonstances le justifient. » [traduction du Bureau Permanent]. Des informations sur le cahier d'audience électronique sont données par l'Honorable juge R.M. Diamond dans *La Lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant*, tome XX / Été-Automne 2013, p. 7 à 9.

<sup>120</sup> Voir, *infra*, para. 213 et s. sur le rôle des Autorités centrales.

<sup>121</sup> Voir, *infra*, para. 163 et s. sur les informations et les preuves, y compris les avis et rapports d'experts.

<sup>122</sup> Le droit, les procédures et les pratiques internes peuvent permettre au tribunal de recueillir des informations relatives aux moyens invoqués par le parent qui a emmené l'enfant et ainsi d'accélérer la procédure.

- le parent auquel l'enfant a été retiré est informé des allégations du parent qui a emmené celui-ci concernant l'exception, et la possibilité lui est donnée de les contester ou de produire des informations ou des preuves<sup>123</sup> ;
- les informations relatives aux questions soulevées peuvent être vérifiées par des communications judiciaires directes ou par d'autres moyens<sup>124</sup> ;
- la participation de l'enfant à la procédure est envisagée ou les vues de l'enfant sont déterminées ;
- une médiation peut être ordonnée ou proposée et facilitée en ce qui concerne les problèmes allégués<sup>125</sup>.

### c) Identification et gestion précoces d'autres aspects d'une affaire

106. La gestion des affaires judiciaires comprend la fixation et le respect de délais stricts, utiles pour gérer, en fonction des lois, des procédures et des pratiques internes, les questions suivantes concernant d'autres aspects de la procédure de retour :

- le dépôt d'objections préliminaires ;
- le prononcé d'ordonnances attribuant la garde provisoire et d'ordonnances de protection de l'enfant, y compris les possibilités de contact avec le parent auquel il a été retiré (avec ou sans supervision) ;
- la communication de déclarations sous serment, de pièces et de déclarations écrites ;
- l'établissement et le dépôt au tribunal de rapports des autorités de protection de l'enfance, de bulletins scolaires, de rapports médicaux, de rapports de police ;
- le cas échéant, le dépôt d'ordonnances rendues par le tribunal de l'État de la résidence habituelle, comme des injonctions (par ex., ordonnances d'éloignement ou de protection), provisoires ou non, liées à la violence familiale ;
- le délai requis pour entendre les témoins ou les experts, dans une procédure contradictoire ou non contradictoire (par ex. durée et autres conditions des contre-interrogatoires et des interrogatoires lors de la communication des pièces dans les systèmes de *common law*) ;
- la fixation précoce de la date d'audience ;
- la détermination précoce de l'applicabilité de la Convention de 1996 entre l'État requis et l'État où l'enfant retournera, au cas où ses dispositions peuvent être appliquées aux fins du « retour sans danger » de l'enfant (voir section 7(iv) ci-dessous) ;
- l'organisation d'une médiation éventuelle, y compris par visioconférence, sous réserve que celle-ci ne retarde pas indûment la procédure, afin que les parents puissent trouver dès que possible un accord sur les conditions ou les dispositions dans le cas des deux issues possibles de la procédure, retour ou non-retour (voir section 10, ci-dessous)<sup>126</sup>.

<sup>123</sup> Le droit, les procédures et les pratiques internes peuvent autoriser le tribunal à ordonner une brève suspension pour permettre au parent auquel l'enfant a été retiré de produire les informations ou les preuves nécessaires.

<sup>124</sup> Voir, *infra*, para. 123 et s. sur les communications judiciaires directes.

<sup>125</sup> Voir, *infra*, para. 191 et s. sur la médiation dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b).

<sup>126</sup> Par ex., les parents peuvent convenir à l'amiable les conditions et les mesures de protection afin de garantir le retour rapide et sans danger d'un enfant ou convenir à l'avance de l'organisation du droit de visite et des autres dispositions pour le cas où le retour serait refusé.

#### 4. Analyse de l'exception de risque grave : deux approches

107. Les procédures de retour en vertu de la Convention de 1980 sont conduites par l'autorité compétente de chaque État contractant, conformément à ses procédures et pratiques internes. Nonobstant les différences de procédure entre les États contractants, le Groupe de travail chargé d'élaborer ce Guide a relevé deux approches couramment suivies par les tribunaux de différents États ou territoires lorsqu'ils analysent « l'exception de risque grave » prévue à l'article 13(1)(b). Notons toutefois que ces approches ne doivent pas être considérées comme universelles et qu'elles ne s'appliquent pas nécessairement à tous les systèmes juridiques.

108. Bien que les faits soient propres à chaque affaire, les autorités compétentes qui suivent ces deux approches les jugent conformes aux termes et aux objectifs de la Convention, la principale différence résidant dans l'ordre dans lequel le tribunal examine s'il existe des mesures adéquates et efficaces pour prévenir ou atténuer un risque grave allégué pour l'enfant (voir section 7, ci-dessous). La première approche permet peut-être une plus grande célérité de la procédure de retour.

109. Les deux approches sont présentées ci-après dans des logigrammes.

110. Bien qu'elles soient différentes, elles aboutissent toutes deux au même résultat, à savoir une décision de l'autorité compétente quant au retour ou au non-retour de l'enfant dans l'État de la résidence habituelle.

111. Dans les deux approches, l'autorité compétente commence par examiner si les faits allégués par le parent qui a emmené l'enfant ou par une autre personne ou un organisme qui s'oppose au retour sont suffisamment précis et importants pour constituer un risque grave au sens de l'article 13(1)(b) *s'ils étaient établis* (étape 1).

112. Si l'autorité compétente constate que les faits allégués en vertu de l'exception, même s'ils sont établis, *ne sont pas* suffisamment précis et importants pour constituer un risque grave, elle est en position d'ordonner le *retour* de l'enfant (sauf autres exceptions).

113. En revanche, si l'autorité compétente juge que les faits allégués sont suffisamment précis et importants pour constituer un risque grave s'ils sont établis, elle poursuit l'examen de l'affaire. La différence entre les deux approches réside dans les étapes qui suivent cette conclusion.

114. Dans la **première approche**, l'autorité compétente *part du principe* que les allégations au titre de l'exception peuvent être prouvées et vérifie immédiatement s'il existe, dans l'État où l'enfant retournera, des mesures de protection adéquates et efficaces prévenant ou atténuant le risque grave qui est allégué (étape 2). Une autorité compétente peut suivre cette approche dans l'intérêt de la célérité de la procédure, afin de faciliter le retour le plus rapide possible de l'enfant dans l'État de la résidence habituelle.

115. Lorsque l'autorité compétente constate que des mesures de protection existent et peuvent être prises dans l'État où l'enfant retournera, elle est en mesure d'ordonner son retour. Lorsqu'elle constate qu'il n'existe pas de mesures de protection adéquates et efficaces, elle procède à l'examen des informations ou des éléments de preuve afin de découvrir si un risque grave sera établi (étape 3).

116. Lorsque l'autorité compétente juge, après examen des informations ou des éléments de preuve, qu'un risque grave *n'a pas* été établi, elle est en mesure d'ordonner le retour de l'enfant. Lorsqu'elle juge qu'un risque grave a été effectivement établi, elle « n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant » (art. 13(1)).

117. La première approche peut éviter d'examiner les informations ou les éléments de preuve relatifs aux allégations au titre de l'exception du risque grave, ce qui peut prendre du temps. Elle peut donc être particulièrement utile lorsque l'existence de mesures de protection adéquates est évidente.

118. Dans la **deuxième approche**, après avoir jugé que les faits allégués sont suffisamment précis et importants pour constituer un risque grave s'ils étaient établis, l'autorité compétente évalue les informations ou les éléments de preuve afin de déterminer si un risque grave a été établi (étape 2).

119. Lorsque l'autorité compétente juge, après analyse des informations ou des éléments de preuve, qu'un risque grave *n'a pas* été établi, elle est en mesure d'ordonner le retour de l'enfant. Lorsqu'elle juge qu'un risque grave a effectivement été établi, elle « n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant » (art. 13(1)) mais, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, elle peut examiner si d'autres considérations pertinentes plaident néanmoins pour le retour de l'enfant (étape 3).

120. L'autorité compétente vérifie ensuite s'il existe des mesures de protection adéquates et efficaces pour prévenir ou atténuer le risque grave dans l'État où l'enfant devrait retourner. Si de telles mesures existent et peuvent être prises, l'autorité compétente est en mesure d'ordonner le retour de l'enfant. S'il n'existe pas de telles mesures de protection, elle n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant.

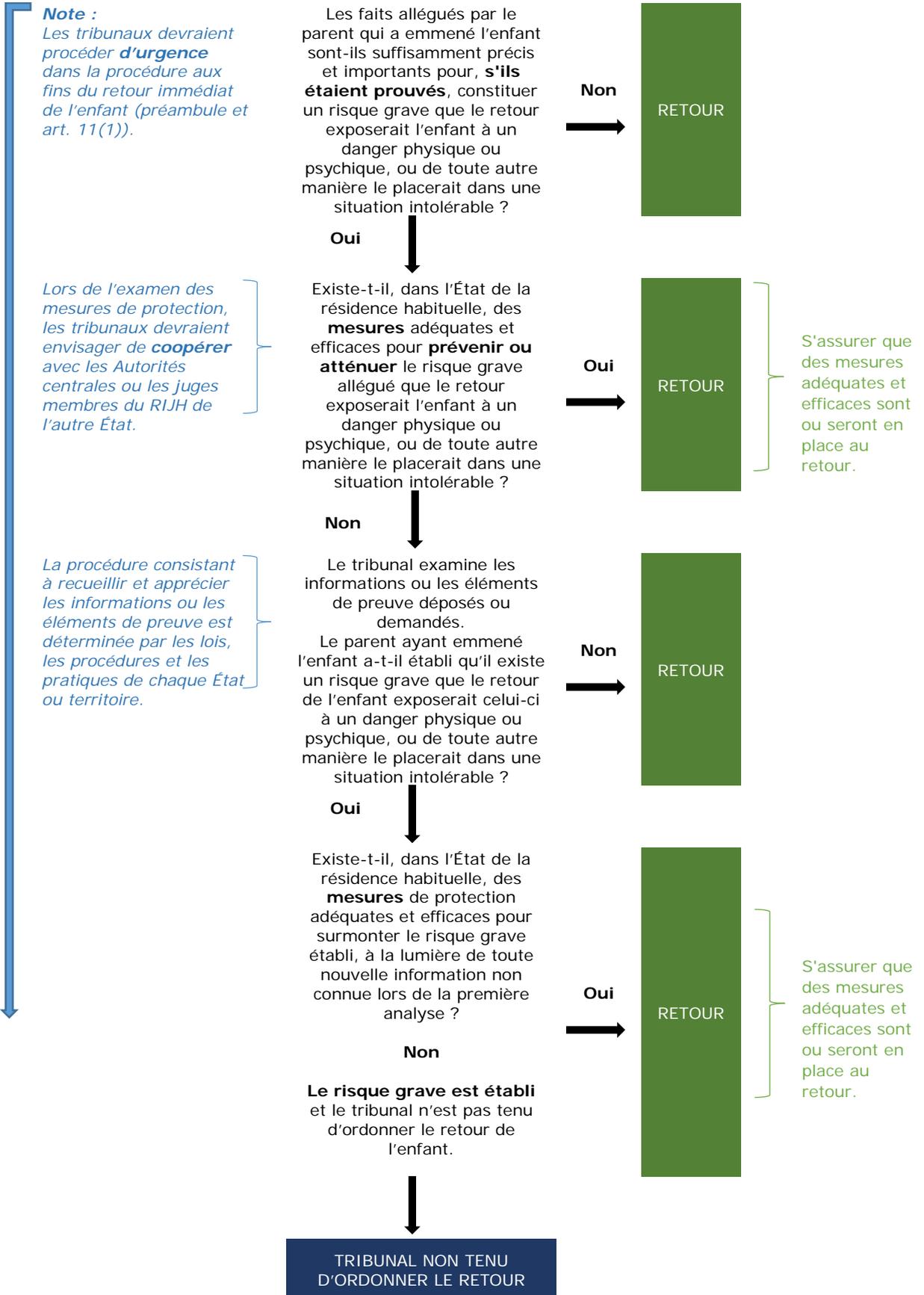
121. La deuxième approche tient compte du fait que dans certains États ou territoires, la prise en considération de mesures de protection entre dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'autorité compétente en vertu de l'article 13(1)(b) et de l'article 18, et que cette étape intervient après que l'autorité compétente a jugé que l'exception de risque grave a été établie.

122. Exemples de bonnes pratiques des autorités compétentes concernant ces approches :

- **Savoir que pour examiner les affaires fondées sur l'article 13(1)(b), les tribunaux suivent différentes approches, qui sont conformes à la Convention.**
- **Choisir l'approche qui, en fonction des faits de l'affaire fondée sur l'article 13(1)(b) et des pratiques ou procédures internes, est la plus adaptée pour statuer sur le retour de l'enfant en tenant compte, notamment, de l'obligation de procéder d'urgence dans les procédures de retour (art. 11(1)) et de la nécessité d'assurer le retour sans danger de l'enfant (et, le cas échéant, du parent qui l'accompagne).**

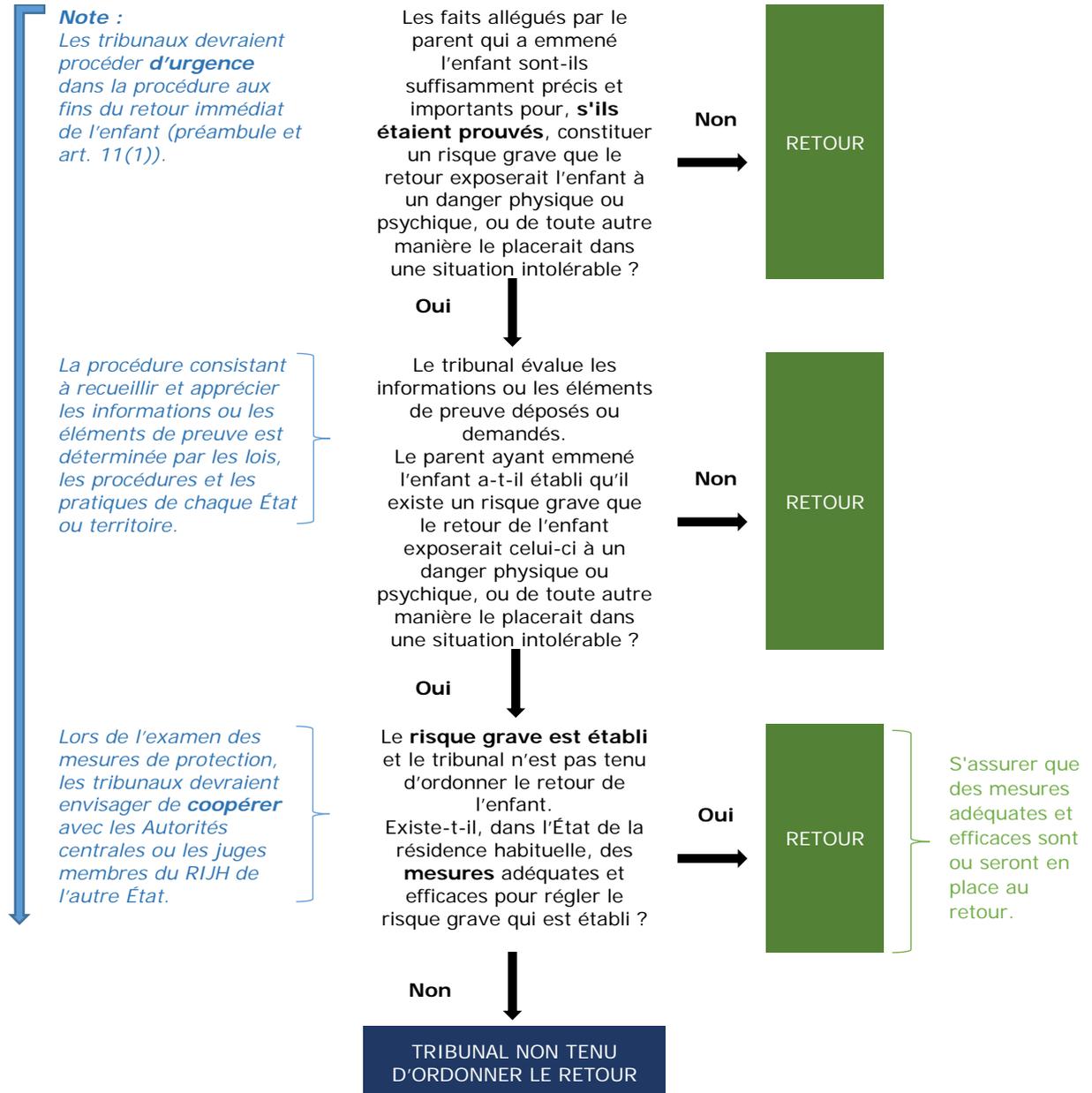
**i. Examen de l'article 13(1)(b) - première approche**

**Le tribunal examine les questions suivantes pour l'analyse de l'exception de l'article 13(1)(b) :**



## ii. Examen de l'article 13(1)(b) - deuxième approche

Le tribunal examine les questions suivantes pour l'analyse de l'exception de l'article 13(1)(b) :



## 5. Intérêt du RIJH et des communications judiciaires directes avec le tribunal de l'État requis

123. Les communications judiciaires directes (c.-à-d. les communications entre des juges de différents États ou territoires concernant une affaire) peuvent être particulièrement utiles dans les procédures de retour dans lesquelles l'exception de risque grave a été soulevée, par exemple, pour déterminer s'il existe des mesures de protection adéquates pour garantir le retour sans danger de l'enfant dans l'État de la résidence habituelle<sup>127</sup>.

124. Il est recommandé, lorsque des communications judiciaires directes sont envisagées, que le tribunal saisi de la procédure de retour et l'autre autorité compétente concernée, habituellement le tribunal de l'État requérant, tiennent compte des « *Principes relatifs aux communications judiciaires directes dans des affaires particulières et garanties communément acceptées* », reproduits à l'annexe 5<sup>128</sup>. L'objectif des Principes est de conférer de la transparence, de la sécurité et de la prévisibilité à ces communications pour les deux juges concernés ainsi que pour les parties et leurs représentants, mais aussi de garantir que les communications judiciaires directes sont effectuées dans le respect des exigences légales des États et territoires concernés et du principe fondamental de l'indépendance du juge dans l'exercice des fonctions de réseau<sup>129</sup>.

125. Lorsqu'elles sont possibles et opportunes, les communications directes avec les tribunaux étrangers peuvent être établies par les membres du Réseau international de juges de La Haye (RIJH) désignés à l'échelle nationale<sup>130</sup>. Les Autorités centrales ou les parties au litige peuvent signaler l'existence du RIJH à l'autorité compétente saisie d'une affaire de retour, car il pourrait apporter une aide précieuse dans l'affaire.

126. Les juges désignés par leur État<sup>131</sup> en tant que membres du RIJH assurent la liaison entre leurs collègues au niveau interne et les autres membres du Réseau à l'étranger. Les juges de réseau ont essentiellement deux fonctions de communication : la première, à caractère général (c.-à-d. non spécifique aux affaires), consiste à diffuser les informations émanant du RIJH ou du Bureau Permanent de la Conférence de La Haye sur les Conventions de La Haye relatives aux enfants aux autres juges de leur État et à faciliter le flux d'informations inverse<sup>132</sup> ; la seconde concerne les communications judiciaires directes relatives aux affaires, décrites ci-dessus. Dans ce contexte, les membres du RIJH peuvent solliciter des informations précises dans une affaire auprès de leur homologue dans l'État de la résidence habituelle.

<sup>127</sup> D'autres informations sont disponibles à l'adresse < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, sous les rubriques « Espace Enlèvement d'enfants », puis « Communications judiciaires ». Les Profils des États (*op. cit.* note 21) précisent à la section 21 s'il existe une base législative permettant aux juges d'établir des communications judiciaires directes ou si, en l'absence d'une telle législation, les juges peuvent établir des communications judiciaires directes.

<sup>128</sup> Les « Principes relatifs aux communications judiciaires directes dans des affaires particulières et garanties communément acceptées » font partie des « *Lignes de conduite émergentes relatives au développement du Réseau international de juges de La Haye et Principes généraux relatifs aux communications judiciaires directes, y compris les garanties communément acceptées pour les communications judiciaires directes dans des affaires particulières, dans le contexte du Réseau international de juges de La Haye* », publiés par le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye en 2013 (ci-après, « Lignes de conduite émergentes du RIJH et Principes généraux relatifs aux communications judiciaires directes »), disponibles à l'adresse < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) > (chemin d'accès indiqué *ibid.*). Au Costa Rica, ces principes ont été incorporés à un Protocole ; voir la Circulaire No 8-2014 - *Asunto: « Protocolo de Actuaciones para Comunicaciones Judiciales Directas en Asuntos de Derecho Internacional de Familia »*.

<sup>129</sup> Voir Lignes de conduite émergentes du RIJH et Principes généraux relatifs aux communications judiciaires directes (*ibid.*), p. 7.

<sup>130</sup> Des informations sur le RIJH sont disponibles à l'adresse < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, sous les rubriques « Espace Enlèvement d'enfants », puis « Réseau international de juges de La Haye ». Voir aussi Lignes de conduite émergentes du RIJH et Principes généraux relatifs aux communications judiciaires directes (*op. cit.* note 128). Au sein de l'Union européenne, le Réseau Judiciaire Européen en matière civile et commerciale a été créé ; pour plus d'informations, consulter le site < <https://e-justice.europa.eu> >.

<sup>131</sup> Les juges du RIJH ont été désignés principalement par les États contractants à la Convention ainsi que par certains États non contractants. La liste des juges membres du RIJH est disponible à l'adresse < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) > (chemin d'accès indiqué *ibid.*). Lors de sa Sixième réunion, la Commission spéciale a encouragé « [l]es États n'ayant pas encore désigné de juges du Réseau de La Haye [...] à le faire », voir les Conclusions et Recommandations de la Sixième réunion de la CS (*op. cit.* note 29), para. 64.

<sup>132</sup> Voir, par ex., le rapport de l'Office néerlandais du juge de liaison pour la protection internationale de l'enfant pour 2014, disponible à l'adresse < [www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/The-Dutch-Office-of-the-Liaison-Judge-International-Child-Protection-report-2014.pdf.pdf](http://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/The-Dutch-Office-of-the-Liaison-Judge-International-Child-Protection-report-2014.pdf.pdf) >.

127. Il faut souligner que les communications judiciaires, en particulier les communications judiciaires directes, peuvent accélérer les procédures de retour. Cependant, comme d'autres aspects de la procédure de retour, elles ne doivent pas indûment la prolonger<sup>133</sup>.

### i. Suggestions de bonnes pratiques

128. Exemples de bonnes pratiques des tribunaux en matière de communications judiciaires directes, sous réserve qu'elles soient opportunes et autorisées par la loi, les procédures et les pratiques internes et dans le respect de l'indépendance du juge<sup>134</sup> :

- **L'autorité compétente peut encourager les parties à se préparer à l'issue de la procédure en initiant des communications judiciaires directes avec l'autre État concerné à un stade précoce de la procédure. Le juge de l'État requis peut, par exemple, obtenir l'autorisation des parties pour demander quel tribunal de l'État requérant serait compétent pour la procédure relative au droit de garde à la conclusion de la procédure de retour et si la présence de l'enfant dans cet État est une condition préalable de la compétence.**
- **De manière générale, les communications judiciaires directes doivent être envisagées dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b) lorsqu'elles sont nécessaires et possibles, par exemple, pour<sup>135</sup> :**
  - **faciliter et accélérer le recueil d'informations ou de preuves utiles pour l'affaire ;**
  - **vérifier la véracité des déclarations faites ou des informations communiquées par le parent qui a emmené l'enfant à l'appui de son allégation concernant l'article 13(1)(b), comme des déclarations sur la situation de l'enfant dans l'État de la résidence habituelle (y compris, par ex. les constats de violence domestique ou familiale du tribunal de l'État de la résidence habituelle) ;**
  - **s'informer sur les lois, les procédures ou les services proposés dans l'État de la résidence habituelle ;**
  - **déterminer s'il existe des mesures de protection adéquates et efficaces pour l'enfant et, dans l'affirmative, établir qu'elles peuvent être prises dans l'État de la résidence habituelle afin de le protéger (et, si nécessaire, de protéger le parent qui l'a emmené) au retour ou dans quel délai les autorités de cet État peuvent prendre ces mesures<sup>136</sup> ;**

<sup>133</sup> Voir, sur l'obligation de procéder d'urgence dans les procédures de retour, *supra*, para. 91 et s.

<sup>134</sup> Voir Principes 6.1 à 6.3 des Lignes de conduite émergentes du RIJH et Principes généraux relatifs aux communications judiciaires directes (*op. cit.* note 128 et annexe 5), qui précisent respectivement : « [t]out juge intervenant dans une communication judiciaire directe doit respecter la loi de son pays » ; « [d]ans ses communications, chaque juge saisi doit conserver son indépendance dans sa prise de décision concernant l'affaire en cause. » ; et « [a]ucune communication ne doit compromettre l'indépendance de la décision du juge saisi concernant l'affaire en cause ».

<sup>135</sup> Pour un exemple de l'utilisation des communications judiciaires internationales à l'échelle nationale, voir la Loi uniforme de 1997 relative à la compétence et à l'exécution en matière de garde des enfants (*Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act*, 1997), 9 (1A) U.L.A. 657 (1999) (« UCCJEA ») des États-Unis d'Amérique. L'UCCJEA (art. 204(d)) impose des communications judiciaires directes et immédiates au tribunal qui se déclare compétent dans une situation d'urgence lorsqu'un parent ou un enfant peut être exposé à un risque.

<sup>136</sup> Ces informations peuvent être notamment utiles en ce qui concerne une mesure de protection prise en vertu de l'art. 11 de la Convention de 1996. Si, par ex., une mesure de protection est prise dans l'État requis en vertu de l'art. 11, le tribunal de cet État peut souhaiter savoir quand cette mesure cessera d'avoir effet conformément à l'art. 11(2) ou (3) de la Convention de 1996. Voir, sur l'art. 11 de la Convention de 1996, *supra*, para. 147 et s.

- faire confirmer que des mesures adéquates et efficaces de protection de l'enfant (et, si nécessaire, du parent ayant emmené l'enfant) ont été prises et que des ordonnances à cet effet ont été rendues par l'autorité compétente de l'État de la résidence habituelle afin que le retour de l'enfant puisse être ordonné ;
  - déterminer si les mesures de protection prises par le tribunal de l'État requis pour protéger l'enfant (et si nécessaire, le parent qui l'a emmené) peuvent être reconnues et éventuellement exécutées<sup>137</sup> dans l'État requérant, ou si une ordonnance miroir peut être rendue ;
  - si c'est important pour l'affaire considérée, s'informer du délai dans lequel une procédure relative à la garde de l'enfant peut être ouverte dans l'État de la résidence habituelle après le retour de l'enfant ;
  - déterminer si le parent qui a emmené l'enfant fait l'objet d'un mandat d'arrêt ou de poursuites pénales relatives au déplacement ou au non-retour illicite de l'enfant dans l'État de la résidence habituelle et, dans l'affirmative, si ces poursuites peuvent être abandonnées au cas où cela faciliterait le retour de ce parent avec l'enfant.
- Contacter le(s) membre(s) du RIJH de votre État ou territoire<sup>138</sup> afin de faciliter les communications avec un tribunal de l'État requérant ou un autre tribunal.
  - Lorsque des communications judiciaires directes sont envisagées, il convient de tenir compte des « Principes relatifs aux communications judiciaires directes dans des affaires particulières et garanties communément acceptées » (annexe 5) ainsi que des règles ou procédures internes applicables.
  - Lorsque des communications judiciaires directes sont engagées, tenir compte de la rapidité, de l'efficacité et de la rentabilité<sup>139</sup> et s'assurer que la demande d'informations ou d'assistance est, notamment :
    - communiquée dès que possible dans la procédure et qu'elle indique un délai de réponse ; et
    - formulée de manière claire et précise et dans une langue comprise par le juge du RIJH ou l'autre juge.
  - Lorsque des communications judiciaires directes sont engagées, envisager d'informer l'Autorité centrale si c'est approprié<sup>140</sup>.

## 6. Assistance des Autorités centrales et d'autres autorités

129. L'un des moyens par lesquels la Convention de 1980 cherche à atteindre ses objectifs est d'instaurer un système de coopération étroite entre les autorités administratives et les autres autorités des États contractants<sup>141</sup>. Ce système est en particulier mis en œuvre par les Autorités centrales qui doivent être désignées dans chaque État et dont les fonctions sont résumées à l'article 7 de la Convention. La troisième partie de ce Guide, qui s'adresse principalement aux fonctionnaires des Autorités centrales (elle peut également intéresser les autorités compétentes), contient des suggestions détaillées sur l'aide que les Autorités centrales peuvent apporter dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b) compte tenu de leurs fonctions décrites dans la Convention.

<sup>137</sup> Des informations sur la reconnaissance et l'exécution des ordonnances de protection rendues par des juridictions civiles étrangères sont disponibles, par ex., à l'adresse < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, sous la rubrique « Projet sur les ordonnances de protection ».

<sup>138</sup> La liste des membres du RIJH est disponible à l'adresse < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) > (chemin d'accès indiqué à la note 130).

<sup>139</sup> Voir annexe 5, Principe 7.1. Des indications plus précises figurent dans les Principes qui suivent le Principe 7.1.

<sup>140</sup> *Ibid.*, Principe 9.1.

<sup>141</sup> Voir le Rapport explicatif (*op. cit.* note 8), para. 35, 37, 42 et 43.

130. Les autorités compétentes sont encouragées à se familiariser avec le rôle que les Autorités centrales peuvent jouer dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b) et, si c'est possible et opportun, à solliciter leur aide dans les affaires dont elles sont saisies.

131. Exemples de bonnes pratiques des tribunaux, sous réserve qu'elles soient opportunes et autorisées par les procédures et les pratiques internes :

- **Tenir compte du rôle que les Autorités centrales peuvent jouer dans le fonctionnement de la Convention de 1980 en général et dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b) en particulier (voir troisième partie).**
- **Étudier s'il convient de demander l'aide des Autorités centrales et des autres autorités concernées (par ex. autorités de protection de l'enfance) à divers stades de la procédure, lorsqu'une aide est nécessaire et possible et en respectant comme il se doit la neutralité et l'indépendance du juge.**
- **Tenir compte du fait que l'aide des Autorités centrales peut être utile, en fonction des faits de l'espèce, pour :**
  - **assurer la sécurité et le bien-être de l'enfant au cours de la procédure de retour en facilitant la coopération avec les autorités concernées telles que les organismes de protection de l'enfance ;**
  - **s'informer des lois, des procédures et des services prévus pour protéger l'enfant (et si nécessaire le parent qui l'a emmené) dans l'État de la résidence habituelle au retour de l'enfant dans cet État ;**
  - **déterminer s'il existe des mesures de protection adéquates et efficaces et, dans l'affirmative, s'assurer qu'elles peuvent être prises dans l'État de la résidence habituelle afin de protéger l'enfant (et, si nécessaire, le parent qui l'a emmené) au retour ou s'informer du délai dans lequel les autorités de cet État peuvent prendre ces mesures ;**
  - **se faire confirmer que des mesures adéquates et efficaces de protection de l'enfant (et, s'il y a lieu, du parent qui l'a emmené) ont été prises et que des ordonnances à cet effet ont été rendues par l'autorité compétente de l'État de la résidence habituelle afin que le retour de l'enfant puisse être ordonné ;**
  - **déterminer si le parent qui a emmené l'enfant fait l'objet d'un mandat d'arrêt ou de poursuites pénales relatives au déplacement ou au non-retour illicite de l'enfant dans l'État de la résidence habituelle et, dans l'affirmative, si ces poursuites peuvent être abandonnées au cas où cela faciliterait le retour de ce parent avec l'enfant ;**
  - **étudier l'opportunité d'établir dès que possible des communications électroniques entre l'enfant et le parent auquel il a été retiré, y compris des communications électroniques supervisées si une supervision est jugée nécessaire pour protéger l'enfant ou le parent auquel il a été retiré ou pour protéger la relation de l'enfant avec ce parent ;**
  - **déterminer s'il y a lieu de présenter l'enfant à un service d'aide aux enfants victimes d'un enlèvement parental international ou d'un bouleversement similaire<sup>142</sup>.**

<sup>142</sup> Voir, par ex., la page consacrée à l'enfant à l'adresse < [www.zank.de](http://www.zank.de) >, qui comporte un numéro d'appel, auquel les enfants peuvent recourir, sans la présence du parent qui les a emmenés.

## 7. Garantir la sécurité et le « retour sans danger » de l'enfant et, le cas échéant, du parent qui l'accompagne

132. Au cours de la procédure de retour dans l'État requis, il importe que le tribunal et les autres autorités veillent, dans la mesure possible et nécessaire, à la sécurité et au bien-être de l'enfant. Cela peut être particulièrement important dans les affaires où l'exception prévue à l'article 13(1)(b) est soulevée.

133. De même, une fois que le retour a été ordonné, la notion de « retour sans danger » de l'enfant et, le cas échéant, du parent qui l'accompagne, et les questions pratiques qui l'entourent ont été amplement abordées par la Commission spéciale (voir annexe 2) ; elles ont également donné lieu à l'élaboration d'un ensemble de bonnes pratiques par les autorités compétentes, les Autorités centrales et d'autres autorités intervenant dans les affaires relevant de la Convention de 1980.

### i. Mesures de protection visant à garantir la sécurité et le bien-être de l'enfant pendant la procédure dans l'État requis

134. Il peut être nécessaire d'envisager des mesures pour protéger l'enfant dans l'État requis pendant la procédure de retour<sup>143</sup>, par exemple, lorsqu'une partie affirme que l'enfant a subi des abus ou des violences (directes ou indirectes) dans l'État de la résidence habituelle avant le déplacement. En effet, la sécurité ou le bien-être de l'enfant peuvent être compromis par certains comportements (par ex. maltraitance, abus physiques ou psychologiques) du parent qui l'a emmené ou du parent auquel il a été retiré au cours de la procédure.

135. Lorsqu'il est établi que le parent ayant emmené l'enfant, au cours de l'enlèvement ou après, expose celui-ci à un danger physique ou psychique, l'État requis devrait prendre des mesures de protection urgentes, par ex. lui retirer l'enfant (et, bien sûr, ordonner le retour immédiat de l'enfant dans l'État de la résidence habituelle).

#### a) Suggestions de bonnes pratiques

136. Exemples de bonnes pratiques contribuant à la sécurité et au bien-être de l'enfant pendant la procédure de retour :

- **Prendre des mesures garantissant, dans la mesure possible et nécessaire, la sécurité ou le bien-être de l'enfant pendant la procédure de retour et tenir compte du fait qu'il peut être nécessaire de prendre des mesures de protection de l'enfant dès que possible dans la procédure.**
- **Communiquer si nécessaire avec les autorités concernées, comme les Autorités centrales ou les autorités de protection de l'enfance, et avec le représentant légal de l'enfant (le cas échéant) afin de déterminer s'il y a lieu de prendre des mesures de protection pour garantir la sécurité ou le bien-être de l'enfant pendant la procédure de retour et, dans l'affirmative, pour déterminer quelles mesures de protection seraient adéquates et efficaces dans l'affaire en cause.**
- **Étudier la possibilité de recourir à l'article 11 de la Convention de 1996 (si elle est applicable) lorsque des mesures de protection de l'enfant sont envisagées<sup>144</sup>.**

<sup>143</sup> Sur les mesures de protection, voir, *infra*, para. 137 et s.

<sup>144</sup> Voir, sur l'art. 11 de la Convention de 1996, *infra*, para. 147 et s.

## ii. Mesures de protection dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b) pour garantir le « retour sans danger » de l'enfant

137. Les autorités compétentes saisies d'une demande de retour recourent de plus en plus à des mesures de protection<sup>145</sup>, y compris à celles qui sont prises dans l'État ou le territoire étranger, au moyen, par exemple, d'ordonnances miroirs ou d'ordonnances de sauf-conduit<sup>146</sup> afin de garantir le retour immédiat et sans danger de l'enfant<sup>147</sup>. Une mesure de protection peut consister, par exemple, en un engagement pris et respecté volontairement par le parent auquel l'enfant a été retiré (lequel doit toutefois être manié avec prudence sauf s'il peut être rendu exécutoire dans l'État requérant, par ex. au moyen d'une ordonnance de consentement qui donne alors lieu à une ordonnance miroir dans l'autre État)<sup>148</sup> ou par un engagement imposé par le tribunal à titre de condition au retour (parfois appelé « condition » ou « accord »).

138. Ce sont les circonstances particulières de l'espèce, ainsi que les systèmes juridiques et les pratiques des États où la mesure doit être prise qui déterminent les mesures de protection qu'un tribunal peut prendre dans une affaire. Certaines mesures sont souvent prises dans ou entre les États de *common law* par le biais d'ordonnances de sauf-conduit et d'ordonnances miroirs, alors que dans d'autres États et territoires (principalement de tradition civiliste), les tribunaux n'ont pas toujours la base juridique pour prendre de telles mesures<sup>149</sup>. Par conséquent, s'il est nécessaire, pour garantir le retour de l'enfant dans un environnement sans danger, d'obtenir une ordonnance de sauf-conduit (ou une ordonnance miroir au regard des mesures de protection prises par le tribunal saisi de la procédure de retour) dans l'État de la résidence habituelle, par exemple, la première condition préalable est que le système juridique de cet État puisse accueillir une telle ordonnance exécutoire<sup>150</sup>.

139. Ainsi, la principale difficulté que posent certains mécanismes de mise en œuvre de mesures de protection prises pour garantir le retour sans danger de l'enfant (par ex. engagements, ordonnances miroirs et ordonnances de sauf-conduit) est que ces mesures peuvent être inconnues ou impossibles à exécuter dans l'État où l'enfant retournera et qu'elles ne le protégeront donc pas efficacement à son retour dans cet État. Toutefois, le recours à l'article 11 de la Convention de 1996, lorsqu'elle est en vigueur entre les deux États, permet de surmonter ce problème (voir section 7(iv), ci-dessous)<sup>151</sup>.

<sup>145</sup> À titre d'exemple, les tribunaux qui appliquent le Règlement Bruxelles II *bis* sont tenus d'examiner l'existence de mesures de protection en vertu de l'art. 11(4) du Règlement, voir *supra*, para. 68 et s.

<sup>146</sup> Pour une explication de la terminologie, voir le glossaire, *infra*, à l'annexe 1.

<sup>147</sup> Pour plus d'informations sur les mesures de protection, voir, par ex., P.R. Beaumont et P.E. McElevy (*op. cit.* note 56), p. 156 et s. ; R. Schuz, (*op. cit.* note 43), p. 289 et s. Voir aussi le Guide de bonnes pratiques sur l'exécution (*op. cit.* note 17), chapitre 1, para. 17 à 22, chapitre 5, para. 92 à 94, chapitre 8, para. 116 à 120. Voir aussi le Guide de bonnes pratiques sur la mise en œuvre (*op. cit.* note 7), chapitre 6.2.

<sup>148</sup> Les engagements volontaires, par ex., ne devraient pas être utilisés, notamment, pour les questions relatives à la sécurité ou au bien-être de l'enfant ou du parent qui l'accompagne. Des recherches montrent en effet que les engagements volontaires ne sont pas efficaces dans les affaires de violence domestique ; voir, par ex., R. Hoegger, « What if she leaves? Domestic Violence Cases Under the Hague Convention and the Insufficiency of the Undertakings Remedy », *Berkeley Women's Law Journal*, vol. 18, p. 181 ; et J. Lewis, « Comment: The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: When Domestic Violence and Child Abuse Impact the Goal of Comity », *Columbia Journal of transnational Law*, Fall 2000, vol. 13, 391, p. 23.

<sup>149</sup> Les tribunaux des États de droit civil ont souvent besoin d'une base juridique pour prendre des mesures de protection initiées par l'autorité compétente étrangère, qui ne sont pas nécessairement prévues dans leur droit procédural interne. Il est néanmoins arrivé qu'un tribunal d'un État de droit civil rende une ordonnance de retour assortie de certaines conditions ; voir à cet égard R. Schuz (*op. cit.* note 43), p. 291. Voir *Juzgado Segundo de Niñez y Adolescencia de Panamá* (Deuxième tribunal de l'enfance et de l'adolescence du Panama) décision N°393-05-F, 5 juillet 2005 [référence INCADAT : HC/E/PA 872], pour le premier exemple d'un tribunal de droit civil en Amérique latine instaurant des mesures de protection sous forme d'ordonnance miroir. Voir aussi la Loi argentine 26.994 promulguée par décret No 1795/2014 (*Ley 26.994 promulgada por Decreto 1795/2014*) qui a introduit l'article 2642 dans le Code civil argentin, autorisant les juges à ordonner des mesures de protection pour le retour de l'enfant et, si nécessaire, le parent qui l'accompagne, à la demande de l'autorité compétente étrangère.

<sup>150</sup> Voir le Guide de bonnes pratiques sur l'exécution (*op. cit.* note 17), chapitre 8, para. 117.

<sup>151</sup> Les mesures de protection en vertu de l'art. 11 de la Convention de 1996 sont décrites en plus amples détails, *infra*, para. 147 et s. Voir aussi, par ex., P. Nygh, « The new Hague Child Protection Convention », *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 11, 1997, p. 344 à 359, p. 351. Il faut souligner qu'en vertu de la Convention de 1996, l'exécution d'une mesure étrangère n'est pas automatique, mais que « [c]haque État contractant applique à la déclaration d'*exequatur* ou à l'enregistrement une procédure simple et rapide » (voir art. 26).

140. La coopération et la coordination faisant appel au RIJH et au système des Autorités centrales (voir sections 5 et 6 de cette partie ainsi que la troisième partie et l'annexe 5) devraient s'avérer très utiles dans les situations où une autorité compétente estime que des mesures de protection devraient être prises pour garantir le retour sans danger d'un enfant et, le cas échéant, d'un parent qui l'accompagne. La médiation est un autre outil que les autorités compétentes ou les autres acteurs du système peuvent employer pour faciliter un accord organisant les détails du retour sans danger (voir section 10 ci-dessous).

### a) Suggestions de bonnes pratiques

141. Exemples de bonnes pratiques des autorités compétentes lorsqu'une mesure de protection est envisagée (voir aussi, ci-dessous, les bonnes pratiques suggérées dans le contexte de la Convention de 1996 lorsqu'elle est applicable) :

- **Les parties à une procédure de retour peuvent être encouragées dès le début de la procédure à se préparer à son issue possible. Chaque parent devrait savoir dès le départ pour quels aspects, y compris la nécessité et l'existence de mesures de protection ou de conditions au retour, des preuves seront nécessaires. La préparation à l'issue de la procédure encourage chaque partie à réfléchir à sa situation, à l'impact sur l'enfant de l'issue possible et à ce qui adviendra après la décision<sup>152</sup>.**
- **Considérer que les mesures de protection devraient se borner à atteindre l'objectif d'un retour immédiat et sans danger de l'enfant et qu'elles ne devraient pas aller au-delà de ce qui est nécessaire dans l'affaire considérée pour atteindre les objectifs de la Convention. Il faut veiller à ne pas empiéter sur la compétence des tribunaux de la résidence habituelle, qui sont les juridictions appropriées pour décider toutes mesures de protection à long terme, dans l'intérêt supérieur de l'enfant.**
- **Considérer qu'en règle générale, les mesures de protection doivent être détaillées, adéquates et efficaces eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, et que dans une affaire fondée sur l'article 13(1)(b), elles devraient apporter une réponse adéquate aux préoccupations relatives à un risque grave pour l'enfant, sans être inutilement pesantes.**
- **Veiller, si les mesures de protection visent le parent auquel l'enfant a été retiré, à ce qu'elles ne constituent pas pour lui une charge excessive<sup>153</sup>, car c'est le parent qui a emmené l'enfant qui, en déplaçant ou en retenant celui-ci illicitement, a créé une situation factuelle illicite que la Convention de 1980 cherche à régler en rétablissant la situation antérieure<sup>154</sup>.**
- **En général, veiller à ce qu'il n'incombe pas uniquement au parent auquel l'enfant a été retiré de prouver qu'il existe des mesures de protection adéquates et efficaces<sup>155</sup>.**

<sup>152</sup> Cette approche peut éviter que des conditions au retour soient demandées ou formulées *a posteriori*, après la décision relative au retour. Les conditions qui n'ont pas été soigneusement réfléchies ou qui déplaisent à une partie mais qu'elle se sent impuissante à contester peuvent aggraver le conflit parental après le retour de l'enfant dans l'État de la résidence habituelle au lieu de le diminuer.

<sup>153</sup> Voir le Guide de bonnes pratiques sur l'exécution (*op. cit.* note 17), chapitre 5, para. 93.

<sup>154</sup> Voir, par ex., dans ce contexte, le Rapport explicatif (*op. cit.* note 8), para. 11 à 16. Dans certaines circonstances toutefois, par ex. dans le cas d'un parent violent auquel l'enfant a été retiré dont le comportement antérieur répréhensible ou illicite est avéré, le tribunal devrait dûment tenir compte de la gravité de son comportement dans sa recherche de mesures de protection adéquates capables de garantir un retour sans danger s'il est approprié.

<sup>155</sup> Car c'est à la personne ou à l'institution qui s'oppose au retour qu'il revient de prouver qu'il existe un risque grave (voir, *supra*, para. 63). Dans certaines circonstances toutefois, par ex., dans le cas d'un parent violent auquel l'enfant a été retiré dont le comportement antérieur répréhensible ou illicite est avéré (*ibid.*), le tribunal devrait dûment tenir compte de la gravité de ce comportement sans toutefois procéder à une évaluation complète de l'intérêt supérieur de l'enfant (voir para. 86, *supra*). Certains experts suggèrent que, dans certaines circonstances, c'est à la personne qui demande le retour qu'il devrait incomber de prouver l'adéquation et l'efficacité des mécanismes de protection de l'enfant dans l'État requérant, car le contraire est difficile à prouver.

- Si les mesures de protection doivent être prises dans l'État où l'enfant retournera, avant de les ordonner :
  - déterminer si les lois, les procédures et les pratiques de cet État permettraient d'appliquer ces mesures ou si des moyens permettent de les reconnaître et, si nécessaire, de les exécuter ; garder à l'esprit que les lois et procédures internes de cet État ne permettront peut-être pas d'appliquer ou de reconnaître et d'exécuter une mesure de protection particulière, la conséquence en étant que l'enfant risque de ne pas être adéquatement et efficacement protégé à son retour ;
  - envisager d'appliquer l'article 11 de la Convention de 1996, qui fournit une base juridictionnelle, en cas d'urgence, pour prendre, à l'égard d'un enfant<sup>156</sup>, les mesures de protection nécessaires, lesquelles sont reconnues et peuvent être déclarées exécutoires ou enregistrées aux fins de l'exécution dans l'État où l'enfant retournera, sous réserve que les deux États concernés soient des États contractants à la Convention de 1996<sup>157</sup>.
- Envisager de recourir aux communications judiciaires directes<sup>158</sup> ou de solliciter l'assistance des Autorités centrales désignées en vertu de la Convention de 1980<sup>159</sup> ou des Autorités centrales désignées en vertu de la Convention de 1996 (si elle est applicable)<sup>160</sup>, par exemple, pour déterminer :
  - s'il existe des mesures de protection dans l'État où l'enfant retournera, leur nature et par quels moyens elles peuvent être mises en œuvre (par ex., conditions, ordonnances miroirs ou ordonnances de sauf-conduit) ;
  - si les mesures de protection prises dans l'État où se trouve l'enfant peuvent être acceptées ou mises en œuvre ou reconnues et, si nécessaire, exécutées dans l'État où l'enfant retournera ;
  - dans quel délai les autorités de l'État où l'enfant retournera prendront les mesures visant à protéger celui-ci à son retour<sup>161</sup> ;
  - si des mesures de protection adéquates et efficaces sont en place dans l'État où l'enfant retournera avant que le retour soit ordonné ou avant le retour effectif de l'enfant.
- Déterminer s'il convient d'informer les autorités compétentes de l'État où l'enfant retournera, y compris l'Autorité centrale désignée en vertu de la Convention de 1980 et l'Autorité centrale désignée en vertu de la Convention de 1996 (si elle est applicable), du fait que des mesures de protection de l'enfant sont envisagées ou ont été prises pour leur permettre, dans la mesure du possible, d'engager ou de prendre les mesures requises par la situation dans leur État pour garantir la protection continue de l'enfant à son retour.
- Veiller à ce que l'étude de mesures de protection adéquates et efficaces en vertu de l'article 13(1)(b) ne retarde pas indûment l'examen de l'affaire dans la procédure de retour.

