

**Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence - mars 2019**

<b>Document</b>	Document préliminaire <input checked="" type="checkbox"/> Document d'information <input type="checkbox"/>	No 7 de février 2019
<b>Titre</b>	Projet révisé de Guide de bonnes pratiques sur l'article 13(1)(b) de la Convention de 1980	
<b>Auteur</b>	Bureau Permanent	
<b>Point de l'ordre du jour</b>	Point IV.1.a.i.	
<b>Mandat</b>	Conclusions et Recommandations 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) Conclusions et Recommandations Nos 5 et 6 adoptées lors du Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence de 2012	
<b>Objectif</b>	Solliciter l'approbation du Conseil en vue de la publication du Guide de bonnes pratiques sur l'article 13(1)(b)	
<b>Mesure à prendre</b>	Pour approbation <input checked="" type="checkbox"/> Pour décision <input type="checkbox"/> Pour information <input type="checkbox"/>	
<b>Annexe(s)</b>	Index des affaires citées – à insérer	
<b>Document(s) connexe(s)</b>		

**[PROJET DE] GUIDE DE BONNES PRATIQUES**  
en vertu de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de*  
*l'enlèvement international d'enfants*

**CINQUIÈME PARTIE - ARTICLE 13(1)(b)**

## APERÇU DÉTAILLÉ - GUIDE 13(1)(b)

GLOSSAIRE .....	6
INTRODUCTION .....	9
I. ARTICLE 13(1)(B) DANS LE CADRE DE LA CONVENTION DE 1980 .....	12
1. <i>Le principe : retour de l'enfant</i> .....	12
a. <i>Objet de la Convention et postulats sous-jacents</i> .....	12
i. <i>Le déplacement ou le non-retour est illicite lorsqu'il viole le droit de garde</i> .....	12
ii. <i>Tout déplacement ou non-retour illicite est nuisible à l'enfant</i> .....	12
iii. <i>Les autorités de l'État de la résidence habituelle de l'enfant sont les mieux placées pour statuer en matière de droits de garde et de visite</i> .....	12
b. <i>La décision de retour n'est pas une décision sur la garde</i> .....	13
c. <i>Procédure de retour simplifiée</i> .....	13
d. <i>Coopération entre les Parties contractantes</i> .....	13
e. <i>Obligation d'ordonner le retour immédiat de l'enfant</i> .....	14
f. <i>Nombre restreint d'exceptions à l'obligation d'ordonner le retour immédiat de l'enfant</i> .....	14
g. <i>Interprétation restrictive des exceptions</i> .....	15
2. <i>Article 13(1)(b) - interprétation de l'exception de risque grave</i> .....	15
a. <i>Trois types de « risque grave »</i> .....	15
b. <i>Risque grave pour l'enfant</i> .....	15
c. <i>Portée du « risque grave »</i> .....	16
d. <i>La nature prospective du « risque grave »</i> .....	16
II. ARTICLE 13(1)(B) EN PRATIQUE .....	18
1. <i>Examen de l'exception de risque grave</i> .....	18
a. <i>Analyse étape par étape</i> .....	18
b. <i>Mesures de protection et dispositions pratiques</i> .....	21
c. <i>Règles de procédure et d'administration de la preuve</i> .....	23
i. <i>Charge de la preuve</i> .....	23
ii. <i>Circonscrire les informations et les preuves à la question du retour</i> .....	23
iii. <i>Recevabilité des informations sur la situation sociale de l'enfant</i> .....	23