142. Dans de nombreuses circonstances dans lesquelles l'article 13(1)(b) est soulevé, les autorités compétentes de l'État où l'enfant retournera (généralement l'État de sa résidence habituelle) pourront résoudre les préoccupations concernant l'exception de risque grave et assurer la sécurité de l'enfant au retour. Toutefois, lorsque le tribunal n'est pas convaincu que dans le cas d'espèce, les mesures de protection confèrent une protection adéquate et efficace et, si nécessaire, exécutoire, pour l'enfant à son retour, il devrait envisager de refuser le retour.

<sup>156</sup> Certains États et territoires peuvent aussi user de cette disposition de la Convention de 1996 pour protéger un parent qui accompagne l'enfant ; voir, *infra*, note 171.

<sup>157</sup> Voir art. 23 et s. de la Convention de 1996. Voir aussi, *infra*, para. 147 et s.

<sup>158</sup> Voir, *supra*, para. 123 sur les communications judiciaires directes.

<sup>159</sup> Voir, par ex., le Guide de bonnes pratiques sur la pratique des autorités centrales (*op. cit.* note 17), chapitres 3.19, 4.15 et 6.3. Voir aussi, *infra*, para. 213 et s. sur le rôle des Autorités centrales.

<sup>160</sup> Pour plus d'informations sur l'assistance apportée par les Autorités centrales désignées en vertu de la Convention de 1996, voir, *infra*, para. 159.

<sup>161</sup> Voir à cet égard l'art. 11(2) et (3) de la Convention de 1996.

### iii. Considérations relatives à la sécurité du parent ayant emmené l'enfant et du parent auquel celui-ci a été retiré

143. Dans certaines circonstances, la sécurité et le bien-être de l'enfant peuvent être étroitement liés à la sécurité et à la santé ou au bien-être d'un de ses parents. La Commission spéciale l'a déjà souligné, notamment au regard des mécanismes visant à assurer le « retour sans danger » de l'enfant, où un parent qui l'accompagne est souvent concerné (voir annexe 2).

144. On en sait davantage aujourd'hui sur les effets dommageables que la violence conjugale ou la violence à l'égard d'un partenaire intime peut avoir sur les enfants (voir annexe 3). La Commission spéciale, lors de sa Sixième réunion, a fait la recommandation suivante, conformément aux éléments apportés par les sciences sociales et aux normes internationales : « Tenant compte de la protection de l'enfant en vertu des Conventions de 1980 et 1996, une attention particulière devrait être accordée à l'impact sur un enfant d'actes de violence commis par un parent à l'encontre de son partenaire. »<sup>162</sup>

145. Par conséquent, un tribunal peut être amené à envisager des mesures destinées non seulement à protéger l'enfant, mais aussi le parent qui l'a emmené. Ces mesures peuvent être nécessaires, par exemple, dans une situation où l'enfant et le parent qui l'a emmené souffrent des effets de la violence domestique, le parent auquel l'enfant a été retiré a proféré des menaces au cours de la procédure de retour ou la poursuite ou la reprise de ce comportement est à craindre en cas de retour dans l'État requérant<sup>163</sup>. Dans certains cas, il peut être difficile de distinguer la sécurité fondamentale ou le bien-être d'un enfant de ceux d'un parent (en particulier si ce parent a la charge principale de l'enfant), et les autorités compétentes devraient employer les mêmes considérations relatives à l'existence, à l'adéquation et à la possibilité d'exécuter des dispositions ou des mesures de protection que celles qui sont décrites à la section 7(ii) ci-dessus. Dans certains cas, un tribunal constatera que les mesures de protection visant le parent qui accompagne l'enfant sont inadéquates ou inefficaces pour prévenir un risque grave de danger pour l'enfant, et envisageront donc de refuser le retour<sup>164</sup>.

146. Le tribunal peut avoir également besoin de considérer la sécurité du parent auquel l'enfant a été retiré qui, par exemple, assiste à la procédure de retour dans l'État requis et allègue qu'il est menacé par le parent qui a emmené l'enfant ou par la famille de celui-ci, ou par d'autres circonstances graves.

### iv. Mesures de protection en vertu de l'article 11 de la Convention de 1996

147. Les pays contractants à la Convention de 1996 sont de plus en plus nombreux, ce qui met d'autres outils pratiques à la disposition des autorités compétentes saisies d'une procédure de retour en vertu de la Convention de 1980. Le site Web de la Conférence de La Haye ([www.hcch.net](http://www.hcch.net)) donne des informations à jour sur le statut de votre État et de l'autre État concerné par l'affaire fondée sur l'article 13(1)(b) à l'égard de la Convention de 1996 (sous les rubriques « Protection des enfants », puis « État présent »).

148. Le but de la Convention de 1996 est d'améliorer la protection des enfants en situation internationale ; à cette fin, elle organise les questions de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance, de l'exécution et de la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants<sup>165</sup>. Les enfants victimes d'un enlèvement international bénéficient eux aussi de la mise en œuvre et de l'application de la Convention de 1996 car elle

<sup>162</sup> Rapport de la Première partie de la Sixième réunion de la CS, para. 42 (*op. cit.* note 28).

<sup>163</sup> Voir, par ex., en ce qui concerne l'impact psychologique sur le parent qui a emmené l'enfant, la Cour suprême du Royaume-Uni dans l'affaire *Re S (a Child)* [2012] UKSC 10. La Cour suprême s'est concentrée sur l'impact psychologique du retour sur une mère dans un contexte de violence domestique et familiale, en tenant compte de la « base objective » de ces craintes.

<sup>164</sup> Voir, par ex., la Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles (division de la famille) (Royaume-Uni) dans les affaires *BT v JRT* [2008] EWHC 1169 (Fam) et *DT v LBT* [2010] EWHC 3177 (Fam) ; et le Tribunal fédéral des États-Unis pour le district sud de New York (*United States District Court, Southern District of New York*), dans l'affaire *Davies v. Davies*, 2017 WL 361556.

<sup>165</sup> Voir le préambule et l'art. 1 de la Convention de 1996.

complète et renforce la Convention de 1980 à plusieurs égards<sup>166</sup>.

149. L'article 7 de la Convention de 1996, en harmonie avec la Convention de 1980, dispose qu'en cas de déplacement ou de non-retour illicite d'un enfant, les autorités de l'État contractant dans lequel celui-ci 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 État 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 État 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.

150. Pour les tribunaux saisis d'une procédure de retour en vertu de la Convention de 1980, et donc situés dans l'État contractant où l'enfant a été déplacé ou retenu (art. 12(1))<sup>167</sup>, l'article 11 de la Convention de 1996 est une disposition importante, dont le texte est le suivant<sup>168</sup> :

- « 1. Dans tous les cas d'urgence, les autorités de chaque État 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 État 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 État non contractant cessent d'avoir effet dans chaque État contractant dès qu'y sont reconnues les mesures exigées par la situation, prises par les autorités d'un autre État. »<sup>169</sup>

#### a) Usages de l'article 11 de la Convention de 1996 dans les procédures de retour

151. Sous réserve que la Convention de 1996 soit applicable, son article 11 peut être invoqué dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b) pour :

- **protéger l'enfant et garantir son bien-être tout au long de la procédure de retour dans l'État requis<sup>170</sup> (dans certains États et territoires, l'art. 11 de la Convention de 1996 a également été employé pour protéger un parent accompagnant l'enfant)<sup>171</sup> ;**

<sup>166</sup> Voir, par ex., les art. 7 et 50 de la Convention de 1996. Pour plus d'informations sur le rôle de la Convention de 1996 dans les affaires d'enlèvement international d'enfants, voir, par ex., le *Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants*, publié par le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, La Haye, 2014 (ci-après, « Manuel pratique sur la Convention de 1996 »), disponible à l'adresse < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, sous la rubrique « Publications », chapitre 13, section A. Voir aussi N. Lowe et M. Nicholls, *The 1996 Convention on the Protection of Children*, Jordan Publishing Ltd., 2012, chapitre 7.

<sup>167</sup> Voir, *supra*, para. 84.

<sup>168</sup> Voir les Conclusions et Recommandations de la Sixième réunion de la CS (*op. cit.* note 29), para. 41.

<sup>169</sup> Voir aussi l'art. 7(3) de la Convention de 1996, qui dispose que tant que les autorités de l'État contractant dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant le déplacement ou le non-retour conservent leur compétence, les autorités de l'État 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 de la Convention de 1996.

<sup>170</sup> Voir *supra*, para. 132 et s. sur la sécurité et le bien-être de l'enfant pendant la procédure de retour.

<sup>171</sup> Voir « Note explicative sur des questions spécifiques concernant la Convention de 1996 » (en anglais uniquement), rédigée par les participants à la Rencontre latino-américaine sur la protection internationale des enfants et le recouvrement des aliments à l'étranger, Santiago (Chili), 4-6 décembre 2013, coorganisée par la Conférence de La Haye de droit international privé et le Centre Heidelberg pour l'Amérique latine (disponible sur le site de la Conférence de La Haye à l'adresse < <http://assets.hcch.net/docs/4ada9ef9-9e58-4540-a859-c62ec6e68a60.pdf> >). Voir, par ex., Cour d'appel en matière familiale de l'Uruguay (*Tribunal de Apelaciones de Familia de 1 Turno de Uruguay*), S.G., P.C. v U., M., 22 décembre 2016.

- **dissiper les préoccupations relatives au risque que l'enfant ne soit pas adéquatement et efficacement protégé à son retour dans l'État requérant ;**
- **garantir la protection continue de l'enfant dans l'État de la résidence habituelle jusqu'à ce que les autorités de cet État prennent des mesures pour le protéger.**

#### **b) Fonctionnement de l'article 11 de la Convention de 1996 dans le contexte des procédures de retour**

152. L'article 11 de la Convention de 1996 attribue aux autorités d'un État contractant à la Convention de 1996 sur le territoire duquel se trouve l'enfant ou des biens lui appartenant la compétence pour prendre les mesures de protection nécessaires dans les cas d'urgence<sup>172</sup>. La compétence pour prendre des mesures urgentes en vertu de cet article peut donc être exercée par le tribunal saisi de la demande de retour dans l'État où l'enfant a été illicitement emmené ou retenu (sous réserve qu'il soit un État contractant à la Convention de 1996)<sup>173</sup>.

153. Dans ce cas, les autorités compétentes de l'État où l'enfant a été emmené ou retenu appliqueraient leur droit interne lorsqu'elles prennent des mesures de protection en vertu de l'article 11 de la Convention de 1996<sup>174</sup>. Elles peuvent prendre les mesures urgentes visées dans cet article indépendamment du fait qu'une procédure relative à l'enfant soit pendante dans l'État de la résidence habituelle<sup>175</sup>. D'autre part, le fait que des mesures de protection aient déjà été prises dans l'État de la résidence habituelle ne peut faire obstacle à ce que les autorités de l'État où se trouve l'enfant prennent des mesures de protection en vertu de l'article 11, même si ces mesures sont incompatibles avec celles qui ont été prises dans l'État de la résidence habituelle<sup>176</sup>.

154. La Convention de 1996 ne définit pas les mesures de protection « nécessaires » en vertu de l'article 11 ni ce qui constitue un « cas d'urgence ». En général, les mesures de protection en vertu de l'article 11 sont des mesures de protection de l'enfant ou de ses biens qui figurent dans la liste non exhaustive de l'article 3 de la Convention de 1996 (et qui ne sont pas exclues en vertu de l'article 4 de la même Convention)<sup>177</sup>.

155. Le Rapport explicatif sur la Convention de 1996 note que « [l]a Commission [qui négociait la Convention] s'est abstenue délibérément de préciser quelles mesures pouvaient être prises au titre de l'urgence en application de l'article 11. Il s'agit là en effet d'une notion fonctionnelle, l'urgence dictant en effet dans chaque situation les mesures nécessaires »<sup>178</sup>. Le Rapport explicatif précise en outre qu'« [o]n peut dire qu'on est en présence d'une situation d'urgence au sens de l'article 11, lorsque la situation, s'il n'y était porté remède que par la voie normale prévue aux articles 5 à 10, serait susceptible d'entraîner un préjudice irréparable à l'enfant<sup>179</sup>.

<sup>172</sup> Pour plus d'informations sur l'art. 11, voir P. Lagarde, « Rapport explicatif sur la Convention Protection des enfants de 1996 », *Actes et documents de la Dix-huitième session (1996)*, Tome II, *Protection des enfants*, La Haye, SDU, 1998 (ci-après, « Rapport explicatif sur la Convention de 1996 »), para. 68 et s. Voir aussi le Manuel pratique sur la Convention de 1996 (*op. cit.* note 166), chapitre 6 (le cas 6(g) concerne l'art. 13(1)(b)) et chapitre 13, section A, para. 13.1 et s., en particulier, le para. 13.7.

<sup>173</sup> Pour que l'art. 11 de la Convention de 1996 soit appliqué, il n'est pas nécessaire que l'enfant réside habituellement dans un État contractant à cette Convention. Voir art. 11(3) de la Convention de 1996.

<sup>174</sup> Voir chapitre III, art. 15 et s., en particulier l'art. 15(1), de la Convention de 1996.

<sup>175</sup> L'art. 13 de la Convention de 1996 ne s'applique pas aux mesures de protection prises en vertu de son art. 11.

<sup>176</sup> Voir N. Lowe et M. Nicholls (*op. cit.* note 166), chapitre 3, para. 3.23 et s., en particulier le para. 3.25.

<sup>177</sup> Il s'ensuit que seules les mesures de protection au bénéfice de l'enfant entrent normalement dans le champ d'application de la Convention de 1996 ; une ordonnance rendue pour protéger un parent qui accompagne l'enfant au retour, sauf si elle vise aussi à protéger l'enfant, n'entrerait pas dans le champ d'application de la Convention de 1996 ; voir « Consultations relatives à l'opportunité et à la faisabilité d'un protocole à la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants – Rapport préliminaire », Doc. pré-l. No 7 de mai 2011, disponible à l'adresse < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, sous la rubrique « Sixième réunion de la Commission spéciale (Première Partie, juin 2011 ; Deuxième Partie, janvier 2012) » (chemin d'accès indiqué à la note 25), Note du Bureau Permanent, para. 4.3. Toutefois, comme il est indiqué plus haut, certains États et territoires ont jugé que l'art. 11 de la Convention de 1996 est utile pour protéger un parent qui accompagne un enfant et l'enfant dans le contexte d'une ordonnance de retour. Voir *supra*, para. 151.

<sup>178</sup> Voir le Rapport explicatif sur la Convention de 1996 (*op. cit.* note 172), para. 70.

<sup>179</sup> Il a été noté dans certaines décisions de justice importantes que la notion d'« urgence » visée à l'art. 11 ne doit pas se limiter aux cas dans lesquels il existe un risque de « préjudice irréparable » pour l'enfant, mais qu'elle couvre un ensemble plus large de circonstances (voir par ex., *In re J (A Child)* [2015] UKSC 70, [2016] AC 1291).

La situation d'urgence justifie donc une dérogation à la règle normale et doit de ce fait être entendue assez strictement »<sup>180</sup>.

156. Il résulte de ce qui précède qu'il revient au tribunal saisi de la procédure de retour d'apprécier si, compte tenu des faits de l'espèce, il s'agit d'un cas « d'urgence » de sorte qu'il est possible de recourir à l'article 11 de la Convention de 1996 pour prendre les mesures nécessaires à la protection de l'enfant. Sous réserve que cette condition soit remplie en l'espèce, l'article 11 permet au tribunal de prendre les mesures de protection nécessaires (par ex. des ordonnances de protection provisoires) pour garantir la protection de l'enfant pendant la procédure de retour et assurer son retour sans danger.

157. Ces mesures de protection ont un effet extraterritorial<sup>181</sup> jusqu'à ce qu'elles soient remplacées par des mesures visant cet enfant prises par l'État de la résidence habituelle, sous réserve que les deux États concernés soient des États contractants à la Convention de 1996. Elles garantiront donc également la protection continue de l'enfant dans l'État requérant jusqu'à ce que les autorités de l'État de la résidence habituelle prennent des dispositions pour protéger l'enfant.

158. Il convient de noter qu'alors que l'article 11 de la Convention de 1996 confère une compétence simultanée aux autorités de l'État dans lequel l'enfant est présent, les autorités de l'État de la résidence habituelle de l'enfant conservent une compétence générale en vertu de l'article 5 de la Convention de 1996 pour prendre des mesures visant à protéger sa personne ou ses biens. Rien ne s'oppose donc à ce que les autorités de l'État de la résidence habituelle prennent des mesures pour garantir le retour sans danger de l'enfant.

### c) Suggestions de bonnes pratiques

159. Exemples de bonnes pratiques des tribunaux lorsqu'ils envisagent de prendre une mesure de protection en vertu de l'article 11 de la Convention de 1996 dans une affaire fondée sur l'article 13(1)(b), outre les bonnes pratiques relatives aux mesures de protection indiquées ci-dessus<sup>182</sup> :

- **Envisager, si nécessaire, de solliciter l'aide des Autorités centrales désignées en vertu de la Convention de 1996<sup>183</sup>, notamment pour :**
  - **obtenir des informations sur la législation et sur les services disponibles dans l'État où l'enfant retournera pour le protéger à son retour dans cet État (voir art. 30(2) de la Convention de 1996)<sup>184</sup> ;**

---

Ces mesures peuvent comprendre des mesures de protection qui n'existent pas dans l'État de la résidence habituelle.

<sup>180</sup> Voir *ibid.*, para. 68. Voir aussi le Manuel pratique sur la Convention de 1996 (*op. cit.* note 166), chapitre 6, para. 6.2 à 6.7.

<sup>181</sup> Les mesures de protection prises en vertu de l'art. 11 de la Convention de 1996 sont reconnues (de plein droit) et exécutoires conformément aux termes du chapitre IV (art. 23 et s.) de cette Convention. En cas de préoccupation relative à la possibilité qu'une mesure ne soit pas reconnue, c'est-à-dire pour dissiper des doutes sur l'existence d'un motif de non-reconnaissance, il est possible de demander aux autorités compétentes de statuer par avance en vertu de l'art. 24 de la Convention de 1996. Il faut noter toutefois que la Convention de 1996 n'exige pas que la procédure prévue à l'art. 24 soit « simple et rapide » (comme elle le fait à l'art. 26(2)). Voir, par ex., le Rapport explicatif sur la Convention de 1996 (*op. cit.* note 172), para. 129 et 130.

<sup>182</sup> Voir, *supra*, para. 141.

<sup>183</sup> Dans la plupart des États contractants à la Convention de 1996, l'Autorité centrale désignée en vertu de cette Convention (voir art. 29 de la Convention de 1996) coïncide avec l'Autorité centrale désignée en vertu de la Convention de 1980, ce qui est conforme aux recommandations ; voir le Manuel pratique sur la Convention de 1996 (*op. cit.* note 166), chapitre 11, para. 11.6.

<sup>184</sup> Aux termes de l'art. 30(2) de la Convention de 1996, les Autorités centrales « 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 État en matière de protection de l'enfant ».

- obtenir des informations relatives à la protection de l'enfant si sa situation l'exige (voir art. 34 de la Convention de 1996)<sup>185</sup> à moins que la communication de ces informations puisse mettre en danger sa personne ou ses biens ou constituer une menace grave pour la liberté ou la vie d'un membre de sa famille (voir art. 37 de la Convention de 1996)<sup>186</sup> ;
  - demander, lorsque des mesures de protection ont été prises en vertu de la Convention de 1996, aux autorités de l'État de la résidence habituelle de prêter leur assistance à la mise en œuvre de ces mesures (voir art. 35(1) de la Convention de 1996)<sup>187</sup>.
- Étudier l'opportunité d'informer l'autorité compétente de l'État de la résidence habituelle (et l'Autorité centrale désignée en vertu de la Convention de 1996) et les parties de ce que des mesures de protection de l'enfant sont envisagées ou ont été prises en vertu de l'article 11 de la Convention de 1996, par exemple, pour :
- les encourager à prendre les mesures de protection de l'enfant qu'exige la situation dans leur État afin d'assurer sa protection continue à son retour<sup>188</sup> ;
  - les informer que ces mesures de protection seraient reconnues de plein droit et exécutoires conformément aux articles 23 et suivants de la Convention de 1996 (sous réserve que les deux États concernés soient des États contractants à la Convention de 1996).
- L'exécution en vertu des articles 24 et 26 peut être facilitée si l'instrument contenant les mesures de protection mentionne les points susceptibles de refus en vertu de l'article 23(2), comme la base juridictionnelle de la mesure, la façon dont l'enfant a été entendu, les dispositions qui ont été prises pour que l'autre partie qui a la responsabilité parentale bénéficie de l'équité procédurale ou, le cas échéant, comment l'article 33 a été respecté. Les considérants qui citent les motifs de refus exposés à l'article 23(2) peuvent diminuer les retards ou les contestations opportunistes de la reconnaissance.

<sup>185</sup> L'art. 34 de la Convention de 1996 dispose que « [l]orsqu'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 État contractant qui détient des informations utiles pour la protection de l'enfant de les lui communiquer ». Ce paragraphe autorise l'autorité compétente à demander des informations à toute autorité d'un autre État contractant ; cependant, l'art. 34(2) donne aux États contractants la possibilité de déclarer que ces demandes ne doivent « être acheminées que par l'intermédiaire de son Autorité centrale ». L'État présent, disponible à l'adresse < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, sous la rubrique « Espace Enlèvement d'enfants », précise si un État a fait une telle déclaration. Il faut souligner que l'autorité requise n'est pas tenue de fournir les informations demandées (il est possible, par ex., que son droit interne ne l'autorise pas à répondre à la demande d'informations) ; voir le Rapport explicatif sur la Convention de 1996 (*op. cit.* note 172), para. 144.

<sup>186</sup> En ce qui concerne les demandes d'informations ou la communication d'informations relatives à l'enfant, en particulier en vertu des art. 31, 34 et 36 de la Convention de 1996, il y a lieu de tenir compte de l'art. 37 de cet instrument, aux termes duquel « [u]ne 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 ». Voir le Rapport explicatif sur la Convention de 1996, *ibid.*, para. 151.

<sup>187</sup> L'art. 35(1) de la Convention de 1996 prévoit que les autorités compétentes des États contractants se prêtent mutuellement assistance aux fins de la mise en œuvre de mesures de protection ; il dispose en effet que « [l]es autorités compétentes d'un État contractant peuvent demander aux autorités d'un autre État contractant de prêter leur assistance à la mise en œuvre 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 ». Le fait que le texte mentionne particulièrement l'assistance relative à l'exercice du droit de visite et du droit de maintenir des contacts n'exclut pas l'assistance mutuelle aux fins de la mise en œuvre d'autres mesures de protection.

<sup>188</sup> Voir, dans ce contexte, l'art. 11(2) et (3) de la Convention de 1996. Voir aussi le Manuel pratique sur la Convention de 1996 (*op. cit.* note 166), chapitre 6, para. 6.9.

160. On peut conclure que la Convention de 1996 apporte des bénéfices considérables pour les affaires d'enlèvement international d'enfants, en particulier dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b) dans lesquelles l'enfant peut avoir un besoin urgent de protection.

161. La Convention de 1996 renforce l'efficacité des mesures de protection ordonnées en garantissant leur reconnaissance « de plein droit » dans l'État contractant où l'enfant retournera et leur caractère exécutoire dans cet État<sup>189</sup> jusqu'à ce que les autorités de l'État contractant requérant puissent prendre toutes mesures de protection nécessaires.

162. Les dispositions de la Convention de 1996 relatives à la coopération prévoient aussi des moyens par lesquels le tribunal saisi d'une procédure de retour peut solliciter l'assistance d'autorités étrangères lorsqu'il recueille des informations relatives à l'existence de mesures adéquates et efficaces de protection de l'enfant, complétant ceux que prévoit la Convention de 1980. Cette assistance sera facilitée par le fait que dans de nombreux États contractants, l'Autorité centrale désignée en vertu de la Convention de 1996 est aussi l'Autorité centrale désignée en vertu de la Convention de 1980.

## 8. Informations et preuves en vertu de l'article 13(1)(b)

### i. Remarques générales sur les informations et les preuves

163. Les règles et les pratiques relatives à l'obtention et à la recevabilité de preuves ainsi qu'au recueil d'informations diffèrent d'un État contractant à l'autre<sup>190</sup>. Dans une procédure de retour, ces règles et ces pratiques devraient être appliquées en tenant compte de l'impératif de célérité et de l'importance de limiter l'enquête du tribunal aux questions en litige qui concernent directement la question du retour<sup>191</sup>.

164. Dans une affaire fondée sur l'article 13(1)(b), en fonction des faits de l'espèce, une tentative de résolution des questions factuelles peut engendrer des retards indus dans la procédure. Comme il est précisé plus haut (voir les deux approches décrites à la section 4 de cette partie), il n'est pas forcément nécessaire de régler toutes les questions factuelles, par exemple, lorsque le tribunal constate que des mesures de protection adéquates et efficaces pour l'enfant sont en place dans l'État de la résidence habituelle pour prévenir ou atténuer le risque grave qui est allégué, ce qui lui permet d'ordonner le retour de l'enfant sans entreprendre d'examen approfondi des informations et des preuves apportées par la personne ou l'organisme qui s'oppose au retour<sup>192</sup>.

165. Il importe de rappeler que c'est à la personne, à l'institution ou à l'organisme qui s'oppose au retour de l'enfant, habituellement le parent ayant emmené l'enfant, qu'il revient de prouver le risque grave<sup>193</sup>. Même si le tribunal recueille d'office des informations ou des preuves ou si le parent auquel l'enfant a été retiré ou une autre personne ou un organisme qui a introduit la demande de retour ne participe pas activement à la procédure, le tribunal doit quand même se convaincre que la personne ou l'organisme qui s'oppose au retour a bien établi l'exception. En outre, les autorités compétentes, dans les paramètres d'une procédure accélérée, devront veiller à ce qu'un parent auquel l'enfant a été retiré ait une possibilité adéquate de répondre aux allégations relatives au risque grave et de produire des preuves concernant ces allégations

<sup>189</sup> Une mesure urgente en vertu de l'art. 11 de la Convention de 1996 doit être reconnue « de plein droit » dans tous les États contractants en vertu de l'art. 23(1) et peut être rendue exécutoire en vertu de l'art. 24 ou 26, sauf si la reconnaissance ou l'exécution est refusée pour un des motifs prévus à l'art. 23(2). Étant donné que la reconnaissance et l'exécution des mesures en vertu de l'art. 23(1) peuvent être contestées et refusées en vertu de l'art. 23(2), les autorités compétentes ou les parties peuvent envisager une reconnaissance préalable en vertu de l'art. 24. Il faut également souligner qu'en vertu de la Convention de 1996, l'exécution d'une mesure étrangère n'est pas automatique, mais que « [c]haquet État contractant applique à la déclaration d'*exequatur* ou à l'enregistrement une procédure simple et rapide » (voir art. 26).

<sup>190</sup> Les Profils des États (*op. cit.* note 21) contiennent des informations sur les règles applicables dans les procédures de retour. La section 10.3, par ex., précise, entre autres, si une décision concernant une demande de retour peut être prise sur la base de documents uniquement (c.-à-d. sans audience) et si des dépositions orales (déposition en personne) peuvent être recueillies dans une procédure de retour.

<sup>191</sup> Voir le Guide de bonnes pratiques sur la mise en œuvre (*op. cit.* note 7), chapitre 6.5.

<sup>192</sup> Voir les logigrammes, Première approche, *supra*, para. 107 et s.

<sup>193</sup> Voir, *supra*, para. 63.

(voir section 11(iii), ci-dessous, sur la participation à la procédure de retour du parent auquel l'enfant a été retiré).

166. Alors que la Convention précise à quelle partie incombe la charge de la preuve, elle ne dit rien du niveau de la preuve, lequel est en fait déterminé par la *lex fori*, c'est-à-dire la loi de l'État du tribunal<sup>194</sup>.

## ii. Recevabilité et recueil des preuves et des informations

167. S'agissant de la recevabilité des documents et d'autres informations, les tribunaux devraient considérer l'article 30, qui dispose que « [t]oute demande, soumise à l'Autorité centrale ou directement aux autorités judiciaires ou administratives d'un État 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 États contractants »<sup>195</sup>.

168. Cette disposition vise à faciliter la recevabilité d'informations ou de preuves devant les autorités judiciaires ou administratives des États contractants, et ceux-ci sont encouragés à s'assurer, si nécessaire par une législation de mise en œuvre, que le poids requis peut être accordé à ces preuves documentaires dans leurs règles internes en matière de preuve. Cependant, on ne peut interpréter l'article 30 comme une règle sur la valeur de preuve qu'il faut accorder à ces documents, car cette question relève des procédures et des pratiques de l'État contractant<sup>196</sup>.

169. Il faut également mentionner l'article 13(3), qui dispose que les autorités judiciaires « doivent tenir compte des informations fournies par l'Autorité centrale ou toute autre autorité compétente de l'État de la résidence habituelle de l'enfant sur sa situation sociale »<sup>197</sup>.

170. Dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b), le tribunal peut examiner, par exemple, des rapports établis par les autorités de protection de l'enfance, des bulletins scolaires, des rapports médicaux, des rapports de police, ainsi que les pièces déposées auprès d'un tribunal de l'État de la résidence habituelle et les ordonnances rendues par celui-ci, telles que des injonctions, provisoires ou non, relatives à la violence domestique. En outre, les rapports des consulats peuvent contenir d'utiles informations, par exemple, lorsque le parent ayant emmené l'enfant a contacté son consulat dans l'État de la résidence habituelle à propos de violence domestique et que le consulat a gardé trace de cette consultation.

171. Enfin, lors du recueil d'informations et de l'obtention de preuves relatives à des allégations de risque grave, il importe que les tribunaux ne laissent pas le parent ayant emmené l'enfant (ou un autre organisme qui s'oppose au retour) élargir la portée de l'enquête, ce qui peut engendrer des retards et des coûts supplémentaires pour le parent auquel l'enfant a été retiré, qui réside dans un autre État et peut avoir des difficultés à participer effectivement à une enquête élargie. En réalité, la question que le tribunal doit se poser est de savoir s'il dispose d'informations ou de preuves suffisantes pour déterminer si l'exception est établie (ou si le risque grave *devrait être établi* sur la base des allégations ; voir les deux approches décrites à la section 4 ci-dessus) et, dans l'affirmative, s'il est possible de mettre en place des mesures de protection appropriées qui permettraient le retour sans danger de l'enfant (et, le cas échéant, du parent qui l'accompagne).

<sup>194</sup> Le niveau de preuve appliqué par les États contractants peut différer. De nombreux États contractants appliquent le niveau général de preuve civile de la « prépondérance de la preuve » ou de la « balance des probabilités » ; quelques États exigent un niveau de preuve plus élevé, par ex. une « preuve claire et convaincante ».

<sup>195</sup> Outre l'art. 30, la Convention de 1980 facilite l'obtention de preuves dans l'État de la résidence habituelle sur certains points précis, comme l'obtention d'informations sur la situation sociale de l'enfant (art. 13(3)) ou la prise en compte du droit pour déterminer si un déplacement ou un non-retour est illicite (art. 14). Lorsqu'il est nécessaire d'obtenir des preuves complémentaires à l'étranger, les autorités devraient envisager de recourir aux méthodes les plus rapides pour obtenir des preuves à l'étranger dans leur État, telles que la *Convention du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale* (Convention Preuves), même si les juges doivent garder à l'esprit que les pratiques, le droit interne ou des traités bilatéraux peuvent offrir des méthodes plus rapides dans leur État (voir art. 27, 28 et 32 de la Convention Preuves).

<sup>196</sup> Voir le Rapport explicatif (*op. cit.* note 8), para. 140 et le Guide de bonnes pratiques sur la mise en œuvre (*op. cit.* note 7), chapitre 6.5.2.

<sup>197</sup> Voir aussi, *supra*, note 73.

### iii. Suggestions de bonnes pratiques

172. Exemples de bonnes pratiques des tribunaux, sous réserve qu'elles soient opportunes et autorisées par les procédures et les pratiques internes :

- Lorsque le tribunal envisage d'obtenir des preuves ou de recueillir des informations, garder à l'esprit la portée de la procédure de retour et le champ d'application limité de l'article 13(1)(b) et s'efforcer de circonscrire le recueil d'informations et l'obtention de preuves en conséquence. Par exemple, lorsqu'il étudie la nécessité de recueillir des informations ou d'obtenir des preuves dans une affaire fondée sur l'article 13(1)(b) :
  - garder à l'esprit que les procédures de retour en vertu de la Convention de 1980 se différencient des procédures relatives à la garde et que leur *seul* objet est d'ordonner ou de refuser le retour de l'enfant dans l'État de la résidence habituelle<sup>198</sup> ;
  - tenir compte de l'aspect prospectif de l'exception et du caractère prospectif que doivent en conséquence revêtir les informations ou les preuves (par ex. en ce qui concerne un risque grave au retour)<sup>199</sup>.
- Déterminer, parmi les faits et allégations, lesquels sont admis ou ne sont pas contestés et lesquels sont contestés, car il est parfois possible de régler rapidement une affaire sur la base des faits ou allégations qui ne sont pas contestés.
- Fixer un délai précis pour la communication des informations ou le dépôt des preuves afin de ne pas retarder indûment l'examen de l'affaire (par ex. dans le cadre de la gestion des affaires judiciaires)<sup>200</sup>.
- Si plusieurs moyens permettent de recueillir des informations utiles ou d'obtenir des preuves, choisir celui qui accélère la procédure ou évite des retards.
- Compte tenu de la portée limitée des procédures de retour et de la célérité qu'elles requièrent, veiller à ce que les deux parties aient la même possibilité de soulever et d'étayer des allégations au titre de l'exception de risque grave (par ex. un parent ayant emmené l'enfant) et d'y répondre (par ex. un parent auquel l'enfant a été retiré). (Voir section 11(iii) ci-dessous, sur la participation à la procédure de retour du parent auquel l'enfant a été retiré).
- Étudier l'opportunité de prendre en compte des informations écrites déjà disponibles, notamment des informations relatives à la situation sociale de l'enfant (art. 13(3)), telles que des rapports établis par les autorités de protection de l'enfance, des bulletins scolaires, des rapports médicaux, des rapports de police, des rapports de consulats ainsi que les pièces déposées auprès d'un tribunal de l'État de la résidence habituelle et les ordonnances rendues par celui-ci, comme des injonctions, provisoires ou non, relatives à la violence domestique.
- Étudier l'opportunité de recueillir d'office des informations complémentaires relatives à l'exception de risque grave afin d'accélérer la procédure (le cas échéant avec l'assistance du RIJH et des communications judiciaires directes et des Autorités centrales ; voir sections 5 et 6 ci-dessus).

<sup>198</sup> Voir, *supra*, para. 89.

<sup>199</sup> Voir, *supra*, para. 54 et s. Toutefois, il ne s'ensuit pas que les comportements et incidents passés ne sont pas utiles pour déterminer s'il existe un risque futur. Par exemple, des violences domestiques ou familiales passées peuvent avoir une grande valeur probatoire quant à l'existence d'un risque de danger futur.

<sup>200</sup> Voir, *supra*, para. 100 et s. sur la gestion des affaires judiciaires.

- **Déterminer s'il existe, dans l'État de la résidence habituelle, des mesures de protection adéquates et efficaces car cela peut permettre de régler l'affaire sans qu'il soit besoin d'entreprendre une enquête et un examen approfondis des faits allégués<sup>201</sup>.**
- **Étudier s'il y a lieu de prendre par avance des ordonnances permettant d'obtenir des preuves ou accélérant l'obtention de preuves (par ex. dans certains systèmes juridiques, des ordonnances préalables au procès peuvent être rendues concernant les preuves et leurs modalités d'obtention).**

#### **iv. Avis et rapports d'experts dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b)**

173. Le recours à l'avis ou au rapport d'un expert dans les procédures judiciaires varie d'un État à l'autre en fonction de sa législation, de ses procédures et de ses pratiques<sup>202</sup>. Dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b), les avis et rapports d'experts sont utilisés pour déterminer s'il existe un risque grave que le retour de l'enfant expose celui-ci à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière le place dans une situation intolérable. L'avis ou le rapport d'un expert peut s'avérer très utile à un tribunal lorsque, par exemple, la personne ou l'organisme qui s'oppose au retour n'a pas nécessairement accès à de nombreux éléments de preuve mais qu'il soulève de graves allégations au titre de l'exception de risque grave<sup>203</sup>.

174. En général, lorsqu'ils envisagent de demander l'avis ou le rapport d'un expert dans une affaire fondée sur l'article 13(1)(b), les tribunaux ont intérêt à poser les questions clés suivantes à un stade précoce de la procédure, en gardant à l'esprit la nécessité de célérité et la portée limitée de la procédure de retour :

- (1) Le tribunal a-t-il besoin de l'avis d'un expert ?**
- (2) À quelles fins précises en a-t-il besoin ?**
- (3) Qui doit être l'expert ?**

##### **a) Avis ou rapport circonscrit à la portée limitée de l'exception**

175. En ce qui concerne les avis ou rapports d'experts dans les procédures de retour, il est important de garder à l'esprit que le tribunal saisi statue exclusivement sur le retour de l'enfant et non sur le fond des questions relatives à la garde ou au droit de visite<sup>204</sup>. C'est pourquoi l'avis ou le rapport d'un expert est rarement requis, mais s'il est jugé nécessaire, il doit se concentrer sur le retour de l'enfant et non sur des questions de fond relatives à la garde ou à des aspects connexes qui relèvent de la compétence du tribunal de l'État de la résidence habituelle. En général, les tribunaux doivent savoir que l'avis ou le rapport d'un expert remis dans le cadre d'une procédure de retour est très différent, de par sa portée, de celui qui est habituellement fourni dans les affaires relatives au droit de garde.

<sup>201</sup> Voir les logigrammes, *supra*, para. 107 et s.

<sup>202</sup> Par ex., dans certains États et territoires, le tribunal détermine s'il y a lieu de solliciter l'avis ou le rapport d'un expert ; dans d'autres, les parties peuvent fournir des rapports d'experts à l'appui de leurs conclusions ou demander au tribunal de fournir un tel rapport. Dans certains États et territoires, le tribunal peut nommer un expert indépendant afin d'éviter que plusieurs experts nommés par les parties participent à la procédure de retour, ce qui peut engendrer des retards.

<sup>203</sup> Par ex., un parent ayant emmené l'enfant allègue de graves abus pertinents pour l'application de l'exception, qui se sont produits dans l'État requérant, mais il n'a pas, signalé ces abus à la police ou à d'autres autorités. Certains experts des violences domestiques suggèrent, à titre de bonne pratique, que les centres d'aide aux victimes, les centres d'hébergement pour les victimes de violences domestiques ou les autres organismes fournissant régulièrement des services aux victimes de violence peuvent aider à filtrer, dans un premier temps, les personnes qui soulèvent des problèmes de violence domestique, en mettant à profit leur expertise pour évaluer la véracité et la gravité des allégations.

<sup>204</sup> Voir, notamment, *supra*, para. 84 et s. sur la portée des procédures de retour.

176. Lorsqu'ils demandent ou utilisent l'avis ou le rapport d'un expert dans une affaire fondée sur l'article 13(1)(b), les tribunaux devraient garder à l'esprit la portée limitée de cette disposition<sup>205</sup>. À titre d'exemple, lors de l'examen d'un possible risque grave pour l'enfant, l'avis ou le rapport de l'expert devrait être centré sur la situation qui serait celle de l'enfant s'il retournait dans l'État de la résidence habituelle, et devrait donc être prospectif<sup>206</sup>.

### b) Impératif de célérité

177. Les tribunaux doivent également garder à l'esprit qu'une demande d'avis ou de rapport d'expert peut prolonger une procédure de retour et qu'il y a lieu d'apprécier ses incidences sur l'obligation qu'a le tribunal de procéder d'urgence dans les procédures de retour (art. 11(1)). Par conséquent, les autorités compétentes devraient étudier soigneusement la nécessité d'un avis ou d'un rapport d'expert dans l'affaire considérée et s'il est nécessaire, fixer de stricts délais pour sa remise. Les tribunaux doivent tenir compte du fait qu'il pourrait être nécessaire de fixer des délais stricts pour la remise de l'avis ou du rapport d'expert afin de respecter les délais appropriés (qu'ils soient ou non prévus par la loi) à la durée des procédures de retour<sup>207</sup>.

### c) Suggestions de bonnes pratiques

178. Exemples de bonnes pratiques des tribunaux en matière d'avis ou de rapports d'experts, sous réserve qu'elles soient opportunes et autorisées par les procédures et les pratiques internes :

#### *Examen de la nécessité d'un avis ou d'un rapport d'expert*

- Déterminer au plus tôt si l'avis ou le rapport d'un expert est nécessaire et s'il traitera une question relative à l'exception en vertu de l'article 13(1)(b) et comment.
- Limiter le recours aux avis ou rapports d'experts afin de respecter l'impératif de célérité de la procédure de retour.
- Si l'avis d'un expert est nécessaire, déterminer les questions précises pour lesquelles l'expertise est sollicitée afin de pouvoir sélectionner l'expert approprié au plus tôt.
- Limiter la portée de l'avis ou du rapport de l'expert et veiller à ce que celui-ci comprenne que le rôle du tribunal est de statuer sur la demande de retour et *non* sur la garde de l'enfant et d'autres questions de fond.
- Fixer dès que possible le délai de remise de l'avis ou du rapport, oralement ou par écrit (par ex. dans le cadre de la gestion de l'affaire<sup>208</sup>).

#### *Choix et nomination de l'expert*

- Étudier l'opportunité d'établir une liste d'experts appropriés qui connaissent la Convention de 1980, la procédure de retour et surtout la nature particulière de l'exception de risque grave, et qui seraient disponibles à bref délai. En fonction des faits de l'espèce, l'expert devrait aussi posséder une expertise des questions en jeu (par ex. violence domestique et familiale et effets sur les enfants, abus sexuels sur les enfants, etc.).

<sup>205</sup> Voir, *supra*, para. 51 et s. sur le champ d'application de l'art. 13(1)(b).

<sup>206</sup> Une orientation qui n'empêche pas toutefois de tenir compte d'incidents passés s'ils laissent à prévoir des comportements ou des dangers futurs. Voir, *supra*, note 199.

<sup>207</sup> À titre d'exemple, la loi No 18.895 de l'Uruguay (Retour des personnes de moins de seize ans illicitement emmenées ou retenues) (*Restitución de personas menores de dieciséis años trasladadas o retenidas ilícitamente*) dispose que l'audience peut être prolongée à 72 heures aux fins de la production des preuves.

<sup>208</sup> Voir, *supra*, para. 100 et s. sur la gestion des affaires judiciaires.

- **Nommer ou encourager le recours à un expert possédant les qualifications appropriées choisi d'un commun accord par les parties ou nommé par le tribunal au lieu que chaque partie fasse intervenir un expert<sup>209</sup>.**
- **Ne nommer qu'un expert capable de produire un avis ou un rapport dans le délai imparti.**

#### **Aspects relatifs à la procédure**

- **Donner des instructions précises à l'expert sur la portée et les limites de l'examen, par exemple, au moyen d'une lettre de mission, d'une ordonnance ou d'une note d'instruction, et sur la nécessité que l'expert circoncrive l'examen à la question précise concernée et ne l'aborde pas sous l'angle plus large de l'intérêt supérieur de l'enfant.**
- **Étudier l'opportunité de demander à l'expert de faire un rapport verbal au tribunal au lieu d'attendre un rapport écrit si cela doit prolonger la procédure.**
- **Étudier l'opportunité de fournir à l'expert les informations utiles sur la situation sociale de l'enfant communiquées par l'Autorité centrale ou une autre autorité compétente de l'État de la résidence habituelle de l'enfant (art. 13(3)), si ce n'est pas fait automatiquement.**
- **Si nécessaire, envisager la mise à disposition de l'expert pour un contre-interrogatoire par liaison audio ou audiovisuelle, y compris la déposition depuis un endroit suffisamment privé et à un moment de la journée raisonnable pour l'expert.**

## **9. Participation de l'enfant à la procédure de retour**

179. Dans les procédures de retour, il est nécessaire, de façon générale, d'informer l'enfant de la procédure en cours et de ses conséquences possibles de manière appropriée à son âge et à sa maturité<sup>210</sup>. Cette nécessité générale de tenir l'enfant informé s'applique aussi aux affaires fondées sur l'article 13(1)(b).

180. Les procédures et les pratiques internes sur la question de la participation de l'enfant à la procédure de retour et ses modalités diffèrent d'un État à l'autre. On observe depuis quelques années une tendance à donner aux enfants une « voix » dans les procédures qui ont un impact sur leur vie, y compris les procédures en vertu de la Convention de 1980. Lors de la Sixième réunion de la Commission spéciale, les experts se sont félicités de l'écrasant soutien recueilli par l'idée de donner aux enfants, conformément à leur âge et à leur maturité, la possibilité d'être entendus dans les procédures de retour en vertu de la Convention de 1980, que l'exception de l'art. 13(2) ait été ou non soulevée<sup>211</sup>.

### **i. Normes internationales**

181. La tendance évoquée ci-dessus s'explique en partie par le fait que les États parties à la CNUDE ont mis en œuvre son article 12. L'article 12(1) de la CNUDE garantit en effet à chaque enfant capable de discernement « le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité ». L'article 12(2) dispose qu'« on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation approprié, de

<sup>209</sup> Dans certains États et territoires, il ne sera pas nécessaire de nommer un expert indépendant car le tribunal disposera de personnel spécialiste de ce domaine. C'est le cas, par ex. en Australie et au Japon.

<sup>210</sup> Conclusions et Recommandations de la Sixième réunion de la CS (*op. cit.* note 29), para. 50.

<sup>211</sup> Voir le Rapport de la Première partie de la Sixième réunion de la CS (*op. cit.* note 28), para. 157 à 166.

façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale »<sup>212</sup>. L'annexe 4 de ce Guide présente des extraits pertinents de l'Observation générale No 12 sur l'article 12 de la CNUDE, « Le droit de l'enfant d'être entendu », du Comité des droits de l'enfant<sup>213</sup>.

## ii. La voix de l'enfant et les exceptions en vertu de la Convention de 1980

182. La Convention de 1980 prévoit expressément la possibilité de tenir compte des vues de l'enfant dans une procédure de retour au titre de l'exception visée à l'article 13(2), qui dispose que le tribunal peut : « refuser d'ordonner le retour de l'enfant [s'il] 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 ». Cependant, indépendamment de l'invocation de l'exception prévue à l'article 13(2) (séparément ou avec d'autres exceptions), les tribunaux sont encouragés à tenir compte des vues de l'enfant relatives à d'autres exceptions, y compris l'article 13(1)(b), et d'autres aspects de l'affaire (par ex. détermination de la résidence habituelle)<sup>214</sup>. Il est généralement admis que la Convention de 1980 permet de prendre des mesures, lorsqu'elles sont appropriées dans une affaire, pour donner la possibilité à l'enfant d'être entendu, sauf si ce n'est pas approprié eu égard à son âge ou à son degré de maturité<sup>215</sup>.

183. Si le tribunal a recueilli le point de vue de l'enfant, il devra l'examiner, y compris la force avec laquelle il est exprimé, et déterminer s'il est approprié d'en tenir compte eu égard à l'âge et à la maturité de l'enfant, et quelle influence ce point de vue exercera sur la décision relative au retour. Le point de vue de l'enfant peut comprendre, par exemple, ses souhaits et ses sentiments sur certaines questions et ce qu'il relate des questions de fait pertinentes pour la procédure fondée sur l'article 13(1)(b).

184. En outre, il faut distinguer entre entendre l'enfant sur des questions qui sont déterminantes dans la résolution du litige comme la résidence habituelle, l'opposition au retour ou le risque grave de danger et solliciter son point de vue sur l'issue de la procédure. Dans certains États et territoires, ces deux questions produiront des éléments à examiner par l'autorité compétente. Sonder l'enfant sur l'issue de la procédure consiste à lui demander si, en cas de retour, quelque chose pourrait lui faciliter ce retour ou, si l'issue est que l'enfant reste dans le pays où il a été emmené ou retenu, si quelque chose pourrait lui rendre cette issue plus facile. Ces questions sont sans doute un minimum qu'un État partie à la CNUDE peut entreprendre pour respecter ses obligations en vertu des articles 9, 10, 12 et 13 de cet instrument.

## iii. Des pratiques nationales diversifiées

185. La Convention de 1980 est silencieuse sur la façon dont le point de vue de l'enfant peut être recueilli et introduit dans la procédure de retour ; ce sont le droit interne et les procédures de chaque État contractant qui la déterminent. De manière générale, on peut noter que dans certains États contractants, entendre l'enfant est une pratique standard dans les procédures de retour, en fonction de son âge et de sa maturité<sup>216</sup>, tandis que dans d'autres, entendre l'enfant est moins fréquent et dépend des circonstances de l'affaire et de l'appréciation du juge. En outre, afin de limiter la procédure de retour à une brève audience qui peut être tenue rapidement, les tribunaux peuvent être réticents à élargir les éléments à étudier, comme le

<sup>212</sup> Voir, dans ce contexte, l'Observation générale No 12 (2009) du Comité des droits de l'enfant, disponible à l'adresse : < [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org) >.

<sup>213</sup> *Ibid.*

<sup>214</sup> Soulignons que le Règlement Bruxelles II *bis* dispose expressément que « [I]ors de l'application des articles 12 et 13 de la Convention de La Haye de 1980, la juridiction veille 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 ». Voir dans ce contexte les art. 20 et 24 de la Proposition de refonte du Règlement Bruxelles II *bis*, en cours d'examen par les États membres de l'Union européenne (*op. cit.* note 76).

<sup>215</sup> Voir les Conclusions et Recommandations de la Cinquième CS (*op. cit.* note 27), annexe, para. 2. Quelques États contractants seulement limitent les cas où la voix de l'enfant est entendue aux affaires dans lesquelles l'exception au titre de l'article 13(2) est soulevée ; voir le Rapport de la Première partie de la Sixième réunion de la CS (*op. cit.* note 28), para. 157.

<sup>216</sup> Certains États et territoires soulignent que chaque enfant doit être entendu, sans indiquer d'âge minimum, mais toutefois de manière appropriée à son âge.

point de vue de l'enfant. Toutefois, cette préoccupation doit être mise en balance avec les principes qui veulent que l'enfant soit informé et entendu.

186. La participation des enfants à la procédure de retour peut revêtir différentes formes. L'enfant peut être entendu directement par le juge ou par un expert indépendant, par exemple un travailleur social ou un psychologue pour enfant (qui parfois travaille au tribunal) qui remettrait un rapport à l'autorité compétente. Dans certains États, un avocat indépendant peut participer à la procédure au nom de l'enfant<sup>217</sup>.

187. Indépendamment de l'approche, la décision relative aux modalités de participation de l'enfant (participation directe ou indirecte et mode de représentation de l'enfant) doit se fonder sur ce qui est le plus efficace pour garantir ses droits, son intérêt supérieur et son bien-être conformément aux règles et aux procédures applicables et en fonction des faits et des circonstances de l'espèce. Si nécessaire, le tribunal devrait non seulement veiller à ce que l'enfant participe (et soit représenté, le cas échéant), mais aussi que son point de vue et son intérêt soient pris au sérieux car ce sont des éléments importants pour l'efficacité de sa protection. À titre d'exemple, la participation directe ou par représentation d'un enfant peut produire d'importantes informations sur les mesures de protection adéquates et efficaces. Ne pas accorder à un enfant le respect qui lui est dû, par exemple en ne le laissant pas s'exprimer ou en sollicitant ses vues tout en l'informant qu'elles ne seront pas prises en considération sur la question du retour, peut lui causer un préjudice émotionnel et psychologique.

188. Il importe également de veiller à ce que la personne (juge, expert indépendant ou autre) qui s'entretient avec l'enfant ait la formation appropriée pour cette tâche (par ex. des compétences adéquates en matière de communication avec les enfants, l'expertise permettant de déceler des signes de traumatisme ou de manipulation, etc.)<sup>218</sup>. La personne doit posséder des compétences spécifiques (ou être bien informée) sur la Convention de 1980 et les procédures de retour afin de comprendre la portée de l'exception de l'article 13(1)(b) et les éléments qui sont importants pour celle-ci.

189. Dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b), il y a lieu de tenir particulièrement compte de la sécurité et du bien-être de l'enfant, ainsi que de son point de vue indépendant et de ses préoccupations relatives à sa sécurité et à son bien-être. Ces considérations peuvent peser dans la décision que prendra le tribunal en ce qui concerne la participation de l'enfant à la procédure de retour et, s'il participe, comment ses vues seront recueillies (par ex. si l'enfant craint de s'exposer à des représailles ou à des conséquences néfastes de la part des membres de sa famille s'il exprime un certain point de vue).

#### iv. Suggestions de bonnes pratiques

190. Exemples de bonnes pratiques des tribunaux, sous réserve qu'elles soient opportunes et autorisées par les procédures et les pratiques internes :

- **Étudier la possibilité d'appliquer les techniques de gestion des affaires judiciaires pour répondre aux besoins de l'enfant en termes de délais efficaces, de traitement approprié à l'âge et d'informations adéquates sur l'affaire ou de participation à la procédure**<sup>219</sup>.
- **Informé ou encourager les parties, le représentant légal de l'enfant ou un expert nommé à informer l'enfant de la procédure en cours et de ses conséquences possibles dans les délais opportuns et de manière appropriée à son âge et à son degré de maturité.**

<sup>217</sup> Les Profils des États donnent des informations sur l'approche retenue dans ce contexte par les États contractants (*op. cit.* note 21), section 10.4. Conclusions et Recommandations de la Sixième réunion de la CS (*op. cit.* note 29).

<sup>218</sup> Conclusions et Recommandations de la Sixième réunion de la CS (*op. cit.* note 29), para. 50.

<sup>219</sup> Voir, *supra*, para. 100 et s. sur la gestion des affaires judiciaires.

- Étudier l'opportunité de donner à l'enfant la possibilité d'être entendu dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b) en fonction des faits de l'espèce et compte tenu de son âge et de son degré de maturité, car son point de vue peut donner des informations importantes sur la nécessité de le protéger et sur les moyens de protection efficaces et adéquats (dans l'État où il a été emmené ou retenu et dans l'État où il retournera).
- Veiller à ce que l'enfant soit interrogé par des personnes qui possèdent une formation et une expertise adéquates en matière de communication avec les enfants, que ce soit un juge, un expert indépendant ou une autre personne (voir annexe 4), et qui, autant que possible, connaissent et comprennent bien la Convention de 1980 et la portée des procédures de retour et de l'exception de risque grave.
- Pour recueillir les vues de l'enfant, envisager des outils comme les rapports sur la famille (adaptés à la portée limitée des procédures de retour) établis par des experts possédant les qualifications appropriées pour aider à déterminer le poids qu'il convient de donner aux vues de l'enfant.
- Veiller à ce que le fait d'entendre l'enfant n'engendre pas de retard indu dans l'examen de l'affaire.
- Veiller à ce que l'enfant ne se sente pas responsable de l'issue de la procédure, ce qui compromettrait sa relation avec ses parents.

## 10. Médiation dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b)

191. Le droit, les procédures et les pratiques internes de chaque État déterminent dans quelles conditions une médiation est possible, qui la conduit et selon quelles modalités.

192. Dans de nombreux États contractants à la Convention de 1980 où les dispositifs de médiation sont bien développés, les tribunaux encouragent la médiation entre le parent ayant emmené l'enfant et le parent auquel il a été retiré afin de trouver une solution amiable sur le retour ou le droit de visite<sup>220</sup>. Dans le contexte des procédures de retour, la médiation peut être axée sur l'établissement d'un accord sur les conditions précises d'un retour rapide et sans danger. Cependant, si c'est opportun, rien n'empêche les parties d'aborder les questions de fond, par exemple le droit de visite et le déménagement, qui peuvent résoudre le conflit sous-jacent entre les parties. Les tribunaux et les autres autorités nationales peuvent fournir des informations sur la médiation ou orienter les parents vers un médiateur ou une association de médiation à cet effet<sup>221</sup>.

193. Il peut être utile de recourir à la médiation pour préparer les parties à l'issue de la procédure de retour dès son introduction, afin de minimiser les incertitudes et le conflit parental autour de l'enfant. Dans certains États et territoires<sup>222</sup>, le parent ayant emmené l'enfant doit exposer de manière précise les conditions au retour qu'il sollicitera si un retour est ordonné et le parent auquel l'enfant a été retiré doit y répondre. Parallèlement, le parent auquel l'enfant a été retiré est invité à décrire les dispositions qu'il rechercherait si le retour de l'enfant n'est pas ordonné et s'il est ordonné. Le parent ayant emmené l'enfant doit alors répondre à chaque ensemble de propositions en donnant son accord ou en faisant d'autres propositions. Idéalement, ces questions sont discutées, négociées et affinées dans le cadre d'une médiation conduite immédiatement avant l'audience ; la position de chaque parent peut ensuite être

<sup>220</sup> Sur la médiation dans les affaires d'enlèvement international d'enfants, voir le Guide de bonnes pratiques sur la médiation, La Haye, 2012, disponible à l'adresse < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, sous la rubrique « Publications ». Le rôle des tribunaux est décrit à la section 4.1.2.

<sup>221</sup> Aux Pays-Bas, par ex., la médiation entre le parent qui a emmené l'enfant et celui auquel il a été retiré fait partie intégrante de la procédure de retour en vertu de la Convention de La Haye ; voir K.L. Wehrung et R.G. de Lange-Tegelaar dans *La Lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant*, tome XVI / printemps 2010, p. 45 à 48. Tous les volumes de *La Lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant* sont disponibles à l'adresse < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, sous la rubrique « Publications ».

<sup>222</sup> Par ex, l'Australie.

condensée dans un document qui sera déposé au tribunal sans préjudice de l'issue qu'il souhaite principalement concernant le retour. L'échange de propositions parentales donne à la partie qui n'a pas gain de cause les moyens de gérer l'issue défavorable et réduit l'incertitude à laquelle sont exposés les enfants qui font l'objet de la procédure. Une partie qui n'a pas gain de cause peut être profondément bouleversée par l'issue de la demande de retour et l'enfant peut-être de même exposé à une grave anxiété parce qu'il ne sait pas ce qui va arriver (cette anxiété peut être aggravée si le parent qui a la charge de l'enfant, préoccupé par sa perte, n'est pas émotionnellement disponible pour l'enfant ou si sa capacité parentale est atteinte). Un échange de propositions de conditions au retour réduit également la probabilité que la procédure soit trop avancée pour formuler et mettre équitablement en œuvre des ordonnances de sauf-conduit.

194. En ce qui concerne l'appréciation de l'opportunité de la médiation, les affaires dans lesquelles l'exception de l'article 13(1)(b) est soulevée ne sont pas incompatibles avec un recours à des mécanismes alternatifs de résolution des différends, mais, comme le veut la règle générale, l'opportunité d'une médiation doit être soigneusement étudiée au cas par cas<sup>223</sup>.

195. À titre d'exemple, l'opportunité d'une médiation lorsque des allégations de violence domestique ou familiale sont soulevées dans une affaire fondée sur l'article 13(1)(b) ne fait pas l'unanimité (voir annexe 3). Et les avis divergent même sur la *possibilité* d'une médiation dans les conflits familiaux impliquant des types de violence ou de coercition<sup>224</sup>. Certains États n'autorisent jamais la médiation dans les affaires où la violence domestique est alléguée (que les allégations soient ou non prouvées) ou l'assortissent de certaines conditions<sup>225</sup>.

196. Il est essentiel que personne, y compris les membres de la famille et le médiateur, ne voie sa sécurité ou son bien-être compromis par la médiation<sup>226</sup>. Il est donc fortement recommandé que ces affaires soient soigneusement examinées pour déterminer si elles se prêtent à la médiation et, si une médiation est décidée, qu'elle soit conduite par un ou plusieurs médiateurs familiaux expérimentés, spécialement formés à la médiation dans les affaires d'enlèvement international d'enfants et de violence domestique (et à l'exception de risque grave en particulier)<sup>227</sup>. Les protections employées au cours de la médiation peuvent comprendre le recours aux réunions dites « caucus » (réunions privées entre le médiateur et une des parties) ; l'accord donné par une des parties d'entreprendre une thérapie pourrait résulter d'une médiation dans ces circonstances, par exemple.

197. Comme les autres aspects des affaires fondées sur l'article 13(1)(b), la médiation ne doit pas indûment retarder la poursuite et la conclusion rapide de la procédure de retour<sup>228</sup>.

<sup>223</sup> En règle générale, il importe de veiller à ce qu'une médiation ne désavantage aucune des parties et il y a lieu, pour chaque affaire, d'évaluer l'opportunité d'une médiation ; voir le Guide de bonnes pratiques sur la médiation (*op. cit.* note 220), notamment, les sections 1.2 et 2.1.

<sup>224</sup> Voir le Guide de bonnes pratiques sur la médiation (*ibid.*), chapitre 10.

<sup>225</sup> En Espagne, par ex., aux termes de la Loi organique No 1/2004 (*Ley Orgánica 1/2004*), la médiation n'est pas conduite dans les affaires où des violences domestiques sont alléguées. Aux États-Unis d'Amérique, chaque état à ses propres règles régissant la médiation, qui peuvent comprendre des règles sur la gestion des affaires impliquant des allégations liées à la violence domestique ; certains programmes de médiation ne conduiront pas de médiation dans les affaires impliquant de graves violences domestiques. Voir les Profils de l'Espagne et des États-Unis d'Amérique (*op. cit.* note 21), section 19.4. Voir aussi le Guide de bonnes pratiques sur la médiation (*ibid.*), chapitre 10, para. 266.

<sup>226</sup> Voir le Guide de bonnes pratiques sur la médiation (*ibid.*), en particulier le chapitre 10.2.

<sup>227</sup> Le médiateur doit notamment pouvoir, lors d'un premier examen, déterminer les affaires porteuses de risques particuliers, où la médiation ne sera pas du tout appropriée sauf à prendre des garanties spéciales. Il doit pouvoir repérer les comportements de violence domestique pour tirer les conclusions qui s'imposent, le degré de violence ou les risques de violence future, et être prêt à prendre les précautions et les mesures nécessaires pendant la médiation. En outre, le choix d'une médiation directe ou indirecte, du lieu et de la méthode doit être adapté aux circonstances de l'affaire. Voir le Guide de bonnes pratiques sur la médiation (*ibid.*), sections 3.2 et 4.3, et le chapitre 10.

<sup>228</sup> Voir le Guide de bonnes pratiques sur la médiation (*ibid.*), section 2.1. Voir aussi les Conclusions et Recommandations de la Quatrième réunion de la CS (*op. cit.* note 26), Recommandation No 1.11, qui indique que « [I]es mesures utilisées pour aider à assurer le retour volontaire de l'enfant ou pour parvenir à une solution amiable ne doivent pas engendrer de retards injustifiés dans la procédure de retour » ; cette Recommandation a été réaffirmée dans les Conclusions et Recommandations de la Cinquième réunion de la CS (*op. cit.* note 27), Recommandation No 1.3.1.

## i. Suggestions de bonnes pratiques

198. Exemples de bonnes pratiques en matière de médiation, sous réserve qu'elles soient opportunes et autorisées par les procédures et les pratiques internes :

- **Déterminer si, sur la base des faits allégués, la médiation est opportune et, dans l'affirmative, fournir ou demander aux autorités ou organismes compétents de fournir des informations sur la médiation aux parties dès que possible dans la procédure<sup>229</sup> ; si les parents sont d'accord pour une médiation, orienter l'affaire sans délai vers des médiateurs expérimentés ou une association de médiation.**
- **Lorsque des problèmes de violence domestique ou d'autres comportements dommageables sont allégués, étudier soigneusement s'il est opportun d'orienter les parties vers une médiation compte tenu du déséquilibre des pouvoirs qui peut exister entre les parents et du principe qui veut qu'aucune personne ne doit voir sa sécurité ou son bien-être compromis par la médiation.**
- **Lorsque la médiation est jugée opportune et que l'expertise nécessaire est disponible pour la conduire, fixer un délai strict (dans le cadre de la gestion des affaires judiciaires)<sup>230</sup> et veiller à ce qu'elle ne retarde pas indûment la procédure.**
- **Lorsque la médiation est jugée opportune dans une affaire où des comportements dommageables sont allégués ou avérés, veiller à ce qu'elle soit conduite par des médiateurs compétents et expérimentés spécialement formés à la médiation dans ces circonstances.**
- **Veiller à ce que les sujets abordés en médiation restent confidentiels et à ce que ce qui est dit et fait en médiation ne puisse être utilisé comme preuve que le parent auquel l'enfant a été retiré a acquiescé (au sens de l'art. 13(a)) ou autrement<sup>231</sup>.**

## 11. Autres aspects de la procédure de retour

### i. Contact entre l'enfant et le parent auquel il a été retiré

199. En ce qui concerne le bien-être de l'enfant, il est important de lui permettre dès que possible de maintenir le contact avec le parent auquel il a été retiré pendant la procédure de retour, sous réserve que ce soit possible et approprié et que le contact soit établi avec soin<sup>232</sup>. Ce contact peut être en personne, lorsque le parent auquel l'enfant a été retiré se rend dans l'État requis, ou par voie électronique.

200. Si les dispositions préexistantes entre l'enfant et le parent auquel il a été retiré ne sont pas rapidement rétablies au cours de la procédure de retour, le risque est que l'enfant subisse un nouveau préjudice et s'éloigne de ce parent. L'exercice du droit de visite peut apaiser la procédure et favoriser un règlement amiable entre les parents. Par conséquent, les tribunaux devraient faciliter autant que possible les contacts entre l'enfant et le parent auquel il a été retiré (qu'une ordonnance régissant le droit de visite existe ou non) et considérer que ce contact

<sup>229</sup> Voir le Guide de bonnes pratiques sur la médiation (*op. cit.* note 220), section 4.1. Voir aussi, par ex., l'art. 23(2) de la Proposition de refonte du Règlement Bruxelles II *bis*, qui indique : « [I]e plus tôt possible au cours de la procédure, la juridiction examine si les parties sont disposées à entamer une médiation en vue de convenir d'une solution dans l'intérêt supérieur de l'enfant, pour autant que cela ne retarde pas indûment la procédure. ».

<sup>230</sup> Voir, *supra*, para. 100 et s. sur la gestion des affaires judiciaires.

<sup>231</sup> Même s'il est possible que l'allégation selon laquelle le parent auquel l'enfant a été retiré « a acquiescé postérieurement » ne soit pas acceptée ou ne s'avère pas déterminante dans la résolution du litige, cet argument est une distraction qui prend du temps dans une procédure de retour et qui doit être évitée.

<sup>232</sup> L'art. 9(3) de la CNUDE dispose que « [I]es États 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 directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ». L'art. 10(2) affirme également ce droit si les parents de l'enfant ne résident pas dans le même État.

doit être maintenu dans toutes les circonstances où l'enfant ne court pas de risque<sup>233</sup>. Certains États contractants ont inséré une disposition spécifique concernant cette obligation dans leur législation de mise en œuvre et dans leurs procédures<sup>234</sup>.

201. Cette règle s'applique également aux affaires fondées sur l'article 13(1)(b). En fonction des circonstances, le tribunal devra peut-être, dans une affaire où l'exception de risque grave est soulevée, envisager des mesures appropriées pour permettre les contacts entre l'enfant et le parent auquel il a été retiré pendant la procédure de retour, en tenant compte des conclusions relatives à l'établissement d'un risque grave pour l'enfant. Ainsi, si le parent ayant emmené l'enfant allègue des violences à l'égard de l'enfant (ou à son égard), il est important que le tribunal soit très attentif à la sécurité et au bien-être de l'enfant (et, si nécessaire, du parent qui l'a emmené) lorsqu'il détermine s'il y a lieu d'organiser un contact entre l'enfant et le parent auquel il a été retiré et ses modalités. À cet égard, une coopération efficace avec les autorités concernées (par ex. l'Autorité centrale ou les autorités de protection de l'enfance) peut être utile, voire nécessaire.

202. Bonnes pratiques concernant le maintien du contact entre l'enfant et le parent auquel il a été retiré pendant la procédure de retour :

- **Déterminer dès que possible et à chaque étape de la procédure s'il est possible d'autoriser le contact entre l'enfant et le parent auquel il a été retiré.**
- **Si ce contact est possible et adéquat, envisager de prendre des mesures appropriées pour l'établir ou le faciliter tout en tenant dûment compte de la sécurité et du bien-être de l'enfant, par exemple :**
  - **faciliter ou organiser les rencontres en personne entre l'enfant et le parent auquel il a été retiré (si nécessaire sous la supervision d'un agent chargé de la protection de l'enfance ou d'une autre personne)<sup>235</sup> ;**
  - **faciliter ou organiser des visioconférences permettant un contact à distance entre l'enfant et le parent auquel il a été retiré (en particulier lorsque ce dernier n'est pas en mesure de participer à la procédure de retour) ;**
  - **rendre des ordonnances provisoires relatives au contact (pour lesquelles l'art. 11 de la Convention de 1996 peut fournir une base juridictionnelle)<sup>236</sup>.**
- **Communiquer avec les Autorités centrales ou d'autres autorités compétentes (par ex. les autorités de protection de l'enfance) et, si nécessaire, solliciter leur assistance pour établir ou faciliter le contact entre l'enfant et le parent auquel il a été retiré pendant la procédure de retour.**

<sup>233</sup> Voir, par ex., *Contacts transfrontières relatifs aux enfants / Principes généraux et Guide de bonnes pratiques*, Conférence de La Haye de droit international privé, Bristol, Family Law (Jordan Publishing Ltd.), 2008 (ci-après, « Guide de bonnes pratiques sur les contacts transfrontières »), chapitre 1, sections 4.6 et 5.1.2. Les Profils des États précisent si les autorités judiciaires ou administratives d'un État contractant prennent des mesures provisoires ou conservatoires pour permettre au parent auquel l'enfant a été retiré d'exercer son droit de visite ou de contact à l'égard de son enfant durant la procédure de retour (*op. cit.* note 21), section 10.6.

<sup>234</sup> Par ex. la section 38(2) de la Loi allemande sur la procédure en droit international de la famille dispose que dans les procédures de retour « [à] tous les stades de la procédure, le tribunal examine si le droit de visite peut être assuré » [traduction du Bureau Permanent].

<sup>235</sup> Les Profils des États donnent des informations sur les visites supervisées, notamment les circonstances dans lesquelles le droit de visite sous surveillance est exercé dans un État contractant et les autorités qui proposent un droit de visite sous surveillance (*op. cit.* note 21), section 16.3.

<sup>236</sup> L'art. 11 de la Convention de 1996 (si elle est applicable) fournit une base juridictionnelle, dans les cas d'urgence, qui permet au tribunal saisi de la procédure de retour de rendre une ordonnance provisoire relative au contact entre l'enfant et le parent auquel il a été retiré. Pour que l'art. 11 soit appliqué, il n'est pas nécessaire que l'enfant réside habituellement dans un État contractant à la Convention de 1996. L'ordonnance provisoire relative au contact sera reconnue de plein droit dans l'État de la résidence habituelle de l'enfant, sous réserve que les deux États concernés sont des États contractants à la Convention de 1996 ; voir, *supra*, para. 147 et s. Voir aussi, dans ce contexte, le Guide de bonnes pratiques sur les contacts transfrontières (*op. cit.* note 233), chapitre 3.3.

- **Veiller à ce que les mesures destinées à faciliter ou à établir le contact entre l'enfant et le parent auquel il a été retiré n'engendrent pas de retard indu dans l'examen de l'affaire.**

## ii. Représentation légale des parties

203. Le droit, les procédures et les pratiques internes des États déterminent si les parties à une procédure de retour doivent être légalement représentées et si elles peuvent bénéficier d'une aide juridictionnelle ou d'une représentation gratuite.

204. La Convention dispose en son article 7(2)(g) que les Autorités centrales, soit directement, soit avec le concours de tout intermédiaire, 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 »<sup>237</sup>.

205. Dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b), il peut être particulièrement souhaitable que les parties soient représentées, par exemple pour aider le parent ayant emmené l'enfant à fournir les informations ou les éléments de preuve utiles pour établir le risque grave et pour aider le parent auquel l'enfant a été retiré à répondre à ces arguments, sans causer de retard indu dans l'examen de l'affaire.

206. Cela étant, les tribunaux doivent s'assurer que chaque partie a la possibilité de produire et de contester des éléments et que ses arguments sont examinés par le tribunal, qu'elle soit ou non représentée par un avocat.

207. Exemple de bonne pratique des tribunaux en matière de représentation légale des parties dans la procédure de retour :

- **Donner des informations sur les possibilités de bénéficier d'une aide juridictionnelle ou d'une représentation gratuite si une partie n'est pas représentée par un avocat et envisager l'assistance des Autorités centrales à cet égard.**

## iii. Participation à la procédure de retour du parent auquel l'enfant a été retiré

208. Le droit interne et les procédures des États contractants peuvent encourager ou contraindre le tribunal saisi de la procédure de retour à donner au parent auquel l'enfant a été retiré la possibilité de participer en personne à la procédure<sup>238</sup>. En outre, dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b), où de graves allégations peuvent être soulevées dans les oppositions au retour, il peut être utile ou préférable pour le parent auquel l'enfant a été retiré d'être entendu personnellement. D'autre part, il peut être souhaitable que le parent auquel l'enfant a été retiré participe à une médiation afin de se préparer à l'issue possible de la procédure ou de régler les problèmes sous-jacents au conflit (voir ci-dessus, section 10 de cette partie). Dans ce cas, le tribunal peut garder à l'esprit l'obligation de procéder d'urgence dans les procédures de retour (art. 11(1)) et éviter que la participation de ce parent ne cause des retards indus.

<sup>237</sup> Voir, par ex., le Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales (*op. cit.* note 17), chapitre 4.13.

<sup>238</sup> Les Profils des États précisent si le parent auquel l'enfant a été retiré est généralement tenu de participer à la procédure de retour dans un État contractant (*op. cit.* note 21), section 10.3(f). À titre d'exemple, l'art. 11(5) du Règlement Bruxelles II *bis* dispose qu'« [u]ne 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 ».

209. Exemples de bonnes pratiques des tribunaux, lorsqu'elles sont opportunes et autorisées par les procédures et les pratiques internes :

- **Tenir compte de l'obligation de donner au parent auquel l'enfant a été retiré la possibilité de participer en personne à la procédure (et à une médiation associée) dès que possible (par ex. dans le cadre de la gestion des affaires judiciaires)<sup>239</sup> afin de fixer des délais adéquats et de procéder aux préparatifs appropriés si nécessaire.**
- **Faciliter la participation du parent auquel l'enfant a été retiré ou, le cas échéant, tenir une audience avec celui-ci le plus rapidement et le plus efficacement possible<sup>240</sup>, par exemple par la médiation ou l'obtention de preuves auprès de celui-ci par téléconférence ou visioconférence afin de ne pas lui imposer de se déplacer dans l'État requis<sup>241</sup>.**
- **Étudier l'opportunité de solliciter l'aide de l'Autorité centrale dans l'État requis ou dans l'État requérant pour l'organisation d'une téléconférence ou d'une visioconférence.**

210. Lorsque les procédures et les pratiques internes imposent que les parties comparaissent en personne, il est important de tenir compte de la charge financière que peuvent représenter les coûts de déplacement et d'hébergement pour le parent auquel l'enfant a été retiré et de la charge supplémentaire liée à l'obligation de s'absenter de son travail (avec d'éventuelles sanctions et la perte d'emploi) et de ses contraintes de temps s'il doit faire un long voyage à brève échéance pour assister à l'audience<sup>242</sup>. On peut soutenir qu'on ne devrait faire peser aucune charge supplémentaire sur le parent auquel l'enfant a été retiré en lui imposant de participer à une procédure dans un for choisi unilatéralement par le parent ayant emmené l'enfant<sup>243</sup>.

211. Les mécanismes de coopération instaurés par la Convention permettent entre autres d'éviter au parent auquel l'enfant a été retiré de se déplacer dans l'État où l'enfant a été enlevé pour obtenir son retour, en particulier lorsqu'un déplacement représente pour lui une lourde charge. C'est la raison pour laquelle, dans certains États contractants, l'Autorité centrale agit en qualité de demandeur dans la procédure de retour ou représente directement le parent auquel l'enfant a été retiré<sup>244</sup>. Il n'est pas toujours possible d'éviter le déplacement du parent auquel l'enfant a été retiré dans l'État requis pour prendre part à la procédure de retour, mais les tribunaux devraient s'assurer que cela ne lui cause pas de préjudice. Dans ces circonstances, les autorités compétentes peuvent aussi souhaiter tenir compte du fait que, par exemple, un parent auquel l'enfant a été retiré n'a peut-être pas eu la possibilité d'être entendu sur la question des conditions au retour ou n'a pas suffisamment participé à la procédure par la médiation ou la représentation directe. De ce fait, ce parent pourrait chercher à compromettre l'ordonnance ou les dispositions propres à assurer le retour sans danger, au détriment immédiat de l'enfant dans l'intérêt duquel les dispositions ont été prises.

<sup>239</sup> Voir, *supra*, para. 100 et s. sur la gestion des affaires judiciaires.

<sup>240</sup> Voir le guide de pratique intitulé « *Practice Guide for the Application of the Brussels IIa Regulation* » (*op. cit.* note 81), para. 4.3.4.1.

<sup>241</sup> Les Profils des États indiquent si des dispositifs existent dans l'État contractant pour permettre au parent auquel l'enfant a été retiré de prendre part à la procédure de retour depuis un autre État que l'État requis (*op. cit.* note 21), section 10.3(g).

<sup>242</sup> Voir, par ex., le Guide de bonnes pratiques sur la mise en œuvre (*op. cit.* note 7), para. 6.5.3, notant, entre autres, que l'exigence de comparution en personne du parent auquel l'enfant a été retiré dans la procédure de retour peut, dans certains cas, priver du recours offert par la Convention. Voir aussi le Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales (*op. cit.* note 17), para. 4.17.

<sup>243</sup> Voir dans ce contexte, par ex., P.R. Beaumont et P.E. McEleavy (*op. cit.* note 56), p. 259. Toutefois, certains États et territoires jugent très utile que le demandeur (par ex. le parent auquel l'enfant a été retiré) assiste en personne à l'audience, même s'il est représenté par un avocat. La présence du demandeur peut permettre de mieux apprécier les faits de l'espèce, permettre le contact avec l'enfant et donner davantage de possibilités de médiation et d'accord volontaire entre les parties. Si le parent auquel l'enfant a été retiré est prêt à se rendre dans l'État requis, certains tribunaux chercheront des moyens de l'aider, par ex., par un accord dans la fixation des dates d'audience, une offre d'aide financière ou une assistance en cas de difficultés à entrer dans l'État requis du fait de problèmes de visa ou d'immigration.

<sup>244</sup> Voir les Profils des États (*op. cit.* note 21) et le Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales (*op. cit.* note 17), chapitre 4.16.

212. Exemples de bonnes pratiques des tribunaux en matière de comparution ou de participation à la procédure du parent auquel l'enfant a été retiré lorsqu'elles sont appropriées et autorisées par les procédures et les pratiques internes :

- **Considérer que la représentation légale du parent auquel l'enfant a été retiré est pour lui un moyen de présenter ses arguments sans comparaître en personne (voir section ii ci-dessus).**
- **Veiller, dans la mesure du possible, à ce que l'obligation de comparution du parent auquel l'enfant a été retiré n'engendre pas de retard dans la procédure.**
- **Si nécessaire et opportun, s'efforcer de minimiser les exigences faites au parent auquel l'enfant a été retiré de participer à une médiation ou aux audiences<sup>245</sup>, par exemple par les moyens suivants :**
  - **en autorisant le parent auquel l'enfant a été retiré à présenter ses arguments par écrit au lieu d'exiger une déclaration en audience, sauf lorsque cela engendrerait des retards indus dans la procédure ;**
  - **en fournissant des dispositifs (par ex., dispositifs de téléconférence ou de visioconférence) permettant au parent auquel l'enfant a été retiré de prendre part à une médiation ou à la procédure de retour depuis un autre État que l'État requis, afin de ne pas lui imposer de comparaître en personne<sup>246</sup>.**
- **Étudier l'opportunité de solliciter l'assistance de l'Autorité centrale de l'État requis pour prendre les dispositions facilitant la participation du parent auquel l'enfant a été retiré à une médiation ou à la procédure.**

---

<sup>245</sup> Voir le Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales (*op. cit.* note 17), chapitre 4.17.

<sup>246</sup> Voir le Guide de bonnes pratiques sur la mise en œuvre (*op. cit.* note 7), para. 6.5.3. Voir aussi note 241 sur les Profils des États.

## TROISIÈME PARTIE : Informations pour les Autorités centrales

### 1. Rôle des Autorités centrales dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b)

213. Les Autorités centrales jouent un rôle vital dans le bon fonctionnement de la Convention<sup>247</sup>. Dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b)<sup>248</sup>, elles peuvent, de diverses manières, s'entraider et aider le tribunal saisi de la procédure de retour, d'autres autorités, ainsi que les parents et l'enfant. Leur action dépend toutefois du rôle qui leur est confié dans leur État et des fonctions et pouvoirs qui leur sont conférés par la législation nationale en vertu de laquelle elles sont établies<sup>249</sup>. D'autre part, elles peuvent, comme les autorités nationales avec lesquelles elles coopèrent, être contraintes par leurs ressources humaines et matérielles<sup>250</sup>.

214. Étant donné que les Autorités centrales peuvent apporter une assistance cruciale dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b), il est important que l'Autorité centrale concernée soit systématiquement informée que le parent ayant emmené l'enfant (ou une autre personne ou un organisme s'opposant au retour) allègue un risque grave devant le tribunal. En effet, lorsqu'une Autorité centrale n'est pas régulièrement informée dans les délais opportuns, sa coopération est nécessairement très diminuée. Cependant, bien qu'une Autorité centrale puisse apporter diverses formes d'aide, il faut aussi souligner qu'en dernier ressort, c'est aux parties, et non à l'Autorité centrale, qu'il revient de prouver l'existence d'un risque grave et de mesures de protection.

#### i. Acceptation des demandes de retour (art. 8 et 27)

215. Dans l'exercice de leurs fonctions relatives à l'acceptation des demandes de retour (voir art. 8), les Autorités centrales devraient garder à l'esprit que l'appréciation des questions de fait et de droit, y compris des allégations en vertu de l'article 13(1)(b), relève exclusivement du tribunal ou de toute autre autorité compétente statuant sur la demande de retour<sup>251</sup>.

216. L'article 27 confère aux Autorités centrales un pouvoir très limité de rejeter une demande lorsque les « conditions » de la Convention ne sont pas remplies ou que « la demande n'est pas fondée »<sup>252</sup>. Il convient d'observer que les Autorités centrales ne peuvent invoquer cet article pour refuser une demande au motif qu'une partie soulève l'exception de risque grave de l'article 13(1)(b) ou une autre exception, laquelle, là encore, doit être appréciée par le tribunal ou par une autre autorité compétente.

<sup>247</sup> Voir le Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales (*op. cit.* note 17), section 1, p. 12. Voir, en particulier les art. 6 à 8 et l'art. 21 de la Convention de 1980.

<sup>248</sup> Cette section est consacrée au rôle des Autorités centrales dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b). Les Autorités centrales sont invitées à consulter le Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales (*ibid.*) pour des informations générales complémentaires.

<sup>249</sup> Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales (*op. cit.* note 17), Introduction, p. 7 ; section 1.1, p. 12 et 13.

<sup>250</sup> À cet égard, il convient de veiller à limiter le nombre de demandes soumises aux Autorités centrales à celles qui sont cruciales dans une situation donnée afin de maximiser les chances qu'il y soit répondu rapidement.

<sup>251</sup> Conclusions et Recommandations de la Cinquième réunion de la CS (*op. cit.* note 27), para. 1.1.2.

<sup>252</sup> Cet art. peut être invoqué, par ex., lorsque l'enfant est âgé de 16 ans révolus au moment du déplacement (voir art. 4 de la Convention). Étant donné ses conséquences, le rejet d'une demande ne devrait pas être décidé à la légère. Voir les Conclusions et Recommandations de la Cinquième réunion de la CS (*ibid.*), para. 1.1.3. Voir aussi N. Lowe, M. Everall QC & M. Nicholls, *International Movement of Children*, Jordan Publishing Limited, 2004, p. 234 et le Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales (*op. cit.* note 17), section 4.9, p. 49 et 50.

## ii. Obligation de coopérer et de promouvoir une collaboration entre les autorités internes (art. 7(1))

217. Aux termes de l'article 7(1), les Autorités centrales ont l'obligation générale de coopérer entre elles et de promouvoir une collaboration entre les autorités compétentes dans leurs États respectifs pour assurer le retour immédiat des enfants et réaliser les autres objectifs de la Convention.

218. Il s'ensuit que lorsque le parent ayant emmené l'enfant allègue devant l'autorité compétente qu'il existe un risque grave que le retour expose l'enfant à un danger physique ou psychique ou de toute autre manière le place dans une situation intolérable et que le tribunal constate une possibilité suffisante de risque grave, les Autorités centrales peuvent être sollicitées et devraient coopérer entre elles et avec les autorités internes concernées pour apporter une aide dans cette situation, en particulier à la lumière de l'obligation qui leur est faite en vertu de l'article 7(2)(h) d'assurer le retour sans danger d'un enfant<sup>253</sup>.

219. À cette fin, il est particulièrement utile que les Autorités centrales aient noué des liens solides avec le système interne de justice et de protection sociale et qu'elles aient établi un réseau d'organismes compétents sur leur territoire<sup>254</sup>. Cela aidera aussi à garantir une action immédiate et expéditive<sup>255</sup> ainsi que le respect d'un (strict) calendrier fixé par le tribunal<sup>256</sup>. Un nombre croissant d'Autorités centrales ont pris conscience de cette nécessité et facilitent la coopération entre les organismes de protection de l'enfance de différents États lorsque la sécurité de l'enfant au retour suscite des préoccupations<sup>257</sup>.

220. Bonnes pratiques générales des Autorités centrales (dans leurs fonctions d'Autorité centrale de l'État requis ou de l'État requérant) :

- **Échanger des informations (par ex. à la demande des autorités compétentes) sur les mesures de protection et les autres dispositifs permettant de garantir le retour sans danger de l'enfant dans l'État étranger dans les plus brefs délais. L'Autorité centrale peut elle-même constater que des informations sur les mesures de protection sont nécessaires et les demander ou elle peut agir à la demande du tribunal saisi de la procédure de retour.**
- **Instaurer des relations de travail étroites et fructueuses avec les autorités internes de leur territoire dont l'assistance et la coopération sont nécessaires pour protéger l'enfant et garantir son retour sans danger.**
- **Donner les coordonnées des autorités compétentes pour permettre des communications efficaces entre les diverses autorités.**

## iii. Communication du lieu où se trouve l'enfant (art. 7(2)(a))

221. Lorsque l'Autorité centrale de l'État requis a localisé l'enfant (voir art. 7(2)(a)), le lieu où il se trouve n'est pas automatiquement communiqué au parent auquel il a été retiré ou à l'Autorité centrale de l'État requérant<sup>258</sup>. En général, dans le cadre d'une procédure fondée sur l'article 13(1)(b), il convient d'étudier soigneusement s'il est nécessaire d'indiquer où se trouve l'enfant au parent auquel il a été retiré et si cette information risque de compromettre la sécurité de l'enfant et celle du parent qui l'a emmené<sup>259</sup>.

<sup>253</sup> Voir, *infra*, para. 243 et s. sur l'art. 7(2)(h).

<sup>254</sup> Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales (*op. cit.* note 17), sections 1.2.1, p. 14, et 2.3.3., p. 27.

<sup>255</sup> Voir le Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales (*ibid.*), section 1.5, p. 20 et 21.

<sup>256</sup> Voir, *supra*, para. 91 et s. en ce qui concerne les procédures d'urgence.

<sup>257</sup> Voir le Rapport de la Première partie de la Sixième réunion de la CS (*op. cit.* note 28), para. 53.

<sup>258</sup> Voir le Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales (*op. cit.* note 17), section 4.10, p. 50 et 51.

<sup>259</sup> Toutefois, bien que l'Autorité centrale puisse, dans certains cas, tenir secrète l'adresse de l'enfant et du parent qui l'a emmené, elle est en principe tenue d'indiquer au demandeur quel est le tribunal compétent dans l'État

222. Les normes juridiques et les pratiques concernant la procédure applicable à la communication du lieu où se trouve l'enfant varient d'un État et d'un territoire à l'autre. Ainsi, dans certains États et territoires, le lieu où se trouve l'enfant est obligatoirement tenu secret, alors que dans d'autres, l'Autorité centrale de l'État requis peut avoir un plus grand pouvoir d'appréciation. Dans ce dernier cas, elle peut avoir à concilier le droit qu'a le parent auquel l'enfant a été retiré de savoir où est l'enfant et dans quelle situation il se trouve et la nécessité de prévenir un danger pour l'enfant ou le parent qui l'a emmené pouvant résulter de la communication de leurs coordonnées.

223. Lorsque la communication du lieu où se trouve l'enfant peut compromettre sa sécurité ou celle du parent qui l'a emmené, les Autorités centrales devraient étudier avec soin si la transmission de cette information au parent auquel l'enfant a été retiré est effectivement obligatoire dans le contexte de la procédure de retour. De même, si cette information doit être protégée pour des raisons légales ou de sécurité, il peut même leur être impossible de la transmettre à l'Autorité centrale de l'État requérant en général, ou de la transmettre sans garantie de confidentialité<sup>260</sup>. La poursuite de la procédure de retour doit être garantie, même sans cet échange d'informations.

224. Exemples de bonnes pratiques de l'Autorité centrale de l'État requis, lorsqu'elles sont appropriées et autorisées par les lois et procédures internes :

- **Savoir quelles informations une Autorité centrale peut refuser de donner au demandeur ou au parent ayant emmené l'enfant en vertu des lois et procédures internes afin de ne pas divulguer ces informations lorsque leur communication peut compromettre la sécurité de l'enfant, d'un parent ou d'autres personnes.**
- **Avant d'informer le parent auquel l'enfant a été retiré ou l'Autorité centrale de l'État requérant du lieu où se trouve l'enfant, étudier soigneusement si cette information peut compromettre la sécurité de l'enfant ou du parent qui l'a emmené en l'espèce<sup>261</sup>.**
- **Si cette information risque de compromettre la sécurité de l'enfant ou du parent qui l'a emmené, ne pas la communiquer ou ne la communiquer à l'Autorité centrale de l'État requérant qu'en contrepartie d'une garantie de confidentialité.**
- **Étudier s'il convient de solliciter une ordonnance du tribunal pour interdire la communication des informations sur le lieu où se trouve l'enfant si cette mesure est nécessaire et possible en vertu des lois et procédures internes<sup>262</sup>.**

225. Toutefois, la communication des coordonnées de l'enfant et du parent qui l'a emmené peut être nécessaire aux fins de la signification ou de la notification des actes pour l'ouverture de la procédure de retour et son déroulement. À titre d'exemple, l'avocat qui représente le parent auquel l'enfant a été retiré ou le tribunal peut demander l'adresse du parent qui a emmené l'enfant aux fins de la signification ou de la notification des actes<sup>263</sup>.

---

requis. Ce tribunal contacterait l'Autorité centrale et celle-ci lui donnerait l'adresse confidentielle du défendeur. Certains États et territoires placent les coordonnées confidentielles dans un dossier spécial séparé que le demandeur ne peut pas obtenir, même lorsqu'il demande à inspecter les dossiers.

<sup>260</sup> Garantie de non-divulgaration des informations au parent ayant emmené l'enfant. Voir le Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales (*op. cit.* note 17), section 4.10, p. 50 et 51.

<sup>261</sup> Cette recommandation est sans objet, par ex., dans les États où le lieu où se trouve l'enfant est obligatoirement tenu secret.

<sup>262</sup> Par ex., dans un État où il n'y a pas de règle légale concernant la confidentialité des informations relatives à la localisation de l'enfant, il peut être nécessaire qu'un tribunal interdise la communication des informations si c'est opportun.

<sup>263</sup> Cette situation peut en particulier se présenter si le parent ayant emmené l'enfant n'est pas (encore) représenté par un avocat.

226. Exemples de bonnes pratiques de l'Autorité centrale de l'État requis dans les cas exceptionnels où l'on estime que la communication de l'adresse de l'enfant et du parent qui l'a emmené compromettrait leur sécurité, sous réserve qu'elles soient appropriées et autorisées par les procédures et les pratiques internes :

- **Si nécessaire, trouver un moyen pour ouvrir une procédure de retour sans obligatoirement communiquer l'adresse de l'enfant et du parent qui l'a emmené au demandeur, à son avocat ou à l'Autorité centrale requérante.**
- **Lorsque l'adresse de l'enfant doit être communiquée aux fins de la signification ou de la notification des actes et qu'on estime que sa sécurité ou celle d'un parent pourrait s'en trouver compromise, étudier l'opportunité de demander une garantie de confidentialité à l'avocat qui sollicite les informations ou envisager d'autres modes de signification ou de notification (par ex. utiliser l'adresse de l'Autorité centrale requise ou communiquer l'adresse à l'autorité compétente dans un courrier à part et lui demander de recourir à des modes de signification ou de notification sans communication de l'adresse).**

#### **iv. Organisation de contacts provisoires entre l'enfant et le parent auquel il a été retiré**

227. Lorsque l'enfant est localisé, le parent auquel il a été retiré peut souhaiter avoir un contact avec lui ; les Autorités centrales (et les autorités compétentes) devraient faciliter ce contact<sup>264</sup>. Des communications électroniques entre l'enfant et le parent auquel il a été retiré, par exemple, peuvent rassurer l'enfant et mieux préparer celui-ci et le parent auquel il a été retiré à l'issue de la procédure.

228. Cependant, le contact ne devrait avoir lieu que lorsqu'il est approprié et que ses modalités respectent le besoin de sécurité physique et psychique de l'enfant. Par conséquent, dans certaines affaires dans lesquelles l'exception de risque grave est soulevée et jugée, au moins *a priori*, fondée sur des allégations ou des preuves crédibles, les Autorités centrales peuvent avoir besoin d'agir avec la plus grande prudence lorsqu'elles organisent un contact provisoire ou lorsqu'elles prennent des mesures provisoires pour permettre au parent auquel l'enfant a été retiré d'exercer son droit d'avoir un contact<sup>265</sup>.