iv.	<i>Recevabilité de la demande de retour et des pièces justificatives.....</i>	<i>24</i>
2.	<i>Exemples d'allégations susceptibles d'être présentées au titre de l'article 13(1)(b) .....</i>	<i>24</i>
a.	<i>Violence domestique contre l'enfant ou le parent l'ayant soustrait.....</i>	<i>24</i>
b.	<i>Handicaps économiques ou éducatifs pour l'enfant au moment du retour.....</i>	<i>26</i>
c.	<i>Risques associés aux circonstances au sein de l'État de la résidence habituelle .....</i>	<i>28</i>
d.	<i>Risques associés à la santé de l'enfant .....</i>	<i>28</i>
e.	<i>Séparation de l'enfant et du parent l'ayant soustrait, lorsque ce dernier ne peut ou ne veut pas rentrer dans l'État de la résidence habituelle .....</i>	<i>29</i>
i.	<i>Poursuites pénales contre le parent ayant soustrait l'enfant dans l'État de la résidence habituelle du fait du déplacement ou du non-retour illicite.....</i>	<i>30</i>
ii.	<i>Problèmes rencontrés par le parent ayant soustrait l'enfant en matière d'immigration .....</i>	<i>31</i>
iii.	<i>Absence d'accès effectif à la justice dans l'État de la résidence habituelle .....</i>	<i>32</i>
iv.	<i>Motifs médicaux ou familiaux du parent ayant soustrait l'enfant .....</i>	<i>33</i>
v.	<i>Refus catégorique de retour .....</i>	<i>34</i>
f.	<i>Séparation de l'enfant de ses frères et sœurs .....</i>	<i>34</i>
III.	<b>BONNES PRATIQUES POUR LES TRIBUNAUX DANS LES AFFAIRES RELEVANT DE L'ARTICLE 13(1)(B) .....</b>	<b>36</b>
1.	<i>Principe global : une gestion effective des dossiers.....</i>	<i>36</i>
2.	<i>Bonnes pratiques en matière de gestion de l'instance .....</i>	<i>36</i>
a.	<i>Détermination prompte des questions pertinentes.....</i>	<i>36</i>
b.	<i>Résolution amiable .....</i>	<i>36</i>
c.	<i>Participation des parties à la procédure.....</i>	<i>37</i>
d.	<i>Participation de l'enfant à la procédure .....</i>	<i>38</i>
e.	<i>Preuves .....</i>	<i>39</i>
f.	<i>Preuves d'expert .....</i>	<i>39</i>
g.	<i>Assistance des Autorités centrales et communications judiciaires directes .....</i>	<i>39</i>

<b>IV. BONNES PRATIQUES POUR LES AUTORITES CENTRALES DANS LES AFFAIRES RELEVANT DE L'ARTICLE 13(1)(B)</b> .....	<b>41</b>
1. <i>Obligations générales des Autorités centrales - coopération et communication d'informations</i> .....	<b>41</b>
2. <i>Rôle restreint des Autorités centrales eu égard à l'exception de risque grave</i> .....	<b>41</b>
3. <i>Bonnes pratiques pour l'Autorité centrale de l'État requérant</i> .....	<b>41</b>
4. <i>Bonnes pratiques pour l'Autorité centrale de l'État requis</i> .....	<b>42</b>
<b>V. RESSOURCES UTILES</b> .....	<b>43</b>
1. <i>Rapport explicatif sur la Convention de 1980</i> .....	<b>43</b>
2. <i>Actes et documents de la Quatorzième session (1980)</i> .....	<b>43</b>
3. <i>INCADAT</i> .....	<b>43</b>
4. <i>Guides de bonnes pratiques publiés par la Conférence de La Haye de droit international privé</i> .....	<b>43</b>
5. <i>Réseau international de juges de La Haye (RIJH)</i> .....	<b>43</b>
6. <i>La Lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant</i> .....	<b>44</b>
7. <i>Documents établis par les autorités nationales</i> .....	<b>44</b>
<b>INDEX DES AFFAIRES CITEES</b> .....	<b>45</b>

## GLOSSAIRE

### **Affaire fondée sur l'article 13(1)(b) :**

Dans le présent 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 entre des juges du siège de différents États et territoires concernant une affaire particulière<sup>1</sup>.

### **Décisions miroirs :**

Les décisions miroirs sont des décisions identiques ou similaires rendues par les tribunaux de l'État requis et de l'État requérant, qui ne sont disponibles que dans certains ordres juridiques et États ou territoires. Chacune de ces décisions est exécutoire et effective dans l'État dans lequel elle a été rendue<sup>2</sup>.

### **Dispositions pratiques :**

Les dispositions pratiques n'ont pas pour objet d'atténuer un risque grave ; il convient de les distinguer des mesures de protection. Des dispositions pratiques peuvent être mises en place en vue de faciliter et de mettre en œuvre le retour de l'enfant.

### **Droit de garde :**

Il convient d'interpréter la notion de « droit de garde » telle qu'elle est utilisée dans le présent Guide dans le sens de sa définition autonome telle que visée à l'article 5(a) de la Convention de 1980 ; elle recouvre « le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence ».

### **Engagement :**

Un engagement est une promesse faite ou une garantie donnée par une personne physique – en principe, le parent délaissé – 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 délaissé 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>.

### **État requérant :**

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>.

<sup>1</sup> Voir *Communications Judiciaires Directes - Lignes de conduite émergentes relatives au développement du Réseau international de juges de La Haye et Principes généraux relatifs aux communications judiciaires, 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*, La Haye, 2013, p. 12 (ci-après, les « Lignes de conduite émergentes relatives aux communications judiciaires ») (également disponibles sur le site web de la HCCH, à l'adresse : < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, sous les rubriques « Enlèvement d'enfants » puis « Communications judiciaires directes »).

<sup>2</sup> Le présent Guide adopte la définition des « décisions miroirs » du *Guide de bonnes pratiques en vertu de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 : Première partie - Pratique des Autorités centrales*, Bristol, Droit de la famille (Jordan Publishing Limited), 2005 (ci-après, le « Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales ») (également disponible sur le site web de la HCCH, à l'adresse : < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, sous la rubrique « Publications »).

<sup>3</sup> Le présent Guide adopte la définition d'« engagement » du Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales (*ibid.*).

<sup>4</sup> Voir art. 9 (« Autorité centrale requérante ») et art. 11(2) de la Convention.

**État requis :**

État dans lequel l'enfant a été déplacé ou est retenu. C'est l'État dans lequel se déroule la procédure de retour<sup>5</sup>.

**Exception de « risque grave » :**

Aux fins du présent Guide, la notion d'« exception de risque grave » désigne l'exception prévue à l'article 13(1)(b) de la Convention de 1980, comprenant les trois aspects du risque grave – exposer l'enfant à un danger physique, psychique, ou le placer, de toute autre manière, dans une situation intolérable<sup>6</sup>.

**Gestion de l'instance :**

La gestion de l'instance décrit un processus par lequel le tribunal supervise la conduite de l'affaire, notamment afin que celle-ci puisse être entendue rapidement et qu'elle ne subisse aucun retard injustifié.

**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, émotionnelle 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.

**Mesures de protection :**

Aux fins du présent Guide, ce terme s'interprète largement et recouvre les mesures disponibles dans l'optique d'atténuer un risque grave allégué.

**Mise au rôle :**

La « mise au rôle » renvoie à la procédure qui consiste à inscrire une affaire sur le registre qui consigne le calendrier des audiences d'un tribunal.

**Parent délaissé :**

La notion de « parent délaissé » désigne une personne, une institution ou un organisme qui prétend qu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement dans un autre État en violation de son droit de garde en vertu de la Convention de 1980.

**Parent ayant soustrait l'enfant :**

La personne à laquelle il est reproché d'avoir déplacé ou retenu illicitement un enfant dans une autre Partie contractante.

**Procédure de retour :**

La « procédure de retour » désigne la procédure en application de la Convention de 1980 aux fins du retour d'un enfant engagée devant l'autorité judiciaire ou administrative de la Partie contractante où celui-ci a été déplacé ou est retenu (« État requis »)<sup>7</sup>.

Selon l'État ou le territoire, la procédure de retour peut être introduite à l'initiative du parent délaissé, d'un avocat représentant ce dernier, de l'Autorité centrale de l'État requis ou d'une institution publique à l'instar, notamment, d'un procureur.

**Représentant autonome de l'enfant :**

Toute personne ou tout organisme désigné par le tribunal pour représenter l'enfant ou les enfants dans le cadre de la procédure. Cette notion recouvre, mais ne s'y limite pas, un avocat indépendant représentant l'enfant ou un représentant légal de l'enfant.

**Réseau international de juges de La Haye :**

Le réseau international de juges de La Haye (RIJH) est un réseau de juges spécialisés 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.

<sup>5</sup> Voir art. 11(2), 12(3), 13(1), 14, 17, 20 et 24 de la Convention.

<sup>6</sup> Voir section I.2 du présent Guide.

<sup>7</sup> Voir art. 12(1) de la Convention.

**Risque grave :**

Sauf indication contraire, toute mention d'un « risque grave » dans le présent 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.

**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 recouvrir un ensemble de comportements violents au sein de la famille, notamment des violences physiques, émotionnelles, psychologiques et financières. Ces violences peuvent être dirigées 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.

**Violence familiale :**

Voir *supra* « Violence domestique et familiale ».

## INTRODUCTION

1. Le présent 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 »)<sup>8</sup>, également appelé « **exception de risque grave** »<sup>9</sup>.

2. L'article 13(1)(b)<sup>10</sup> prévoit :

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

[...]

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

3. Le présent Guide vise à promouvoir, au niveau mondial, une application juste et uniforme de l'exception de risque grave en conformité avec les termes et l'objet de la Convention de 1980, et compte tenu des appuis en matière d'interprétation tels que le Rapport explicatif<sup>11</sup>, les Conclusions et Recommandations des Réunions de la Commission spéciale et les Guides de bonnes pratiques existants concernant la Convention de 1980. À cette fin, le Guide fournit des informations et des conseils quant à l'interprétation et l'application de l'exception de risque grave et fait état de bonnes pratiques provenant de différents États et territoires.