229. Exemples de bonnes pratiques de l'Autorité centrale de l'État requis lorsque la sécurité ou le bien-être de l'enfant suscite de graves préoccupations, si elles sont appropriées et autorisées par le droit et les procédures internes :

- **Étudier l'opportunité de ne pas divulguer le lieu où se trouve l'enfant au parent auquel il a été retiré et de faciliter ou d'organiser un contact dans un lieu neutre.**
- **Étudier l'opportunité de faciliter un contact à distance entre l'enfant et le parent auquel il a été retiré, par exemple par conférence téléphonique ou par visioconférence.**
- **Étudier l'opportunité de faciliter un contact « supervisé » entre l'enfant et le parent auquel il a été retiré (en face à face ou à distance) en présence d'un représentant d'une autorité de protection de l'enfance ou d'une autre autorité.**

<sup>264</sup> Voir le Guide de bonnes pratiques sur les contacts transfrontières (*op. cit.* note 233), section 4.6, en particulier 4.6.2, p. 25. Les Profils des États indiquent, à la section 10.6, si les autorités judiciaires ou administratives d'un État contractant peuvent prendre des mesures provisoires ou conservatoires pour permettre au parent auquel l'enfant a été retiré d'exercer son droit de contact à l'égard de son enfant pendant la procédure de retour (*op. cit.* note 21). Voir aussi, *supra*, deuxième partie, section 11(i), de ce Guide.

<sup>265</sup> Dans ce contexte, l'Autorité centrale doit garder à l'esprit qu'elle est tenue de prévenir d'autres dangers pour l'enfant.

- **Garder à l'esprit que lorsque de graves problèmes ont été soulevés, il n'est peut-être pas souhaitable d'organiser un contact provisoire avec le parent auquel l'enfant a été retiré si le contact peut compromettre la sécurité physique ou psychique de celui-ci.**

#### **v. Obligation de prévenir de nouveaux dangers pour l'enfant (art. 7(2)(b))**

230. Les Autorités centrales (en coopération avec les autres autorités de leur État) doivent prendre toutes les mesures appropriées « pour prévenir de nouveaux dangers pour l'enfant ou des préjudices pour les parties concernées, en prenant ou faisant prendre des mesures provisoires » (art. 7(2)(b))<sup>266</sup>. Cette obligation peut être également pertinente, par exemple, dans une affaire où le parent qui a emmené l'enfant soulève l'exception de risque grave et allègue que l'enfant est en danger (dans l'État requis) ou qu'il a besoin d'une assistance particulière<sup>267</sup>.

231. Les autorités compétentes de l'État requis peuvent prendre un ensemble de mesures pour protéger l'enfant ou prévenir de nouveaux dangers pour celui-ci dans leur État lorsqu'elles le jugent nécessaire dans certaines affaires, par exemple un suivi psychosocial ou médical pour l'enfant<sup>268</sup> ainsi que des dispositions aux fins d'une protection de remplacement<sup>269</sup>. L'Autorité centrale peut être à même de faciliter ces mesures, en fonction des lois et des procédures internes de l'État ou du territoire concerné<sup>270</sup>. Les autorités administratives ou judiciaires des États contractants à la Convention de 1996 peuvent prendre ces mesures de protection en vertu de l'article 11 de cette Convention et, si nécessaire, demander l'assistance de l'Autorité centrale désignée en vertu de cette Convention<sup>271</sup>.

232. Exemples de bonnes pratiques de l'Autorité centrale de l'État requis, lorsqu'elles sont appropriées et autorisées par les lois et procédures internes et si elles sont jugées nécessaires :

- **Étudier l'opportunité de faire intervenir l'autorité chargée de la protection de l'enfance afin que la ou les mesures de protection de l'enfant dans l'État requis puissent être évaluées.**
- **Prendre immédiatement toutes les mesures nécessaires pour ouvrir une procédure afin d'obtenir des ordonnances de protection de l'enfant dans l'État requis (lorsque les autorités de protection de l'enfance ne peuvent intervenir que sur ordonnance rendue par une autorité compétente).**

<sup>266</sup> Voir le Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales (*op. cit.* note 17), section 4.15, p. 55 et 56.

<sup>267</sup> Ce peut être le cas, par ex., lorsque l'enfant est dans un état mental très fragile.

<sup>268</sup> Un suivi psychosocial ou médical peut être nécessaire, par ex., lorsque l'enfant est traumatisé par les circonstances du déplacement illicite ou a subi des violences domestiques.

<sup>269</sup> Une protection de remplacement peut être nécessaire, par ex., si le parent qui a emmené l'enfant est incapable de s'occuper de lui dans l'État requis.

<sup>270</sup> Les Autorités centrales peuvent être habilitées à demander à l'autorité de protection de l'enfance compétente de prendre des mesures de protection ou à s'adresser directement à un tribunal pour obtenir une ordonnance de protection (c'est le cas, par ex., en Australie ; voir le règlement australien de 1986 sur le droit de la famille (Convention sur l'enlèvement d'enfants) (*Australian Family Law (Child Abduction Convention) Regulations 1986*), section 14(1)(d)). Les Profils des États (*op. cit.* note 21) donnent des informations sur ce point à la section 6(2)(j).

<sup>271</sup> Voir, de manière générale, le chapitre V de la Convention de 1996 et, en particulier, les art. 32(b) et 36. Dans la majorité des États contractants à la Convention de 1996, les Autorités centrales désignées en vertu de cette Convention sont aussi celles qui ont été désignées en vertu de la Convention de 1980. Si ce n'est pas le cas, les Autorités centrales désignées devraient coopérer étroitement et efficacement et être capables de communiquer rapidement. Voir le Manuel pratique sur la Convention de 1996 (*op. cit.* note 166), chapitre 11, en particulier les para. 11.2 et 11.6. Voir aussi, *supra*, para. 147 et s. sur les mesures de protection en vertu de la Convention de 1996.

- **Informier immédiatement le parent ayant emmené l'enfant, le parent auquel il a été retiré et leurs avocats qu'ils ont le droit de s'adresser à une autorité de protection de l'enfance ou d'ouvrir une procédure en justice afin d'obtenir des mesures de protection de l'enfant dans l'État requis (en particulier, lorsque l'Autorité centrale n'est pas habilitée à prendre ces mesures ou qu'elle n'a qu'un pouvoir limité pour les prendre).**
- **Surveiller la procédure afin de garantir que les mesures sont prises sans délai et mises en œuvre efficacement.**
- **Informier l'autorité de protection de l'enfance compétente ou l'autorité compétente si la mesure de protection doit être modifiée ou abrogée.**
- **Étudier l'opportunité de créer un ou plusieurs points de contact au sein des autorités de protection de l'enfance afin de faciliter et d'accélérer la prise de mesures de protection visant à prévenir de nouveaux dangers pour l'enfant dans l'État requis.**

#### **vi. Obligation d'assurer la remise volontaire de l'enfant ou de faciliter une solution amiable (art. 7(2)(c))**

233. Le fait qu'un parent ayant emmené l'enfant soulève l'exception de risque grave ne doit pas empêcher les Autorités centrales de prendre les mesures appropriées pour obtenir la remise volontaire de l'enfant ou faciliter une solution amiable (art. 7(2)(c)) si c'est opportun.

234. La prudence est néanmoins de mise lorsque le parent qui a emmené l'enfant allègue, par exemple, en vertu de l'exception de l'article 13(1)(b), que le parent auquel l'enfant a été retiré a été violent à son égard ou à l'égard de l'enfant. Dans certains États ou territoires, lorsque la question de la violence domestique est soulevée, la médiation n'est pas autorisée ou opportune ou des garanties spéciales sont nécessaires pendant la procédure de médiation<sup>272</sup>.

#### **vii. Obligation d'introduire ou de favoriser l'ouverture d'une procédure judiciaire ou administrative (art. 7(2)(f))**

235. En ce qui concerne leur obligation d'introduire ou de favoriser l'ouverture d'une procédure judiciaire ou administrative afin d'obtenir le retour de l'enfant (art. 7(2)(f))<sup>273</sup>, les Autorités centrales devraient, dans la mesure du possible, recueillir au plus tôt des informations et des éléments pour faciliter la mise en état de l'affaire au tribunal<sup>274</sup>. C'est particulièrement important lorsque l'Autorité centrale dépose elle-même, ou par l'intermédiaire d'un organisme, la demande de retour devant l'autorité compétente.

236. Cette assistance peut être particulièrement utile lorsque le parent qui a emmené l'enfant formule des allégations de risque grave en vertu de l'article 13(1)(b), car ce type d'affaire peut être complexe et exige une gestion très attentive. Dans certains États, les Autorités centrales recueillent rapidement le plus possible d'informations et de preuves – telles que les mesures de protection possibles dans l'État requérant, les rapports de police, les rapports médicaux et les rapports de travailleurs sociaux – avant de déposer la demande de retour au tribunal<sup>275</sup>. Dans ce contexte, les Autorités centrales devraient aussi s'efforcer de promouvoir des procédures expéditives<sup>276</sup>. Si une Autorité centrale recueille des informations de ce type lorsque

<sup>272</sup> Voir, pour plus d'informations sur la médiation, *supra*, para. 191 et s. et le Guide de bonnes pratiques sur la médiation (*op. cit.* note 220).

<sup>273</sup> Voir le Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales (*op. cit.* note 17), section 4.16, p. 56 et 57.

<sup>274</sup> Dans la mesure du possible, les Autorités centrales devraient se servir des moyens de communication modernes rapides afin d'accélérer les procédures ; voir le Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales (*ibid.*), section 1.3.3, p. 16 et 17.

<sup>275</sup> Voir le Rapport de la Première partie de la Sixième réunion de la CS (*op. cit.* note 28), para. 104.

<sup>276</sup> Voir le Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales (*op. cit.* note 17), section 1.5, p. 20 et 21.

des allégations de risque grave en vertu de l'article 13(1)(b) sont soulevées, l'enquête devrait être conduite dans les plus brefs délais, en gardant à l'esprit que l'autorité compétente est seule compétente pour apprécier ces allégations.

237. Il faut toutefois garder à l'esprit qu'en fonction du rôle qui lui est conféré dans son État et de ses fonctions et pouvoirs en vertu du droit interne, une Autorité centrale peut s'acquitter de multiples manières de son obligation d'introduire ou de favoriser l'ouverture d'une procédure judiciaire ou administrative. Ainsi, certains États autorisent l'Autorité centrale elle-même à introduire la procédure de retour en déposant la demande auprès de l'autorité compétente. Dans d'autres États, l'Autorité centrale, agissant en tant que tiers neutre, aide à la fois le demandeur et le défendeur et n'est pas autorisée à intervenir dans la procédure judiciaire<sup>277</sup>.

238. Exemples de bonnes pratiques de l'Autorité centrale de l'État requis, lorsqu'elles sont appropriées et autorisées par les lois et procédures internes :

- **Étudier l'opportunité de demander au parent qui a emmené l'enfant de recueillir dès que possible<sup>278</sup> des informations ou des preuves afin d'étayer au plus vite les allégations en vertu de l'article 13(1)(b).**
- **Contacter dès que possible l'Autorité centrale de l'État requérant ou le parent auquel l'enfant a été retiré afin d'obtenir une réponse de celui-ci aux allégations du parent qui a emmené l'enfant relatives à l'article 13(1)(b), y compris toute information ou preuve qu'il/elle peut avoir à ce stade.**
- **Si nécessaire, demander dès que possible à l'Autorité centrale de l'État requérant des informations ou des rapports pertinents pour l'allégation du parent ayant emmené l'enfant en ce qui concerne l'exception de l'article 13(1)(b).**
- **Dans toutes les communications avec l'Autorité centrale de l'État requérant, le parent ayant emmené l'enfant, le parent auquel il a été retiré et toute autre personne concernée, souligner la nécessité de produire des informations ou des preuves sans délai afin d'accélérer la procédure.**
- **Veiller à ce que l'Autorité centrale de l'État requérant, le parent ayant emmené l'enfant, le parent auquel il a été retiré, leurs avocats et les autres personnes concernées dans l'affaire aient conscience des délais particuliers fixés par le tribunal en vue d'accélérer la procédure.**

239. Exemple de bonne pratique de l'Autorité centrale de l'État requérant, lorsqu'elle est appropriée et autorisée par les lois et procédures internes :

- **Dès que possible, transmettre ou faciliter la transmission d'informations pertinentes concernant l'exception de l'article 13(1)(b) demandées par l'Autorité centrale ou l'autorité compétente de l'État requis afin que la procédure de retour puisse être ouverte et poursuivie sans délai.**

<sup>277</sup> Les Profils des États (*op. cit.* note 21) donnent, à la section 10.3, des informations sur la façon dont l'Autorité centrale s'acquitte de son obligation d'introduire ou de favoriser l'ouverture d'une procédure.

<sup>278</sup> Cette demande doit être présentée peu après que le parent qui a emmené l'enfant informe l'Autorité centrale qu'il/elle soulève l'exception de l'article 13(1)(b), par ex., dans sa réponse adressée à la lettre de l'Autorité centrale donnant des informations, notamment, sur les avantages d'un retour volontaire (voir art. 7(c) et 10 et le Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales (*op. cit.* note 17), section 4.12, p. 51 et annexe 4.2.).

### viii. Échange d'informations sur la situation sociale de l'enfant (art. 7(2)(d))

240. Aux termes de l'article 7(2)(d), les Autorités centrales doivent échanger, si cela s'avère utile, des informations relatives à la situation sociale de l'enfant. En effet, ces informations peuvent être importantes dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b) (voir art. 13(3))<sup>279</sup> et peuvent être demandées par le tribunal saisi de la procédure de retour. Les Autorités centrales devraient faciliter la communication rapide de ces informations au tribunal<sup>280</sup>.

241. Exemples de bonnes pratiques de l'Autorité centrale de l'État requis, lorsqu'elles sont appropriées et autorisées par les lois et procédures internes :

- **Si nécessaire, demander dès que possible à l'Autorité centrale de l'État requérant s'il existe un rapport sur la situation sociale de l'enfant et dans l'affirmative, en faire la demande.**
- **Contactez immédiatement l'Autorité centrale de l'État requérant lorsque le tribunal demande des informations sur la situation sociale de l'enfant et informez l'Autorité centrale du délai fixé par le tribunal pour la communication de ces informations.**

242. Exemple de bonne pratique de l'Autorité centrale de l'État requérant, lorsqu'elle est appropriée et autorisée par les lois et procédures internes :

- **Prendre toutes les mesures pour fournir dès que possible à l'Autorité centrale de l'État requis qui le demande un rapport sur la situation sociale de l'enfant, y compris demander qu'il soit établi par les autorités locales et, si nécessaire et possible, qu'il soit traduit dans une langue étrangère.**

### ix. Obligation de prendre des mesures administratives pour garantir le retour sans danger de l'enfant (art. 7(2)(h))

243. L'article 7(2)(h) est une disposition importante pour les affaires fondées sur l'article 13(1)(b) ; il dispose que les Autorités centrales ont l'obligation de prendre toutes les mesures appropriées pour assurer sur le plan administratif, si nécessaire et opportun, le retour sans danger de l'enfant (voir l'annexe 2 de ce Guide, qui présente d'importantes Conclusions et Recommandations de la Commission spéciale à ce sujet)<sup>281</sup>.

244. Exemples de bonnes pratiques générales des Autorités centrales à cet égard, lorsqu'elles sont appropriées et autorisées par les lois et procédures internes :

- **Aider le tribunal à recueillir des informations sur la situation de l'enfant (ou, le cas échéant, du parent qui l'a emmené) au retour, si ces informations sont utiles en l'espèce.**
- **Donner des informations sur le cadre juridique et sur les services auxquels le parent ayant emmené l'enfant peut recourir dans l'État de la résidence habituelle, si ces informations peuvent faciliter son retour avec l'enfant.**
- **Prendre immédiatement les mesures nécessaires pour la traduction des principaux éléments des informations demandées lorsque c'est nécessaire et possible.**

<sup>279</sup> Voir, *supra*, para. 163 et s. sur les informations et les preuves, y compris sur l'art. 13(3).

<sup>280</sup> Voir le Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales (*op. cit.* note 17), section 4.14, p. 54 et 55.

<sup>281</sup> Voir à ce sujet le Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales (*ibid.*), sections 3.18 à 3.21, p. 41 et 42, et sections 4.21 à 4.23, p. 59 et 60.

- **Instaurer des relations de travail étroites et fructueuses avec les autres autorités dont l'assistance et la coopération sont requises pour fournir ces informations, y compris l'aide juridictionnelle.**

#### a) Fourniture d'informations

245. Les Autorités centrales jouent un rôle important en donnant des informations sur de possibles préoccupations relatives au « retour sans danger » ou à la sécurité de l'enfant à son retour dans l'État de la résidence habituelle. Ces informations doivent être disponibles dès que possible dans la procédure afin que le tribunal saisi de la demande de retour puisse les examiner.

246. Sur la base de ces informations, les Autorités centrales peuvent alors apporter une aide complémentaire à l'obtention des informations nécessaires sur l'existence de mesures de protection appropriées et d'autres dispositifs dans l'État requis<sup>282</sup>.

247. Les informations requises dépendent des circonstances particulières de l'affaire et du type de demande reçue par le tribunal ou l'autorité compétente. Elles peuvent concerner la situation de l'enfant au retour, et donc comprendre des informations comme le lieu où il vivra, qui s'occupera de lui au retour ou la possibilité de soins médicaux spéciaux s'il a des besoins particuliers. Si le parent qui a emmené l'enfant allègue en particulier que l'enfant serait victime au retour d'un comportement violent ou inapproprié de la part du parent auquel il a été retiré, les Autorités centrales peuvent aider le tribunal à obtenir des renseignements, par exemple, sur de précédents incidents de violence ou de comportement inapproprié à l'égard de l'enfant et sur les mesures de protection possibles.

248. Les informations utiles peuvent aussi concerner des dispositifs pour le parent qui a emmené l'enfant. La protection de l'enfant peut en particulier exiger que des mesures soient prises pour protéger également le parent qui l'a emmené et qui l'accompagne au retour<sup>283</sup>.

249. En ce qui concerne la communication des informations, si le parent ayant emmené l'enfant affirme qu'il/elle est incapable de revenir avec l'enfant en raison de circonstances particulières dans l'État de la résidence habituelle, l'Autorité centrale de l'État requérant devrait, dans la mesure du possible, donner des informations sur ces circonstances. Exemples :

- **lorsque le parent qui a emmené l'enfant craint d'être victime de violence ou de harcèlement à son retour avec l'enfant dans l'État requérant, l'Autorité centrale peut donner des renseignements sur les mesures de protection possibles telles qu'un logement adéquat et sûr, la possibilité d'obtenir une ordonnance de protection, etc. ;**
- **lorsque le parent ayant emmené l'enfant allègue qu'il ne peut revenir avec l'enfant pour des raisons économiques ou financières, l'Autorité centrale peut donner des informations sur le système d'aide sociale et les possibilités d'aide financière dans l'État de la résidence habituelle (par ex. sur l'aide au revenu, les allocations versées aux parents isolés, l'aide au logement) ;**

<sup>282</sup> Voir le Rapport de la Sixième réunion de la CS (*op. cit.* note 28), para. 57 ainsi que les Conclusions et Recommandations de cette réunion (*op. cit.* note 29), para. 39.

<sup>283</sup> Voir l'annexe 2 de ce Guide et en particulier le Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales (*op. cit.* note 17), section 4.23, p. 60, ainsi que les Conclusions et Recommandations de la Quatrième réunion de la CS (*op. cit.* note 26), para. 1.13. Voir aussi dans ce contexte, la section 4.24, p. 60, du Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales, qui indique que les Autorités centrales devraient coopérer pour garantir que le parent ayant emmené l'enfant qui désire retourner avec l'enfant soit informé des services ou de l'assistance disponibles dans l'État requérant.

- lorsque le parent ayant emmené l'enfant allègue des difficultés d'accès à la justice ou le manque de moyens financiers pour prendre part à une procédure judiciaire dans l'État de la résidence habituelle, l'Autorité centrale peut donner des informations sur le système juridique et sur l'accès aux tribunaux (par ex. pour obtenir une décision relative à la garde)<sup>284</sup> ou sur la possibilité de bénéficier de l'aide juridictionnelle ou des services d'avocats bénévoles.

### b) Poursuites pénales contre le parent ayant emmené l'enfant

250. Lorsque le parent ayant emmené l'enfant allègue, dans le contexte de l'exception de l'article 13(1)(b), qu'il/elle ne peut revenir avec l'enfant en raison de poursuites pénales à son encontre dans l'État requérant, les Autorités centrales peuvent apporter diverses formes d'aide, qui dépendent des lois et des procédures pénales applicables dans l'État requérant<sup>285</sup>.

251. Exemples de bonnes pratiques des Autorités centrales (dans leurs fonctions d'Autorité centrale de l'État requis ou de l'État requérant), lorsqu'elles sont appropriées et autorisées par les lois et procédures internes :

- Informer les autorités de poursuite et les juridictions pénales sur la Convention de 1980 en général, et plus particulièrement sur le fait que si le parent ayant emmené l'enfant fait l'objet de poursuites pénales dans l'État requérant, l'autorité compétente peut en tenir compte lorsqu'elle statue sur le retour de l'enfant.
- Échanger des informations sur l'avancement de la procédure pénale dans l'État requérant et sur les possibilités de renoncer ou de suspendre les poursuites en l'espèce<sup>286</sup>.
- Informer le parent auquel l'enfant a été retiré qu'il peut retirer sa plainte ou étudier l'opportunité de l'encourager à le faire, ou aider le parent qui a emmené l'enfant à remplir les conditions éventuelles pour l'abandon des poursuites, si le droit pénal et les procédures internes le permettent.
- Si le retour de l'enfant est ordonné, demander si les poursuites pénales ont été abandonnées ou si elles sont toujours en cours.

### c) Questions liées à l'immigration

252. Si le parent ayant emmené l'enfant allègue qu'il lui est impossible de revenir avec l'enfant pour des questions liées à l'immigration, les Autorités centrales, dans la mesure du possible, devraient échanger des informations et aider ce parent et son enfant à obtenir les documents de voyage nécessaires en fonction des lois et des procédures internes<sup>287</sup>. L'objectif n'est pas d'assurer le statut à long terme du parent qui a emmené l'enfant dans l'État requérant car cela n'entre pas dans le champ d'application de la Convention, mais de lui permettre d'entrer sur le territoire de l'État requérant pour participer à la procédure relative à la garde, au déménagement ou à des procédures proches de ces questions. Le parent ayant emmené l'enfant pourra alors soulever toutes allégations utiles concernant l'immigration, qui pourront être examinées par le tribunal de l'État de la résidence habituelle de l'enfant.

<sup>284</sup> Il est important d'assurer un accès effectif à la justice pour les deux parents et l'enfant dans la procédure relative à la garde qui suit le retour de l'enfant ; voir Conclusions et Recommandations de la Sixième réunion de la CS (*op. cit.* note 29), para. 34.

<sup>285</sup> Voir le Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales (*op. cit.* note 17), section 6.3, p. 78.

<sup>286</sup> Les Profils des États (*op. cit.* note 21) donnent, à la section 11.3, des informations sur ce point.

<sup>287</sup> Lorsque des difficultés en matière d'immigration paraissent susceptibles d'affecter la capacité d'un enfant ou d'un parent ravisseur (non-ressortissants) à retourner dans l'État requérant ou la capacité d'une personne à exercer un droit d'entretenir un contact ou un droit de visite, l'Autorité centrale devrait répondre rapidement aux demandes d'informations afin d'aider une personne à obtenir, sans délai, les autorisations ou permissions (visas) nécessaires auprès des organismes et autorités compétentes de son État ; voir Conclusions et Recommandations de la Sixième réunion de la CS (*op. cit.* note 29), para. 31. Voir aussi le Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales (*op. cit.* note 17).

253. Exemples de bonnes pratiques des Autorités centrales (dans leurs fonctions d'Autorité centrale de l'État requérant ou de l'État requis) dans ce contexte, lorsqu'elles sont appropriées et autorisées par les lois et procédures internes :

- **Dès que possible pour éviter les retards, échanger des informations sur la possibilité pour le parent qui a emmené l'enfant ou pour l'enfant d'obtenir les documents de voyage ou les permis de séjour nécessaires afin de faciliter le retour de l'enfant avec le parent qui l'a emmené dans l'État requérant.**
- **Dès que possible pour éviter les retards, aider le parent qui a emmené l'enfant ou l'enfant à obtenir les documents de voyage nécessaires en contactant les autorités compétentes, comme les ambassades ou les consulats lorsque c'est possible.**

#### **d) Respect des ordonnances et des conditions au retour**

254. Les Autorités centrales peuvent également apporter une aide, conformément à leur droit et à leurs procédures internes, lorsque le tribunal demande que le parent auquel l'enfant a été retiré respecte des engagements ou des conditions ou pour l'obtention d'ordonnances miroirs ou d'ordonnances de sauf-conduit auprès du tribunal de l'État requérant afin de garantir le retour sans danger d'un enfant<sup>288</sup>.

255. Exemple de bonne pratique de l'Autorité centrale de l'État requis, lorsqu'elle est appropriée et autorisée par les lois et procédures internes :

- **Informez sans délai l'Autorité centrale de l'État requérant de toute exigence du tribunal ayant trait à des engagements ou à des conditions, à des ordonnances miroirs ou à des ordonnances de sauf-conduit concernant le retour sans danger de l'enfant.**

256. Exemple de bonne pratique de l'Autorité centrale de l'État requérant, lorsqu'elle est appropriée et autorisée par les lois et procédures internes :

- **Prendre toutes les mesures autorisées par le droit et les procédures internes pour faciliter le respect des engagements ou des conditions et l'obtention d'ordonnances miroirs ou d'ordonnances de sauf-conduit, si le tribunal l'ordonne<sup>289</sup>.**
- **Dans les États où il n'est pas possible de rendre des ordonnances miroirs ou des ordonnances de sauf-conduit, prendre des mesures pour donner rapidement des informations sur les moyens d'obtenir un résultat comparable (par ex. reconnaissance et exécution rapides de mesures de protection par d'autres moyens).**

257. Lorsque le retour est ordonné, les Autorités centrales devraient veiller à ce que les organismes de protection de l'enfance compétents soient alertés, si cela paraît nécessaire, afin qu'ils puissent agir pour protéger le bien-être de l'enfant à son retour lorsque sa sécurité est en jeu jusqu'à ce que la compétence du tribunal approprié soit effectivement invoquée<sup>290</sup>. Elles devraient aussi vérifier que les mesures de protection convenues sont en place au retour de l'enfant<sup>291</sup>.

<sup>288</sup> Voir, *supra*, para. 137 et s. sur les mesures de protection.

<sup>289</sup> Voir le Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales (*op. cit.* note 17), para. 3.21, p. 43. Il est toutefois reconnu que le rôle des Autorités centrales en matière de conditions ou d'engagements peut être extrêmement limité, voire inexistant.

<sup>290</sup> Conclusions et Recommandations de la Quatrième réunion de la CS (*op. cit.* note 26), para. 1.13.

<sup>291</sup> Voir le Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales (*op. cit.* note 17), para. 3.20, p. 43.

## x. Suivi postérieur au retour

258. Si, dans une affaire fondée sur l'article 13(1)(b), le tribunal ordonne le retour de l'enfant sous réserve de conditions ou d'ordonnances miroirs, l'Autorité centrale de l'État requis peut demander des informations après le retour pour vérifier que les mesures nécessaires ont été prises dans l'État de la résidence habituelle.

259. D'un côté, on peut considérer que la communication de ces informations n'entre pas dans le champ d'application de la Convention de 1980<sup>292</sup>. En outre, certaines Autorités centrales peuvent être dans l'incapacité de demander ou de communiquer ces informations en raison des fonctions et des pouvoirs qui leur sont conférés dans l'État concerné ou d'autres contraintes, par exemple des questions de confidentialité.

260. D'un autre côté, la confirmation qu'un enfant remis dans l'État requérant bénéficie d'une protection adéquate ordonnée par le tribunal serait un facteur de confiance entre les tribunaux et les autorités des États contractants<sup>293</sup>.

261. Lorsqu'elle est en vigueur, la Convention de 1996 peut aussi offrir des ressources utiles en ce qui concerne les demandes d'informations sur la situation de l'enfant après son retour dans l'État requérant. L'article 32 de la Convention de 1996 autorise en effet une Autorité centrale ou une autre autorité compétente dans un État contractant « avec lequel l'enfant a un lien étroit » à demander à l'Autorité centrale de l'État contractant dans lequel l'enfant a sa résidence habituelle et dans lequel il est présent, un rapport sur la situation de l'enfant ou à demander que des mesures tendant à la protection de la personne ou des biens de l'enfant soient prises.

262. Exemples de bonnes pratiques des Autorités centrales (dans leurs fonctions d'Autorité centrale de l'État requérant ou de l'État requis) dans ce contexte, lorsqu'elles sont appropriées et autorisées par les lois et procédures internes :

- **Échanger des informations pour savoir si les mesures de protection ou les exigences telles que des engagements ou des conditions, des ordonnances miroirs, mentionnées dans l'ordonnance de retour ont été mises en place ou sont respectées et si l'enfant est suffisamment protégé dans l'État requérant, lorsque c'est nécessaire<sup>294</sup>.**
- **Lorsque la Convention de 1996 est en vigueur, étudier l'opportunité d'y recourir (en particulier l'art. 32) en ce qui concerne la situation de l'enfant dans l'État requérant après son retour.**

<sup>292</sup> Après le retour de l'enfant dans l'État de la résidence habituelle, le dossier est habituellement clos par les autorités compétentes de l'État requis. L'État requérant n'a aucune obligation légale en vertu de la Convention de 1980 de tenir l'État requis informé de la situation de l'enfant après son retour. Voir dans ce contexte, par ex., le Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales (*op. cit.* note 17), sections 3.19 à 3.21, p. 42 et 43. Pour une analyse complémentaire de la question de savoir si les Autorités centrales devraient jouer un rôle actif dans le suivi et la garantie du bien-être de l'enfant après son retour jusqu'à ce que les autorités de l'État requérant soient effectivement saisies de toute question pertinente, voir le Rapport de la Première partie de la Sixième réunion de la CS (*op. cit.* note 28), para. 54 à 57.

<sup>293</sup> Voir dans ce contexte le Rapport explicatif, para. 34 (*op. cit.* note 8) évoquant « l'esprit de confiance mutuelle » qui a « inspiré » la Convention.

<sup>294</sup> Lorsque l'ordonnance du tribunal impose une obligation au parent auquel l'enfant a été retiré (par ex. mise à disposition d'un logement ou aide financière à court terme au parent ayant emmené l'enfant et à celui-ci), la question du respect d'une telle obligation serait traitée entre les parties dans le cadre d'une procédure privée et serait donc considérée comme étrangère au champ d'application de la Convention (elle peut aussi poser des questions de confidentialité). Toutefois, si le retour est ordonné sur la base d'assurances données par les autorités de l'État requérant (par ex. les poursuites pénales éventuelles doivent être levées ou les autorités de protection de l'enfance de l'État requérant doivent fournir des soins ou un traitement aux enfants), l'Autorité centrale de l'État requérant devrait avoir accès à ces informations et devrait, si nécessaire, pouvoir fournir à l'Autorité centrale de l'État requis des informations sur le respect de ces dispositions.

## QUATRIÈME PARTIE : Cas types / faits types

263. Un ensemble de cas types peuvent être dégagés des circonstances et des faits couramment soulevés devant les autorités compétentes en vertu de l'exception de risque grave de l'article 13(1)(b). Cette partie du Guide en examine plusieurs et suggère des considérations possibles pour les autorités compétentes<sup>295</sup>.

264. Les cas types qui suivent ne précisent pas quel aspect de l'exception de l'article 13(1)(b) est soulevé ou apprécié par l'autorité compétente (« risque grave de danger physique », « risque grave de danger psychique » ou « situation intolérable »<sup>296</sup>) ; ils n'indiquent pas non plus si les allégations du parent ayant emmené l'enfant sont fondées (car cela relève de la preuve) ni comment le tribunal peut statuer en dernier ressort. L'objectif de cette partie du Guide n'est pas d'apporter une « solution » à l'affaire<sup>297</sup>, mais de proposer des considérations dont les autorités compétentes peuvent tenir compte lorsqu'elles ont à connaître d'une affaire fondée sur l'article 13(1)(b) conforme à un cas type. D'autre part, les informations ci-dessous portent, par nécessité, sur un ensemble d'allégations soulevées par la personne ou l'organisme qui s'oppose au retour de l'enfant en vertu de l'article 13(1)(b). Il ne faut pas en conclure qu'un poids plus grand doit être donné aux allégations de la partie qui s'oppose au retour, au détriment de celle qui le demande, qui devrait toujours avoir la possibilité de répondre aux allégations (voir, par ex., deuxième partie, section 11(iii) sur la participation à la procédure de retour du parent auquel l'enfant a été retiré). Comme dans toute procédure, les deux parties ont droit à un procès équitable.

265. Il faut de même souligner que les cas types présentés ci-dessous ne sont pas exhaustifs et qu'ils ne décrivent pas les circonstances dans lesquelles l'exception de risque grave est automatiquement établie. La question de savoir si l'exception – qui doit être appliquée de manière restrictive – est établie est toujours tranchée par l'autorité compétente en fonction des faits et des circonstances de l'espèce (par ex. l'existence de mesures de protection efficaces) dans le cadre juridique de la Convention (voir, *supra*, première partie). En outre, les autorités compétentes et les autres acteurs sont invités à consulter INCADAT (voir deuxième partie, section 2) ainsi que leur jurisprudence nationale pour les informations les plus récentes sur la manière dont les tribunaux traitent diverses questions relatives à l'article 13(1)(b).

266. Cette partie du Guide est structurée en trois sections. La **section 1** examine les allégations en vertu de l'article 13(1)(b) concernant des circonstances ayant trait à la violence domestique et à la maltraitance d'enfants, qui peuvent avoir des effets directs et indirects sur un enfant. La **section 2** examine d'autres allégations en vertu de l'article 13(1)(b) qui sont directement liées à la situation de l'enfant au retour. La **section 3** présente des cas types traitant de la possibilité pour le parent qui a emmené l'enfant de revenir avec l'enfant ou de sa situation au retour, lorsqu'il est allégué que ces circonstances établissent un risque grave que le retour de l'enfant expose celui-ci à un danger physique ou psychique ou de toute autre manière le place dans une situation intolérable.

267. Afin de faciliter la consultation, ces cas types sont présentés dans cette partie sous forme abrégée et simplifiée et ne donnent qu'un minimum d'informations. Dans chacun de ces cas, on suppose qu'une demande de retour a été déposée par le parent auquel l'enfant a été retiré ou par une autre personne ou un organisme et que l'affaire est devant le tribunal saisi de la procédure de retour, lequel a déjà conclu que le déplacement ou le non-retour était illicite en vertu de la Convention. L'aspect qui est privilégié ici est l'examen que conduit le tribunal pour déterminer si l'exception de risque grave serait établie.

<sup>295</sup> Les cas types courants et les considérations possibles présentés dans cette partie du Guide ont été tirés de la jurisprudence ou recensés par des experts judiciaires et des experts membres du Groupe de travail (voir *supra*, para. 23).

<sup>296</sup> Voir dans ce contexte, *supra*, para. 62.

<sup>297</sup> La jurisprudence correspondant aux cas types peut être consultée dans INCADAT (*op. cit.* note 6). Voir aussi, dans INCADAT, la section consacrée à l'analyse de la jurisprudence relative à l'art. 13(1)(b).

268. Le tribunal devrait toujours considérer les faits et les circonstances de l'espèce dans le cadre juridique de la Convention et peut souhaiter prendre en compte les considérations générales suivantes, si et dans la mesure où une autorité compétente les juge appropriées, et sous réserve des lois et des procédures internes<sup>298</sup>.

***Recours au RIJH, aux communications judiciaires directes et à l'assistance des Autorités centrales ou d'autres autorités (voir, infra, points L à M)***

- Les Autorités centrales, le RIJH et les communications judiciaires directes peuvent apporter différentes formes d'assistance sur diverses questions tout au long de la procédure.

***Protection de l'enfant pendant la procédure de retour***

Voir, *supra*, deuxième partie, sections 7(i) et 11(i).

- A. **Protections adéquates** : Si un contact est demandé (ou si le juge doit examiner d'office la question du contact) entre l'enfant et le parent auquel il a été retiré pendant la procédure de retour (par ex. au moyen d'une ordonnance temporaire relative au droit de visite), tenir compte de la nécessité éventuelle de protéger l'enfant et de prévoir des protections adéquates (par ex. contacts supervisés ou rejet de la demande de contact).
- B. **Suivi psychosocial ou médical** : Apprécier la nécessité de contacter les autorités de protection de l'enfance ou d'autres autorités compétentes en la matière afin de faciliter ou de permettre si nécessaire un suivi psychosocial ou médical pour l'enfant.

***Médiation***

Voir, *supra*, deuxième partie, section 10.

- C. **Médiation** : Étudier l'opportunité d'une médiation entre les parents (par ex. pour obtenir le retour volontaire de l'enfant avec le parent qui l'a emmené ou des conditions au retour) et, si celle-ci est opportune, apprécier si des protections seront nécessaires pendant la procédure de médiation<sup>299</sup>.

***Étude des mesures adéquates et efficaces pour protéger l'enfant au retour (et, le cas échéant, un parent qui l'accompagne) (voir, infra, points I à K).***

- Cette étude peut intervenir très tôt dans la procédure (voir deuxième partie, section 4, qui présente deux approches adoptées par les juges en ce qui concerne l'examen des mesures de protection et des preuves).

***Appréciation des informations ou des preuves produites eu égard au risque grave allégué***

Voir, *supra*, deuxième partie, section 8.

- L'appréciation des preuves peut suivre diverses approches (voir deuxième partie, section 4, qui présente deux approches adoptées par les juges en ce qui concerne l'examen des mesures de protection et des preuves).

<sup>298</sup> Ainsi, dans certains États et territoires, il serait impossible ou inapproprié qu'un juge prenne part au recueil de preuves ou de certains types d'informations, alors que dans d'autres, il peut s'agir d'une pratique normale.

<sup>299</sup> Voir, pour plus d'informations, para. 191 et s. sur la médiation dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b).

#### D. Éviter les retards indus :

1. Nécessité d'informations ou de preuves complémentaires : Déterminer dès que possible si d'autres informations ou preuves sont nécessaires en ce qui concerne les allégations en vertu de l'article 13(1)(b), car le recueil de ces informations peut prolonger la procédure.
2. Modalités de réception des informations ou des preuves : Si des informations ou des preuves complémentaires sont jugées nécessaires, étudier comment les recevoir le plus rapidement possible, par exemple :
  - i. en demandant des informations ou preuves écrites existantes et en leur donnant la priorité (art. 13(3)) ;
  - ii. en étudiant l'opportunité de communications judiciaires directes afin de faciliter et d'accélérer le recueil des informations ou des preuves pour vérifier les déclarations ou les informations produites<sup>300</sup> ;
  - iii. en étudiant avec soin si un avis ou un rapport d'expert est nécessaire compte tenu du retard que cela peut entraîner pour la procédure.
3. Délais stricts : Fixer des délais stricts pour la production ou le dépôt des informations et des preuves (complémentaires).

E. Procédure d'urgence : Tenir compte du fait qu'en règle général, un tribunal de l'État de la résidence habituelle de l'enfant est mieux à même d'examiner les circonstances au retour pour autant que le tribunal requis soit assuré que l'enfant ne sera exposé à aucun risque grave.

F. Interprétation restrictive de l'article 13(1)(b) : Tenir compte de la nécessité d'interpréter et d'appliquer l'exception de l'article 13(1)(b) de manière restrictive, comme toutes les exceptions prévues par la Convention<sup>301</sup>.

G. Rapport d'expert : Sauf s'il concerne directement la question du risque grave pour un enfant au retour et s'il est nécessaire pour apprécier cette question, apprécier la nécessité d'un rapport d'expert avec prudence<sup>302</sup>.

H. Opinion de l'enfant (voir, *supra*, deuxième partie, section 9) : Étudier s'il y a lieu de tenir compte de l'opinion de l'enfant et, si cela semble opportun, le moyen le plus approprié et le plus efficace pour ce faire<sup>303</sup>.

#### ***Étude de mesures adéquates et efficaces pour protéger l'enfant (et, le cas échéant, un parent qui l'accompagne) au retour***

Voir, *supra*, deuxième partie, section 7(ii)-(iv).

- I. Existence de mesures adéquates et efficaces : Déterminer s'il existe des mesures de protection adéquates et efficaces dans l'État de la résidence habituelle pour prévenir ou atténuer un risque grave allégué pour l'enfant.

<sup>300</sup> Voir, *supra*, para. 123 et s. sur le recours au RIJH et aux communications judiciaires directes. Voir aussi « Principes relatifs aux communications judiciaires directes dans des affaires particulières et garanties communément acceptées » (annexe 5).

<sup>301</sup> Voir, *supra*, para. 42 et s. sur l'application restrictive de l'art. 13(1)(b).

<sup>302</sup> Par ex., un rapport sur la condition mentale du parent qui a emmené l'enfant, et en particulier sur ses pratiques parentales, parce qu'il peut prolonger la procédure, car en principe, les capacités parentales, puisqu'elles sont liées à la garde de l'enfant, doivent être examinées par l'autorité compétente de l'État de la résidence habituelle. Voir, *supra*, para. 173 et s. sur les avis et rapports d'experts.

<sup>303</sup> Voir, *supra*, para. 179 et s. sur la participation de l'enfant à la procédure de retour. Voir aussi les conditions énoncées à l'art. 12(1) de la CNUDE : les opinions de l'enfant sont « dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité » (voir annexe 4).

- J. **Mesures reconnues et exécutoires** : Lorsque des mesures de protection adéquates et efficaces sont envisagées pour garantir le retour sans danger de l'enfant (et, le cas échéant, d'un parent qui l'accompagne), s'assurer qu'elles sont reconnues et, s'il y a lieu, qu'elles peuvent être exécutées dans l'État de la résidence habituelle avant le retour de l'enfant ou au moment de celui-ci. Étudier l'opportunité de recourir aux communications judiciaires directes pour ce faire<sup>304</sup> et de solliciter l'assistance des Autorités centrales et d'autres autorités compétentes pour assurer la protection continue de l'enfant<sup>305</sup>.
- K. **Mise en jeu de l'article 11 de la Convention de 1996 si celle-ci est applicable (voir, supra, deuxième partie, section 7(iv))** : Si les deux États concernés sont contractants à la Convention de 1996, étudier l'opportunité d'appliquer l'article 11 pour garantir la reconnaissance et l'exécution des mesures de protection de l'enfant dans l'État de la résidence habituelle au retour, jusqu'à ce que les autorités de cet État prennent des mesures pour protéger l'enfant<sup>306</sup>.

### ***Recours au RIJH, aux communications judiciaires directes et à l'assistance des Autorités centrales ou d'autres autorités***

Voir, *supra*, deuxième partie, section 5.

- L. **RIJH et communications judiciaires directes** : Étudier l'opportunité de communications judiciaires directes<sup>307</sup> afin de faciliter un règlement efficace du litige, par exemple :
1. s'assurer qu'il existe des mesures de protection ou que des ordonnances miroirs, des ordonnances de sauf-conduit ou d'autres ordonnances peuvent être reconnues et exécutées dans l'autre État ;
  2. savoir si le tribunal étranger a constaté des violences domestiques ou s'il a rendu des ordonnances à ce sujet ;
  3. déterminer si le parent ayant emmené l'enfant aurait effectivement accès à la justice ou ferait l'objet de sanctions civiles ou pénales au retour.
- M. **Autorités centrales et autres autorités (voir, supra, deuxième partie, section 6, et troisième partie)** : Étudier l'opportunité de solliciter l'aide des Autorités centrales et des autres autorités concernées (par ex. les autorités de protection de l'enfance) aux différents stades de la procédure, lorsqu'une aide est nécessaire et possible et en respectant comme il se doit la neutralité et l'indépendance du juge<sup>308</sup>.

<sup>304</sup> Voir, *supra*, para. 123 et s. sur le recours au RIJH et aux communications judiciaires directes. Voir aussi « Principes relatifs aux communications judiciaires directes dans des affaires particulières et garanties communément acceptées » (annexe 5).

<sup>305</sup> Voir, *supra*, para. 129 et s. sur l'assistance des Autorités centrales et d'autres autorités.

<sup>306</sup> Voir, *supra*, para. 147 et s. sur les mesures de protection prévues à l'art. 11 de la Convention de 1996.

<sup>307</sup> Voir, *supra*, para. 123 et s. sur le recours au RIJH et aux communications judiciaires directes. Voir aussi « Principes relatifs aux communications judiciaires directes dans des affaires particulières et garanties communément acceptées » (annexe 5).

<sup>308</sup> Voir, *supra*, para. 129 et s. sur l'assistance des Autorités centrales et d'autres autorités.

## 1. Allégations de violence domestique / familiale ou de maltraitance d'enfant et de risque grave auquel l'enfant serait exposé au retour

269. Dans les cas types suivants, le parent ayant emmené l'enfant ou une autre personne ou un organisme qui s'oppose au retour affirme qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant expose celui-ci à un danger physique ou psychique ou de toute autre manière le place dans une situation intolérable en raison de violences directes ou d'un comportement inapproprié à son égard, de son exposition à la violence domestique entre les parents ou de la possibilité qu'après le retour, le parent auquel il a été retiré porte préjudice à celui qui l'a emmené. Il convient d'observer de manière générale qu'une ordonnance de retour n'implique pas obligatoirement la remise de l'enfant au parent auquel il a été retiré, ni un retour chez ce parent ; il s'agit en fait du retour de l'enfant dans l'État de la résidence habituelle, qui peut comprendre, par exemple, le retour dans une autre ville, qui n'est pas celle où réside le parent auquel l'enfant a été retiré.

### i. Comportement violent ou inapproprié à l'égard de l'enfant au retour

270. Le parent ayant emmené l'enfant ou une autre personne ou un organisme qui s'oppose au retour allègue que compte tenu de l'historique de violences physiques, psychiques ou sexuelles à l'égard de l'enfant ou de comportement inapproprié de la part du parent auquel celui-ci a été retiré, l'enfant serait victime, en cas de retour, de comportements violents ou inappropriés de la part du parent auquel il a été retiré et qu'il existe de ce fait un risque grave que le retour l'expose à un danger physique ou psychique ou de toute autre manière le place dans une situation intolérable. Dans ce contexte, les allégations peuvent évoquer le risque d'abus sexuels ou de maltraitance physique ou émotionnelle de l'enfant de la part du parent auquel il a été retiré ou d'une autre forme d'exposition au comportement dommageable de ce parent au retour<sup>309</sup>.

271. En général, ces affaires peuvent présenter une difficulté pour le tribunal en ce sens que compte tenu de l'obligation de procéder d'urgence en vue du retour de l'enfant (art. 11(1))<sup>310</sup>, il doit apprécier les informations ou les preuves qui lui sont soumises sans procéder à une enquête approfondie. Ces affaires obligent aussi le tribunal à étudier s'il existe des mesures de protection adéquates et efficaces ou d'autres dispositifs qui garantiraient que l'enfant ne soit pas exposé à un risque grave<sup>311</sup>.

272. Le tribunal devrait apprécier les faits et les circonstances propres à chaque espèce et peut prendre en compte les considérations suivantes :

**Étudier, dès le début de la procédure, l'opportunité d'une assistance des Autorités centrales et du RIJH/des communications judiciaires directes et, si nécessaire, l'existence de mesures adéquates et efficaces pour protéger l'enfant (et, le cas échéant, le parent qui l'accompagne) à son retour (voir *infra*).**

<sup>309</sup> Voir, par ex., l'arrêt de la Cour suprême de Lituanie du 25 août 2008, affaire No 3K-3-403/2008, qui a fait observer que le comportement inapproprié d'un parent peut comprendre des cas extrêmes d'abus d'alcool et la consommation de drogues ou de substances psychotropes.