4. Le Guide se divise en cinq sections. La section I décrit l'article 13(1)(b) dans le cadre de la Convention de 1980. La section II s'intéresse à l'application de l'article 13(1)(b) dans la pratique. La section III offre conseils et bonnes pratiques de fonctionnement à l'intention des tribunaux<sup>12</sup> saisis de procédures de retour afin de les aider à gérer la procédure de manière rapide et efficace et à examiner l'exception de risque grave lorsque celle-ci est soulevée devant eux. La section IV comprend des informations sur le rôle des Autorités centrales désignées en vertu de la Convention<sup>13</sup>, en vue de les aider à s'occuper des dossiers entrants et sortants dans

<sup>8</sup> Le présent Guide constitue la Cinquième partie d'une série de *Guides de bonnes pratiques en vertu de la Convention de 1980* publiés par la HCCH, voir *infra*, section V.4. Sauf indication contraire, toute référence au « Guide » dans le présent document renvoie au présent Guide en particulier (Cinquième partie de la série).

<sup>9</sup> Sauf indication contraire, toute mention d'un « risque grave » ou de l'« exception de risque grave » dans le présent Guide renvoie à l'exception générale au retour de l'enfant au titre de l'art. 13(1)(b), à savoir, « 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>10</sup> Sauf indication contraire, toute référence à un article dans le corps du texte ou dans une note de bas de page du présent Guide renvoie à un article de la Convention de 1980.

<sup>11</sup> Voir E. Pérez Vera, « Rapport explicatif sur la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants » (ci-après, le « Rapport explicatif »), *Actes et documents de la Quatorzième session (1980)*, tome III, *Enlèvement d'enfants*, La Haye, Imprimerie Nationale, 1982, pp. 426-473 (également disponible sur le site web de la HCCH, à l'adresse : < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, sous la rubrique « Publications »). Le Rapport explicatif qui, entre autres, fournit des informations concernant les travaux préparatoires et les circonstances de l'adoption de la Convention peut servir de moyen complémentaire d'interprétation de la Convention. Voir la *Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969*, art. 31 et 32.

<sup>12</sup> Toute référence à un « tribunal » dans le présent Guide renvoie à une autorité compétente administrative ou judiciaire saisie d'une procédure de retour en vertu de la Convention de 1980 (art. 11).

<sup>13</sup> Voir art. 6 de la Convention de 1980. Voir également « Table de Conclusions et de Recommandations des précédentes réunions de la Commission spéciale sur le fonctionnement des Conventions Enlèvement d'enfants de 1980 et Protection des enfants de 1996 (Première réunion (1989), Deuxième réunion (1993), Troisième réunion (1997), Quatrième réunion (2001), réunion de suivi (2012), Cinquième réunion (2006), Sixième réunion (2011, 2012)) », Doc. pré. No 6 de juillet 2017 à l'attention de la 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), point No 38 : « 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 ; (b) [...] », réf. aux 2011 CS C&R No 13 et 2006 CS C&R No 1.1.3 (disponible sur le site web de la HCCH, à l'adresse : < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, sous les rubriques « Enlèvement d'enfants », « Commissions spéciales sur le fonctionnement de la Convention » puis « Commissions spéciales précédentes » ; « Conclusions et Recommandations et 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) », C&R No 13, disponibles sur le site web de la HCCH, à l'adresse :

lesquels l'exception de l'article 13(1)(b) a été soulevée et jugée pertinente par le tribunal, contribuant ainsi à une procédure rapide et à une coopération internationale plus efficace. La section V présente quelques ressources utiles. Si ce Guide est principalement destiné aux tribunaux et aux Autorités centrales, il peut également s'avérer utile pour les avocats et autres organes ou institutions.

5. Bien que le présent 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 Parties contractantes, bénéficier aux enfants qui font l'objet d'un enlèvement international en complétant et en renforçant la Convention de 1980 à plusieurs égards.<sup>14</sup> Le site web de la HCCH (< [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >) donne des informations à jour permettant de déterminer si un État concerné par une affaire fondée sur l'article 13(1)(b) est également Partie à la Convention de 1996 (sous les rubriques « Protection des enfants », puis « État présent »).

6. On peut constater la pertinence constante de la Convention de 1980 pour les droits des enfants du fait de l'évolution subséquente du cadre juridique international en la matière<sup>15</sup>. Les États parties à la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant de 1989* (ci-après, la « CNUDE »), à titre d'exemple, ont des obligations au regard de questions telles que la participation des enfants dans les procédures de retour en vertu de la Convention de 1980, y compris dans les cas où l'exception de l'article 13(1)(b) est invoquée<sup>16</sup>. La Convention de 1980 soutient le droit des enfants d'être informés de la procédure de retour et des éventuelles conséquences de celle-ci et d'exprimer leurs points de vue à cet égard.