<sup>310</sup> Voir, *supra*, para. 91 et s. sur l'obligation de procéder d'urgence en vue du retour de l'enfant.

<sup>311</sup> Voir, *supra*, para. 137 et s. sur les mesures de protection dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b). Voir, par ex., la Cour de justice de l'Ontario, Canada, dans l'affaire *Borisovs v. Kubiles* [2013] O.J. No. 863, dans laquelle la Cour a jugé que l'enfant et le parent qui l'avait emmené ne pouvaient pas être adéquatement protégés au retour contre la violence domestique du parent auquel l'enfant avait été retiré en Lettonie parce que la police n'y faisait pas correctement respecter la loi dans les affaires de violence domestique et que le système judiciaire letton dans son ensemble ne pouvait offrir de protection efficace.

### *Protection de l'enfant pendant la procédure de retour*

Protections adéquates telles que les contacts supervisés ou l'absence de contact entre l'enfant et le parent auquel il a été retiré (voir, *supra*, point A).

Suivi psychosocial ou médical (voir, *supra*, point B).

### *Médiation*

Médiation (voir, *supra*, point C). Tenir compte du fait que la médiation n'est peut-être pas autorisée ou appropriée ou que des protections particulières peuvent être nécessaires pendant la procédure de médiation si, par exemple, la question de la violence domestique est soulevée<sup>312</sup>.

*Appréciation des informations ou des preuves produites eu égard au risque grave allégué*

Éviter tout retard indu lié à la demande, à la collecte ou à la réception d'informations ou de preuves complémentaires (voir, *supra*, point D).

Informations et preuves spécifiques : Étudier en particulier l'opportunité de donner la priorité aux rapports établis par les autorités de protection de l'enfance, aux bulletins scolaires, aux rapports médicaux, aux rapports de police ainsi qu'aux pièces déposées auprès d'un tribunal de l'État de la résidence habituelle et aux ordonnances rendues par celui-ci, telles que des injonctions provisoires ou d'autres ordonnances dans le contexte de la violence domestique ou de la maltraitance d'enfant (voir art. 13(3)).

Procédures accélérées (voir, *supra*, point E).

Rapport d'expert (voir, *supra*, point G).

Opinion de l'enfant (voir, *supra*, point H). Déterminer si, en l'espèce, l'opinion de l'enfant peut étayer les allégations de comportement violent ou inapproprié<sup>313</sup>.

*Étude des mesures adéquates et efficaces pour protéger l'enfant au retour*

Existence de mesures adéquates et efficaces (voir, *supra*, point I). Dans ce cas type, étudier l'opportunité, par exemple, d'ordonnances interdisant les contacts ou imposant des contacts supervisés entre l'enfant et le parent auquel il a été retiré, ou d'ordonnances de sauf-conduit ou d'autres ordonnances de protection. Le cas échéant, déterminer si d'autres dispositifs de protection sont possibles (par ex. logement séparé et sûr).

Mesures reconnues et exécutoires (voir, *supra*, point J).

Mise en jeu de l'article 11 de la Convention de 1996 si celle-ci est applicable (voir, *supra*, point K).

<sup>312</sup> Voir, pour plus d'informations, para. 191 et s. sur la médiation dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b).

<sup>313</sup> Voir, par ex., le tribunal de première instance de Haarlem, Pays-Bas, 8 novembre 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BU6813, la Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles (division de la famille) (Royaume-Uni) dans l'affaire *W v W* [2010] EWHC 332 (Fam) et la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles (Royaume-Uni) dans l'affaire *Re M (Republic of Ireland)(Child's Objections)(Joinder of Children as Parties to Appeal)* [2015] EWCA Civ 26.

*Recours au RIJH, aux communications judiciaires directes et à l'assistance des Autorités centrales ou d'autres autorités*

RIJH et communications judiciaires directes (voir, *supra*, point L).

Autorités centrales et autres autorités (voir, *supra*, point M).

## ii. Exposition de l'enfant à la violence domestique entre ses parents au retour

273. Le parent ayant emmené l'enfant ou une autre personne ou un organisme qui s'oppose au retour allègue qu'en cas de retour, l'enfant serait exposé à la violence domestique entre ses parents et que cette exposition l'affecterait à un point tel qu'il existe un risque grave que le retour l'expose à un danger physique ou psychique ou de toute autre manière le place dans une situation intolérable.

274. Le tribunal devrait apprécier les faits et les circonstances propres à chaque espèce et peut prendre en compte les considérations suivantes :

**Étudier dès le début de la procédure l'opportunité d'une assistance des Autorités centrales et du RIJH/des communications judiciaires directes et, si nécessaire, l'existence de mesures adéquates et efficaces pour protéger l'enfant (et, le cas échéant, le parent qui l'accompagne) à son retour (voir *infra*).**

### *Considérations particulières*

**L'exposition à la violence domestique en tant que danger :** Tenir compte du fait que bien qu'il n'y ait pas de présomption automatique, car des preuves propres à l'affaire seront produites au cas par cas, on reconnaît de plus en plus que l'exposition de l'enfant à la violence domestique entre ses parents est un danger pour l'enfant ; un ensemble de travaux de recherche dans le domaine des sciences sociales permettent de conclure que la violence dirigée contre un parent peut aussi avoir un effet traumatisant sur les enfants qui en sont témoins<sup>314</sup>.

**Liens entre la violence conjugale et la maltraitance d'enfants :** Tenir compte du fait qu'une série d'études a constaté une corrélation entre les cas de violence conjugale et la maltraitance d'enfants. Tenir compte également du fait que le risque grave de danger futur ne requiert pas toujours des preuves de violences passées à l'égard de l'enfant directement et que celui-ci peut courir un risque en raison de la concomitance de la violence domestique et de la maltraitance d'enfants<sup>315</sup>. Cela étant, l'impact de la violence conjugale sur l'enfant et les risques futurs éventuels doivent être appréciés au cas par cas.

### *Protection de l'enfant pendant la procédure de retour*

**Protections adéquates telles que des contacts supervisés ou l'absence de contact entre l'enfant et le parent auquel il a été retiré (voir, *supra*, point A).**

<sup>314</sup> Voir annexe 3 pour plus d'informations.

<sup>315</sup> *The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction in Cases Involving Allegations of Domestic Abuse: A California Bench Guide* (janvier 2016), publié par le *Berkeley Hague Domestic Violence Project* et le *California Hague Convention and Domestic Abuse Bench Guide Consulting Committee*, p. 52. Voir annexe 3 section (2)(a) sur la définition de la violence domestique et les recherches sur sa dynamique particulière pour plus d'informations.

Suivi psychosocial ou médical (voir, *supra*, point B).

### *Médiation*

Médiation (voir, *supra*, point C). Tenir compte du fait que la médiation n'est peut-être pas autorisée ou appropriée ou que des protections particulières peuvent être nécessaires pendant la procédure de médiation parce que la question de la violence domestique est soulevée<sup>316</sup>.

*Appréciation des informations ou des preuves produites eu égard au risque grave allégué*

Éviter tout retard indu lié à la demande, à la collecte ou à la réception d'informations ou de preuves complémentaires (voir, *supra*, point D).

Informations et preuves spécifiques : Examiner en particulier les informations ou les preuves telles que les informations sur des procédures judiciaires pendantes contre le parent auquel l'enfant a été retiré, des rapports de police, des dossiers de consulats ou d'ambassades, des rapports établis par des refuges contre la violence domestique et des certificats médicaux relatifs à des incidents de violence domestique. Des aveux comme des courriers électroniques et d'autres formes de correspondance peuvent être également très utiles. Étudier l'opportunité de communications judiciaires directes pour savoir, par exemple, si le tribunal étranger a constaté des faits de violence domestique, si des ordonnances de protection ont été rendues et si d'éventuelles violations de ces ordonnances ont entraîné des procédures judiciaires.

Procédures accélérées (voir, *supra*, point E).

Rapport d'expert (voir, *supra*, point G).

Opinion de l'enfant (voir, *supra*, point H).

*Étude des mesures adéquates et efficaces pour protéger l'enfant au retour*

Existence de mesures adéquates et efficaces (voir, *supra*, point I). Dans ce cas type, étudier l'opportunité, par exemple, d'injonctions d'éloignement et d'interdiction de communication, d'injonctions de non-agression ou d'autres mesures pour protéger le parent qui a emmené l'enfant et l'enfant. Le cas échéant, déterminer si d'autres dispositifs de protection sont possibles (par ex. logement séparé et sûr)<sup>317</sup>.

Mesures reconnues et exécutoires (voir, *supra*, point J).

*Recours au RIJH, aux communications judiciaires directes et à l'assistance des Autorités centrales ou d'autres autorités*

RIJH et communications judiciaires directes (voir, *supra*, point L).

Autorités centrales et autres autorités (voir, *supra*, point M).

<sup>316</sup> Voir, pour plus d'informations, para. 191 et s. sur la médiation dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b).

<sup>317</sup> Voir, par ex., le tribunal fédéral des États-Unis pour le district du Maryland (*United States District Court, District of Maryland*) dans l'affaire *Sabogal v. Velarde*, 106 F.Supp.3d 689 (2015), dans laquelle le tribunal a jugé que bien que l'affaire n'ait impliqué aucune violence physique ou très peu, la gravité des violences psychiques était exceptionnelle et suffisante pour présenter un risque grave de danger. Le tribunal a ensuite conclu que des dispositions et des mesures de protection adéquates et efficaces pouvaient être prises pour permettre le retour sans danger des enfants.

### iii. Préjudice causé au retour au parent qui a emmené l'enfant par le parent auquel il a été retiré

275. Le parent ayant emmené l'enfant allègue qu'il/elle a subi des faits de violence domestique de la part du parent auquel l'enfant a été retiré à un point tel qu'il lui est impossible de revenir avec l'enfant dans l'État de la résidence habituelle de crainte d'être à nouveau blessé·e (physiquement ou mentalement) par le parent auquel l'enfant a été retiré. Il/elle affirme en outre qu'en raison de cette crainte ou de cette menace, il/elle ne serait pas en sécurité ou ne pourrait pas faire face physiquement ou psychiquement s'il/si elle devait revenir dans l'État de la résidence habituelle et que, par conséquent, sa capacité à s'occuper de l'enfant serait diminuée. Il/elle affirme enfin qu'au retour avec l'enfant, il existe un risque grave que celui-ci soit exposé à un danger physique ou psychologique ou qu'il soit placé de toute autre manière dans une situation intolérable étant donné qu'il/elle en a la responsabilité principale.

276. La question qui se pose dans ce cas type est de savoir si le risque de danger pour l'enfant résultant des craintes exprimées par le parent qui l'a emmené en ce qui concerne sa sécurité (et l'effet que cela aurait sur sa capacité à prendre soin de l'enfant) est suffisant pour constituer un risque grave de danger psychique pour l'enfant ou de le placer de toute autre manière dans une situation intolérable au retour<sup>318</sup>. Compte tenu des termes et des objectifs de la Convention de 1980, le tribunal, dans ce cas type, s'efforcerait de déterminer si les craintes exprimées par le parent ayant emmené l'enfant pour sa sécurité sont suffisantes pour justifier de refuser le retour de l'enfant en vertu de la Convention<sup>319</sup>.

277. Le tribunal devrait apprécier les faits et les circonstances propres à chaque espèce et peut prendre en compte les considérations suivantes :

**Étudier, dès le début de la procédure, l'opportunité d'une assistance des Autorités centrales et du RIJH/des communications judiciaires directes et, si nécessaire, l'existence de mesures adéquates et efficaces pour protéger l'enfant (et, le cas échéant, le parent qui l'accompagne) à son retour (voir *infra*).**

#### *Considérations particulières*

**Liens entre la violence conjugale et la maltraitance d'enfants :** Tenir compte du fait qu'une série d'études a constaté une corrélation entre les cas de violence conjugale grave et la maltraitance d'enfants. Dans le contexte des procédures de retour, l'impact sur l'enfant doit être apprécié au cas par cas et ne doit pas être automatiquement présumé. Tenir compte également du fait que le risque grave de danger futur n'exige pas toujours des preuves de violences passées visant directement l'enfant et que celui-ci peut courir un risque en raison de la concomitance (corrélation statistique) de la violence domestique et de la maltraitance d'enfants<sup>320</sup>.

**Contrôle coercitif :** Tenir compte du fait que la violence domestique ne se borne pas aux seuls faits de violence et qu'elle peut comprendre le « contrôle coercitif » de la victime. Des manœuvres d'intimidation peuvent encore être exercées sur le parent ayant emmené l'enfant ou celui-ci peut être « ramené de force dans l'orbite » du parent auquel l'enfant a été retiré à son retour<sup>321</sup>. En fonction des faits et de l'adéquation, de l'efficacité et du caractère exécutoire des mesures de protection existantes, supposer que la violence domestique ne

<sup>318</sup> Dans ce cas type, on suppose que le parent ayant emmené l'enfant n'allègue pas qu'il existe un risque de violence physique ou mentale directement dirigée contre l'enfant. L'examen du tribunal se borne donc à la question de savoir si le risque de danger pour le parent ayant emmené l'enfant exposerait celui-ci à un danger physique ou psychique ou le placerait de toute autre manière dans une situation intolérable au retour.

<sup>319</sup> Voir, par ex., la Cour suprême du Royaume-Uni dans l'affaire *Re S (a Child)* [2012] UKSC 10 tenant compte de « l'extrême fragilité psychique » du parent qui l'avait emmené.

<sup>320</sup> See, *supra*, note 315.

<sup>321</sup> Voir, par ex., la Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles (division de la famille) (Royaume-Uni) dans l'affaire *LS v AS* [2014] EWHC 1626 (Fam).

recommencera pas au retour de l'enfant parce que le parent ayant emmené l'enfant peut habiter ou habitera ailleurs n'est pas suffisant dans tous les cas ; cela dépend des circonstances de l'espèce<sup>322</sup>.

**Violence post-séparation** : Tenir compte du fait que la violence ne prend pas toujours fin à la séparation physique du parent violent et du parent victime. Notons qu'immédiatement après qu'un parent victime a quitté une situation très violente, le risque que le parent violent lui inflige des blessures graves ou mortelles augmente ; toutefois, cette dynamique est propre aux circonstances de chaque affaire<sup>323</sup>.

**Effets psychosociaux de la violence domestique** : Tenir compte des effets psychosociaux de la violence domestique, tels que le syndrome de stress post-traumatique (PTSD), pour comprendre le comportement possible des individus affectés eu égard à la crédibilité ou à la plausibilité de leur témoignage et à l'existence ou à l'absence de preuves<sup>324</sup>.

*Protection de l'enfant pendant la procédure de retour*

**Protections adéquates** telles que des contacts supervisés ou l'absence de contact entre l'enfant et le parent auquel il a été retiré (voir, *supra*, point A).

**Suivi psychosocial ou médical** (voir, *supra*, point B).

*Médiation*

**Médiation** (voir, *supra*, point C). Tenir compte du fait que la médiation n'est peut-être pas autorisée ou appropriée ou que des protections particulières peuvent être nécessaires pendant la procédure de médiation parce que la question de la violence domestique est soulevée<sup>325</sup>.

*Appréciation des informations ou des preuves produites eu égard au risque grave allégué*

**Éviter tout retard indu** lié à la demande, à la collecte ou à la réception d'informations ou de preuves complémentaires (voir, *supra*, point D).

**Informations et preuves spécifiques** : Examiner en particulier des informations ou des preuves telles que des informations sur des procédures judiciaires pendantes à l'encontre du parent auquel l'enfant a été retiré, des rapports de police, des dossiers de consulats ou d'ambassades, des rapports établis par des refuges contre la violence domestique et des certificats médicaux relatifs à des incidents de violence domestique. Étudier l'opportunité de communications judiciaires directes pour vérifier, par exemple, si le tribunal étranger a constaté des faits de violence domestique, si des ordonnances de protection sont en place et si d'éventuelles violations de ces ordonnances ont entraîné des procédures judiciaires.

<sup>322</sup> Voir, par ex., la Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles (division de la famille) (Royaume-Uni) dans l'affaire *DT v LBT* [2010] EWHC 3177 (Fam). Voir annexe 3, section (2)(b) sur le contrôle coercitif, la violence post-séparation et les syndromes traumatiques de la violence domestique.

<sup>323</sup> Voir, pour plus d'informations, annexe 3, section (2)(b) (*ibid.*).

<sup>324</sup> *Representing Battered Respondents under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: A Practice Guide for Attorneys and Domestic Violence Victim Advocates* (octobre 2014), publié par le *Berkeley Hague Domestic Violence Project*, deuxième partie, section A1. Voir annexe 3, section (2)(b) (*ibid.*) pour plus d'informations.

<sup>325</sup> Voir, pour plus d'informations, para. 191 et s. sur la médiation dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b).

**Rapport d'expert** (voir, *supra*, point G).

*Étude de mesures adéquates et efficaces pour protéger le parent ayant emmené l'enfant et l'enfant au retour*

**Existence de mesures adéquates et efficaces** (voir, *supra*, point I). Envisager, par exemple, des injonctions d'éloignement et des interdictions de communication, des injonctions de non-agression ou d'autres mesures exécutoires pour protéger le parent qui a emmené l'enfant et l'enfant. Le cas échéant, déterminer si d'autres dispositifs de protection sont possibles (par ex. logement séparé et sûr). Il est important de tenir compte du comportement passé du parent auquel l'enfant a été retiré du point de vue du respect des décisions judiciaires, des conditions de mise en liberté sous caution, des engagements (le cas échéant) et d'autres éléments de même type pour apprécier l'efficacité de ces ordonnances ou conditions dans le contexte d'un retour<sup>326</sup>.

**Mesures reconnues et exécutoires** (voir, *supra*, point J). À cet égard, tenir compte de l'existence de mesures de protection mises en place pour protéger le parent ayant emmené l'enfant ou l'enfant dans l'État de la résidence habituelle et examiner si ces mesures de protection ont été adéquates et efficaces et si le parent auquel l'enfant a été retiré les a respectées<sup>327</sup>.

*Recours au RIJH, aux communications judiciaires directes et à l'assistance des Autorités centrales ou d'autres autorités*

**RIJH et communications judiciaires directes** (voir, *supra*, point L).

**Autorités centrales et autres autorités** (voir, *supra*, point M).

## 2. Allégations selon lesquelles le retour de l'enfant engendrerait une situation dans laquelle il/elle serait exposé-e à un risque grave

278. Dans les cas types suivants, Le parent ayant emmené l'enfant ou une autre personne ou un organisme qui s'oppose au retour affirme qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant expose celui-ci à un danger physique ou psychique ou de toute autre manière le place dans une situation intolérable en raison de certaines circonstances directement liées à la personne de l'enfant.

### i. Séparation entre l'enfant et ses frères et sœurs au retour

279. Le parent ayant emmené l'enfant ou une autre personne ou un organisme qui s'oppose au retour allègue qu'en cas de retour, l'enfant serait séparé de ses frères et sœurs (qui resteraient dans l'État requis) et que cette séparation l'affecterait à un point tel qu'il existe un risque grave que le retour l'expose à un danger physique ou psychique ou de toute autre manière le place dans une situation intolérable.

<sup>326</sup> Voir, par ex., le tribunal fédéral des États-Unis pour le district sud de New York (*United States District Court, Southern District of New York*) dans l'affaire *Davies v. Davies*, 2017 WL 361556. Le tribunal a jugé que le retour engendrerait un risque grave de danger et a examiné les mesures de protection possibles, mais il a refusé le retour. Le tribunal a jugé qu'il n'y avait pas de mesure capable de protéger le parent qui avait emmené l'enfant ou l'enfant en raison des violations d'ordonnances d'éloignement déjà commises par le parent auquel l'enfant avait été retiré et de l'insuffisance des procédures du système juridique de Saint-Martin pour protéger le parent qui avait emmené l'enfant et l'enfant contre la violence.

<sup>327</sup> Voir, par ex., la Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles (division de la famille) (Royaume-Uni) dans l'affaire *BT v JRT* [2008] EWHC 1169 (Fam) et dans l'affaire *WF v RJ, BF* [2010] EWHC 2909 (Fam), ainsi que la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles (Royaume-Uni) dans l'affaire *Re M (Republic of Ireland)(Child's Objections)(Joinder of Children as Parties to Appeal)* [2015] EWCA Civ 26.

280. Un tribunal saisi d'une procédure de retour peut être amené à gérer une possible séparation des frères et sœurs dans les circonstances suivantes :

Le tribunal constate qu'un des frères et sœurs s'oppose au retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de son opinion ; le tribunal envisage de refuser le retour de cet enfant sur le fondement de l'article 13(2).

Tous les enfants s'opposent au retour mais le tribunal juge qu'ils n'ont pas tous atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de leur opinion (art. 13(2)) ; le tribunal envisage de refuser d'ordonner le retour de certains des enfants.

Le tribunal constate que l'exception visée à l'article 13(1)(b) est établie en ce qui concerne l'un des enfants et envisage de refuser d'ordonner le retour de cet enfant. En ce qui concerne l'autre enfant, l'exception de risque grave n'est pas soulevée ou le tribunal constate qu'elle n'est pas établie de manière indépendante en ce qui concerne cet enfant.

Le tribunal constate que le parent auquel l'enfant a été retiré a consenti ou a acquiescé au déplacement ou au non-retour d'un des enfants et envisage de refuser d'ordonner le retour de cet enfant sur le fondement de l'article 13(1)(a). Le tribunal constate qu'il n'y a pas eu de consentement ou d'acquiescement en ce qui concerne l'autre enfant.

Le tribunal constate que les enfants ne résidaient pas habituellement dans le même État au moment du déplacement ou du non-retour illicite (par ex., l'un des enfants réside habituellement dans l'État requis, et l'autre dans l'État requérant) et que l'obligation de retour en vertu de la Convention ne s'appliquerait qu'à l'égard d'un seul des enfants.

Le tribunal constate que le parent auquel l'enfant a été retiré n'avait un droit de garde qu'à l'égard d'un seul des deux enfants. Par conséquent, il y a violation du droit de garde et le déplacement ou le non-retour doit être considéré comme illicite (art. 3(1)(a)) pour un enfant, mais pas pour l'autre.

Le tribunal constate que l'enfant est illicitement déplacé ou retenu dans l'État requis par le parent qui l'a emmené avec son demi-frère ou sa demi-sœur pour laquelle aucune demande de retour en vertu de la Convention n'a été déposée.

Le tribunal constate que la Convention de 1980 ne s'applique pas à l'un des enfants parce que cet enfant a atteint l'âge de 16 ans avant ou pendant la procédure de retour<sup>328</sup>.

281. Le tribunal devrait apprécier les faits et les circonstances propres à chaque espèce et peut prendre en compte les considérations suivantes :

**Étudier, dès le début de la procédure, l'opportunité d'une assistance des Autorités centrales et du RIJH/des communications judiciaires directes et, si nécessaire, l'existence de mesures adéquates et efficaces pour protéger l'enfant (et, le cas échéant, le parent qui l'accompagne) à son retour (voir *infra*).**

<sup>328</sup> L'art. 4 de la Convention de 1980 dispose que celle-ci cesse de s'appliquer lorsque l'enfant parvient à l'âge de 16 ans. (Toutefois, la Convention de 1996 s'applique aux enfants jusqu'à leur 18<sup>e</sup> anniversaire ; voir art. 2 de cette Convention).

### **Considérations particulières**

**« Enfant » au singulier** : Tenir compte du fait que les exceptions de l'article 13 s'appliquent à un « enfant » qui fait l'objet d'une procédure de retour ; il n'est pas question d'« enfants ». Les dispositions doivent s'appliquer séparément et distinctement à chaque enfant illicitement déplacé<sup>329</sup>. Cependant, considérer également que le pouvoir d'appréciation pour chacun des enfants ne doit pas être exercé isolément, car la place de l'enfant dans sa famille doit être prise en compte<sup>330</sup>. En outre, bien qu'une opposition au retour établie en vertu de l'article 13(2) pour un des enfants puisse conduire, sur production de preuves précises, à une situation intolérable pour les autres enfants en vertu de l'article 13(1)(b) du fait de la séparation des enfants, le critère de l'article 13(1)(b) est distinct et doit s'appliquer séparément<sup>331</sup>.

**Liens entre les enfants** : La séparation des frères et sœurs n'entraîne pas automatiquement un risque grave pour un enfant (elle peut être neutre, positive ou négative). Pour déterminer si la séparation affecterait l'enfant à un point tel qu'il existe un risque grave que le retour l'expose à un danger physique ou psychique ou de toute autre manière le place dans une situation intolérable, étudier la force des liens entre les frères et sœurs, en considérant par exemple, les éléments suivants :

- la qualité et la valeur du lien pour l'enfant<sup>332</sup> ;
- la différence d'âge entre les frères et sœurs<sup>333</sup> ;
- la durée, l'intensité et l'étendue des contacts (antérieurs) entre les frères et sœurs<sup>334</sup> ;
- le rapport d'expert, lorsqu'il est opportun et disponible.

**Protection de l'enfant pendant la procédure de retour** (voir, *supra*, points A et B).

**Médiation** (voir, *supra*, point C).

**Appréciation des informations ou des preuves produites eu égard au risque grave allégué**

**Éviter tout retard indu** lié à la demande, à la collecte ou à la réception d'informations ou de preuves complémentaires (voir, *supra*, point D).

<sup>329</sup> Voir, par ex., la Cour d'appel du Manitoba, Canada, dans l'affaire *Chalkley v. Chalkley* (1995) ORFL (4th) 422 [référence INCADAT : HC/E/CA 14].

<sup>330</sup> Voir, par ex., la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles (Royaume-Uni) dans l'affaire *Zaffino v Zaffino (Abduction: Children's Views)* [2005] EWCA Civ 1012 [référence INCADAT : HC/E/Uke 813].

<sup>331</sup> Voir, par ex., le tribunal de première instance d'Henderson, Nouvelle-Zélande, dans l'affaire *Secretary for Justice v. Penney, ex parte Calabro* [1995] NZFLR 827 [référence INCADAT : HC/E/NZ 67] ; la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles (Royaume-Uni) dans l'affaire *Re T. (Abduction: Child's Objections to Return)* [2000] 2 F.L.R. 192 [référence INCADAT : HC/E/UKe 270] ; et la Chambre externe (*Outer House*, première instance) de la *Court of Session* écossaise dans l'affaire *W. v. W.* [2003] SCLR 478 [référence INCADAT : HC/E/UKs 508].

<sup>332</sup> Voir, par ex., la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles (Royaume-Uni) dans l'affaire *Re T. (Abduction: Child's Objections to Return)* [2000] 2 FCR 159 [référence INCADAT : HC/E/UKe 270].

<sup>333</sup> Voir, par ex., la Cour d'appel du Manitoba, Canada, dans l'affaire *Chalkley v. Chalkley* (1995) ORFL (4th) 422 [référence INCADAT : HC/E/CA 14] et la Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles (division de la famille) (Royaume-Uni) dans l'affaire *WF v RJ, BF* [2010] EWHC 2909 (Fam).

<sup>334</sup> Voir, par ex., la Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles (division de la famille) (Royaume-Uni) dans les affaires *F v M, B (by his Litigation Friend)* [2015] EWHC 3300 (Fam) et *WF v RJ, BF* [2010] EWHC 2909 (Fam), et le Tribunal de la famille de l'Australie à Sydney, dans l'affaire *In the Marriage of S.S. and D.K. Bassi* (1994) FLC 92-4 [référence INCADAT : HC/E/AU 292].

**Procédures accélérées** (voir, *supra*, point E). Dans ce cas type, tenir compte du fait que l'ordonnance de retour n'entraîne pas une séparation permanente des frères et sœurs car l'État de la résidence habituelle peut (ré-) examiner la séparation des frères et sœurs dans toute procédure relative à la garde ou au droit de visite après le retour<sup>335</sup>.

**Rapport d'expert** (voir, *supra*, point G).

**Opinion de l'enfant** (voir, *supra*, point H).

**Existence de mesures adéquates et efficaces** (voir, *supra*, point I).

**Mesures reconnues et exécutoires** (voir, *supra*, point J).

*Recours au RIJH, aux communications judiciaires directes et à l'assistance des Autorités centrales ou d'autres autorités*

**RIJH et communications judiciaires directes** (voir, *supra*, point L).

**Autorités centrales et autres autorités** (voir, *supra*, point M).

## ii. Désavantages économiques ou éducatifs pour l'enfant au retour

282. Le parent ayant emmené l'enfant ou une autre personne ou un organisme qui s'oppose au retour allègue qu'en cas de retour, l'enfant serait dans une détresse économique extrême (par ex. parce que le parent ayant emmené l'enfant ou celui auquel il a été retiré ne serait pas capable de fournir un soutien financier suffisant à l'enfant) ou à des désavantages éducatifs extrêmes (par ex. l'enfant ne pouvait pas être scolarisé dans l'État de la résidence habituelle) et que cette situation affecterait l'enfant à un point tel qu'il existe un risque grave que le retour l'expose à un danger physique ou psychologique ou de toute autre manière le place dans une situation intolérable.

283. Le tribunal devrait apprécier les faits et les circonstances propres à chaque espèce et peut prendre en compte les considérations suivantes :

**Étudier, dès le début de la procédure, l'opportunité d'une assistance des Autorités centrales et du RIJH/des communications judiciaires directes et, si nécessaire, l'existence de mesures adéquates et efficaces pour protéger l'enfant (et, le cas échéant, le parent qui l'accompagne) à son retour (voir *infra*).**

*Protection de l'enfant pendant la procédure de retour (voir, *supra*, points A et B).*

*Médiation (voir, *supra*, point C).*

*Appréciation des informations ou des preuves produites eu égard au risque grave allégué*

**Éviter tout retard indu lié à la demande, à la collecte ou à la réception d'informations ou de preuves complémentaires (voir, *supra*, point D).**

**Procédures accélérées** (voir, *supra*, point E).

<sup>335</sup> R. Schuz (*op. cit.* note 43), p. 285. Voir, par ex., la Cour suprême d'Israël dans l'affaire *LV v MM*, RFamA 2338/09 [référence INCADAT : HC/E/IL 1037].

**Interprétation restrictive de l'article 13(1)(b) (voir, *supra*, point F).**

- Tenir compte du fait qu'en général, des conditions de vie plus favorables dans l'État requis que dans l'État de la résidence habituelle ne sont pas une considération pertinente, sauf circonstances exceptionnelles ; par exemple, l'enfant serait sans domicile ou ne pourrait pas bénéficier des aides sociales<sup>336</sup>.
- Déterminer si l'enfant a résidé et a (potentiellement) fréquenté sans problème un établissement scolaire local dans l'État de la résidence habituelle avant l'enlèvement.
- Noter que les désavantages économiques ou éducatifs pour l'enfant sont en principe des questions de fond qui doivent être appréciées dans l'État de la résidence habituelle, par exemple dans le cadre d'une procédure relative à la garde, aux aliments, ou à un déménagement.

**Rapport d'expert (voir, *supra*, point G).**

**Opinion de l'enfant (voir, *supra*, point H).**

***Étude des mesures adéquates et efficaces pour protéger l'enfant au retour :***

**Existence de mesures adéquates et efficaces (voir, *supra*, point I).** Dans ce cas type, envisager, par exemple, des engagements ou des conditions de soutien financier du parent auquel l'enfant a été retiré si les besoins élémentaires de l'enfant ne peuvent pas être couverts autrement.

**Mesures reconnues et exécutoires (voir, *supra*, point J).**

***Assistance des Autorités centrales et d'autres autorités***

**Autorités centrales et autres autorités (voir, *supra*, point M) :** Étudier l'opportunité de solliciter l'assistance de l'Autorité centrale ou d'autres autorités compétentes de l'État de la résidence habituelle pour contrôler les déclarations faites ou les informations produites et déterminer si, par exemple, le parent ayant emmené l'enfant ou l'enfant auront droit à des aides sociales au retour.

### **iii. Risques associés à l'État de la résidence habituelle**

284. Le parent ayant emmené l'enfant ou une autre personne ou un organisme qui s'oppose au retour allègue qu'en raison de la situation grave qui caractérise l'État de la résidence habituelle au plan de la sécurité ou au plan politique ou économique, il existe un risque grave que le retour de l'enfant expose celui-ci à un danger physique ou psychique ou de toute autre manière le place dans une situation intolérable.

285. Le tribunal devrait apprécier les faits et les circonstances propres à chaque espèce et peut prendre en compte les considérations suivantes :

**Étudier, dès le début de la procédure, l'opportunité d'une assistance des Autorités centrales et du RIJH/des communications judiciaires directes et, si nécessaire, l'existence de mesures adéquates et efficaces pour protéger l'enfant (et, le cas échéant, le parent qui l'accompagne) à son retour (voir *infra*).**

<sup>336</sup> Voir, par ex., la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles (Royaume-Uni) dans l'affaire *Re M. (Abduction: Undertakings)* [1995] 1 FLR 1021 [référence INCADAT : HC/E/UKe 20] et la Cour d'appel lituanienne, 29 septembre 2016, affaire No. e2-1925-381/2016.

### *Considérations particulières*

**Interprétation restrictive de l'article 13(1)(b)** (voir, *supra*, point F). Dans ce cas type, tenir compte du fait que le critère élevé de danger imminent avant la résolution du conflit relatif à la garde ou au droit de visite doit être satisfait, par exemple, si l'enfant devait revenir dans une zone de guerre active ou dans une zone où sévit la famine<sup>337</sup>. Les tribunaux ont établi clairement que des incidents isolés dans un environnement politique troublé ne sont pas des circonstances suffisantes pour constituer un risque grave<sup>338</sup>.

**Facteurs aggravants** : Tenir compte des facteurs susceptibles d'aggraver le risque de danger pour l'enfant, par exemple, si l'enfant et sa famille appartiennent à une minorité persécutée dans l'État de la résidence habituelle ou si des attaques ciblées ont mis l'enfant en danger par le passé<sup>339</sup>.

**Danger antérieur** : Le fait que la situation dans l'État de la résidence habituelle, dont le parent ayant emmené l'enfant allègue qu'elle constituerait un risque grave, n'ait pas empêché le parent de rester dans cet État avec l'enfant avant le déplacement ou le non-retour illicite peut être une considération pertinente, mais elle n'est pas déterminante pour l'issue de la procédure. Le tribunal devrait déterminer si le risque est aussi grave qu'allégué après avoir apprécié les faits<sup>340</sup>.

*Protection de l'enfant pendant la procédure de retour* (voir, *supra*, points A et B).

*Médiation* (voir, *supra*, point C).

*Appréciation des informations ou des preuves produites eu égard au risque grave allégué*

**Éviter tout retard indu** lié à la demande, à la collecte ou à la réception d'informations ou de preuves complémentaires (voir, *supra*, point D).

**Informations et preuves spécifiques** : Étudier l'opportunité de consulter les rapports publics, les documents officiels émanant d'organisations internationales ou les conseils aux voyageurs détaillant la situation actuelle de l'État de la résidence habituelle en matière de sécurité et en matière politique ou économique<sup>341</sup>.

**Procédures accélérées** (voir, *supra*, point E).

**Rapport d'expert** (voir, *supra*, point G).

<sup>337</sup> Voir, par ex., la Cour d'appel des États-Unis pour le Sixième circuit (*United States Court of Appeals for the Sixth Circuit*) dans l'affaire *Friedrich v. Friedrich*, 78 F.3d 1060 (6<sup>th</sup> Cir. 1996) [référence INCADAT : HC/E/USf 82].

<sup>338</sup> Ainsi, les tribunaux se sont montrés partagés sur la question de savoir si un retour en Israël, eu égard à des allégations relatives à la situation en matière de sécurité, exposerait un enfant à un risque grave de danger, mais la grande majorité d'entre eux ont estimé qu'il ne le ferait pas ; voir, dans la section « Analyse de jurisprudence » d'INCADAT, les rubriques « Exceptions au retour », puis « Risque grave de danger » et « Risques inhérents à l'État de la résidence habituelle de l'enfant ». L'analyse de la jurisprudence a été réalisée par P.E. McEleavy, Université de Dundee, Royaume-Uni.

<sup>339</sup> Voir, par ex., la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles (Royaume-Uni) dans l'affaire *In the matter of D (Children)* [2006] EWCA Civ 146.

<sup>340</sup> Voir, par ex., la 6<sup>e</sup> chambre de la Cour d'appel de Rennes, France, dans l'affaire CA Rennes, 28 juin 2011, No de RG 11/02685 [référence INCADAT : HC/E/FR 1129] et la Haute Cour danoise, division occidentale, dans l'affaire V.L.K., 11. januar 2001, 13. Afdeling, B-2939-01 [référence INCADAT : HC/E/DK 519].

<sup>341</sup> Voir, par ex., le Tribunal de la Famille de Nouvelle-Zélande dans l'affaire *APN v. TMH (Child Abduction: Grave Risk and Human Rights)* [2010] NZFLR 463 [référence INCADAT : HC/E/NZ 1224].

**Opinion de l'enfant** (voir, *supra*, point H). Étudier si, en l'espèce, l'opinion de l'enfant peut étayer les allégations de danger dans l'État de la résidence habituelle.

*Étude des mesures adéquates et efficaces pour protéger l'enfant au retour*

**Existence de mesures adéquates et efficaces** (voir, *supra*, point I). Dans ce cas type, apprécier par exemple si le parent auquel l'enfant a été retiré peut prévoir des mesures de sécurité, telles que des lotissements fermés et gardés<sup>342</sup>.

**Mesures reconnues et exécutoires** (voir, *supra*, point J).

*Recours au RIJH, aux communications judiciaires directes et à l'assistance des Autorités centrales ou d'autres autorités*

**RIJH et communications judiciaires directes** (voir, *supra*, point L).

**Autorités centrales et autres autorités** (voir, *supra*, point M).

#### iv. Risques associés à la santé de l'enfant

286. Le parent ayant emmené l'enfant ou une autre personne ou un organisme qui s'oppose au retour allègue qu'en raison de l'état physique ou mental de l'enfant et de l'absence de soins ou de services appropriés dans l'État de la résidence habituelle, il existe un risque grave que le retour de l'enfant expose celui-ci à un danger physique ou psychique ou de toute autre manière le place dans une situation intolérable.

287. Le tribunal devrait apprécier les faits et les circonstances propres à chaque espèce et peut prendre en compte les considérations suivantes :

**Étudier, dès le début de la procédure, l'opportunité d'une assistance des Autorités centrales et du RIJH/des communications judiciaires directes et, si nécessaire, l'existence de mesures adéquates et efficaces pour protéger l'enfant (et, le cas échéant, le parent qui l'accompagne) à son retour** (voir *infra*).

*Protection de l'enfant pendant la procédure de retour* (voir, *supra*, points A et B).

*Médiation* (voir, *supra*, point C).

*Appréciation des informations ou des preuves produites eu égard au risque grave allégué*

**Éviter tout retard indu** lié à la demande, à la collecte ou à la réception d'informations ou de preuves complémentaires (voir, *supra*, point D).

**Informations et preuves spécifiques** : Examiner en particulier des informations ou des preuves telles que des rapports médicaux ou des rapports d'autorités de protection de l'enfance existants et, surtout, un rapport médical à jour sur l'enfant, s'il est estimé qu'il peut exister un risque grave pour sa santé. Étudier l'opportunité de communications judiciaires directes ou de solliciter l'assistance de l'Autorité centrale et d'autres autorités compétentes (par ex. les services de protection de l'enfance<sup>343</sup>) de l'État de la résidence habituelle pour vérifier si l'enfant serait en mesure de recevoir les soins médicaux dont il a besoin après son retour<sup>344</sup>.

<sup>342</sup> Voir, par ex., Cour d'appel de La Haye, Pays-Bas, 18 janvier 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV5608.

<sup>343</sup> Voir, par ex., la Cour d'appel de La Haye, Pays-Bas, 18 novembre 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BH036.

<sup>344</sup> Voir, *supra*, para. 123 et s. sur le recours au RIJH et aux communications judiciaires directes. Voir aussi « Principes relatifs aux communications judiciaires directes dans des affaires particulières et garanties communément acceptées » (annexe 5). Voir, *supra*, para. 129 et s. sur l'assistance des Autorités centrales et d'autres autorités.

Procédures accélérées (voir, *supra*, point E).

Rapport d'expert (voir, *supra*, point G).

Opinion de l'enfant (voir, *supra*, point H).

*Étude des mesures adéquates et efficaces pour protéger l'enfant au retour*

Existence de mesures adéquates et efficaces (voir, *supra*, point I). Dans ce cas type, étudier l'opportunité, par exemple, de conditions ou d'engagements du parent auquel l'enfant a été retiré (ou d'autres personnes ou organismes) aux fins de la fourniture d'un soutien financier, d'une assurance maladie<sup>345</sup> ou de préparatifs en vue d'une assistance médicale de l'enfant au retour<sup>346</sup>.

Mesures reconnues et exécutoires (voir, *supra*, point J).

Mise en jeu de l'article 11 de la Convention de 1996 si celle-ci est applicable (voir, *supra*, point K).

*Recours au RIJH, aux communications judiciaires directes et à l'assistance des Autorités centrales ou d'autres autorités*

RIJH et communications judiciaires directes (voir, *supra*, point L).

Autorités centrales et autres autorités (voir, *supra*, point M).

### 3. Allégations selon lesquelles l'impossibilité de revenir du parent ayant emmené l'enfant exposerait celui-ci à un risque grave

288. Le parent ayant emmené l'enfant ou une autre personne ou un organisme qui s'oppose au retour peut alléguer que le parent ayant emmené l'enfant ne peut pas ou ne veut pas revenir avec l'enfant dans l'État de la résidence habituelle<sup>347</sup>. Il peut ensuite être allégué que si le retour de l'enfant sans le parent qui l'a emmené est ordonné, il existe un risque grave que leur séparation expose l'enfant à un danger physique ou psychique ou de toute autre manière le place dans une situation intolérable parce que le parent qui l'a emmené est celui qui en a la responsabilité principale.

289. Il convient d'observer qu'il ressort des décisions judiciaires de nombreux États contractants que les tribunaux ont une approche très restrictive de ces affaires<sup>348</sup>. En effet, sauf situation exceptionnelle, l'exception de l'article 13(1)(b) n'a pas été admise lorsque le parent qui avait emmené l'enfant refusait de revenir avec l'enfant dans l'État de la résidence habituelle.

<sup>345</sup> Voir, par ex., la Cour supérieure du Pérou, division spécialisée de la famille, dans l'affaire No 14.593-2003 [référence INCADAT : HC/E/PE 874].

<sup>346</sup> Voir, par ex., la Haute Cour de la Région administrative spéciale de Hong Kong dans l'affaire *S. v. S.* [1998] 2 HKC 316 [référence INCADAT : HC/E/CNh 234] et le Tribunal de première instance de La Haye, Pays-Bas, 24 mars 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6118. Voir aussi, par ex., l'arrêt de la Cour de cassation française rejetant un pourvoi formé à la suite d'un arrêt rendu en appel ordonnant le retour d'un enfant dans une affaire fondée sur l'article 13(1)(b) dans laquelle l'enfant et ses parents étaient séropositifs, car l'enfant pouvait bénéficier de soins médicaux adaptés dans son État d'origine, (Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mai 2017, 17-11031).

<sup>347</sup> Parfois, le tribunal déclare qu'il n'accepte pas la menace d'un non-retour, comme la Cour suprême d'Israël dans l'affaire *Civil Appeal 4391/96 Ro v. Ro* [référence INCADAT : HC/E/IL 832], ou peut amener le parent ayant emmené l'enfant à concéder qu'il reviendra de toutes façons avec l'enfant. Voir la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles (Royaume-Uni) dans l'affaire *Re A (A Minor)(Abduction)* [1988] 1 FLR 365 [référence INCADAT : HC/E/UKe 23].

<sup>348</sup> Voir, *supra*, para. 42 et s.

290. Cela étant, le tribunal devrait examiner les faits et les circonstances de chaque espèce et peut prendre en compte les considérations suivantes ainsi que les considérations particulières pour chaque cas type indiquées ci-après :

**Parent ayant la responsabilité principale de l'enfant :**

- Examiner la nature de la relation de l'enfant avec le parent qui l'a emmené et celle qu'il a avec le parent auquel il a été retiré<sup>349</sup>. Déterminer si le parent ayant emmené l'enfant a la responsabilité unique de l'enfant et si le parent auquel il a été retiré ou une autre personne est capable de s'en occuper<sup>350</sup>.
- Les questions suivantes peuvent être posées pour déterminer si l'enfant est exposé à un risque grave de danger<sup>351</sup> :
  - Le parent auquel l'enfant a été retiré est-il capable de pourvoir aux besoins de l'enfant et de s'en occuper lui-même au retour ou en faisant appel à l'aide sociale ou à des aides publiques ?
  - L'âge<sup>352</sup>, la nature, la santé physique ou psychique ou toute autre circonstance pertinente de l'enfant impliquent-ils que la séparation avec le parent qui l'a emmené risque d'aggraver le risque de danger physique ou psychique auquel il est exposé ?
  - Le risque éventuel de danger est-il atténué par les soins qui peuvent être donnés par le parent auquel l'enfant a été retiré ?

**Motifs du parent ayant emmené l'enfant pour ne pas revenir :**

- Les questions suivantes peuvent être posées en ce qui concerne le non-retour du parent dans l'État de la résidence habituelle :
  - Le parent ayant emmené l'enfant est-il dans l'impossibilité de revenir ou bien ne veut-il simplement pas revenir ?
  - Si le parent ayant emmené l'enfant est dans l'impossibilité de revenir, toutes les mesures permettant son retour ont-elles été épuisées ?
  - Si le parent ayant emmené l'enfant ne souhaite pas revenir, quelles sont les raisons pour lesquelles il craint le retour<sup>353</sup> ?
  - Si le retour de l'enfant est ordonné, quelle est la probabilité que le parent qui l'a emmené revienne quand même dans l'État de la résidence habituelle ?

<sup>349</sup> Voir, par ex., la Cour d'appel du Québec, Canada, dans l'affaire *M.G. v. R.F.*, 2002 R.J.Q. 2132 [référence INCADAT : HC/E/CA 762] dans laquelle la cour a noté que si l'enfant revenait sans le parent qui l'avait emmené (sa mère), cela ne le placerait pas dans une situation intolérable. Bien que la mère ait eu la responsabilité principale de l'enfant, il a été démontré que l'enfant avait de très bonnes relations avec ses deux parents et qu'il serait bien pris en charge dans l'État de la résidence habituelle.

<sup>350</sup> Une simple réduction du niveau de soins a peu de chances de déclencher l'application de l'exception de l'article 13(1)(b). De même, le fait que le parent auquel l'enfant a été retiré puisse avoir eu des relations plus distantes avec l'enfant jusqu'au déplacement ou au non-retour illicite est généralement insuffisant. Voir la Chambre externe (*Outer House*, première instance) de la *Court of Session* écossaise dans *McCarthy v. McCarthy* [1994] SLT 743 [référence INCADAT : HC/E/UKs 26]. Voir aussi la Cour d'appel du Québec, Canada, dans l'affaire *M.G. v. R.F.*, 2002 R.J.Q. 2132 [référence INCADAT : HC/E/CA 762].

<sup>351</sup> Il est important de souligner que l'enfant peut être exposé à un certain niveau de danger si son retour est ordonné dans l'État de la résidence habituelle ; cependant, ce n'est généralement pas suffisant pour atteindre le critère élevé de l'article 13(1)(b). Voir, par ex., la Chambre externe (*Outer House*, première instance) de la *Court of Session* écossaise dans *Cameron v. Cameron* (No 2) 1997 SLT 206 [référence INCADAT : HC/E/UKs 77] dans laquelle la cour a jugé qu'un certain danger peut être inévitable dans une ordonnance de retour, de même qu'un certain danger peut être inévitable du fait d'un déplacement ou d'un non-retour illicite. Il appartiendra à l'État où les enfants retourneront de minimiser ou de supprimer ce danger.