7. Bien qu'il aborde les questions d'interprétation d'un point de vue général, le présent Guide **n'a pas vocation** à 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>17</sup>, compte 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 tribunaux, Autorités centrales et autres acteurs sont invités à le garder à l'esprit lorsqu'ils consultent ce Guide.

8. Il faut en outre souligner que rien dans le présent Guide ne peut être interprété comme étant contraignant pour les Parties contractantes à la Convention de 1980 (ou à d'autres Conventions de La Haye) ni pour leurs autorités, judiciaires ou autres. Les bonnes pratiques exposées ici sont de nature purement indicative et sont soumises aux lois et procédures nationales, y compris aux différences dues à la tradition juridique. Au surplus, le présent Guide n'a pas vocation à décrire la situation juridique dans toutes les Parties contractantes ; il ne contient donc, par nécessité, que des références limitées à la jurisprudence nationale et au

---

< [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, sous les rubriques « Enlèvement d'enfants » puis « Commissions spéciales sur le fonctionnement de la Convention » et « Commissions spéciales précédentes » ; voir également *infra* para. 96 et s.

<sup>14</sup> Voir, par ex., art. 7 et 50 de la Convention de 1996. Pour plus d'informations sur l'éventuelle application 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 la HCCH, La Haye, 2014 (ci-après, « Manuel pratique sur la Convention de 1996 »), disponible sur le site web de la HCCH, 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>15</sup> Voir *Bureau de l'avocat des enfants c. Balev*, 2018 SCC 16, Cour suprême du Canada (Canada) [Référence INCADAT : HC/E/CA 1389], affaire dans laquelle la cour a conclu que la Convention de 1980, tout comme la *Convention des Nations Unies relatives aux droits de l'enfant de 1989*, cherche à protéger l'intérêt supérieur de l'enfant, son identité et ses liens familiaux, à empêcher le déplacement et le non-retour illicite d'enfants et à garantir qu'un enfant suffisamment mature devrait avoir son mot à dire sur le lieu où il sera appelé à vivre.

<sup>16</sup> Voir, par ex., art. 12 de la CNUDE.

<sup>17</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 », para. 62, et aussi « Conclusions et Recommandations et 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) », C&R No 13 (ces deux documents sont disponibles sur le site web de la HCCH, à l'adresse : < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, sous les rubriques « Enlèvement d'enfants » puis « Commissions spéciales sur le fonctionnement de la Convention » et « Commissions spéciales précédentes »).

droit comparé<sup>18</sup>. Enfin, il ne faut pas perdre de vue que les cas cités visent à fournir des exemples de la manière dont certains tribunaux ont abordé des allégations de risque grave<sup>19</sup>, et en aucun cas, à présenter des directives strictes ou précises à l'attention des juges ou autres utilisateurs du présent Guide. Toute référence à la jurisprudence tend à éclairer des points spécifiques abordés dans les parties pertinentes du présent Guide, sans préjudice de la décision rendue en l'espèce. Toutes les décisions citées dans le présent Guide sont disponibles sur INCADAT<sup>20</sup>, accompagnées du texte intégral de la décision dans sa langue originale ainsi que d'un résumé en anglais, français ou espagnol, dans deux de ces langues ou dans ces trois langues. Des résumés des questions pertinentes sont inclus dans ce Guide de sorte à indiquer rapidement la pertinence de la jurisprudence.

9. Toutes les Parties contractantes sont invitées à examiner leurs pratiques en matière d'application de l'article 13(1)(b) et à les améliorer dans la mesure du possible.

10. *La HCCH tient à remercier les nombreux experts dont les connaissances et l'expérience ont contribué à la préparation du présent document. Elle tient à remercier tout particulièrement les membres du Groupe de travail chargé de l'élaboration du présent Guide ; ce Groupe était présidé par l'Honorable juge Diana Bryant (Australie) et composé de juges, de fonctionnaires gouvernementaux (par ex., du personnel d'Autorités centrales), d'universitaires, d'experts transdisciplinaires et de praticiens du droit de divers États et territoires<sup>21</sup>.*

<sup>18</sup> Ces informations sont données à titre d'exemple ; les juges et autres autorités sont invités à consulter leur jurisprudence nationale et INCADAT (voir section V du présent Guide) pour plus d'informations et d'autres éléments à jour sur la façon dont les tribunaux abordent différentes questions liées à l'art. 13(1)(b).

<sup>19</sup> Voir *supra* « risque grave » dans le Glossaire.

<sup>20</sup> Voir section V du présent Guide.

<sup>21</sup> Les experts suivants ont participé à toutes ou partie des étapes de rédaction du présent Guide : **Juges** : L'Honorable Diana Bryant (Australie), Présidente du Groupe de travail, la juge María Lilián Bendahan Silvera (Uruguay), le juge Oscar Gregorio Cervera Rivero (Mexique), l'Honorable Jacques Chamberland (Canada), l'Honorable Bebe Pui Ying Chu (Chine, RAS de Hong Kong), le juge Martina Erb-Klünemann (Allemagne), le juge Yetkin Ergün (Turquie), le juge Francisco Javier Forcada Miranda (Espagne), l'Honorable Ramona Gonzalez (États-Unis), la très Honorable Lady Hale (Royaume-Uni), le juge Katsuya Kusano (Japon), la juge Torunn Kvisberg (Norvège), le juge Annette Olland (Pays-Bas), le juge Tomoko Sawamura (Japon) la juge Belinda Van Heerden (retraîtée) (Afrique du Sud), le juge Hironori Wanami (Japon) ; **Fonctionnaires** : Mme Aline Albuquerque (Brésil), M. Hatice Seval Arslan (Turquie) ; Mme 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 Emmanuelle Jacques (Canada), Mme Leslie Kaufman (Israël), M. Luiz Otavio de Sampaio (Brésil), 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) ; **Universitaires / experts transdisciplinaires et praticiens privés** : M. Nicholas Bala (Canada), M. Stephen Cullen (États-Unis), Mme Mikiko Otani (Japon), Mme Heidi Simoni (Suisse), Mme Zenobia Du Toit (Afrique du Sud).

## I. Article 13(1)(b) dans le cadre de la Convention de 1980

### 1. Le principe : retour de l'enfant

#### a. Objet de la Convention et postulats sous-jacents

11. Selon son Préambule, la Convention a été conclue pour « protéger l'enfant, sur le plan international, contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicite et établir des procédures en vue de garantir le retour immédiat de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle, ainsi que d'assurer la protection du droit de visite. » Son article premier traduit également ses objectifs<sup>22</sup>.

12. La Convention se fonde sur trois concepts et postulats connexes.

#### i. Le déplacement ou le non-retour est illicite lorsqu'il viole le droit de garde

13. Le premier concept implique que le déplacement ou le non-retour d'un enfant est illicite dès lors qu'il intervient en violation du droit de garde<sup>23</sup>. Un parent qui partage le droit de garde doit ainsi demander et obtenir le consentement de l'autre personne (en principe, l'autre parent), institution ou organisme titulaire du droit de garde<sup>24</sup>, ou en cas d'impossibilité, l'autorisation du tribunal, avant d'emmener ou de retenir l'enfant dans un autre État. Cela constituerait un moyen de défense en vertu de l'article 13(1)(b) de la Convention car le déplacement ou le non-retour de l'enfant ne sera pas réputé illicite dans ces circonstances.

#### ii. Tout déplacement ou non-retour illicite est nuisible à l'enfant

14. Le deuxième postulat veut que le déplacement ou le non-retour illicite de l'enfant porte atteinte à son bien-être. Dès lors, en-dehors des exceptions strictement prévues par la Convention, il sera jugé que le retour de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle est dans son intérêt supérieur<sup>25</sup>.

#### iii. Les autorités de l'État de la résidence habituelle de l'enfant sont les mieux placées pour statuer en matière de droits de garde et de visite

15. Le troisième postulat sous-tendant la Convention implique que les tribunaux de l'État dans lequel l'enfant a sa résidence habituelle sont, par principe, les mieux placés pour statuer sur le fond d'un différend portant sur la garde (qui implique généralement un examen approfondi de l'« intérêt supérieur » de l'enfant), considérant, entre autres, qu'ils disposent en principe d'un accès plus complet et plus aisé aux informations et preuves pertinentes pour rendre de telles décisions. Par conséquent, le retour de l'enfant déplacé ou retenu illicitement dans son État de résidence habituelle rétablit non seulement la situation antérieure à l'« enlèvement » (*statu quo ante*), mais il permet également la résolution, par le tribunal le mieux placé pour évaluer efficacement l'intérêt supérieur de l'enfant, d'autres questions liées aux droits de garde et de visite à l'égard de celui-ci, y compris celle de son éventuel

<sup>22</sup> L'art. 1 se lit comme suit :

La présente Convention a pour objet :

- a) d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout Etat contractant ;
- b) de faire respecter effectivement dans les autres Etats contractants les droits de garde et de visite existant dans un Etat contractant.