<sup>352</sup> Par ex., lorsque l'enfant est un nourrisson totalement dépendant de la mère (le parent qui l'a emmené), il a été suggéré de ne pas ordonner le retour. Voir, par ex., l'arrêt de la Cour suprême polonaise, 7 octobre 1998, I CKN 745/98 [référence INCADAT : HC/E/PL 700].

<sup>353</sup> La Cour d'appel du Québec, Canada, dans l'affaire *N.p. v. A.B.P.*, 1999 R.D.F. 38 (Que. C.A.) [référence INCADAT : HC/E/CA 764] a jugé que le parent ayant emmené l'enfant (la mère) refusait de revenir dans l'État de la résidence habituelle parce qu'elle avait été victime de traite et contrainte à la prostitution par le parent auquel l'enfant avait été retiré (le père). La Cour a accepté qu'étant donné l'entreprise criminelle du parent auquel l'enfant avait été retiré, le parent qui l'avait emmené craignait véritablement de revenir et que l'enfant serait exposé à un risque grave de danger ou serait placé de toute autre manière dans une situation intolérable.

## i. Poursuites pénales ou autres poursuites dans l'État de la résidence habituelle du fait du déplacement ou du non-retour illicite

291. Dans de tels cas, Le parent ayant emmené l'enfant ou une autre personne ou un organisme qui s'oppose au retour allègue que le parent ayant emmené l'enfant est dans l'impossibilité de revenir avec l'enfant dans l'État de la résidence habituelle parce qu'il serait poursuivi au pénal ou ferait l'objet d'une procédure pour outrage au tribunal (*contempt proceedings*) au retour en raison du déplacement ou du non-retour illicite de l'enfant. Il est en outre allégué qu'en cas de retour de l'enfant sans le parent qui l'a emmené, il existe un risque grave que le retour expose l'enfant à un danger physique ou psychique ou de toute autre manière le place dans une situation intolérable parce que le parent qui l'a emmené est celui qui en a la responsabilité principale.

292. Le tribunal devrait examiner les faits et les circonstances de chaque espèce et peut prendre en compte les considérations qui précèdent ainsi que les suivantes :

**Étudier, dès le début de la procédure, l'opportunité d'une assistance des Autorités centrales et du RIJH/des communications judiciaires directes et, si nécessaire, l'existence de mesures adéquates et efficaces pour protéger l'enfant (et, le cas échéant, le parent qui l'accompagne) à son retour (voir *infra*).**

### *Considérations particulières*

**Conséquences de la procédure pénale ou de la procédure pour outrage au tribunal au retour :** La crainte qu'a le parent ayant emmené l'enfant d'être tenu pénalement ou autrement responsable n'est généralement pas considérée comme un obstacle objectif à une décision de retour<sup>354</sup>. Toutefois, il peut être nécessaire d'examiner soigneusement les circonstances au retour dans chaque contexte familial (par ex., lorsque l'enfant est très jeune et que le parent qui l'a emmené est celui qui en a la responsabilité principale).

### *Étude des mesures adéquates et efficaces pour protéger l'enfant au retour*

#### **Existence de mesures adéquates et efficaces :**

- Apprécier s'il existe des mesures de protection adéquates et efficaces dans l'État de la résidence habituelle pour prévenir ou atténuer un risque grave allégué pour l'enfant.
- Examiner en particulier si le parent auquel l'enfant a été retiré ou les autorités compétentes ont respectivement pris l'engagement ou donné l'assurance de ne pas poursuivre une procédure pénale ou d'une autre nature<sup>355</sup>.

<sup>354</sup> Voir, par ex., l'arrêt de la Cour suprême polonaise, 7 octobre 1998, I CKN 745/98 [référence INCADAT : HC/E/PL 700].

<sup>355</sup> Voir, par ex., la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles (Royaume-Uni) dans l'affaire *Re C. (Abduction: Grave Risk of Psychological Harm)* [1999] 1 FLR 1145 [référence INCADAT : HC/E/USf 269] ; et le Tribunal fédéral des États-Unis pour le district nord de l'Illinois, division de l'est (*United States District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division*) dans l'affaire *Tabacchi v. Harrison*, 2000 WL 190576 (N.D.Ill.) [référence INCADAT : HC/E/USf 465] ; ainsi que la Cour suprême d'Israël dans l'affaire *B. v. G.*, 8 avril 2008 [référence INCADAT : HC/E/IL 923].

- Étant donné que des charges pénales ou d'une autre nature peuvent avoir un effet négatif sur l'enfant en cas de retour (elles peuvent par ex. affecter la capacité d'un parent à s'occuper de l'enfant si le parent qui l'a emmené est celui qui en a la responsabilité principale), étudier la possibilité de communiquer avec les autorités de l'État du retour afin que les charges soient abandonnées. Lorsque l'abandon des charges peut être obtenu avec l'assistance des autorités judiciaires, étudier en particulier l'opportunité de recourir aux communications judiciaires directes (voir *infra*)<sup>356</sup>.

*Protection de l'enfant pendant la procédure de retour (voir, supra, points A et B).*

*Médiation (voir, supra, point C).*

*Appréciation des informations ou des preuves produites eu égard au risque grave allégué*

Éviter tout retard indu lié à la demande, à la collecte ou à la réception d'informations ou de preuves complémentaires (voir, *supra*, point D).

Informations et preuves spécifiques : Étudier l'opportunité de donner la priorité en particulier aux rapports de police et aux documents existants, ainsi qu'aux pièces déposées auprès d'un tribunal de l'État de la résidence habituelle et aux ordonnances rendues par celui-ci en ce qui concerne le déplacement ou le non-retour illicite.

Procédures accélérées (voir, *supra*, point E).

Interprétation restrictive de l'article 13(1)(b) (voir, *supra*, point F).

Rapport d'expert (voir, *supra*, point G).

Mesures reconnues et exécutoires (voir, *supra*, point J).

*Recours au RIJH, aux communications judiciaires directes et à l'assistance des Autorités centrales ou d'autres autorités*

<sup>356</sup> Dans l'affaire *Re M. and J. (Abduction: International Judicial Collaboration* [2000] 1 FLR 803, le parent qui avait emmené les enfants (la mère) alléguait qu'elle ne pouvait pas revenir avec les enfants dans l'État de la résidence habituelle où elle faisait l'objet d'un mandat d'arrêt et que le retour des enfants risquait de les mettre en danger. Le juge saisi de la demande de retour a contacté le juge pénal compétent dans l'État de la résidence habituelle afin de suspendre le mandat d'arrêt émis contre la mère jusqu'à ce qu'une décision sur le fond de la garde ait été rendue. Dans une affaire mentionnée dans « Les mécanismes pratiques pour faciliter la communication internationale directe entre autorités judiciaires dans le cadre de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* : Rapport préliminaire », établi par P. Lortie, Premier Secrétaire, Doc. prélim. No 6 (et annexes A et B) d'août 2002 à l'intention de la Commission spéciale de septembre / octobre 2002 (disponible sur le site de la Conférence de La Haye à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Enlèvement d'enfants » puis « Commissions spéciales sur le fonctionnement de la Convention » et « Documents préliminaires », le parent qui avait emmené les enfants (la mère) exprimait des préoccupations relatives à ce qui se passerait si elle retournait dans l'État de la résidence habituelle avec ceux-ci. Le juge saisi de la demande de retour reçut des assurances du juge de l'État de la résidence habituelle que la mère ne ferait l'objet d'aucune sanction civile sous réserve que les enfants soient remis conformément à une ordonnance de retour. Le juge exprima en outre l'opinion qu'il était peu probable que le parent ayant emmené les enfants serait poursuivi en l'absence de plainte du parent auquel les enfants avaient été retirés (le père).

**RIJH et communications judiciaires directes** (voir, *supra*, point L). Grâce aux communications judiciaires directes, il peut être possible dans certaines affaires que les autorités de poursuite, informées de la procédure de retour, acceptent que la personne revienne dans l'État de la résidence habituelle, c'est-à-dire qu'elles acceptent des conditions de suspendre les poursuites pénales ou de ne pas exécuter un mandat d'arrêt.

**Autorités centrales et autres autorités** (voir, *supra*, point M).

## ii. Impossibilité de revenir ou de rester dans l'État de la résidence habituelle en raison de questions d'immigration

293. Dans ce type de cas, le parent ayant emmené l'enfant ou une autre personne ou un organisme qui s'oppose au retour allègue que le parent ayant emmené l'enfant est dans l'impossibilité de revenir avec celui-ci dans l'État de la résidence habituelle parce que son visa a expiré ou qu'il n'a pas de permis de séjour et ne peut donc entrer sur le territoire de cet État<sup>357</sup>. Il est en outre allégué qu'en cas de retour de l'enfant sans ce parent, il existe un risque grave que leur séparation expose l'enfant à un danger physique ou psychique ou de toute autre manière le place dans une situation intolérable parce que le parent qui l'a emmené est celui qui en a la responsabilité principale.

294. Il convient d'observer qu'il ressort des décisions judiciaires de nombreux États contractants que les tribunaux ont une approche restrictive de ces affaires. Cependant, il est arrivé que des tribunaux soient disposés à accepter cette allégation lorsque tous les efforts pour obtenir l'autorisation d'entrer sur le territoire du pays avaient échoué. Néanmoins, ces cas sont rares car il est possible le plus souvent d'obtenir les autorisations nécessaires des autorités de l'immigration grâce à la coopération entre les Autorités centrales. D'autre part, dans certaines circonstances, il est possible de confier l'enfant au parent auquel il a été retiré ou à une autre personne ou à un organisme dans l'État de la résidence habituelle. Par conséquent, sauf situation exceptionnelle, l'exception de l'article 13(1)(b) n'a pas été admise lorsque le parent qui avait emmené l'enfant alléguait une impossibilité de revenir du fait de restrictions à l'immigration.

295. Quoi qu'il en soit, le tribunal devrait examiner les faits et les circonstances de chaque espèce et peut prendre en compte les considérations qui précèdent ainsi que les suivantes :

**Étudier, dès le début de la procédure, l'opportunité d'une assistance des Autorités centrales et du RIJH/des communications judiciaires directes et, si nécessaire, l'existence de mesures adéquates et efficaces pour protéger l'enfant (et, le cas échéant, le parent qui l'accompagne) à son retour (voir *infra*).**

### *Considérations particulières*

**Les Autorités centrales et autres autorités** (voir, *supra*, point M) peuvent souvent résoudre des préoccupations relatives à l'immigration grâce à la coopération avec les autorités nationales compétentes ; il est donc souhaitable qu'elles interviennent dès que possible.

<sup>357</sup> L'exception de risque grave peut être également soulevée par le parent ayant emmené l'enfant en lien avec des questions d'immigration du *parent auquel l'enfant a été retiré* (situation qui serait elle aussi interprétée de manière restrictive). En règle générale, les praticiens expérimentés ont fait observer que dans le contexte des affaires où la violence domestique est en jeu, il n'est pas rare que les partenaires violents se servent de la situation au regard des lois sur l'immigration pour contrôler le partenaire victime.

**Autres mesures pour régulariser la situation au regard des lois sur l'immigration :**

Déterminer si le parent ayant emmené l'enfant a poursuivi et épuisé, sans retard indu, tous les moyens possibles pour obtenir l'autorisation d'immigrer dans l'État de la résidence habituelle.

- Si la situation du parent qui a emmené l'enfant au regard des lois sur l'immigration n'est qu'incertaine, ce n'est peut-être pas suffisant pour déclencher l'exception de l'article 13(1)(b)<sup>358</sup>.
- L'impossibilité réelle du parent ayant emmené l'enfant de revenir dans l'État de la résidence habituelle peut être un motif suffisant pour déclencher l'exception de l'article 13(1)(b)<sup>359</sup>.

*Protection de l'enfant pendant la procédure de retour (voir, supra, points A et B).*

*Médiation (voir, supra, point C).*

*Appréciation des informations ou des preuves produites eu égard au risque grave allégué*

**Éviter tout retard indu** lié à la demande, à la collecte ou à la réception d'informations ou de preuves complémentaires (voir, supra, point D).

**Informations et preuves spécifiques** : Étudier l'opportunité de donner la priorité aux rapports et documents existants relatifs à la situation au regard des lois sur l'immigration.

**Procédures accélérées** (voir, supra, point E).

**Interprétation restrictive de l'article 13(1)(b)** (voir, supra, point F). Dans la plupart des cas, la coopération entre les Autorités centrales permet d'obtenir les autorisations nécessaires auprès des autorités de l'immigration. Par conséquent, sauf situation exceptionnelle, l'exception de l'article 13(1)(b) n'a pas été admise lorsqu'une impossibilité de revenir du fait de restrictions à l'immigration a été soulevée.

**Rapport d'expert** (voir, supra, point G).

*Étude des mesures adéquates et efficaces pour protéger l'enfant au retour*

**Existence de mesures adéquates et efficaces** (voir, supra, point I).

**Mesures reconnues et exécutoires** (voir, supra, point J).

*Recours au RIJH, aux communications judiciaires directes et à l'assistance des Autorités centrales ou d'autres autorités*

**RIJH et communications judiciaires directes** (voir, supra, point L).

**Autorités centrales et autres autorités** (voir, supra, point M).

<sup>358</sup> Voir, par ex., la Cour d'appel de l'Ontario, Canada, dans l'affaire *Jabbaz v. Mouammar* (2003), 226 D.L.R. (4th) 494 (Ont. C.A.) [référence INCADAT : HC/E/CA 757].

<sup>359</sup> Voir, par ex., le tribunal de la famille de l'Australie à Melbourne dans l'affaire *State Central Authority of Victoria v Ardito*, 29 octobre 1997 [référence INCADAT : HC/E/AU 283].

### iii. Situation économique au retour

296. Dans ce cas, le parent ayant emmené l'enfant ou une autre personne ou un organisme qui s'oppose au retour allègue que le parent ayant emmené l'enfant ne peut pas ou ne veut pas revenir avec l'enfant dans l'État de la résidence habituelle parce qu'il serait placé dans une situation économique difficile ou intenable. Il peut être allégué par exemple que le parent ayant emmené l'enfant ne peut pas trouver de travail dans l'État de la résidence habituelle ou qu'il est pour une autre raison dans une situation très difficile, de sorte que l'enfant pourrait être placé sous la protection de l'État. Il est en outre allégué que si l'enfant retourne ou demeure sans les soins du parent qui l'a emmené, il existe un risque grave que leur séparation l'expose à un danger physique ou psychique ou de toute autre manière le place dans une situation intolérable si le parent qui l'a emmené est celui qui en a la responsabilité principale.

297. Le tribunal devrait examiner les faits et les circonstances de chaque espèce et peut prendre en compte les considérations qui précèdent ainsi que les suivantes :

**Étudier, dès le début de la procédure, l'opportunité d'une assistance des Autorités centrales et du RIJH/des communications judiciaires directes et, si nécessaire, l'existence de mesures adéquates et efficaces pour protéger l'enfant (et, le cas échéant, le parent qui l'accompagne) à son retour (voir *infra*).**

#### *Considérations particulières*

**Situation financière et relative à l'emploi pour la durée de la procédure au fond dans l'État de la résidence habituelle : Examiner la situation financière et relative à l'emploi du parent qui a emmené l'enfant, par exemple, ses économies ou ses biens<sup>360</sup>, ses perspectives d'emploi, et de moyens de subsistance. Examiner la situation financière du parent auquel l'enfant a été retiré et sa situation relative à l'emploi<sup>361</sup> ainsi que le délai nécessaire pour obtenir une décision en matière d'aliments en faveur de l'enfant ou du parent qui l'a emmené si nécessaire. Il est important de souligner qu'une simple baisse du niveau de vie ou de revenu dans l'État de la résidence habituelle n'est pas suffisante pour déclencher l'article 13(1)(b)<sup>362</sup>. Toutefois, le risque que l'enfant soit confié aux services de l'État en raison de la situation financière très difficile du parent qui l'a emmené pourrait satisfaire l'article 13(1)(b).**

**Indigent ou sans domicile : Si l'enfant risque d'être indigent et sans domicile en raison des moyens financiers insuffisants du parent qui l'a emmené ou pour une autre raison, il est plus probable que l'exception de l'article 13(1)(b) sera appliquée. Dans ces circonstances, étudier l'opportunité de recourir aux ordonnances provisoires en matière d'aliments, aux conditions d'aide imposées au parent auquel l'enfant a été retiré ou à d'autres arrangements dans le cadre du retour de l'enfant.**

<sup>360</sup> La Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles (Royaume-Uni) dans l'affaire *Re M. (Abductions: Undertakings)* [1995] 1 FLR 1021 [référence INCADAT : HC/E/UKe 20] a considéré que les économies du parent qui avait emmené l'enfant étaient suffisantes pour faire vivre la famille pendant la durée qui intéressait la juridiction anglaise. Dès lors, il n'existait pas de risque grave que leur retour les expose à une situation intolérable au sens très strict de l'article 13(1)(b) jusqu'à l'audience devant le tribunal d'Israël, qui était le tribunal de l'État de la résidence habituelle.

<sup>361</sup> La Cour supérieure du Québec, Canada, dans l'affaire *Y.D. v. J.B.*, [1996] R.D.F. 753 (Que.C.A.) [référence INCADAT : HC/E/CA 369] a jugé que les difficultés financières n'étaient pas une raison valable pour refuser d'ordonner le retour, déclarant que « les signataires de la Convention n'envisageaient pas de protéger seulement les enfants de parents aisés et de laisser le parent sans fortune dont l'enfant a été illicitement déplacé en situation de fragilité et dans l'incapacité de demander le retour de l'enfant. ».

<sup>362</sup> Voir, par ex., le Tribunal de la famille d'Australie statuant en session plénière (*Full Court of the Family Court of Australia*) dans l'affaire *Director General of the Department of Family and Community Services v. Davis* (1990) FLC 92-182 [référence INCADAT : HC/E/AU 293] : le fait que la mère ne pouvait pas accompagner l'enfant en Angleterre pour des raisons financières était insuffisant pour déclencher l'exception de l'article 13(1)(b).

**Sécurité sociale** : Prendre en compte les droits qu'aura ou n'aura pas le parent ayant emmené l'enfant à des allocations ou à une aide sociale versées par l'État requis ou par l'État de la résidence habituelle<sup>363</sup>. S'il peut y prétendre, examiner également si sa dépendance à l'égard d'allocations ou d'aides sociales sera insuffisante pour déclencher l'application de l'article 13(1)(b)<sup>364</sup>.

*Protection de l'enfant pendant la procédure de retour (voir, supra, points A et B).*

*Médiation (voir, supra, point C).*

*Appréciation des informations ou des preuves produites eu égard au risque grave allégué*

**Éviter tout retard indu** lié à la demande, à la collecte ou à la réception d'informations ou de preuves complémentaires (voir, supra, point D).

**Informations et preuves spécifiques** : Étudier l'opportunité de donner la priorité en particulier aux rapports et documents existants relatifs à la situation au regard des lois sur l'immigration, à la situation financière et à l'emploi.

**Procédures accélérées** (voir, supra, point E).

**Interprétation restrictive de l'article 13(1)(b)** (voir, supra, point F). Tenir compte du fait qu'en général, des conditions de vie plus favorables dans l'État requis que dans l'État de la résidence habituelle ne sont pas une considération pertinente, sauf circonstances exceptionnelles, par exemple lorsque l'enfant serait sans domicile ou ne pourrait pas bénéficier des aides sociales.

**Rapport d'expert** (voir, supra, point G).

*Étude des mesures adéquates et efficaces pour protéger l'enfant au retour*

**Existence de mesures adéquates et efficaces** (voir, supra, point I).

**Mesures reconnues et exécutoires** (voir, supra, point J).

*Recours au RIJH, aux communications judiciaires directes et à l'assistance des Autorités centrales ou d'autres autorités*

**RIJH et communications judiciaires directes** (voir, supra, point L).

**Autorités centrales et autres autorités** (voir, supra, point M).

<sup>363</sup> La Cour d'appel de Nouvelle-Zélande dans l'affaire *K.M.A. v. Secretary for Justice* [2007] NZFLR 891 [référence INCADAT : HC/E/NZ 1118] a jugé qu'il était peu probable que les autorités australiennes ne fournissent pas une forme ou une autre d'aide financière et juridique spéciale si celle-ci était nécessaire.

<sup>364</sup> Voir, par ex., la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles (Royaume-Uni) dans l'affaire *Re A. (Minors) (Abduction: Custody Rights)* [1992] Fam 106 [référence INCADAT : HC/E/UKe 48] et *Re M. (Abduction: Undertakings)* [1995] 1 FLR 1021 [référence INCADAT : HC/E/UKe 20].

#### iv. Accès à la justice dans l'État de la résidence habituelle

298. Dans ce type de cas, le parent ayant emmené l'enfant ou une autre personne ou un organisme qui s'oppose au retour allègue que le parent ayant emmené l'enfant ne peut pas ou ne veut pas revenir avec l'enfant dans l'État de la résidence habituelle parce qu'il/elle n'aurait pas effectivement accès à la justice dans cet État<sup>365</sup>. Il peut être allégué, par exemple, que le parent ayant emmené l'enfant n'a pas les moyens de se faire représenter par un avocat ou que d'autres obstacles s'opposent à l'accès à un tribunal pour une procédure relative à la garde<sup>366</sup>. Il est en outre allégué qu'en cas de retour de l'enfant sans le parent qui l'a emmené, il existe un risque grave que leur séparation expose l'enfant à un danger physique ou psychique ou de toute autre manière le place dans une situation intolérable parce que le parent qui l'a emmené est celui qui en a la responsabilité principale. Dans ce contexte, il faut garder à l'esprit qu'en tant qu'instrument juridique international, la Convention de 1980 repose sur la confiance mutuelle entre les systèmes juridiques et qu'elle a été conçue pour éviter la recherche du for le plus avantageux, affirmant que le for le plus approprié pour la procédure relative à la garde est en principe l'État de la résidence habituelle de l'enfant.

299. Le tribunal devrait examiner les faits et les circonstances de chaque espèce et peut prendre en compte les considérations qui précèdent ainsi que les suivantes :

**Étudier, dès le début de la procédure, l'opportunité d'une assistance des Autorités centrales et du RIJH/des communications judiciaires directes et, si nécessaire, l'existence de mesures adéquates et efficaces pour protéger l'enfant (et, le cas échéant, le parent qui l'accompagne) à son retour (voir *infra*).**

##### **Considérations particulières**

**Obstacles à un accès rapide au système juridique de l'État de la résidence habituelle :**  
S'il est à craindre que le parent qui a emmené l'enfant n'ait pas rapidement accès à la justice, étudier l'opportunité d'une coordination avec les Autorités centrales compétentes ou de communications judiciaires directes afin de déterminer si le parent qui a emmené l'enfant aura rapidement accès à une procédure judiciaire après le retour (voir *infra*).

**Représentation par un avocat :** Le fait que le parent n'ait pas les moyens de payer pour se faire représenter a été jugé insuffisant pour déclencher l'article 13(1)(b)<sup>367</sup>. En outre, déterminer si, de même, il aurait eu les mêmes difficultés pour se faire représenter par un avocat dans une procédure interne analogue.

***Protection de l'enfant pendant la procédure de retour (voir, supra, points A et B).***

***Médiation (voir, supra, point C).***

<sup>365</sup> Voir, par ex., la Cour supérieure du Québec, Canada, dans l'affaire *Y.D. v. J.B.* [1996] R.D.F. 753 (Que.C.A.) [référence INCADAT : HC/E/CA 369]

<sup>366</sup> Voir, par ex., la Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles (division de la famille) (Royaume-Uni) dans l'affaire *F. v. M. (Abduction: Grave Risk of Harm)* [2008] 2 FLR 1263 [référence INCADAT : HC/E/UK 1116]. Dans cette affaire, la mère défenderesse prétendait qu'elle ne pourrait pas se faire représenter et que les tribunaux et les services sociaux français avaient des préjugés contre elle et n'avaient pas correctement examiné ses allégations. Entre autres motifs, la division de la famille de la Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles (Royaume-Uni) a jugé que le critère élevé exigé en vertu de la première branche de l'article 13(1)(b) n'était pas satisfait. Il n'y avait pas de difficultés de représentation ni de difficultés linguistiques et le rapport des autorités de protection de l'enfance était détaillé et impartial, comme l'étaient les décisions rendues par les tribunaux français. La Cour a souligné que la courtoisie et le respect de la politique de la Convention exigeaient de déférer aux tribunaux français qui étaient tout aussi capables de trancher sur les allégations concurrentes des parties.

<sup>367</sup> Voir, par ex., le Tribunal de la famille d'Australie à Brisbane dans l'affaire *Emmett and Perry and Director-General Department of Family Services and Aboriginal and Islander Affairs Central Authority and Attorney-General of the Commonwealth of Australia (Intervener)*(1996) 92-645 [référence INCADAT : HC/E/AU 280].

***Appréciation des informations ou des preuves produites eu égard au risque grave allégué***

***Éviter tout retard indu*** lié à la demande, à la collecte ou à la réception d'informations ou de preuves complémentaires (voir, *supra*, point D).

***Informations et preuves spécifiques*** : Étudier l'opportunité de donner la priorité en particulier aux rapports et documents existants décrivant la situation du système juridique en question.

***Procédures accélérées*** (voir, *supra*, point E).

***Interprétation restrictive de l'article 13(1)(b)*** (voir, *supra*, point F).

***Rapport d'expert*** (voir, *supra*, point G).

***Étude des mesures adéquates et efficaces pour protéger l'enfant au retour***

***Existence de mesures adéquates et efficaces*** (voir, *supra*, point I).

***Mesures reconnues et exécutoires*** (voir, *supra*, point J).

***Recours au RIJH, aux communications judiciaires directes et à l'assistance des Autorités centrales ou d'autres autorités***

***RIJH et communications judiciaires directes*** (voir, *supra*, point L).

***Autorités centrales et autres autorités*** (voir, *supra*, point M).

## **v. Impossibilité de revenir dans l'État de la résidence habituelle pour raisons médicales ou familiales**

300. Dans ce type de cas, le parent ayant emmené l'enfant ou une autre personne ou un organisme qui s'oppose au retour allègue que le parent ayant emmené l'enfant ne peut pas ou ne veut pas revenir avec l'enfant dans l'État de la résidence habituelle pour des raisons médicales ou familiales. Le parent ayant emmené l'enfant peut, par exemple, alléguer qu'un problème médical l'empêche de revenir dans l'État de la résidence habituelle ou qu'il/elle ne peut recevoir des soins suffisants que dans l'État requis ou encore qu'il/elle a fondé une nouvelle famille dans l'État requis et ne peut pas partir ; il peut ainsi alléguer que si l'enfant revient sans lui, il existe un risque grave que leur séparation expose l'enfant à un danger physique ou psychique ou de toute autre manière le place dans une situation intolérable parce que le parent qui l'a emmené est celui qui en a la responsabilité principale.

301. Le tribunal devrait examiner les faits et les circonstances de chaque espèce et peut prendre en compte les considérations qui précèdent ainsi que les suivantes :

***Étudier, dès le début de la procédure, l'opportunité d'une assistance des Autorités centrales et du RIJH/des communications judiciaires directes et, si nécessaire, l'existence de mesures adéquates et efficaces pour protéger l'enfant (et, le cas échéant, le parent qui l'accompagne) à son retour (voir *infra*).***

***Considérations particulières***

***État de santé du parent ayant emmené l'enfant*** :

- Examiner si le problème médical dont souffre le parent qui a emmené l'enfant l'empêche de revenir avec celui-ci. Étudier l'opportunité de donner en particulier la priorité aux rapports et documents médicaux existants pour apprécier si cette allévation est raisonnable et si le parent ayant emmené l'enfant a la possibilité de reprendre son traitement médical dans l'État de la résidence habituelle.

- S'il est impossible au parent ayant emmené l'enfant de revenir, examiner la nature des relations que le parent qui a emmené l'enfant et celui auquel l'enfant a été retiré ont avec leur enfant afin de déterminer si ce dernier peut être exposé à un risque grave de danger ou de toute autre manière placé dans une situation intolérable (voir, *supra*, introduction de la section 3 de cette partie).

#### État de santé psychique du parent ayant emmené l'enfant :

- Apprécier si le problème psychique allégué empêche effectivement le parent ayant emmené l'enfant de revenir avec l'enfant dans l'État de la résidence habituelle et s'il lui est possible de reprendre sa psychothérapie dans l'État de la résidence habituelle<sup>368</sup>.
- Apprécier si l'état de santé psychique du parent ayant emmené l'enfant se dégraderait en cas de retour de celui-ci et l'effet que cette dégradation aurait sur l'enfant<sup>369</sup>.
- Dans certains cas exceptionnels, une extrême dégradation de l'état de santé psychique peut exposer l'enfant à un risque grave de danger ou à une situation autrement intolérable. À titre d'exemple, les penchants suicidaires du parent<sup>370</sup> ou une psychose induite<sup>371</sup> peuvent être suffisants pour déclencher l'exception de l'article 13(1)(b). Il peut être nécessaire de vérifier le type ou la gravité d'une dépression alléguée, par exemple, en prenant l'avis d'un expert ou avec d'autres preuves médicales, par rapport à un sentiment de dépression que peut ressentir le parent ayant emmené l'enfant au vu des circonstances (par ex. un retour auquel il/elle s'opposerait)<sup>372</sup>.

#### Situation familiale :

- Si le parent ayant emmené l'enfant ne peut pas ou ne veut pas revenir, examiner la nature de la relation que lui-même et le parent auquel l'enfant a été retiré ont avec leur enfant (voir, *supra*, introduction de la section 3 de cette partie).
- Apprécier aussi si la séparation des frères et sœurs exposerait l'enfant à un risque grave de danger ou le placerait de toute autre manière dans une situation intolérable (voir, *supra*, section (2) (i)).

*Protection de l'enfant pendant la procédure de retour (voir, supra, points A et B).*

*Médiation (voir, supra, point C).*

*Appréciation des informations ou des preuves produites eu égard au risque grave allégué*

Éviter tout retard indu lié à la demande, à la collecte ou à la réception d'informations ou de preuves complémentaires (voir, *supra*, point D).

<sup>368</sup> Le tribunal de la famille d'Australie, statuant en séance plénière dans l'affaire *The Director-General, Department of Families, Youth and Community Care v. Rhonda May Bennett* [2000] Fam CA 253 [référence INCADAT : HC/E/AU 275] a admis que le parent ayant emmené l'enfant (la mère) souffrait d'un trouble de l'adaptation chronique et que ses chances de guérison seraient réduites si elle quittait l'État requis et perdait le soutien de sa famille. Il a néanmoins rejeté le constat initial du juge de première instance qui avait estimé que l'état psychologique du parent ayant emmené l'enfant empêchait son retour dans l'État de la résidence habituelle.

<sup>369</sup> Voir, par ex., la Cour suprême du Royaume-Uni dans l'affaire *Re S (a Child)* [2012] UKSC 10. Dans certains États, les tribunaux sont plus disposés à tenir compte de l'état de santé mentale d'un parent ayant emmené l'enfant si le problème dont il affirme souffrir et qui l'empêche de revenir dans l'État d'origine a été diagnostiqué avant le déplacement ou le non-retour de l'enfant. Voir, par ex., les commentaires du juge Warnick dans l'affaire australienne *DOF & P* [2003] Fam CA691, [79] – [81].

<sup>370</sup> Voir, par ex., le tribunal de la famille d'Australie, statuant en assemblée plénière, dans l'affaire *Director-General, Department of Families v. R.S.P.* [2003] FamCA 623 [référence INCADAT : HC/E/AU 544].

<sup>371</sup> Voir, par ex., la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles (Royaume-Uni) dans l'affaire *Re G (Abduction: Psychological Harm)* [1995] 1 FLR 64 [référence INCADAT : HC/E/UKe 24].

<sup>372</sup> Voir, par ex., la Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles (Royaume-Uni) dans l'affaire *P v P (Minors) (Child Abduction)* [1992] 1 FLR 155 [référence INCADAT : HC/E/UKe 157] ; et la Chambre externe (*Outer House*, première instance) de la Court of Session écossaise dans *W. v. W.* [2001] SCLR 103 [référence INCADAT : HC/E/UKs 350].

Procédure accélérée (voir, *supra*, point E).

Interprétation restrictive de l'article 13(1)(b) (voir, *supra*, point F).

Rapport d'expert (voir, *supra*, point G). Tenir compte du fait qu'un rapport d'expert pourrait être nécessaire pour distinguer entre une dépression qu'il est possible de soigner et un état de santé psychique plus grave.

*Étude des mesures adéquates et efficaces pour protéger l'enfant au retour*

Existence de mesures adéquates et efficaces (voir, *supra*, point I).

Mesures reconnues et exécutoires (voir, *supra*, point J).

*Recours au RIJH, aux communications judiciaires directes et à l'assistance des Autorités centrales ou d'autres autorités*

RIJH et communications judiciaires directes (voir, *supra*, point L).

Autorités centrales et autres autorités (voir, *supra*, point M).

## CINQUIÈME PARTIE : Développement des connaissances et partage d'expériences et de pratiques

### 1. Possibilités de formation

302. La condition préalable à une bonne application de l'article 13(1)(b) est une solide connaissance et une compréhension satisfaisante de la Convention, y compris le champ d'application de l'article 13(1)(b) et le rôle qu'il joue dans le système normatif de la Convention<sup>373</sup>. D'autre part, dans la pratique, il est souhaitable que les autorités compétentes aient une bonne connaissance du mécanisme du « retour sans danger » d'un enfant et, le cas échéant, d'un parent qui l'accompagne, y compris grâce aux outils tels que le Réseau international de juges de La Haye (RIJH), les communications judiciaires directes et le système de coopération entre les Autorités centrales.

303. Afin d'acquérir et de renforcer ces connaissances et cette compréhension, il est recommandé que les juges et les autres acteurs intervenant dans une procédure de retour se servent des sources d'informations et des aides à l'interprétation qui peuvent leur être utiles<sup>374</sup> et qu'ils prennent part aux activités, à l'échelle nationale ou internationale, visant à dispenser une formation ou à faciliter l'échange des connaissances, des expériences et des pratiques<sup>375</sup>.

304. Il est utile d'inclure dans ces activités de formation les autres autorités et personnes susceptibles d'intervenir dans le règlement de ces affaires. L'objectif est d'améliorer la compréhension et la coopération entre tous les acteurs appelés à intervenir dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b) – Autorité centrale, autorités de protection de l'enfance, psychologues et autres experts, autorités de l'immigration et du contrôle aux frontières, forces de l'ordre, praticiens privés et médiateurs.

305. Les Autorités centrales, les instituts judiciaires et les fonctionnaires d'État chargés de la mise en œuvre de la Convention devraient être informés des formations, tout comme le ou les membres désignés du RIJH, qui sont censés servir de point de contact et d'information sur la Convention de 1980 et d'autres Conventions de La Haye relatives aux enfants. Le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé peut aussi, sur demande et sous réserve de ressources disponibles, apporter son aide à la formation à la Convention de 1980 à d'autres Conventions de La Haye relatives aux enfants.

### 2. Intérêt de la concentration de la compétence

306. Une bonne pratique extrêmement efficace pour garantir une parfaite connaissance de la Convention réside dans les mesures visant à accumuler des connaissances et de l'expérience sur l'application de la Convention parmi une sélection de juges d'un État ou territoire, par exemple en concentrant les procédures de retour au sein d'un petit nombre de tribunaux (« concentration de la compétence ») ou par des arrangements spécifiques dans le corps judiciaire affectant les affaires d'enlèvement international d'enfants à une sélection de juges à tous les niveaux de juridiction<sup>376</sup>. L'attribution des affaires en vertu de la Convention de 1980 à des tribunaux et juges spécialisés contribue au développement des connaissances et de

<sup>373</sup> Voir, *supra*, première partie, sections 1 et 2, para. 32 et s.

<sup>374</sup> Voir le Guide de bonnes pratiques sur la mise en œuvre (*op. cit.* note 7), chapitre 8, qui mentionne le Rapport explicatif, la jurisprudence internationale, les rapports des réunions de la Commission spéciale et les écrits académiques.

<sup>375</sup> Voir, par ex., le Guide de bonnes pratiques sur la mise en œuvre (*ibid.*), chapitres 2.2.6, 5.2 et 10.1. Voir, par ex., le Guide de bonnes pratiques sur l'exécution (*op. cit.* note 17), chapitre 9.

<sup>376</sup> Voir le Guide de bonnes pratiques sur la mise en œuvre (*op. cit.* note 7), chapitre 5. Voir aussi, par ex., *La Lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant* (*op. cit.* note 221), tome XX, Été-Automne 2013, dans laquelle des juges évoquent leur expérience de la concentration de la compétence dans leur État.

l'expérience et à une meilleure gestion des affaires, en particulier du point de vue de la rapidité et de la cohérence.

307. Exemples de bonnes pratiques aidant les juges à acquérir et approfondir leurs connaissances et leur compréhension de l'application de l'article 13(1)(b) :

- **Consulter, pour une explication des termes et des objectifs de la Convention de 1980, y compris en ce qui concerne l'article 13(1)(b), notamment, les sources d'informations suivantes :**
  - les *Actes et documents de la Quatorzième session (1980)*<sup>377</sup>, en particulier le *Rapport explicatif*<sup>378</sup> ;
  - les *Guides de bonnes pratiques publiés par la Conférence de La Haye de droit international privé*<sup>379</sup> et les autres guides de pratiques consacrés à l'application de la Convention de 1980 ou utiles à celle-ci<sup>380</sup> ;
  - *La Lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant*<sup>381</sup> ;
  - les cahiers d'audience établis par les autorités judiciaires nationales<sup>382</sup> ;
  - les écrits académiques<sup>383</sup>.
- **Consulter la jurisprudence portant sur l'application de la Convention de 1980 (par ex. dans INCADAT ou dans d'autres bases de données)<sup>384</sup>, en particulier l'application de l'article 13(1)(b), y compris la jurisprudence nationale et la jurisprudence et les recueils de jurisprudence d'autres États et territoires, de juridictions ou d'organismes internationaux et régionaux (par ex. la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant l'article 8 de la CEDH<sup>385</sup>, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>386</sup> et les rapports de la Commission interaméricaine des droits de l'homme<sup>387</sup>).**
- **Encourager l'organisation d'activités (à l'échelle nationale et internationale) visant à dispenser une formation ou à renforcer le partage des connaissances, des expériences et des pratiques et prévoyant une séance consacrée à l'application de l'article 13(1)(b).**
- **Étudier l'opportunité de coopérer avec l'Autorité centrale ou de solliciter son assistance lors de la planification de formations ou d'activités destinées à développer le partage des connaissances, des expériences et des pratiques<sup>388</sup>.**

<sup>377</sup> Voir, *supra*, note 8.

<sup>378</sup> Les travaux préparatoires d'un traité sont une aide importante à l'interprétation ; voir le Guide de bonnes pratiques sur la mise en œuvre (*op. cit.* note 7), chapitre 8.1, qui évoque la *Convention de Vienne sur le droit des traités*.

<sup>379</sup> À ce jour, les Guides de bonnes pratiques suivants ont été publiés : « Première partie : Pratique des Autorités centrales », « Deuxième partie : Mise en œuvre », « Troisième partie : Mesures préventives », « Quatrième partie : Exécution », « Contacts transfrontières relatifs aux enfants / Principes généraux et Guide de bonnes pratiques » et « Médiation ». Tous les Guides sont disponibles à l'adresse < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) > sous la rubrique « Publications ».

<sup>380</sup> Par ex. le Guide pratique pour l'application du règlement Bruxelles II bis, (*op. cit.* note 81).

<sup>381</sup> Voir, *supra*, note 221.

<sup>382</sup> Voir, par ex., le cahier d'audience électronique publié par l'Institut national de la magistrature du Canada, voir note 119.

<sup>383</sup> Voir le Guide de bonnes pratiques sur la mise en œuvre (*op. cit.* note 7), chapitre 8.4.

<sup>384</sup> Voir le Guide de bonnes pratiques sur la mise en œuvre (*ibid.*), chapitre 8.2.

<sup>385</sup> La Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est disponible à l'adresse < <http://hudoc.echr.coe.int> >. La jurisprudence intéressant la Convention de 1980 est également présentée dans INCADAT (*op. cit.* note 6).

<sup>386</sup> La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne est disponible à l'adresse < [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu) >. Ses décisions intéressant la Convention de 1980 sont également présentées dans INCADAT (*ibid.*).

<sup>387</sup> Les rapports de la Commission interaméricaine des droits de l'homme sont disponibles à l'adresse : < [www.oas.org](http://www.oas.org) >. Ceux qui intéressent la Convention de 1980 sont également présentés dans INCADAT (*ibid.*).

<sup>388</sup> Sur le rôle de l'Autorité centrale en matière d'enseignement et de formation, voir le Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales (*op. cit.* note 17), chapitre 6.2. Voir aussi le Guide de bonnes pratiques sur la mise en œuvre (*op. cit.* note 7), chapitre 10.1, qui indique que « les Autorités centrales ou autres organes compétents sont encouragés à développer des programmes d'enseignement et de formation pour les personnes

- Étudier l'opportunité, dans le cadre de ces activités, d'une participation des autorités et des personnes susceptibles d'intervenir dans des affaires fondées sur l'article 13(1)(b) afin de faciliter la compréhension de l'application de l'exception de risque grave et pour renforcer la coopération entre tous les acteurs concernés, tels que :
  - les tribunaux,
  - l'Autorité centrale,
  - les autorités de protection de l'enfance
  - les psychologues et autres experts,
  - les autorités de l'immigration et du contrôle aux frontières,
  - les forces de l'ordre,
  - les praticiens privés et les médiateurs.
  
- Avoir à l'esprit que ces activités pourraient permettre de sensibiliser à la dynamique de la violence domestique et à ses effets sur les enfants et de discuter de l'application de la Convention de 1980 lorsque ces questions sont soulevées dans les affaires fondées sur l'article 13(1)(b)<sup>389</sup>.

---

chargées de la mise en œuvre de la Convention (juges, juristes, agences de localisation, services sociaux et autres intéressés) et résoudre les difficultés qui auraient pu survenir dans son application pratique ».

<sup>389</sup> Voir le Rapport de la Première partie de la Sixième réunion de la CS (*op. cit.* note 28), para. 108.

## ANNEXES

### Annexe 1 : Glossaire

**Affaire fondée sur l'article 13(1)(b) :**

Dans ce Guide, on entend par « affaire fondée sur l'article 13(1)(b) » une affaire d'enlèvement international d'enfants fondée sur la Convention de 1980 dans laquelle l'exception de l'article 13(1)(b) est opposée à la demande de retour de l'enfant ou des enfants.

**Communications judiciaires directes :**

Les communications judiciaires directes désignent les communications intervenant entre des juges du siège de différents États ou territoires concernant une affaire particulière<sup>1</sup>.

**Concentration des compétences :**

Les États qui « concentrent les compétences » attribuent la compétence pour connaître des demandes de retour fondées sur la Convention de La Haye à un nombre limité de tribunaux ou d'organes administratifs sur leur territoire<sup>2</sup>.

**Engagement :**

Un engagement est une promesse faite ou une garantie donnée par une personne au tribunal de faire ou de ne pas faire quelque chose. Les tribunaux de certains États et territoires acceptent, voire exigent, des engagements donnés par le parent auquel l'enfant a été retiré en ce qui concerne le retour de celui-ci. Un engagement pris formellement devant un tribunal de l'État requis dans le contexte d'une procédure de retour peut être exécutoire ou non dans l'État où l'enfant sera ramené<sup>3</sup>. Sauf s'ils peuvent être rendus exécutoires dans l'État où l'enfant sera ramené, les engagements doivent être utilisés avec prudence eu égard aux questions fondamentales du bien-être et de la sécurité d'un enfant (et, le cas échéant, du parent qui l'accompagne).

**État requérant :**

L'expression « État requérant » désigne l'État dont l'Autorité centrale ou depuis lequel un individu a déposé une demande de retour de l'enfant, sollicitant ainsi son retour en vertu de la Convention de 1980. C'est en principe l'État dans lequel l'enfant résidait habituellement avant son déplacement ou son non-retour<sup>4</sup>.

**État requis :**

L'expression « État requis » désigne l'État dans lequel l'enfant a été déplacé ou est retenu. C'est l'État dans lequel la procédure de retour est conduite<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Voir Lignes de conduite émergentes du RIJH et Principes généraux relatifs aux communications judiciaires directes (*op. cit.* note 128 de ce Guide), p. 12. Voir aussi, *supra*, para. 123 et s. de ce Guide.

<sup>2</sup> Voir, par exemple, le Guide de bonnes pratiques sur la mise en œuvre (*op. cit.* note 7 de ce Guide), chapitre 5.1. Voir aussi, *supra*, para. 306 de ce Guide.

<sup>3</sup> Ce Guide adopte la définition des « engagements » donnée dans le Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales (*op. cit.* note 17 de ce Guide), voir le glossaire p. 9.

<sup>4</sup> Voir art. 9 (« Autorité centrale requérante ») et art. 11(2) de la Convention.

<sup>5</sup> Voir art. 11(2), 12(3), 13(1), 14, 17, 20 et 24 de la Convention. Voir *supra*, para. 84 de ce Guide.

**Exception de risque grave :**

Aux fins de ce Guide, la notion d'« exception de risque grave » désigne, sauf indication contraire, l'exception prévue à l'article 13(1)(b) de la Convention de 1980, comprenant les trois aspects du risque grave qui y sont énoncés – exposer l'enfant à un danger physique psychique, ou le placer, de toute autre manière, dans une situation intolérable<sup>6</sup>.

**Garde / droit de garde :**

Sauf indication contraire, ce Guide emploie les notions de « garde » et de « droits de garde » dans une acception large eu égard aux différents sens qu'ils revêtent dans les droits internes et la jurisprudence. L'approche suivie est celle de l'article 5 de la Convention de 1980, aux termes duquel 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. De même, aux termes de l'article 3(b) de la Convention de 1996, 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, 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 ». Cependant, lorsque ce Guide fait référence au « droit de garde en vertu de la Convention de 1980 », cette expression doit s'entendre à la lumière de la nature autonome de la Convention de 1980 et de sa terminologie<sup>7</sup>.

**Maltraitance d'enfant :**

Selon la définition employée par l'État ou le territoire concerné, la notion de « maltraitance d'enfant » désigne des formes de négligence physique ou psychologique, de maltraitance ou d'attouchements sexuels sur un enfant résultant généralement d'actes ou de l'absence d'acte d'un parent ou d'une autre personne en ayant la garde. Cette définition générale est employée dans ce Guide sauf indication contraire. Voir aussi « Violence domestique et familiale ».

**Mesures de protection :**

Pour les besoins de ce Guide, les « mesures de protection », à interpréter largement, désignent un ensemble de mesures prises par le tribunal saisi de la procédure de retour (parfois en coopération avec le tribunal ou les autres autorités de l'État requérant) pour assurer le retour rapide et sans danger de l'enfant (et, le cas échéant, du parent qui a emmené l'enfant). L'expression recouvre donc les engagements (voir ci-dessus), les accords, les conditions, les ordonnances miroirs (voir ci-dessous), les ordonnances de sauf conduit (voir ci-dessous), ainsi qu'un ensemble de mesures de protection qui peuvent être rendues exécutoires en vertu de l'article 11 de la Convention de 1996.

**Ordonnance de sauf-conduit**

Une ordonnance de sauf-conduit est une ordonnance rendue dans l'État requérant en vue de préserver le bien-être de l'enfant à son retour et à laquelle les autorités de l'État requis peuvent conditionner le retour de l'enfant<sup>8</sup>.