<sup>23</sup> L'art. 3 énonce que le déplacement ou le non-retour de l'enfant est considéré comme illicite :

- a) lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement, par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour ; et
- b) que ce droit était exercé de façon effective seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus.

Le droit de garde peut notamment résulter d'une attribution de plein droit, d'une décision judiciaire ou administrative, ou d'un accord en vigueur selon le droit de cet Etat. Dans certains États ou territoires, l'octroi du droit de garde peut impliquer d'examiner le pouvoir de veto du parent quant au déplacement de l'enfant en dehors de l'État ou du territoire. Voir toutefois la décision *Abbott v. Abbott*, 130 S. Ct. 1983 (2010), 17 mai 2010, Cour suprême (États-Unis), [Référence INCADAT : HC/E/USf 1029], arrêt dans lequel la cour a estimé d'un droit restreint de s'opposer au déplacement de l'enfant hors du Chili ne conférait pas à un parent un droit de garde et qu'il ne disposait dès lors d'aucun recours dans le cadre de la Convention de 1980.

<sup>24</sup> Voir *supra* « Droit de garde » dans le Glossaire.

<sup>25</sup> Voir le Préambule de la Convention de 1980.

déménagement dans un autre État<sup>26</sup>. Ce troisième postulat se fonde sur la courtoisie internationale et suppose que les Parties contractantes soient

« [...] convaincu[es] de ce qu'[elles] 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>27</sup>.

**b. La décision de retour n'est pas une décision sur la garde**

16. L'objet et les postulats sous-jacents susmentionnés de la Convention définissent son champ d'application restreint, qui porte exclusivement sur le retour immédiat de l'enfant déplacé ou retenu illicitement vers son État de résidence habituelle<sup>28</sup>, sous réserve du nombre restreint d'exceptions prévues<sup>29</sup>. Par conséquent, les Parties contractantes respectent le droit de garde établi dans l'État de la résidence habituelle. En se consacrant au retour immédiat de l'enfant, la *Convention ne porte pas sur le fond des droits de garde et de visite* ; ces derniers relèvent exclusivement de la compétence des autorités de l'État de la résidence habituelle (voir section ci-dessus).

**c. Procédure de retour simplifiée**

17. Afin de mettre en œuvre son objet, la Convention prévoit une procédure sommaire permettant le dépôt d'une demande de retour généralement par ou au nom du parent délaissé (ci-après, la « procédure de retour »). Cette demande est déposée auprès du tribunal de « l'État contractant où se trouve l'enfant » (art. 12(1)), autrement dit, de l'« État requis », conformément à ses procédures et pratiques internes. À cet effet, le tribunal doit recourir à ses procédures d'urgence (art. 2 et 11)<sup>30</sup>.

**d. Coopération entre les Parties contractantes**

18. Afin de mettre en œuvre son objet et d'assurer son fonctionnement régulier, la Convention crée également un système de coopération étroite entre les autorités judiciaires et administratives des Parties contractantes<sup>31</sup> ; notamment, par l'intermédiaire des Autorités centrales désignées dans chaque Partie contractante et dont les obligations découlent principalement de l'article 7<sup>32</sup>. La section IV du présent Guide présente des informations quant aux obligations des Autorités centrales dans les cas où l'exception de risque grave est invoquée ainsi que de bonnes pratiques pertinentes. Le Réseau international de juges de La Haye (ci-après, le « RIJH ») peut faciliter l'entraide judiciaire<sup>33</sup>.

<sup>26</sup> L'art. 16 renforce l'application de ce principe en interdisant en particulier de prendre une décision sur le fond du droit de garde dans l'État où l'enfant a été déplacé ou retenu. L'art. 19 dispose en outre 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 ». Voir Conseil de l'Union européenne, « Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (refonte) – Orientation générale », Dossier interinstitutionnel : 2016/0190(CNS), 12 décembre 2018.

<sup>27</sup> Voir le Rapport explicatif (*op. cit.* note 11), para. 34 et 41.

<sup>28</sup> Le présent Guide n'aborde pas l'art. 21 qui porte sur le droit de visite.

<sup>29</sup> Voir le Rapport explicatif (*op. cit.* note 11), para. 35.

<sup>30</sup> Voir art. 2. 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 », Rapport explicatif (*op. cit.* note 11), para. 63.

<sup>31</sup> *Ibid.*, para. 35.