**Ordonnance miroirs :**

Des ordonnances miroirs sont des ordonnances identiques ou similaires rendues par les tribunaux de l'État requis et de l'État requérant. Ces ordonnances deviennent exécutoires et de plein effet dans leur État respectif<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Voir, *supra*, para. 59 et s. de ce Guide.

<sup>7</sup> Voir, à cet égard, le Guide de bonnes pratiques sur les contacts transfrontières (*op. cit.* note 233 de ce Guide), chapitre 9.

<sup>8</sup> Voir N. Lowe, M. Everall QC et M. Nicholls, (*op. cit.* note 252 de ce Guide), p. 347.

<sup>9</sup> Ce Guide adopte la définition des « ordonnances miroirs » du Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales (*op. cit.* note 17 de ce Guide), voir le glossaire p. 9.

**Parent auquel l'enfant a été retiré :**

La notion de « parent auquel l'enfant a été retiré » désigne le parent qui prétend qu'un enfant a été déplacé ou retenu dans un autre État en violation de son droit de garde en vertu de la Convention de 1980. Aux termes de l'article 3 de la Convention de 1980, le « déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite » lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde effectivement exercé, « attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement », par le droit de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour. Le plus souvent, c'est un parent qui prétend que son droit de garde a été violé ; parfois, c'est une autre personne (par ex., un grand-père, une grand-mère, un beau-père, une belle-mère ou toute autre personne ayant ou non un lien de parenté avec l'enfant) ou une institution dont le droit de garde est violé par le déplacement ou le non-retour de l'enfant. Afin d'éviter de longues descriptions tout au long de ce Guide, la notion de « parent auquel l'enfant a été retiré » s'entend, sauf indication contraire, de toute autre personne, de toute institution ou de tout organisme dont le droit de garde a été violé par un déplacement ou un non-retour illicite allégué ou avéré<sup>10</sup>.

**Parent ayant emmené l'enfant :**

Dans ce Guide, le parent auquel il est reproché d'avoir déplacé ou retenu illicitement un enfant dans un autre État que celui de sa résidence habituelle est appelé « parent ayant emmené l'enfant ». Comme pour l'expression « parent auquel l'enfant a été retiré », sauf indication contraire, toute référence à l'expression « parent ayant emmené l'enfant » peut comprendre toute personne, toute institution ou tout autre organisme auquel il est reproché d'avoir illicitement déplacé ou retenu un enfant<sup>11</sup>.

**Procédure de retour :**

L'expression « procédure de retour » désigne la procédure aux fins du retour d'un enfant engagée devant l'autorité judiciaire ou administrative de l'État contractant où celui-ci a été déplacé ou est retenu<sup>12</sup>.

**Réseau international de juges de La Haye**

Le réseau international de juges de La Haye (RIJH) est un réseau de juges spécialistes en droit de la famille, qui a été constitué par la Conférence de La Haye de droit international privé pour faciliter les communications et la coopération internationales entre les juges et promouvoir le fonctionnement efficace de la Convention de 1980. De nombreux États contractants à la Convention de 1980 et plusieurs États non contractants ont désigné un ou plusieurs juges pour le RIJH afin de faciliter les fonctions de liaison judiciaire internationale, et en particulier les communications judiciaires directes<sup>13</sup>.

**Résidence habituelle :**

La Convention de 1980 ne définit pas le concept de « résidence habituelle », considéré comme une question de fait<sup>14</sup>. On considère généralement que c'est le lieu où l'enfant réside principalement, nonobstant de courtes absences, et où se trouve le centre de sa vie et de ses activités. Lorsqu'il est difficile de déterminer l'État de résidence habituelle de l'enfant (par ex., si l'enfant ne réside que depuis assez peu de temps en un lieu), les tribunaux ont élaboré des solutions pour interpréter la notion de résidence habituelle en tenant compte, par exemple, de l'intention des parents concernés et, de plus en plus, de l'intégration de l'enfant dans l'environnement social et familial<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Ce Guide adopte l'approche suivie dans le Guide de bonnes pratiques sur la médiation (*op. cit.* note 220 de ce Guide), p. 11.

<sup>11</sup> Voir, *supra*, « parent auquel l'enfant a été retiré » et note 11 de ce Guide.

<sup>12</sup> Voir art. 12(1) et, *supra*, para. 84 de ce Guide.

<sup>13</sup> Voir, *supra*, para. 125 de ce Guide sur le RIJH.

<sup>14</sup> Voir le Rapport explicatif (*op. cit.* note 8 de ce Guide), para. 66.

<sup>15</sup> Voir, par ex., dans INCADAT (*op. cit.* note 6 de ce Guide), l'analyse de la jurisprudence relative à la « résidence habituelle » réalisée par P.E. McEavey, Université de Dundee (Royaume-Uni). Pour l'évolution récente de la

**Violence domestique et familiale :**

En fonction de la définition employée dans l'État ou le territoire concerné, la notion de « violence domestique » ou « violence familiale » peut couvrir un ensemble de comportements abusifs au sein de la famille, notamment des abus physiques, psychologiques et financiers. Ces abus peuvent être dirigés contre l'enfant (« maltraitance d'enfant »), contre le partenaire (on parle alors parfois de « violences conjugales » ou de « violences contre un partenaire intime ») ou d'autres membres de la famille. Sauf indication contraire, ce Guide emploie l'expression « violence domestique » ou « violence familiale » dans cette acception large. En ce qui concerne la violence à l'égard de l'enfant, une distinction peut être opérée entre la violence indirecte et directe. La première est une violence domestique dirigée contre un parent ou d'autres membres de la famille qui, dans certaines circonstances, peut affecter l'enfant et l'exposer ainsi à ses effets<sup>16</sup>, la seconde est une violence intrafamiliale dirigée contre l'enfant lui-même. Dans ce second cas, on parle généralement de « maltraitance d'enfant »<sup>17</sup>. Les expressions « violence familiale » et « violence domestique » sont employées indifféremment<sup>18</sup>.

**Violence familiale :**

Voir supra « violence domestique ».

---

jurisprudence en ce qui concerne l'attention portée à l'intégration de l'enfant, voir, par ex., l'arrêt de la Cour suprême du Royaume-Uni dans l'affaire *In the Matter of A (Children)* [2013] UKSC 60. Voir aussi la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur la « résidence habituelle » : arrêt de la Cour (troisième chambre) du 2 avril 2009, *A.*, C-523/07, EU:C:2009:225 ; arrêt de la Cour (première chambre) du 22 décembre 2010, *Barbara Mercredi c. Richard Chaffe*, C-497/10 PPU, EU:C:2010:829 ; arrêt de la Cour (troisième chambre) du 9 octobre 2014, *C. M.*, C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268.

<sup>16</sup> Voir, par ex., section 4AB de la loi australienne de 1975 sur le droit de la famille (*Australian Family Law Act 1975*), qui dispose qu'« [a]ux fins de la présente Loi, un enfant est exposé à des violences familiales s'il voit ou entend des violences familiales ou s'il fait autrement l'expérience des effets des violences familiales » [traduction du Bureau Permanent].

<sup>17</sup> Ce Guide adopte la définition de la « violence domestique » et de la « maltraitance d'enfant » retenue dans le Guide de bonnes pratiques sur la médiation (*op. cit.* note 220 de ce Guide), voir chapitre 10, para. 261. Cette définition est très proche de celle du Doc. pré-l. No 9 de mai 2011 (*op. cit.* note 28 de ce Guide), para. 10.

<sup>18</sup> Voir Doc. pré-l. No 9 de mai 2011 (*ibid.*), para. 10.

## **Annexe 2 : Conclusions et Recommandations portant sur le retour sans danger de l'enfant et du parent accompagnateur, le cas échéant**

### **1. Conclusions et Recommandation de la Sixième réunion de la Commission spéciale (2011/2012)<sup>1</sup>**

*Faciliter le retour sans danger de l'enfant et du parent accompagnateur, le cas échéant (Conventions de 1980 et de 1996)*

39. La Commission spéciale reconnaît l'importance de l'assistance fournie par les Autorités centrales et autres autorités compétentes, en vertu des articles 7(2) *d)*, *e)* et *h)* et 13(3), pour obtenir des informations provenant de l'État requérant, comme des rapports de police, médicaux et de travailleurs sociaux, et des informations relatives aux mesures de protection et arrangements disponibles dans l'État de retour.

40. La Commission spéciale reconnaît également l'importance des communications judiciaires directes, en particulier à travers les réseaux judiciaires, afin de déterminer si des mesures de protection sont disponibles pour l'enfant et le parent accompagnateur dans l'État où l'enfant devrait être retourné.

41. Il est noté que la Convention de 1996 fournit une base de compétence, en cas d'urgence, pour prendre des mesures de protection à l'égard d'un enfant, également dans le contexte de la procédure de retour en vertu de la Convention de 1980. Ces mesures sont reconnues et peuvent être déclarées exécutoires ou enregistrées aux fins d'exécution dans l'État vers lequel l'enfant est retourné à condition que les deux États concernés soient Parties à la Convention de 1996.

42. Tenant compte de la protection de l'enfant en vertu des Conventions de 1980 et 1996, une attention particulière devrait être accordée à l'impact sur un enfant d'actes de violence commis par un parent à l'encontre de son partenaire.

[...]

62. La Commission spéciale a noté que l'appréciation de la preuve et la détermination de l'exception du risque grave (art. 13(1) *b)*), y compris les allégations de violence conjugale, relevaient exclusivement de l'autorité compétente pour décider du retour, en tenant dûment compte de l'objectif de la Convention de 1980 qui est de garantir le retour immédiat et sans danger de l'enfant.

---

<sup>1</sup> « Conclusions et Recommandations des Première et Deuxième parties de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de 1980 sur l'enlèvement d'enfants et de la Convention de 1996 sur la protection des enfants et Rapport de la Deuxième partie de la réunion ».

## 2. Conclusion et Recommandations de la Cinquième réunion de la Commission spéciale (2006)<sup>2</sup>

### *Garantir le retour sans danger des enfants*

1.1.12 La Commission spéciale réaffirme l'importance de la Recommandation 1.13 adoptée lors de sa réunion de 2001 :

*« Dans les limites fixées par les pouvoirs de leurs Autorités centrales et par les systèmes de protection juridique et sociale de leurs pays, les États contractants reconnaissent que les Autorités centrales ont une obligation en vertu de l'article 7 h de s'assurer que les organes de protection de l'enfance ont été prévenus de telle sorte qu'ils puissent agir pour protéger le bien-être de l'enfant lors de son retour, dans les cas dans lesquels sa sécurité est en question, jusqu'à ce que la compétence du tribunal approprié ait effectivement été fait valoir.*

*Il est reconnu que dans la plupart des cas, l'intérêt supérieur de l'enfant exige que les deux parents puissent participer à la procédure relative à la garde et y être entendus. Aussi, les Autorités centrales devraient-elles coopérer le plus étroitement possible pour fournir des informations sur l'assistance juridique, financière et sociale, ainsi que sur tout autre mécanisme de protection existant dans l'État requis, et pour faciliter le contact pour une période déterminée avec ces organismes de protection lorsque cela s'avère nécessaire.*

*Les moyens qui peuvent être mis en œuvre pour remplir les obligations posées par l'article 7 h) de prendre ou faire prendre des mesures nécessaires à la protection de l'intérêt de l'enfant peuvent notamment consister à :*

- a) prévenir les organes de protection ou les autorités judiciaires compétentes de l'État requérant du retour d'un enfant potentiellement en danger ;*
- b) informer l'État requis, sur sa demande, des mesures et des moyens de protection susceptibles d'être mis en œuvre dans l'État requérant dans le but d'assurer un retour sans danger de l'enfant considéré ;*
- c) encourager l'application de l'article 21 de la Convention dans le but de garantir un exercice effectif d'un droit d'accès ou de visite.*

*Il est reconnu que la protection de l'enfant peut également nécessiter dans certains cas la prise de mesures pour protéger le parent accompagnateur. »*

La Commission spéciale affirme l'importance du rôle que peut jouer l'Autorité centrale requérante en fournissant des informations à l'Autorité centrale requise sur les services ou infrastructures disponibles pour l'enfant et le parent dans l'État requérant. Cela ne devrait pas indûment retarder les procédures.

---

<sup>2</sup> « Conclusions et Recommandations de la Cinquième 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 et la mise en œuvre de 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 (30 octobre – 9 novembre 2006) ».

## **PARTIE VIII – ASSURER LE RETOUR SANS DANGER DE L'ENFANT**

### *Le recours aux mesures de protection*

1.8.1 Les tribunaux de nombreux ressorts considèrent le recours aux ordonnances, quelle que soit leur dénomination – accords, conditions, engagements par exemple – comme un instrument utile pour faciliter les modalités de retour. De telles ordonnances, limitées dans leur portée et dans le temps, réglant des problèmes à court terme, et dont la validité expire lorsque le tribunal du pays auquel l'enfant est remis a pris les mesures exigées par la situation, sont en phase avec l'esprit de la Convention de 1980.

### *Caractère exécutoire des mesures de protection*

1.8.2 Lorsqu'un tribunal envisage des mesures de protection vis-à-vis de l'enfant faisant l'objet d'une ordonnance de retour (et, le cas échéant, du parent l'accompagnant), il doit porter une attention particulière au caractère exécutoire de ces mesures dans le pays vers lequel l'enfant est retourné. Dans ce contexte, l'attention est attirée sur la valeur des ordonnances assurant le retour sans danger de l'enfant (dont les « ordonnances miroir ») rendues dans ce pays avant le retour de l'enfant, ainsi que sur les dispositions de la Convention de 1996.

### *Un possible Protocole relative aux mesures de protection*

1.8.3 Un accueil positif est donné à l'éventualité d'un Protocole à la Convention de 1980, qui donnerait un cadre juridique clair aux mesures conservatoires destinées à garantir le retour sûr de l'enfant (et, si nécessaire, du parent l'accompagnant). La valeur potentielle d'un Protocole est reconnue, toutefois sans priorité immédiate.

## **ANNEXE**

### **Considérations additionnelles relatives au retour sans danger de l'enfant**

Considérant l'importance primordiale de l'intérêt de l'enfant pour toute question relative à sa garde et de la protection de l'enfant contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites et pour assurer le retour sans danger de l'enfant, il est important d'améliorer les procédures prévues à cet effet ;

La Commission spéciale est de l'avis que les dispositions de la *Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* permettent de prendre des mesures appropriées, dans des cas particuliers, pour :

1. procéder à une tentative de médiation ou de conciliation afin d'obtenir la remise volontaire de l'enfant ou de favoriser un règlement à l'amiable du litige, de manière à ne pas retarder le retour de l'enfant ;
2. faire en sorte que l'enfant dispose de la possibilité d'être entendu, à moins que cela n'apparaisse inappropriée eu égard à l'âge et le degré de maturité de l'enfant ;
3. assurer le droit de visite et de contact, en cas de besoin, pour la durée de la procédure relative à la demande de retour de l'enfant ;
4. mettre en mesure les autorités concernées ou demander d'elles de coopérer afin d'assurer l'accès aux informations pertinentes disponibles dans les États concernés ;

5. protéger l'enfant à la suite de son retour et s'enquérir en particulier des mesures que les autorités compétentes de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour peuvent ordonner afin de protéger l'enfant après son retour ;
6. informer les autorités compétentes de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant le déplacement ou le non-retour de la procédure relative à la demande de retour et de toute décision prise à cet égard dans l'État où se trouve l'enfant ;
7. prêter assistance à la mise en œuvre des mesures de protection, approuvées par les autorités de l'État requérant et ayant pour objet de protéger l'enfant et, si nécessaire, le parent qui l'a déplacé ou retenu, à la suite du retour de l'enfant ;
8. informer, sur demande, l'Autorité centrale de l'État où le retour de l'enfant a été ordonné de la décision sur le fond du droit de garde, rendue à la suite du retour de l'enfant, dans la mesure permise par la loi de l'État où la décision a été prise.

### 3. Conclusions et Recommandations de la Quatrième réunion de la Commission spéciale (2001)<sup>3</sup>

#### *Echange d'informations*

1.8 Il est recommandé que chaque Autorité centrale publie, si possible sur son site Internet et/ou par d'autres moyens, tels qu'une brochure ou un prospectus (le choix du document d'informations appartenant à l'Autorité centrale), des informations relatives aux questions suivantes au moins :

[...]

- des informations relatives aux mesures disponibles pour la protection d'un enfant renvoyé (et, le cas échéant, du parent accompagnateur), et à la demande d'obtention d'une aide judiciaire ou du bénéfice de services juridiques pour le parent qui retourne avec l'enfant ;
- le cas échéant, des informations relatives aux juges de liaisons.

[...]

#### *Assurer le retour sans danger de l'enfant*

1.13 Dans les limites fixées par les pouvoirs de leurs Autorités centrales et par les systèmes de protection juridique et sociale de leurs pays, les Etats contractants reconnaissent que les Autorités centrales ont une obligation en vertu de l'article 7 *h* de s'assurer que les organes de protection de l'enfance ont été prévenus de telle sorte qu'ils puissent agir pour protéger le bien-être de l'enfant lors de son retour, dans les cas dans lesquels sa sécurité est en question, jusqu'à ce que la compétence du tribunal approprié ait effectivement été fait valoir.

Il est reconnu que dans la plupart des cas, l'intérêt supérieur de l'enfant exige que les deux parents puissent participer à la procédure relative à la garde et y être entendus. Aussi, les Autorités centrales devraient-elles coopérer le plus étroitement possible pour fournir des informations sur l'assistance juridique, financière et sociale, ainsi que sur tout autre mécanisme de protection existant dans l'Etat requis, et pour faciliter le contact pour une période déterminée avec ces

---

<sup>3</sup> « 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) ».

organismes de protection lorsque cela s'avère nécessaire.

Les moyens qui peuvent être mis en œuvre pour remplir les obligations posées par l'article 7 *h* de prendre ou faire prendre des mesures nécessaires à la protection de l'intérêt de l'enfant peuvent notamment consister à :

- a) prévenir les organes de protection ou les autorités judiciaires compétentes de l'Etat requérant du retour d'un enfant potentiellement en danger ;
- b) informer l'Etat requis, sur sa demande, des mesures et des moyens de protection susceptibles d'être mis en œuvre dans l'Etat requérant dans le but d'assurer un retour sans danger de l'enfant considéré ;
- c) encourager l'application de l'article 21 de la Convention dans le but de garantir un exercice effectif d'un droit d'accès ou de visite.

Il est reconnu que la protection de l'enfant peut également nécessiter dans certains cas la prise de mesures pour protéger le parent accompagnateur.

### *Questionnaire standard pour les nouveaux États adhérents*

2.3 Le questionnaire qui a été approuvé est le suivant :

...

#### *VII Services sociaux et services de protection de l'enfance*

Veillez décrire les services d'évaluation, de soins et de protection de l'enfance qui existent dans votre Etat en matière d'enlèvement international d'enfants.

Veillez indiquer les services disponibles pour la protection (si nécessaire) d'enfants dont le retour a été ordonné, ainsi que les services disponibles (incluant le conseil et la représentation juridique) pour le parent accompagnant l'enfant lors de son retour.

#### *Ordonnances permettant un retour sans danger de l'enfant (safe return orders)*

5.1 Les Etats contractants devraient envisager de mettre en place des procédures permettant d'obtenir, au sein de l'ordre juridique au sein duquel l'enfant doit être retourné, toutes mesures provisoires de protection nécessaires préalablement au retour de l'enfant.

## Annexe 3 : Dynamique de la violence domestique et normes internationales concernant les violences domestique et à l'égard des enfants

### 1. Introduction

1. Comme le souligne la section consacrée à la genèse de ce Guide (voir *supra*, para. 11 et 12), des progrès ont été réalisés, après l'adoption de la Convention de 1980, dans le domaine de la recherche en sciences sociales et des normes internationales, ainsi que dans les politiques nationales et les régimes juridiques, tant au plan de la compréhension de la nature et de la dynamique de la violence domestique et familiale que des mécanismes pour la combattre. La Sixième réunion de la Commission spéciale a relevé « qu'un grand nombre de pays traitent la question des violences conjugales et familiales comme un sujet d'une haute priorité, notamment à travers la sensibilisation et la formation »<sup>1</sup>.

2. On en sait aujourd'hui davantage sur les effets dommageables qu'a sur les enfants la violence conjugale ou à l'égard du partenaire intime. La Sixième réunion de la Commission spéciale a formulé la recommandation suivante, conforme aux constats des sciences sociales modernes et aux normes internationales en vigueur : « [t]enant compte de la protection de l'enfant en vertu des Conventions de 1980 et 1996, une attention particulière devrait être accordée à l'impact sur un enfant d'actes de violence commis par un parent à l'encontre de son partenaire »<sup>2</sup>.

3. Il faut souligner qu'on a constaté que l'enlèvement parental peut suivre un ensemble de schémas comportementaux, et que dans certaines circonstances, il peut être lui-même une forme de violence domestique (par ex., lorsqu'un parent déplace ou retient illicitement un enfant pour prolonger un comportement habituel de violence à l'égard du parent auquel l'enfant a été retiré) ou une réaction à cette violence (il peut arriver, par ex., qu'un parent « fuie » une situation de violence domestique avec un enfant)<sup>3</sup>. Chaque affaire soumise à une autorité compétente dans le cadre d'une procédure de retour fondée sur la Convention de 1980 est unique et ses faits sont particuliers.

4. Cette annexe d'information a été incorporée à ce Guide parce que la violence domestique n'est pas expressément mentionnée dans le texte de la Convention de 1980 ni dans son Rapport explicatif<sup>4</sup>, alors que c'est une question soulevée assez régulièrement dans le fonctionnement de la Convention, qui a été abordée lors de la Sixième réunion de la Commission spéciale (voir

<sup>1</sup> Rapport de la Première partie de la Sixième réunion de la CS, para. 35 (*op. cit.* note 28 de ce Guide).

<sup>2</sup> *Ibid.*, para. 42.

<sup>3</sup> Voir, par ex., J. Zorza, « The UCCJEA: What Is It and How Does It Affect Battered Women in Child-Custody Disputes? », *Fordham Urban Law Journal*, vol. 27, 1999, p. 909 ; S. Kreston, « Prosecuting Parental Kidnapping », *American Prosecutors Research Institute*, Update, vol. 11, No 4, 1998, p. 1 ; et G.L. Greif et R.L. Hegar, *When Parents Kidnap: The Families Behind the Headlines*, New York, The Free Press, 1993, p. 37 à 42. Greif et Hegar présentent deux des cinq cas types d'enlèvement, « Cas type 1 : Enlèvement par un visiteur violent » (26 % des cas dans l'échantillon de l'étude) et « Cas type 4 : Enlèvement par une personne violente qui partage la garde » (11 % de l'échantillon de l'étude) où les relations ont été marquées par la violence perpétrée par le ravisseur. J. Chiancone, « Parental Abduction: A Review of the Literature », US Department of Justice, Office of Justice Programs, p. 5, évoque des recherches qui ont constaté qu'« [e]nviron un quart des affaires [d'enlèvement] impliquaient des allégations de violence domestique contre le ravisseur, et un autre quart des allégations contre le parent auquel l'enfant avait été retiré » [traduction du Bureau Permanent].

<sup>4</sup> Voir toutefois les travaux préparatoires à la Convention de 1980 au cours desquels la Délégation britannique a précisé : « il est indispensable d'ajouter les mots « ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable » car il existe de nombreuses situations non couvertes par le concept de 'danger physique ou psychique'. Ainsi, lorsqu'un des conjoints, victime de menaces et de violences de la part de l'autre conjoint, est contraint de fuir le domicile conjugal, on pourrait arguer que l'enfant ne court aucun danger physique ou psychique, alors qu'il est clairement exposé à une situation intolérable. » [traduction du Bureau Permanent], Quatorzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé (1980), *Actes et documents de la Quatorzième session*, tome III, *Enlèvement d'enfants* (*op. cit.* note 8 de ce Guide), p. 302.

section 4 de l'Introduction de ce Guide) et que plusieurs études ont traité<sup>5</sup>.

5. Des fonctionnaires d'Autorités centrales et des travailleurs sociaux traitant des affaires d'enlèvement international d'enfants ont noté à titre anecdotique que le nombre limité d'exceptions possibles en vertu de la Convention pourrait expliquer l'augmentation, dans les procédures de retour, des allégations de violence domestique de la part des parents qui emmènent leur enfant, pour lesquels elles seraient une technique contentieuse ou une tactique dilatoire. C'est à l'autorité compétente saisie de l'affaire qu'il revient d'apprécier le fond, la véracité et la gravité des allégations éventuelles dans la mesure nécessaire, dans les limites des procédures fondées sur l'article 13(1)(b) (voir ci-dessous) et en tenant dûment compte de la nécessité de célérité de la procédure.

6. Cette annexe présente, à l'intention des autorités compétentes et des autres acteurs du système, à titre d'information générale sur les affaires où la violence domestique s'avère être un facteur, une introduction à la dynamique de la violence domestique (section 2) et aux normes juridiques régionales et internationales pertinentes (section 3 et 4), qui peuvent aussi avoir des incidences générales sur la protection des enfants contre les formes de violence intrafamiliale. Des exemples de normes internationales peuvent être utiles dans le contexte de la mise en œuvre, par les États, de mécanismes visant à garantir la protection des victimes de violences domestiques et familiales, qui peuvent être d'importance vitale pour empêcher les individus de fuir un État ou un territoire, et apporter une assistance et une protection s'ils doivent y revenir. Un exemple d'outil d'évaluation des dangers et des risques (en ce qui concerne le risque de dommages corporels graves ou de létalité) employé dans certains États pour certaines situations de violence domestique est également présenté (section 5). Il faut souligner que de manière générale, cette annexe ne donne que quelques informations générales provenant de sources sélectionnées<sup>6</sup>.

7. Lorsque des allégations de violence domestique sont soulevées dans le contexte d'une affaire fondée sur l'article 13(1)(b), il revient à l'autorité judiciaire ou à l'autre autorité compétente saisie de la procédure de retour de procéder à un examen rapide et approprié de ces allégations et de déterminer, le cas échéant, si les allégations étayées sont telles qu'elles pointent un risque grave pour l'enfant<sup>7</sup>. Les outils de coopération internationale, tels ceux qui concernent le recueil d'informations ou de preuves et l'évaluation de la disponibilité de mesures de protection efficaces lorsqu'elles sont nécessaires, le recours aux mécanismes de coopération entre les Autorités centrales et le RIJH, etc., décrits dans ce Guide aideront les autorités compétentes à statuer sur la base des faits de l'espèce, dans le cadre interprétatif de la Convention.

---

<sup>5</sup> Voir, par ex., J.L. Edleson *et al.*, *Multiple Perspectives on battered mothers and their children fleeing to the United States for safety: A study of Hague Convention cases* (Final Report National Institute for Justice #2006-WG-BX0006), novembre 2010, disponible à l'adresse suivante : <[https://gspp.berkeley.edu/assets/uploads/page/HagueDV\\_final\\_report.pdf](https://gspp.berkeley.edu/assets/uploads/page/HagueDV_final_report.pdf)> (consulté le 7 juin 2017), étude dans le cadre de laquelle des entretiens approfondis ont été réalisés avec des « mères qui avaient emmené leur enfant », des avocats et des « spécialistes » et 47 affaires américaines publiées dans laquelle des violences domestiques étaient alléguées ont été analysées.

<sup>6</sup> Il est recommandé que les autorités compétentes et, le cas échéant, les autres acteurs du système, lorsqu'ils sont confrontés à des questions de violence domestique ou d'autres allégations d'abus grave (comme des abus sexuels contre un enfant), se tournent, selon le cas, vers des ressources nationales et internationales spécialisées, y compris les soutiens et l'expertise spécifiques qui peuvent être accessibles en général ou dans une affaire particulière dans leur État ou territoire.

<sup>7</sup> Rapport de la Première partie de la Sixième réunion de la CS, para. 13 (*op. cit.* note 28 de ce Guide) : « La Commission spéciale souligne à nouveau que : (a) dans l'exercice de leurs fonctions en ce qui concerne l'acceptation des demandes, les Autorités centrales devraient respecter le fait que l'évaluation des questions de faits et de droit (telles que la résidence habituelle, l'existence d'un droit de garde, ou les allégations de violence conjugale) est, en général, une question réservée au tribunal ou l'autorité compétente qui statue sur la demande de retour. »

8. La Sixième réunion de la Commission spéciale a insisté, comme ce Guide l'a souligné, sur le fait que les autorités compétentes devraient garder à l'esprit la portée limitée des procédures de retour et de l'exception de l'article 13(1)(b), notant que :

« Lorsque l'article 13(1) b) de la Convention de 1980 est invoqué en relation avec des faits de violence conjugale ou familiale, les allégations de violence conjugale ou familiale et les risques éventuels pour l'enfant devraient être examinés rapidement et de manière appropriée dans la mesure exigée par les objectifs de cette exception<sup>8</sup> ».

9. Comme l'a souligné la Sixième réunion de la Commission spéciale, les procédures fondées sur l'article 13(1)(b) ont une portée bien plus étroite que les procédures internes, et il y a lieu de rester centré sur l'évaluation du risque grave pour l'enfant (voir, notamment, Première partie, section 2 de ce Guide). Les informations générales présentées ci-dessous seront en principe particulièrement utiles dans des procédures internes relatives à la garde ou d'autres procédures nationales pertinentes, notamment en droit de la famille, et ne le sont pas nécessairement pour toutes les affaires fondées sur l'article 13(1)(b) dans lesquelles des violences domestiques ou familiales sont alléguées ; les autorités compétentes doivent apprécier chaque affaire au cas par cas.

## 2. Dynamique de la violence domestique

### a) Définition de la violence domestique et recherches sur la dynamique particulière de ce phénomène

10. En fonction de la définition retenue, le terme « violence domestique » peut recouvrir de multiples aspects des abus intrafamiliaux. Ces abus peuvent être physiques, psychologiques, sexuels ou financiers ; ils peuvent être dirigés contre l'enfant (« maltraitance d'enfant ») ou contre un partenaire intime (on parle alors parfois de « violence conjugale » ou de « violence à l'égard du partenaire intime ») ou d'autres membres de la famille<sup>9</sup>. Sauf indication contraire, ce Guide emploie le terme « violence domestique »<sup>10</sup> dans l'acception large décrite dans ce paragraphe, et de manière interchangeable avec le terme « violence familiale ».

11. Comme il est précisé plus haut, la littérature académique a affirmé que l'enlèvement parental peut être à la fois une réaction à la violence domestique (par ex., dans certains cas, un parent peut « fuir » une situation de violence domestique avec un enfant) et une forme de violence domestique (par ex., lorsqu'un parent emmène un enfant pour prolonger un comportement habituel de violence à l'égard du parent auquel l'enfant a été retiré)<sup>11</sup>. Chaque affaire est particulière.

<sup>8</sup> *Ibid.*, para. 36.

<sup>9</sup> Pour un exemple d'itération contemporaine d'une définition aussi étendue de la violence domestique en droit interne, comprenant les abus physiques, sexuels et psychiques à l'égard de tous ceux qui sont dans une « relation domestique », voir la Loi néozélandaise No 86 de 1995 sur la violence domestique (*New Zealand Domestic Violence Act 1995 No 86*) (version en vigueur au premier mars 2017), Loi d'intérêt général (disponible à l'adresse suivante : < <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1995/0086/latest/DLM371926.html> > (consulté le 21 avril 2017)). L'art. 3(b) de la *Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique* (adoptée le 7 avril 2011) contient une définition analogue de la violence domestique : « tous les actes de violence physique, sexuelle, psychologique ou économique qui surviennent au sein de la famille ou du foyer ou entre des anciens ou actuels conjoints ou partenaires, indépendamment du fait que l'auteur de l'infraction partage ou a partagé le même domicile que la victime ».

<sup>10</sup> Il est à noter que dans certains États ou territoires, le terme « violence domestique » désigne majoritairement la « violence conjugale » ou « la violence à l'égard du partenaire intime ».

<sup>11</sup> Voir *supra*, note 3 de ce Guide.

12. En outre, d'après les recherches actuelles, « on sait que le degré de violence varie considérablement d'une famille à l'autre » et des chercheurs ont suggéré une approche possible, fondée sur la littérature en sciences sociales, qui permettrait d'établir si l'exposition d'un enfant à des violences familiales pourrait atteindre le niveau auquel elle représenterait un « risque grave » de danger pour l'enfant en vertu de l'exception de l'article 13(1)(b) de la Convention de 1980<sup>12</sup>.

13. Chamberland et Bala ont proposé une liste non exhaustive de facteurs, que les tribunaux pourraient souhaiter prendre en compte lorsqu'ils « apprécient l'importance, pour une affaire fondée sur la Convention de La Haye, d'un constat de violence domestique et d'existence d'un risque grave de danger pour l'enfant »<sup>13</sup> :

- « nature des violences :
  - actes, fréquence, blessures ;
  - profil : intensification ou fait isolé ? Violence mutuelle ou contrôle coercitif ?
  - probabilité de récurrence ;
- effet des violences sur la victime (par ex. sur la capacité parentale de la personne qui a principalement la charge de l'enfant) ;
- effet des violences sur les enfants :
  - les enfants ont-ils été témoins de violences ?
  - ont-ils également été victimes de violences ?
  - leur condition physique, leur état psychologique et leur bien-être ont-ils souffert de ce à quoi ils ont été exposés ?
  - et surtout, comment cette situation se traduit-elle – le cas échéant – en un « risque grave de danger » si leur retour dans l'État de résidence habituelle était ordonné ?
- Quelles sont les ressources qui permettent de protéger la victime et les enfants dans l'État de résidence habituelle (par ex., dispositifs de visite supervisée) ?
- L'auteur des violences est-il réceptif aux interventions thérapeutiques disponibles, à supposer qu'il ait accepté sa responsabilité et cherche à se faire aider ?
- Respecte-t-il les décisions de justice ?
- Suscite-t-il des préoccupations relatives à sa santé mentale ou à sa toxicomanie ? »

14. La plupart des recherches indiquent que, si toute personne peut être victime de violence domestique ou familiale, les femmes constituent la majorité des victimes de violences à l'égard d'un partenaire intime, et ces violences engendrent pour elles un traumatisme plus grave<sup>14</sup>. On a observé qu'en raison d'inégalités socioéconomiques ou d'autres phénomènes discriminatoires, la victimisation des femmes au sein de la famille peut être encore aggravée et compliquée (par ex., lorsqu'elles sont socialement et économiquement dépendantes d'un conjoint violent)<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Voir S. Shetty et J.L. Edleson, « Adult Domestic Violence in Cases of International Parental Child Abduction », *Violence Against Women*, vol. 11, 2005, p. 115 à 138, p. 128.

<sup>13</sup> [traduction du Bureau Permanent], N. Bala et J. Chamberland, « Family Violence and Proving "Grave Risk" for Cases Under the Hague Convention Article 13(b) », Draft background paper for the Working Group on a Guide to Good Practice on Article 13(1)(b) of the Hague Convention on Child Abduction, *Queen's University Legal Research Paper No. 2017-091*, janvier 2015, disponible à l'adresse suivante : < [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2987207](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2987207) > (consulté le 20 juin 2017), p. 4 et 5.

<sup>14</sup> Pour une analyse des débats statistiques, voir S. Hamby, « The Gender Debate About Intimate Partner Violence: Solutions and Dead Ends », *Psychological Trauma: Theory, Research, Practice, and Policy*, 2009, vol. 1, No 1, p. 24 à 34. Le préambule de la *Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique* (*supra*, note 9 de cette annexe) reconnaît que « la violence domestique affecte les femmes de manière disproportionnée et que les hommes peuvent également être victimes de violence domestique ».

<sup>15</sup> L'Organisation mondiale de la santé note que la violence à l'égard des femmes « est à la fois une conséquence et une cause de l'inégalité des sexes » et que parmi les facteurs qui exposent au risque de violence domestique dans la vie d'une femme peuvent figurer son niveau d'instruction, son autonomie financière, le niveau

## b) Contrôle coercitif, violences post-séparation et syndromes traumatiques

15. Les définitions modernes de la violence domestique<sup>16</sup> indiquent que certains types de violence familiale peuvent être envisagés comme « un cycle continu de comportement d'intimidation dans lequel la menace de graves violences physiques est présente et peut être exécutée dans un objectif global de contrôle du partenaire »<sup>17</sup>. Le comportement dominateur peut être également très violent sans contenir de menace de graves violences physiques. La dynamique de la violence domestique ne se borne alors pas à des incidents de violence physique ; il faut évaluer le contexte général des schémas relationnels dans lesquels des stratégies de « contrôle coercitif » sont présentes<sup>18</sup>.

16. Un juge a relevé les difficultés que ces schémas comportementaux peuvent poser aux juges ayant à connaître de problèmes de violence domestique dans le cadre de demandes de retour fondées sur la Convention de 1980 :

« [une] autre difficulté tient au déséquilibre des forces entre l'abuseur et sa victime. Le juge doit avoir cette réalité à l'esprit au moment de demander à la victime si les engagements pris par le conjoint la rassurent quant à sa sécurité ; le juge doit être conscient de l'intimidation dont les victimes – particulièrement celles qui n'ont pas d'avocats – peuvent avoir été l'objet de la part de leurs conjoints<sup>19</sup>. »

17. D'autres chercheurs ont suggéré que la violence domestique est un « phénomène différencié » et qu'elle peut comprendre, outre la « violence coercitive », ce qu'on pourrait appeler la « violence de couple situationnelle ou ordinaire » et « la violence engendrée par la séparation », la probabilité d'intensification ou de reproduction de ces deux dernières formes de violence étant moindre<sup>20</sup>. Cependant, alors que certains experts jugent utile d'établir une typologie, d'autres pensent qu'une compartimentation rigide des types de violence n'est pas fiable et peut être dangereuse si on postule que certains types de violence génèrent un risque grave et d'autres non. Il importe d'examiner soigneusement dans chaque affaire les allégations qui sont faites et leur crédibilité, ainsi que les mesures de protection possibles dans l'État de résidence habituelle, eu égard au risque de danger allégué.

18. On a également observé que des conjoints ou partenaires violents peuvent se servir des procédures en justice pour contrôler et déstabiliser un peu plus un partenaire intime, par exemple en introduisant et poursuivant de longues procédures relatives au droit de garde, au

---

d'autonomie et de soutien social ainsi que l'attitude envers le statut des femmes qui prévaut dans sa culture et son environnement social. *Étude multipays de l'OMS sur la santé des femmes et la violence domestique à l'égard des femmes : Premiers résultats concernant la prévalence, les effets sur la santé et les réactions des femmes*, Genève, Organisation mondiale de la santé (OMS), 2005, p. viii et p. 9.

<sup>16</sup> Veuillez noter que cette sous-section emploie une définition de la violence domestique qui couvre principalement les « violences à l'égard d'un partenaire intime » ou les « violences conjugales ».

<sup>17</sup> [traduction du Bureau Permanent], voir M.A. Dutton et L.A. Goodman, « Coercion in intimate partner violence: Toward a new conceptualization », *Sex Roles*, vol. 52 (2005), p. 743 à 756 ; et E. Stark, *Coercive control: The entrapment of women in personal life*, New York : Oxford University Press, 2007.

<sup>18</sup> *Ibid.* Voir aussi l'étude de l'OMS, *supra*, note 15 de cette annexe, p. 11, pour une description des types de « comportement dominateur » qui peuvent s'inscrire dans un tableau général de violence à l'égard du partenaire intime. Certains États ou territoires ont pénalisé le contrôle coercitif ou le comportement dominateur ; voir par ex., section 76 de la loi britannique de 2015 sur les crimes les plus graves (*Serious Crime Act 2015*).

<sup>19</sup> Juge J. Chamberland, « Violence conjugale et enlèvement international d'enfants : Quelques pistes de réflexion », *La Lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant*, vol. X, automne 2005, p. 72, disponible sur le site web de la Conférence de La Haye à l'adresse < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) > sous les rubriques « Publications », puis « Lettre des juges ». Voir aussi S.L. Miller et N.L. Smolter, « "Paper Abuse": When All Else Fails, Batterers Use Procedural Stalking », *Violence Against Women*, vol. 17, 2011, p. 637 à 650 ; et M. Przekop, « One More Battleground: Domestic Violence, Child Custody, and the Batterers' Relentless Pursuit of their Victims Through the Courts », *Seattle Journal for Social Justice*, vol. 9, 2011, p. 1053 à 1106.

<sup>20</sup> [traduction du Bureau Permanent], voir N. Bala et J. Chamberland (*op. cit.* note 13 de cette annexe), p. 2 et 3.

droit de visite ou à d'autres aspects<sup>21</sup>. Cette dynamique de ce qu'on pourrait appeler l'« intimidation par les poursuites » peut être particulièrement dommageable pour l'époux ou le partenaire (et indirectement ou directement aussi pour un enfant) s'il y a un écart important entre les ressources juridiques et financières des deux parents ou si le défendeur n'a pas de soutien familial et social<sup>22</sup>.

19 La littérature des sciences sociales relève aussi des formes potentiellement continues de représailles exercées par un conjoint ou partenaire violent qui peuvent être observées lorsque la victime prend des dispositions pour échapper à une relation violente. Les études ont noté que c'est directement après avoir fui une situation de violence (en demandant le divorce ou en quittant la résidence familiale par ex.), que la victime de violences peut courir le plus de risques d'être gravement blessée ou même tuée par un partenaire violent<sup>23</sup>. Une dynamique similaire peut être à l'œuvre au moment du départ d'un parent ou à son retour s'il s'est enfui à l'étranger pour assurer sa sécurité<sup>24</sup>.

20 Enfin, les effets psychosociaux de phénomènes tels que le syndrome de stress post-traumatique du parent (et de l'enfant) victime de violence peuvent nuire à la crédibilité de sa déposition devant un tribunal, aussi bien en qualité de défendeur que de témoin, ainsi qu'à l'existence ou à l'inexistence d'un ensemble de preuves sur la base desquelles évaluer les allégations de violence domestique (par ex., le délai de signalement ou l'absence de signalement d'incidents de violence domestique à la police pourrait être causé par un manque de réceptivité des fonctionnaires de police, l'intimidation, le manque d'autonomie, l'« impuissance acquise » due aux violences ou des cultures de secret entourant la violence domestique)<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> Voir J. Zorza (*op. cit.* note 3 de cette annexe), p. 920 ; et C. Bruch, « The Unmet Needs of Domestic Violence Victims and Their Children in Hague Child Abduction Cases », *Family Law Quarterly*, vol. 38, 2004, p. 541.

<sup>22</sup> *Ibid.*, et voir aussi M. Freeman, *International Child Abduction: The Effects*, 2006, The Reunite Research Unit, Leicester, p. 39.

<sup>23</sup> Voir les nombreuses sources de recherche citées dans Bruch (*op. cit.* note 21 de cette annexe), p. 541 et 542. Voir aussi, pour plus d'informations sur la violence post-séparation, D.A. Brownridge, « Violence against women post-separation », *Aggression and Violent Behavior*, vol. 11, 2006, p. 514 à 530 ; C. Humphreys et R.K. Thiara, « Neither justice nor protection: women's experiences of post-separation violence », *Journal of Social Welfare and Family Law*, vol. 25, 2003, p. 195 à 214.

<sup>24</sup> *Ibid.* et voir J.L. Edleson *et al.* (*op. cit.* note 5 de cette annexe), p. ix, pour un résumé des principaux constats indiquant que le comportement des partenaires ou des conjoints dont font état les défendeurs dans des procédures de retour fondées sur la Convention de La Haye de 1980 est conforme aux constats de la littérature des sciences sociales concernant la violence post-séparation.

<sup>25</sup> Voir J.G. Long, *Introducing Expert Testimony to Explain Victim Behavior in Sexual and violence domestique Prosecutions*, National District Attorneys Association, American Prosecutors Research Institute, août 2007 ; M.L. Schuster, *Victim Advocacy in the courtroom: persuasive practices in domestic violence and child protection cases*, Boston, Northeastern University Press, 2011 ; et K.L. Scheppele, « Just the Facts, Ma'am: Sexualized Violence, Evidentiary Habits, and the Revision of Truth », *New York Law School Law Review*, vol. 37, 1992, p. 123 à 172. Voir aussi Edleson *et al.*, *ibid.*, qui décrit les difficultés rapportées par les défendeurs dans le cadre de demandes de retour fondées sur la Convention lorsqu'ils cherchent de l'aide ou réunissent des éléments de preuves dans l'État requérant. Dans un discours récent, le Procureur général du Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles) citait des statistiques indiquant que « [I]es femmes sont victimes de 35 faits de violence domestique en moyenne avant de signaler un incident à la police », (K. Starmer QC, « Domestic Violence: the facts, the issues, the future », disponible à l'adresse suivante : < [http://www.cps.gov.uk/news/articles/domestic\\_violence\\_-\\_the\\_facts\\_the\\_issues\\_the\\_future/](http://www.cps.gov.uk/news/articles/domestic_violence_-_the_facts_the_issues_the_future/) > (consulté le 21 avril 2017)).

### 3. Effets de la violence domestique sur les enfants

#### a) Convention relative aux droits de l'enfant (CNUDE)

21. La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, adoptée à New York le 20 novembre 1989 (la « CNUDE »)<sup>26</sup>, contient des dispositions claires qui obligent les États à lutter contre « les déplacements et les non-retours illicites d'enfants à l'étranger » (art. 11(1)) et à empêcher l'enlèvement d'enfants « sous quelque forme que ce soit » (art. 35), et qui affirment le droit de l'enfant d'entretenir, « sauf circonstances exceptionnelles, des relations personnelles et des contacts directs réguliers avec ses deux parents » lorsque ceux-ci résident dans des États différents (art. 10(2)).

22. Elle dispose en outre en son article 19(1) que les États parties « prennent toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle [...] ». L'Observation générale No 13 du Comité des droits de l'enfant précise que la « violence mentale » comprend « l'exposition à la violence familiale »<sup>27</sup>.

#### b) Liens entre violence domestique et maltraitance d'enfants

23. Les recherches font état de plusieurs corrélations statistiques entre des comportements violents et destructeurs à l'égard d'un parent et à l'égard des enfants qui sont exposés à la violence domestique adulte.

24. Plusieurs études ont constaté une corrélation de 30 à 60 % entre les cas de violence conjugale et à l'égard des enfants<sup>28</sup>. Les enfants dont la famille connaît la violence domestique adulte ont donc plus de risques d'être exposés eux-mêmes à des violences physiques. La littérature a relevé des liens entre l'homicide du conjoint et de l'enfant à tel point que dans « environ un quart des cas d'homicide d'une partenaire intime par un homme violent, les enfants périssent eux aussi<sup>29</sup> ».

#### c) Traumatisme causé aux enfants par la violence domestique

25. Une étude sur la violence domestique réalisée en 2005 dans 10 pays<sup>30</sup> par l'Organisation mondiale de la santé note que : « [I]a violence à l'égard des femmes a des répercussions beaucoup plus profondes que les effets immédiats qu'elle entraîne [...] [e]lle a des conséquences dévastatrices pour les femmes maltraitées et un effet traumatisant sur ceux qui en sont témoins, en particulier les enfants<sup>31</sup> ».

<sup>26</sup> La CNUDE compte 196 États parties (disponible à l'adresse suivante : < [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&lang=fr](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=fr) >, consulté le 21 avril 2017).

<sup>27</sup> Comité des droits de l'enfant, Observation générale No 13 (2011), *Article 19 : Le droit de l'enfant d'être protégé contre toutes les formes de violence*, p. 10.

<sup>28</sup> Voir, par ex., M. Hester et L. Radford, *Domestic Violence and Child Contact in England and Denmark*, Polity Press, 1996 ; A.E. Appel et G.W. Holden, « The Co-Occurrence of Spouse and Physical Child Abuse: A Review and Appraisal », *Journal of Family Psychology*, vol. 12, 1998, p. 578 à 599 ; J.L. Edleson, « The Overlap Between Child Maltreatment and Woman Battering », *Violence Against Women*, vol. 5, 1999, p. 134 à 154.

<sup>29</sup> Voir J. Zorza (*op. cit.* note 3 de cette annexe), p. 930, citant N. Websdale, *Understanding Domestic Homicide*, Northeastern University Press, 1999, p. 179 et 180. Zorza note que Websdale a constaté que « dans 52,6 % des homicides d'enfants par un parent lorsque les deux parents avaient la charge des enfants, on savait que la femme avait été battue avant que l'enfant ne soit tué ... [et] globalement, les enfants représentent 26 % des homicides intrafamiliaux. »

<sup>30</sup> *Supra*, note 15 de cette annexe. Les pays examinés dans l'étude sont les suivants : Bangladesh, Brésil, Éthiopie, Japon, Namibie, Pérou, République unie de Tanzanie, Samoa, Serbie-et-Monténégro, Thaïlande.

<sup>31</sup> *Ibid.*, page vii.

26. Divers travaux de recherche en sciences sociales confortent ces observations et rapportent l'existence de corrélations entre l'exposition, directe ou indirecte, d'un enfant à la violence domestique et les problèmes qu'il rencontre dans son enfance et à l'âge adulte<sup>32</sup>, par exemple des taux plus élevés de comportements « agressifs et antisociaux » et « craintifs et inhibés » parmi les enfants, « de compétences sociales plus faibles » et des taux supérieurs à la moyenne « d'anxiété, de dépression, de symptômes traumatiques et de problèmes de caractère »<sup>33</sup>. On a également constaté que le niveau du traumatisme causé à l'enfant dans certaines situations de violence familiale dépend de la présence ou de l'absence d'un ensemble d'autres facteurs, dont la toxicomanie d'un des parents, la présence d'une personne protectrice qui a la charge de l'enfant ou d'autres facteurs protecteurs<sup>34</sup>.

27. La législation nationale moderne comprend des dispositions qui reconnaissent directement les préjudices causés aux enfants exposés à la violence familiale. À titre d'exemple, le droit anglais reconnaît qu'un enfant qui voit ou entend des violences domestiques relève de la protection de l'enfance, et le sens du préjudice à l'enfant a été étendu par la Loi de 2002 sur l'adoption et les enfants (*Adoption and Children Act 2002*) au « trouble subi du fait d'être témoin visuel ou auditif de mauvais traitements infligés à un tiers »<sup>35</sup>. La Loi néozélandaise de 1995 sur la violence domestique (*New Zealand Domestic Violence Act 1995*) comprend, dans sa définition des violences psychologiques à l'égard d'un enfant, le fait de l'obliger ou de le laisser assister à des faits de violence domestique ou de lui faire courir « un risque réel d'être témoin visuel ou auditif de la violence »<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> Voir T. Lindhorst et J.L. Edleson, *Battered Women, Their Children, and International Law*, Boston, Northeastern University Press, 2012 ; G.L. Carpenter et A.M. Stacks, « Developmental effects of exposure to Intimate Partner Violence in early childhood: A review of the literature », *Children and Youth Services Review*, vol. 31, 2009, p. 831 à 839 ; S.E. Evans, C. Davies et D. DiLillo, « Exposure to domestic violence: A meta-analysis of child and adolescent outcomes », *Aggression and Violent Behavior*, vol. 13, 2008, p. 131 à 140 ; D.A. Wolfe *et al.*, « The Effects of Children's Exposure to Domestic Violence: A Meta-Analysis and Critique », *Clinical Child and Family Psychology Review*, vol. 6, 2003, p. 171 à 187 ; J.L. Edleson, « Children's Witnessing of Adult Domestic Violence », *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 14, 1999, p. 839 à 870 ; J.W. Fantuzo et W.K. Mohr, « Prevalence and Effects of Child Exposure to Domestic Violence », *The Future of Children*, vol. 9, 1999, p. 21 à 32 ; G. Margolin, « Effects of Witnessing Violence on Children », in P.K. Trickett et C.J. Schellenbach (éd.), *Violence Against Children in the Family and the Community*, American Psychological Association, Washington, DC, 1998, p. 57 à 101 ; et S. Shetty et J.L. Edleson (*op. cit.* note 12 de cette annexe), p. 126 (citant, entre autres, S. Sutton, « Effects of Interparental Violence on the Psychological Adjustment and Competencies of Young Children », *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, vol. 59, 1991, p. 258 à 265 ; H.M. Hughes, « Psychological and Behavioral Correlates of Family Violence in Child Witness and Victims », *American Journal of Orthopsychiatry*, vol. 58, 1988, p. 77 à 90).

<sup>33</sup> S. Shetty et J.L. Edleson, *ibid.*

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 128.

<sup>35</sup> [traduction du Bureau Permanent], Loi de 1989 sur les enfants (*Children Act 1989*), art. 31(9). Voir aussi Sir Nicholas Wall, Président de la division des affaires familiales, *Keynote address by the President for the National Resolution Domestic Abuse Conference: « Seeking safety – the whole picture »*, 15 octobre 2010, para. 3.

<sup>36</sup> *Supra*, note 9 de cette annexe. Aux termes de la partie 1, article 3(3)(a) et (b), de la loi, il y a violence psychologique à l'égard d'un enfant lorsqu'une personne : « a) oblige un enfant à voir ou entendre ou le laisse voir ou entendre une personne avec qui l'enfant a une relation familiale subir des violences physiques, sexuelles ou psychologiques ; ou (b) met l'enfant ou laisse l'enfant être mis en situation de risque réel de voir ou d'entendre des actes de violence ».

#### 4. Violence domestique et familiale : contexte juridique national et international

28. Plusieurs pays ont eu récemment une forte activité législative et jurisprudentielle en vue de trouver des réponses plus efficaces et plus adaptées aux problèmes de violence domestique<sup>37</sup>. Plusieurs États ont reconnu, dans leur législation sur le droit d'asile ou les réfugiés, un motif possible d'asile dans la persécution basée sur le genre, laquelle peut inclure la violence domestique ou familiale<sup>38</sup>. Un rapport de 2010 du Secrétaire général des Nations unies détaille également un ensemble de développements nationaux tout autour du monde, dans le cadre de sa campagne spéciale pour mettre fin aux violences faites aux femmes<sup>39</sup>.

29. L'étude de ces développements nationaux dépasse le champ de cette annexe (même si ces développements peuvent influencer le traitement judiciaire national des questions soulevées sur le terrain de la Convention), mais il est peut-être important de souligner certaines obligations internationales essentielles des États, découlant entre autres du droit conventionnel, en ce qui concerne les problèmes de violence familiale et domestique. Les obligations notables énoncées dans la CNUDE sont présentées plus haut (voir section 3(a)), d'autres sont mentionnées ci-après<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> À titre d'exemple, un juge de la cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles (Royaume-Uni) (Président de la division de la Famille) a remarqué qu'il a fallu attendre une affaire entendue par la cour d'appel en 2000 pour que « les juges prennent vraiment toute la mesure du fléau que constitue la violence domestique » [traduction du Bureau Permanent]. Wall (*op. cit.* note 35 de cette annexe), para. 2, citant *In re L (A Child) (Contact: Domestic Violence)* ; *In re V, M and H* [2001] Fam 2006. L'Espagne a créé un système de tribunaux spécialisés pour connaître d'affaires concernant toute une série de sujets (notamment la garde des enfants) lorsque des problèmes de violence domestique sont en jeu. Loi organique 1/2004 du 28 décembre, relative aux mesures de protection intégrale contre la violence de genre (*Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*). Toutefois, cette loi ne prévoit pas de juridictions spécialisées pour connaître des affaires fondées sur la Convention de 1980.

<sup>38</sup> Ces États comprennent notamment, le Canada, l'Australie, le Royaume-Uni et les États-Unis d'Amérique. Voir L. Mendel-Hirsa, « Recent Landmark Victories in an On-Going Struggle for U.S. Immigration Law to Recognize and Fully Protect Women's Human Rights », 19 novembre 2010 (Empire Justice Center). Voir aussi les travaux du Conseil de l'Europe dans ce domaine, notamment sa nouvelle Convention, chapitre VII (*supra*, note 9 de cette annexe).

<sup>39</sup> Voir *Intensification de l'action menée pour éliminer toutes les formes de violence à l'égard des femmes*, Rapport du Secrétaire général (A/65/208, 2 août 2010). Les para. 9 à 10 et 12 à 14 présentent les détails propres aux États et territoires.

<sup>40</sup> *Convention de Vienne sur le droit des traités*, conclue à Vienne le 23 mai 1969, art. 31(3)(c). Les traités doivent être interprétés en tenant compte « de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ». Les cadres et obligations énoncés dans ces instruments régionaux et internationaux peuvent être également utiles aux législateurs qui cherchent, dans le contexte de l'enlèvement international d'enfants, à employer des mesures préventives pour soutenir et protéger les parents confrontés à des problèmes de violence domestique dans l'État requis ou dans l'État requérant en vertu de demandes fondées sur la Convention, et en ce qui concerne les questions du « retour sans danger ». Voir, par ex., *Mon enfant... Notre enfant ! Guide de prévention - Enlèvement international d'enfants*, Child Focus, Belgique, juin 2010, p. 42, qui remarque que « la violence conjugale sur une longue période peut entraîner un enlèvement d'enfants ». Disponible à l'adresse suivante :

< [http://ifm-mfi.org/sites/default/files/LIBRARY/ChildFocus\\_Guide\\_FR.pdf](http://ifm-mfi.org/sites/default/files/LIBRARY/ChildFocus_Guide_FR.pdf) > (consulté le 21 avril 2017).

### a) Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes

30. La Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979 (ci-après, la « CEDAW ») compte à ce jour 189 États parties<sup>41</sup>. Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, dans sa Recommandation générale No 12, huitième session, 1989<sup>42</sup>, a indiqué que les articles 2, 5, 11, 12 et 16 de la Convention « obligent les États parties à prendre des mesures pour protéger les femmes contre les violences de toutes sortes se produisant dans la famille, sur le lieu de travail et dans tout autre secteur de la vie sociale ».

31. Le Comité a précisé ultérieurement, dans sa Recommandation générale No 19<sup>43</sup>, que « la discrimination au sens de la Convention n'est pas limitée aux actes commis par les gouvernements ou en leur nom », mais que les États parties doivent également « prendre toutes mesures appropriées pour éliminer la discrimination pratiquée à l'égard des femmes par une personne, une organisation ou une entreprise quelconque »<sup>44</sup>. Le Comité remarque en outre que les États « peuvent être également responsables d'actes privés s'ils n'agissent pas avec la diligence voulue pour prévenir la violation de droits ou pour enquêter sur des actes de violence, les punir et les réparer »<sup>45</sup>. La Recommandation générale No 19 indique expressément, à propos de la violence familiale, qu'elle constitue « l'une des formes les plus insidieuses de violence exercée contre les femmes ...[qui] existe dans toute société » et que [« l']a dépendance économique oblige grand nombre de femmes à vivre dans des situations de violence »<sup>46</sup>.

32. Les recommandations concrètes faites aux États parties de la CEDAW contenues dans la Recommandation générale No 19 comprennent notamment les mesures suivantes : fournir aux corps judiciaires, aux agents de la force publique et aux autres fonctionnaires une formation qui les sensibilise aux problèmes des femmes ; créer des services destinés aux victimes de violences dans la famille, de viols, de violences sexuelles et d'autres formes de violence fondée sur le sexe, notamment refuges, personnel médical spécialement formé, services de réinsertion et de conseils ; sanctions pénales si nécessaire et recours civils en cas de violence dans la famille ; services visant à assurer la sûreté et la sécurité des victimes de violence dans la famille ; programmes de réinsertion pour les personnes ayant commis des actes de violence dans la famille ; et mesures préventives, notamment des programmes d'information et d'éducation pour changer les attitudes concernant le rôle et la condition de l'homme et de la femme.

---

<sup>41</sup> Disponible à l'adresse suivante : < [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-8&chapter=4&lang=fr](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=fr) > (consulté le 21 avril 2017).

<sup>42</sup> Disponible à l'adresse suivante : < <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-fr.htm> > (consulté le 21 avril 2017).

<sup>43</sup> Onzième session 1992; disponible à *ibid.*

<sup>44</sup> *Ibid.*, Recommandation générale No 19, para. 9.

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> *Ibid.*, para. 23.

## b) Résolutions récentes de l'Assemblée générale des Nations Unies et autres activités des Nations Unies dans le domaine de l'élimination de la violence à l'égard des femmes

33. L'Assemblée générale des Nations Unies a fait un nombre important de Déclarations<sup>47</sup> (notamment une Déclaration portant exclusivement sur la violence domestique<sup>48</sup>) et d'autres actions ont été menées pour l'élimination des violences faites aux femmes dans toutes les parties du monde, au rang desquels on peut citer une campagne intitulée « Tous unis pour mettre fin à la violence à l'égard des femmes<sup>49</sup> » menée de 2008 à 2015 par le Secrétaire général, plusieurs rapports du Secrétaire général à l'attention de l'Assemblée générale sur ce problème<sup>50</sup>, et une base de données mondiale du Secrétaire général concernant l'étendue, la nature et les conséquences de toutes les formes de violence visant les femmes, ainsi que l'impact et l'efficacité des politiques et des programmes destinés à combattre cette violence, y compris les meilleures pratiques en la matière<sup>51</sup>.

## c) Normes régionales : Convention latino-américaine et Conseil de l'Europe

34. La *Convention interaméricaine de 1994 pour la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme* (« Convention de Bélem do Pará »), élaborée sous les auspices de l'Organisation des États américains, porte spécifiquement sur la violence exercée contre les femmes et a été ratifiée par 32 États<sup>52</sup>. Son champ d'application couvre la sphère privée (art. 1) et la violence « physique, sexuelle ou psychique » (art. 2), notamment dans la « famille ou dans le ménage ou dans toute autre relation interpersonnelle » (art. 2(a)). La Convention affirme que la femme a droit « à un recours simple et rapide devant les tribunaux compétents en vue de se protéger contre les actes qui violent ses droits » (art. 4(g)).

35. La *Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique*, ouverte à la signature le 11 mai 2011, a notamment pour but « de protéger les femmes contre toutes les formes de violence, et de prévenir, poursuivre et éliminer la violence à l'égard des femmes et la violence domestique » (art. 1(a)) et « de promouvoir la coopération internationale en vue d'éliminer la violence à l'égard des femmes et la violence domestique » (art. 1(d)). Elle énonce, entre autres, les obligations qui pèsent sur les États d'agir avec la diligence voulue « afin de prévenir, enquêter sur, punir, et accorder une réparation pour les actes de violence [...] commis par des acteurs non étatiques » (art. 5(2)), les mesures à prendre par les Parties en matière de politiques intégrées et de collecte des données (chapitre II), de prévention (chapitre III), de protection et de soutien (chapitre IV), de droit matériel couvrant un ensemble de domaines (chapitre V), d'enquêtes, de poursuites, de droit procédural et de mesures de protection (chapitre VI), de migration et d'asile (chapitre VII), de coopération internationale (chapitre VIII) et de mécanismes de suivi afin de garantir une mise en œuvre effective de la Convention (chapitre IX).

<sup>47</sup> Voir, par ex., *Intensification de l'action menée pour éliminer toutes les formes de violence à l'égard des femmes*, (A/RES/63/155, 18 décembre 2008).

<sup>48</sup> *Élimination de la violence familiale à l'égard des femmes* (A/RES/58/147, 22 décembre 2003).

<sup>49</sup> Disponible à l'adresse suivante : < <http://www.unwomen.org/fr/what-we-do/ending-violence-against-women/take-action/unite> > (consulté le 21 avril 2011).

<sup>50</sup> Voir, par ex., Assemblée générale, *Étude approfondie de toutes les formes de violence à l'égard des femmes Rapport du Secrétaire général*, 2006. A/61/122/Add.1. 6 juillet 2006. Voir aussi, pour un rapport plus récent du Secrétaire général, *supra*, note 39 de cette annexe.

<sup>51</sup> Voir < <http://evaw-global-database.unwomen.org/en> > (consulté le 21 avril 2017), pour un lien vers la Base de données mondiale sur les violences faites aux femmes.

<sup>52</sup> Disponible à l'adresse suivante : < <https://www.oas.org/en/mesecvi/docs/BelemDoPara-FRANCAIS.pdf> > (consulté le 21 avril 2017).

## 5. Outils d'évaluation des risques et des préjudices

36. L'outil d'évaluation des risques de violence domestique présenté ci-dessous est employé dans certains États et territoires dans le contexte de procédures internes, par exemple pour faciliter l'évaluation des risques de dommage corporel grave ou de décès dans les situations où la violence domestique est un facteur avéré. Cet outil est présenté dans ce Guide aux autorités compétentes et autres acteurs du système **exclusivement à titre d'information**. Il n'est pas conçu pour être appliqué directement dans le contexte des procédures de retour fondées sur l'article 13(1)(b), qui ont une portée bien plus étroite que les procédures internes (voir, notamment, Première partie, section 2, de ce Guide) et qui, aux termes de la Convention, sont ciblées sur un risque grave plus général pour l'enfant, pouvant résulter d'un ensemble de facteurs. Le risque grave pour l'enfant envisagé par l'article 13(1)(b) peut découler de formes diverses de « danger physique ou psychique » ou de toute autre « situation intolérable », c'est-à-dire qu'il ne se réduit pas seulement aux situations dans lesquelles il peut exister un risque de dommage corporel grave ou de létalité dans le contexte de la violence domestique.

37. La consultation d'outils de ce type ne devrait pas remplacer des consultations personnalisées avec les experts, si la situation le justifie, ni le recours à des ressources spécialisées dans un État ou territoire, et elle n'est pas censée se substituer à l'avis d'un expert lorsque celui-ci est jugé nécessaire dans une affaire. Cependant, savoir que ces outils existent et être informé des recherches sur lesquelles ils sont basés peut aider les autorités compétentes et les autres acteurs dans certains cas où la violence domestique est présente<sup>53</sup>. Il faut toutefois souligner, comme il est précisé dans l'exemple d'outil d'évaluation des risques présenté ci-dessous, que l'absence des facteurs indiqués n'est pas une preuve de l'absence de risque de décès ou de préjudice grave. Les autorités compétentes expérimentées notent que dans certaines situations, un risque faible peut s'intensifier rapidement et qu'il peut être difficile d'évaluer ou de prévoir la volatilité d'une relation intime<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Voir, par ex., la demande de retour ayant abouti au décès tragique d'une femme qui avait la charge principale des enfants, Cassandra Hasanovich. Le tribunal de la famille d'Australie dans l'affaire *Department of Community Services v. Hadzic* [2007] FamCA 1703, avait ordonné le retour des deux enfants en Angleterre, écartant l'exception de risque grave soulevée au titre de la violence du père à l'égard de la mère. La mère s'était enfuie avec ses deux jeunes enfants en Australie après des années de violence domestique, une injonction de non-agression (*non-molestation order*), plusieurs violations de cette injonction et une agression sexuelle commise par le père lors de la dissolution du mariage. Invoquant l'exception de l'art. 13(1)(b), la mère relata de multiples agressions physiques qui la visaient elle et ses enfants ainsi que plusieurs menaces de mort proférées par le père. Le tribunal reconnut la violence du père, mais il remarqua que la mère pouvait prendre plusieurs mesures de protection à son retour et qu'elle pouvait faire appel aux tribunaux et autorités britanniques pour l'aider à se protéger et à protéger les enfants. Il imposa également des engagements et des conditions, interdisant notamment au père de contacter la mère ou de s'en approcher. À la suite du retour des enfants et de la mère, le père viola de manière répétée ces engagements et l'injonction de non-agression antérieure, ce qui entraîna l'intervention de la police et l'installation d'une alarme d'urgence au domicile de la mère. En juillet 2008, le père fut reconnu coupable d'agression sexuelle et risquait l'expulsion. Le 29 juillet 2008, la mère demanda une escorte de police pour se rendre dans un refuge pour femmes ; cette escorte lui fut refusée et, alors qu'elle était en route vers le refuge, le père l'attaqua dans sa voiture et la tua à coups de couteau devant leurs deux enfants.

<sup>54</sup> Voir, par ex., les arrêts de la Cour Supérieure du Québec dans *P.P. c. V.V.* (16 avril 2010) QCCS 1573, *Vera Vucerakovich c. Pedrag Perisic* (8 juillet 2010) et *Vera Vucerakovich c. Pedrag Perisic* (26 octobre 2010). Dans le cadre de la procédure de retour, la Cour nota que la relation était difficile, émaillée de disputes et de coups, mais elle jugea que les deux parties étaient à l'origine des confrontations. La Cour ordonna le retour des deux enfants chez le père avec des engagements, ajoutant que le dossier montrait que le père était un bon père et qu'il n'y avait pas de preuve de violence ou d'abus à l'égard des enfants. Cependant, au retour des enfants aux États-Unis, le père ne respecta pas ses engagements et, après l'ouverture d'une procédure de divorce et l'octroi de la garde temporaire à la mère, la situation se dégrada. Au lieu de ramener les enfants, le père disparut avec eux et lorsque les forces de l'ordre tentèrent de reprendre les enfants, le père tira sur ses deux enfants, tuant son fils, âgé de 10 ans, et blessant grièvement sa fille, âgée de 12 ans.

38. L'exemple suivant, extrait d'un guide pour les juges, énumère différents facteurs pouvant aider à conclure à un risque de préjudice corporel grave ou de létalité<sup>55</sup>.

**Guide d'évaluation des risques de violence domestique à l'intention des juges**

***Guide basé sur la recherche à destination des juges du Minnesota pour tous les stades des procédures en droit de la famille, des ordonnances de protection, des procédures civiles ou pénales impliquant des violences domestiques***

Remarque : La présence de ces facteurs peut indiquer un risque élevé de dommage corporel grave ou de létalité. Toutefois, leur absence ne permet pas de conclure à l'absence de risque de létalité.

1. L'auteur présumé des violences a-t-il accès à une arme à feu ou y a-t-il une arme à feu au domicile ?
2. A-t-il déjà utilisé ou menacé d'utiliser une arme contre la victime ?
3. A-t-il déjà tenté d'étrangler ou d'étouffer la victime ?
4. A-t-il déjà menacé ou tenté de tuer la victime ?
5. La fréquence ou la gravité des violences physiques a-t-elle augmenté au cours des 12 derniers mois ?
6. L'auteur des violences a-t-il forcé la victime à avoir des rapports sexuels ?
7. A-t-il tenté de contrôler la plupart ou la totalité des activités quotidiennes de la victime ?
8. Est-il constamment ou violemment jaloux ?
9. A-t-il déjà menacé ou tenté de se suicider ?
10. La victime pense-t-elle que cette personne va de nouveau l'attaquer ou tenter de la tuer ? *Une réponse « non » n'indique pas un niveau de risque faible, mais une réponse « oui » est très importante.*
11. Y a-t-il des ordonnances de protection, des procédures pénales ou civiles pendantes ou antérieures impliquant cette personne ?

<sup>55</sup> Plusieurs études valident ces facteurs d'évaluation des risques. Voir J. Campbell *et al.*, « Intimate Partner Violence Risk Assessment Validation Study: The RAVE Study Practitioner Summary and Recommendations: Validation of Tools for Assessing Risk from Violent Intimate Partners », National Institute of Justice (décembre 2005) ; Heckert et Gondolf, « Battered Women's Perceptions of Risk Versus Risk Factors and Instruments in Predicting Repeat Reassault », *Journal of Interpersonal Violence*, vol 19, No 7, juillet 2004. Le guide d'évaluation des risques à l'intention des juges présenté ci-dessus est extrait de l'ouvrage suivant : *Domestic Violence Benchbooks: A Guide to Court Intervention*, Centre for Court Innovation, New York, Elizabeth Ling and Katie Crank, 2015.

39. Il existe d'autres types d'outils d'évaluation des risques consultables et utilisables par différentes parties, notamment les juges, les procureurs, les organisations d'aide contre la violence domestique, le personnel hospitalier, la police et les secouristes<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> Voir, par ex., « Danger Assessment », un outil validé, fondé sur la recherche, conçu pour évaluer le risque de létalité ou de quasi-létalité. Il a été élaboré en 1985 et fait l'objet d'études longitudinales depuis 20 ans. Il comporte 20 questions, notamment : « La fréquence ou la gravité des violences physiques a-t-elle augmenté au cours des 12 derniers mois ? », « A-t-il une arme à feu ? », « Est-il sans emploi ? », « A-t-il déjà utilisé une arme contre vous ou vous a-t-il déjà menacée d'une arme létale ? », « Menace-t-il de vous tuer ? », « Lui arrive-t-il d'essayer de vous étrangler ? », « Consomme-t-il des drogues ? », « Contrôle-il la plupart ou la totalité de vos activités quotidiennes ? (par ex., vous dit-il avec qui vous pouvez être amie, quand vous pouvez voir votre famille, combien d'argent vous pouvez dépenser ou quand vous pouvez prendre la voiture ?) », « Est-il violemment et constamment jaloux de vous ? », « A-t-il déjà menacé ou tenté de se suicider ? », « Menace-t-il de faire du mal à vos enfants ? », « Pensez-vous qu'il est capable de vous tuer ? », et « Est-ce qu'il vous suit, vous espionne, laisse des notes ou des messages menaçants sur le répondeur, détruit ce qui vous appartient ou vous appelle lorsque vous ne voulez pas qu'il vous appelle ? ». Voir, tout récemment, J. Campbell *et al.*, « The Danger Assessment: Validation of a Lethality Risk Assessment Instrument for Intimate Partner Femicide », *Journal of Interpersonal Violence*, vol 24, No 4, 2009 ; et J. Campbell *et al.*, « The Lethality Screen: The Predicative Value of an Intimate Partner Violence Risk Assessment for Use by First Responders », *Journal of Interpersonal Violence*, vol 32, No 2, 2017. Voir aussi « Method of Assessment of Domestic Violence Situations or Domestic Violence Method (DV-MOSAIC) », une méthode d'évaluation en ligne assistée par ordinateur, qui calcule le risque de létalité, disponible à l'adresse suivante : <<https://www.mosaicmethod.com/>>.

## **Annexe 4 : Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (CNUDE), Observation générale No. 12 (2009) « Le droit de l'enfant d'être entendu »**

*Extraits pertinents tirés de l'Observation générale No. 12.*

### **I. Introduction**

3. [...] Une pratique largement répandue, désignée par la notion générale de « participation », même si ce terme ne figure pas dans le texte de l'article 12, est apparue ces dernières années. Le terme a évolué et est maintenant largement utilisé pour décrire des processus continus, qui comprennent le partage d'informations et le dialogue entre enfants et adultes, sur la base du respect mutuel, et par lesquels les enfants peuvent apprendre comment leurs vues et celles des adultes sont prises en compte et influent sur le résultat de ces processus.

[...]

### **III. Le droit d'être entendu : un droit pour les enfants en tant qu'individus et en tant que groupe**

[...]

11. Les États parties devraient encourager l'enfant à se faire librement une opinion et devraient offrir un contexte qui permette à l'enfant d'exercer son droit d'être entendu.  
[...]
16. L'enfant a toutefois le droit de ne pas exercer son droit d'être entendu. Exprimer des opinions est un choix, non une obligation. Les États parties doivent veiller à ce que l'enfant reçoive toutes les informations et les conseils nécessaires pour prendre une décision qui serve son intérêt supérieur. [...]
21. [...] les États parties d[oi]vent adopter, que ce soit en droit ou en pratique, des limites d'âge de nature à restreindre le droit de l'enfant d'être entendu sur toutes les questions l'intéressant.
22. L'enfant a le droit «d'exprimer librement son opinion». «Librement» signifie que l'enfant peut exprimer ses opinions sans pression et peut choisir ou non d'exercer son droit d'être entendu. «Librement» signifie également que l'enfant ne doit pas être manipulé ou soumis à une influence ou des pressions indues. «Librement» est, de plus, intrinsèquement lié à la «propre» perspective de l'enfant: l'enfant a le droit d'exprimer ses propres opinions, pas l'opinion d'autrui.
23. Les États parties doivent veiller à ce que les conditions dans lesquelles l'enfant exprime son opinion tiennent compte de sa situation personnelle et sociale et à ce que le contexte permette à l'enfant de se sentir respecté et en sécurité lorsqu'il exprime librement son opinion.
24. Le Comité souligne que l'enfant ne doit pas être interrogé plus souvent que nécessaire, en particulier lorsque l'entretien porte sur des événements néfastes. L'« audition » d'un enfant est un processus difficile qui peut avoir des conséquences traumatisantes pour l'enfant.

25. La réalisation du droit de l'enfant d'exprimer ses opinions suppose que l'enfant soit informé par les personnes chargées de l'entendre et par ses parents ou tuteurs des questions à l'examen, des options qui s'offrent à lui, des décisions qui pourraient être prises et de leurs conséquences. L'enfant doit également être informé des conditions dans lesquelles il sera invité à exprimer son opinion. Ce droit à l'information est essentiel, car il est la condition préalable à la prise de décisions claires par l'enfant.

[...]

28. Les opinions de l'enfant doivent être « dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité ».

29. En obligeant les États à prendre dûment en considération l'opinion de l'enfant, eu égard à son âge et à son degré de maturité, l'article 12 indique sans équivoque que l'âge seul ne peut pas déterminer l'importance de l'opinion de l'enfant. Le degré de compréhension des enfants n'est pas lié de manière uniforme à leur âge biologique[...]. Pour cette raison, l'opinion de l'enfant doit être évaluée au cas par cas.

[...]

34. Un enfant ne peut se faire entendre efficacement si le contexte est intimidant, hostile, peu réceptif ou inadapté à son âge. La procédure doit être à la fois accessible et adaptée à l'enfant. Il faut veiller en particulier à offrir à l'enfant des informations qui lui sont adaptées et à l'aider à défendre sa cause, et prêter attention à la mise à disposition d'un personnel spécialement formé, à l'apparence des salles d'audience, à l'habillement des juges et des avocats, et à la présence de paravents et de salles d'attente séparées.

[...]

36. Le représentant de l'enfant peut être le ou les parents, un avocat, ou toute autre personne (notamment un travailleur social). [...], il existe des risques de conflit d'intérêts entre l'enfant et son représentant le plus évident (le ou les parents). [...], il est primordial que ses opinions soient transmises correctement par ce représentant à la personne chargée de rendre la décision. [...] Le représentant doit avoir une connaissance et une compréhension suffisantes des différents aspects du processus décisionnel et avoir l'expérience du travail avec les enfants.

[...]

41. Les personnes chargées d'entendre l'enfant doivent veiller à ce qu'il soit informé de son droit d'exprimer son opinion sur toute question l'intéressant et, en particulier, dans toute procédure judiciaire ou administrative, ainsi que des incidences que l'opinion qu'il aura exprimée aura sur l'issue du processus.

[...]

43. L'expérience montre que l'audition de l'enfant devrait prendre la forme d'un entretien plutôt que d'un interrogatoire. Il est préférable que l'enfant ne soit pas entendu en audience publique, mais dans des conditions de confidentialité.

[...]

45. Étant donné que l'enfant jouit du droit de voir ses opinions dûment prises en compte, le décideur doit l'informer de l'issue du processus et lui expliquer comment son opinion a été prise en considération.

[...]

134. Tous les processus dans le cadre desquels l'opinion et la participation d'un ou de plusieurs enfants sont sollicitées doivent être :
- (a) Transparents et instructifs
  - (b) Volontaires
  - (c) Respectueux
  - (d) Pertinents
  - (e) Adaptés aux enfants
  - (f) Inclusifs
  - (g) Appuyés par la formation
  - (h) Sûrs et tenant compte des risques
  - (i) Responsables.

## **Annexe 5 : Principes relatifs aux communications judiciaires directes dans des affaires particulières et garanties communément acceptées**

Les « Principes relatifs aux communications judiciaires directes dans des affaires particulières et garanties communément acceptées » sont contenus dans la publication intitulée « Lignes de conduite émergentes relatives au développement du Réseau international de juges de La Haye et Principes généraux relatifs aux communications judiciaires directes, y compris les garanties communément acceptées pour les communications judiciaires directes dans des affaires particulières, dans le contexte du Réseau international de juges de La Haye » (disponible sur le site web de la Conférence de La Haye, à l'adresse : < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, sous la rubrique « Publications »). Le texte ci-dessous en est un extrait<sup>1</sup>.

### ***Principes relatifs aux communications judiciaires générales***

Le juge membre du Réseau de La Haye est notamment chargé de recueillir des informations revêtant de l'importance pour la mise en œuvre des Conventions de La Haye et d'autres questions concernant la protection internationale d'enfants, à la fois au niveau national et international. Il veillera ensuite à transmettre ces informations en interne aux autres juges de son État et, à l'international, aux membres du Réseau.

### **3. Communications internes – au sein du système judiciaire national**

- 3.1 Le juge du Réseau de La Haye doit porter à l'attention de ses collègues de son État la législation et les Conventions concernant la protection des enfants en général, et les informer sur leur application pratique. Il peut également être amené à organiser des séminaires internes de formation pour juges et professionnels du droit ou à y participer, ainsi qu'à rédiger des articles pour publication.
- 3.2 Le juge du Réseau de La Haye est chargé de veiller à ce que les autres juges de son État qui ont à connaître d'affaires de protection internationale des enfants reçoivent La Lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant publiée par le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye. Il veille également à ce que soit portée à leur connaissance toute autre information, par exemple sur la Base de données sur l'enlèvement international d'enfants (INCADAT) de la Conférence de La Haye<sup>2</sup>, susceptible de contribuer au développement de leur expertise.

### **4. communications internes – relations avec les Autorités centrales**

Une autre fonction du juge membre du Réseau de juges de La Haye est de promouvoir des relations de travail efficaces entre tous ceux qui interviennent dans la protection internationale des enfants pour garantir l'application efficace des règles et procédures pertinentes.

- 4.1 Il est admis que les relations entre les juges et les Autorités centrales peuvent revêtir diverses formes<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Voir les Lignes de conduites relatives au RIJH et les Principes généraux sur les communications judiciaires (*op. cit.* note 128 de ce Guide), p. 12 à 16.

<sup>2</sup> Disponible à l'adresse < [www.incadat.com](http://www.incadat.com) >.

<sup>3</sup> Conclusions et Recommandations de la Cinquième réunion de la Commission spéciale (*op. cit.* note 27 de ce Guide), Conclusion et Recommandation No 1.6.4 ; Lignes de conduites relatives au RIJH et les Principes généraux sur les communications judiciaires (*op. cit.* note 128 de ce Guide), para. 27 à 29 et para. 73 sous 2 b).

- 4.2 Les Autorités centrales peuvent jouer un rôle important en soutenant les réseaux judiciaires et en facilitant les communications judiciaires directes<sup>4</sup>.
- 4.3 La qualité des relations de travail repose sur la confiance mutuelle entre les juges et les Autorités centrales.
- 4.4 L'organisation de réunions impliquant des juges et des Autorités centrales au niveau national, bilatéral, régional ou multilatéral est nécessaire à l'établissement de cette confiance ainsi qu'à l'échange d'informations, d'idées et de bonnes pratiques<sup>5</sup>.
- 4.5 Le juge du Réseau de La Haye œuvrera à la coopération en matière de protection internationale des enfants dans son État ou territoire.

## **5. Communications internationales – avec des juges étrangers et le Bureau Permanent**

- 5.1 Le juge du Réseau de La Haye encourage les autres juges de son pays à prendre part aux communications judiciaires directes, le cas échéant
- 5.2 Le juge du Réseau de La Haye peut répondre, ou faciliter l'obtention de réponses, aux demandes précises concernant la législation et les Conventions relatives à la protection internationale des enfants et leur fonctionnement sur son territoire émanant de juges étrangers<sup>6</sup>.
- 5.3 Le juge du Réseau de La Haye est chargé de veiller à ce que les jugements importants traitant des communications judiciaires directes, entre autres choses, soient envoyés aux éditeurs de la Base de données sur l'enlèvement international d'enfants (INCADAT).
- 5.4 Le juge du Réseau de La Haye pourra être invité à contribuer à La Lettre des juges sur la protection international de l'enfant publiée par le Bureau Permanent.
- 5.5 Le juge du Réseau de La Haye pourra également être encouragé à participer autant que possible aux séminaires judiciaires internationaux sur la protection des enfants.

### ***Principes relatifs aux communications judiciaires directes dans des affaires particulières et les garanties communément acceptées***

Les communications judiciaires directes sont des communications entre juges du siège, saisis d'une affaire particulière. La pratique actuelle montre que ces échanges ont surtout lieu dans le cadre d'affaires d'enlèvement d'enfants relevant de la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants. Ces communications semblent s'avérer très efficaces dans la résolution des questions pratiques concernant, par exemple, le retour des enfants et peuvent aboutir à des décisions ou transactions immédiates entre les parents devant la juridiction de l'État requis.

---

<sup>4</sup> Voir « Conclusions et Recommandations de la Conférence conjointe Commission européenne-HCCH sur les communications judiciaires directe concernant les questions de droit de la famille et le développement de réseaux judiciaires », disponibles sur le site web de la Conférence de La Haye, à l'adresse < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, sous les rubriques « Enlèvement d'enfants » puis « Communications judiciaires », Conclusion et Recommandation No 12.

<sup>5</sup> Lignes de conduites relatives au RIJH et les Principes généraux sur les communications judiciaires, (*op. cit.* note 128 de ce Guide), para. 73 sous 2 g).

<sup>6</sup> Il est important de noter que les Autorités centrales en vertu de l'art. 7 e) de la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants doivent : « [e]n particulier, soit directement, soit avec le concours de tout intermédiaire [...], prendre toutes les mesures appropriées [...] pour fournir des informations générales concernant le droit de leur État relatives à l'application de la Convention ».

Le rôle des juges du Réseau de La Haye est de recevoir, et s'il y a lieu d'orienter, les communications judiciaires provenant de l'étranger et de communiquer ou de faciliter les communications vers l'étranger. Le juge du Réseau de La Haye peut être le juge concerné par la communication ou celui qui facilite la communication entre les juges saisis d'une affaire particulière. Ces communications sont différentes des commissions rogatoires. L'obtention des preuves doit suivre les voies prévues par la loi. Un juge ne pouvant fournir assistance peut, le cas échéant, suggérer à l'autre juge de contacter l'autorité pertinente.

Les questions pouvant faire l'objet de communications judiciaires directes sont par exemple les suivantes :

- a) prévoir une audience dans un tribunal étranger :
  - i. pour rendre une décision provisoire (par ex., obligation alimentaire, mesures de protection) ;
  - ii. pour s'assurer de la disponibilité d'une audience en urgence ;
- b) déterminer si des mesures de protection pour l'enfant ou l'autre parent existent dans l'État où aurait lieu le retour de l'enfant et, le cas échéant, s'assurer de leur mise en œuvre avant qu'une décision quant au retour de l'enfant ne soit décidée ;
- c) établir si le tribunal étranger peut accepter et exécuter des engagements pris par les parties devant le tribunal d'origine ;
- d) établir si le tribunal étranger peut émettre une décision miroir (c.-à-d., même décision dans les deux juridictions) ;
- e) confirmer si le tribunal étranger a rendu une décision ;
- f) vérifier si le tribunal étranger a constaté des violences familiales ;
- g) vérifier si un transfert de compétence est approprié.

## **6. Garanties relatives aux communications**

### Principes fondamentaux

- 6.1 Tout juge intervenant dans une communication judiciaire directe doit respecter la loi de son pays<sup>7</sup>.
- 6.2 Dans ses communications, chaque juge saisi doit conserver son indépendance dans sa prise de décision concernant l'affaire en cause.
- 6.3 Aucune communication ne doit compromettre l'indépendance de la décision du juge saisi concernant l'affaire en cause.

---

<sup>7</sup> Lignes de conduites relatives au RIJH et les Principes généraux sur les communications judiciaires, (*op. cit.* note 128 de ce Guide), para. 73 sous 5*m*). Par ex., l'obtention des preuves doit suivre les voies prévues par la loi.

### Garanties procédurales communément acceptées

6.4 Dans les États contractants dans lesquels les autorités judiciaires communiquent entre elles, les garanties procédurales suivantes sont acceptées de manière générale :<sup>8</sup>

- sauf circonstances spéciales, les parties doivent recevoir une notification de la nature de la communication envisagée ;
- il faut garder trace des communications judiciaires et celles-ci doivent pouvoir être consultées par les parties<sup>9</sup> ;
- tout terme convenu doit être confirmé par écrit ;
- les parties ou leur avocat doivent avoir l'opportunité d'être présents dans certains cas, par téléconférence par exemple.

6.5 Rien dans ces garanties procédurales n'empêche un juge de suivre des règles de droit interne ou des pratiques offrant plus de latitude.

## **7. Établir la communication**

### Nécessité

7.1 Au moment d'évaluer l'utilité de s'engager dans une communication judiciaire directe, le juge devrait prendre en compte les éléments suivants : rapidité, efficacité et rentabilité.

### Moment choisi – avant ou après la décision

7.2 Les juges devraient examiner les avantages de tenir des communications judiciaires directes et le moment auquel celles-ci devraient être tenues.

7.3 Le moment de la communication est laissé à l'appréciation du juge à l'origine de la communication<sup>10</sup>.

### Prise de contact avec un juge dans une autre juridiction

7.4 Le contact initial entre les juges des différents États devrait normalement s'effectuer dans un premier temps entre deux juges du Réseau de La Haye afin de vérifier l'identité du juge saisi dans l'autre juridiction<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Le texte du Principe 6.4 découle de l'opinion des experts consultés qu'il faudrait considérer une modification de la Recommandation No 5.6 de la Quatrième réunion de la Commission spéciale, dont le texte original prévoit :

« Dans les États contractants dans lesquels les autorités judiciaires communiquent entre elles, les garanties suivantes sont acceptées de manière générale :

- les communications doivent se limiter aux questions logistiques et à l'échange d'informations ;
- les parties doivent recevoir une notification préalable de la nature de la communication envisagée ;
- les communications judiciaires doivent être enregistrées ;
- une confirmation par écrit de tout accord doit être obtenue ;
- la présence des parties ou de leur avocat est requise dans certains cas, le cas échéant par le biais de conférences par téléphone. »

<sup>9</sup> Il est à noter que les enregistrements peuvent être conservés de différentes façons comme par exemple, sous forme de transcription, d'échange de correspondance ou de note au dossier.

<sup>10</sup> Lignes de conduites relatives au RIJH et les Principes généraux sur les communications judiciaires, (*op. cit.* note 128 de ce Guide), para. 73 sous 5 n).

<sup>11</sup> *Ibid.*, sous 5 o).

- 7.5 Lors de la prise de contact avec un juge dans un autre État, la communication initiale devrait normalement se faire par écrit (voir le Principe No 8 ci-dessous) et devrait en particulier indiquer :
- a) le nom et les coordonnées du juge initiant la communication ;
  - b) la nature de l'affaire (en prenant dûment en compte les questions de confidentialité) ;
  - c) la question pour laquelle la communication est demandée ;
  - d) si les parties devant le juge initiant la communication ont consenti à ce que la communication ait lieu ;
  - e) à quel moment la communication pourrait se tenir (en prenant dûment en compte les différences de fuseaux horaires) ;
  - f) toute question spécifique pour laquelle le juge initiant la communication voudrait obtenir une réponse ;
  - g) toute autre question pertinente.
- 7.6 Le moment et l'endroit des communications entre les tribunaux doivent satisfaire les deux tribunaux. Le personnel autre que les juges de chacun des tribunaux peut librement échanger pour établir les modalités appropriées de communication sans que la participation d'avocats ne soit nécessaire, à moins qu'il n'en soit décidé autrement par l'un ou l'autre des tribunaux<sup>12</sup>.

## **8. Formes de communication et difficultés linguistiques**

- 8.1 Les juges doivent recourir aux moyens technologiques appropriés pour communiquer le plus rapidement et efficacement possible<sup>13</sup>.
- 8.2 La méthode et la langue de communication initiales doivent, dans la mesure du possible, respecter les préférences indiquées le cas échéant par le destinataire dans la liste des membres du Réseau de La Haye. Les communications suivantes devront avoir lieu en utilisant la méthode et la langue de communication initiales à moins que les juges impliqués n'en aient autrement décidé.
- 8.3 Lorsque deux juges n'ont pas de langue en commun et que des services de traduction ou d'interprétation sont nécessaires, ceux-ci peuvent être fournis soit par le tribunal, soit par l'Autorité centrale du pays où a débuté la communication.
- 8.4 Les juges du Réseau de La Haye sont encouragés à améliorer leurs connaissances des langues étrangères.

### Communications écrites

- 8.5 Les communications écrites, en particulier lors d'une première prise de contact, sont utiles car elles laissent une trace et contribuent à réduire les barrières linguistiques et de fuseau horaire.
- 8.6 Lorsque la communication écrite est une traduction, une bonne pratique consiste à transmettre aussi le message dans sa langue originale.

---

<sup>12</sup> Voir *American Law Institute*, « Directives applicables aux communications de tribunal à tribunal dans les cas transfrontaliers », annexe K dans Lignes de conduites relatives au RIJH et les Principes généraux sur les communications judiciaires, (*op. cit.* note 128 de ce Guide), recommandation No 7 d).

<sup>13</sup> **Décision (2001/470/CE) du Conseil du 28 mai 2001 relative à la création d'un réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale, art. 8, JO L 174 du 27 juin 2001, p. 25 à 31.**

- 8.7 Les communications doivent toujours préciser le nom, le titre et les coordonnées de l'expéditeur.
- 8.8 Les communications écrites doivent être rédigées en termes simples tenant compte des compétences linguistiques du destinataire.
- 8.9 Dans la mesure du possible, des mesures appropriées doivent être prises afin de garder confidentielles les informations personnelles relatives aux parties.
- 8.10 Les communications écrites doivent être transmises par les moyens de communication les plus rapides et les plus efficaces possibles et, lorsqu'il est nécessaire de transmettre des données confidentielles, il y a lieu d'employer des moyens de communication sécurisés.
- 8.11 Un accusé de réception doit toujours être adressé dès que possible et indiquer le délai dans lequel une réponse sera donnée.
- 8.12 Toutes les communications écrites doivent être dactylographiées.
- 8.13 Les communications doivent normalement avoir lieu par écrit, à moins que les juges impliqués aient l'usage de la même langue pour conduire les procédures dans leur pays.

#### Communications orales

- 8.14 Les communications orales sont encouragées lorsque les juges impliqués sont issus de pays ayant en partage l'usage de la même langue.
- 8.15 Lorsque deux juges ne parlent pas la même langue, l'un d'entre eux (ou les deux), sous réserve d'accord entre les deux juges concernés, doit avoir à sa disposition un interprète professionnel neutre capable d'interpréter dans les deux sens.
- 8.16 Les informations personnelles relatives aux parties doivent, le cas échéant, être anonymisées pour les besoins des communications orales.
- 8.17 Les communications orales peuvent se faire par téléphone ou visioconférence et, lorsqu'il est nécessaire d'aborder des informations confidentielles, ces communications doivent faire appel à un moyen de communication sécurisé.

### **9. Tenir l'Autorité centrale informée des communications judiciaires**

- 9.1 Le juge impliqué dans des communications judiciaires directes peut, le cas échéant, envisager d'informer son Autorité centrale qu'une communication judiciaire se tiendra.

D'autres informations et exemples de communications judiciaires directes sont donnés dans le « Rapport relatif aux communications entre juges concernant la protection internationale de l'enfant<sup>14</sup> ».

---

<sup>14</sup> Lignes de conduites relatives au RIJH et les Principes généraux sur les communications judiciaires, (*op. cit.* note 128 de ce Guide), para. 35 à 42 et annexes, p. 23 à 26.