<sup>32</sup> La liste des Autorités centrales désignées en vertu de la Convention de 1980 et leurs coordonnées sont disponibles sur le site web de la HCCH, à l'adresse : < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, sous les rubriques « Enlèvement d'enfants » puis « Autorités ».

<sup>33</sup> La liste des membres du RIJH est disponible sur le site web de la HCCH, à l'adresse : < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, sous la rubrique « Enlèvement d'enfants » puis « Réseau international de juges de La Haye ».

**e. Obligation d'ordonner le retour immédiat de l'enfant**

19. Lorsque l'enfant a été déplacé ou est retenu illicitement dans un État contractant autre que celui de sa résidence habituelle aux termes de l'article 3, le tribunal saisi de la demande de retour est tenu d'ordonner son retour immédiat (art. 12(1))<sup>34</sup>.

20. La Convention ne précise pas à *qui* l'enfant doit être remis. Elle n'exige pas, en particulier, qu'il soit confié au *parent délaissé*, ni à quel endroit précis de l'État de la résidence habituelle il est censé retourner. Cette flexibilité est délibérée et consolide le postulat sous-jacent selon lequel il appartient au tribunal de l'État de la résidence habituelle de déterminer qui s'occupera de l'enfant conformément à la loi qui régit le droit de garde et de prendre toute décision pouvant s'appliquer entre les parents ou d'autres personnes intéressées.

21. L'article 11, qui exige que les tribunaux procèdent d'urgence dans toute procédure de retour concernant un enfant et qui, en l'absence de décision dans un délai de six semaines à compter de l'engagement de la procédure, reconnaît le droit de solliciter les raisons d'un tel retard, renforce l'obligation de retour *immédiat* de l'enfant<sup>35</sup>. Cette obligation comporte un « double aspect » : « d'une part, l'utilisation des procédures les plus rapides connues par leur système juridique<sup>36</sup> ; d'autre part, le traitement prioritaire, dans toute la mesure du possible, des demandes visées »<sup>37</sup>. Plusieurs États ont explicitement transposé ces exigences dans leurs lois et procédures de mise en œuvre<sup>38</sup>.

22. L'obligation de procéder d'urgence ne signifie pas que le tribunal doit négliger l'examen approprié des questions soulevées, notamment de l'exception de risque grave. Cela implique néanmoins qu'il ne recueille que les informations ou preuves suffisamment pertinentes à ces questions, et les examine de manière ciblée et rapide, y compris lorsqu'il s'agit d'opinions ou de preuves d'experts.

**f. Nombre restreint d'exceptions à l'obligation d'ordonner le retour immédiat de l'enfant**

23. La Convention prévoit un nombre restreint d'exceptions au principe du retour de l'enfant. Lorsque ces exceptions sont soulevées et invoquées avec succès eu égard au standard approprié de la preuve, le tribunal de l'État requis « n'est pas tenu d'ordonner le retour de l'enfant » dans son État de résidence habituelle, en d'autres termes, le tribunal conserve toute discrétion. Ces exceptions apparaissent aux articles 12(2)<sup>39</sup>, 13(1)(a)<sup>40</sup>, 13(1)(b), 13(2)<sup>41</sup> et 20<sup>42</sup>.

<sup>34</sup> Voir aussi art. 1(a). Par ailleurs, l'art. 18 renforce l'obligation d'assurer le retour immédiat, affirmant que les dispositions du chapitre III de la Convention (« retour de l'enfant ») ne limitent pas le pouvoir du tribunal d'ordonner le retour de l'enfant à tout moment. Cet article autorise le tribunal saisi de la procédure à ordonner le retour de l'enfant en invoquant d'autres dispositions plus favorables à la réalisation de cet objectif, par ex., en assurant la reconnaissance et l'exécution d'une décision portant sur le droit de garde émise dans l'État requérant, notamment en application de la Convention de 1996, voir *infra* para. 48.

<sup>35</sup> Concernant l'obligation de procéder d'urgence, voir le 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, Droit de la famille (Jordan Publishing Limited), 2003 (ci-après, le « Guide de bonnes pratiques sur la mise en œuvre ») (également disponible sur le site web de la HCCH, à l'adresse : < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, sous la rubrique « Publications »), par ex., point 1.5 du chapitre 1 et chapitres 5 et 6.

<sup>36</sup> Concernant l'obligation de « recourir à leurs procédures d'urgence », voir art. 2.

<sup>37</sup> Voir le Rapport explicatif (*op. cit.* note 11), para. 104.

<sup>38</sup> Les Profils des États précisent si des mesures ont été prises pour garantir que les autorités judiciaires et administratives des Parties contractantes procèdent d'urgence dans les procédures de retour (disponibles sur le site web de la HCCH, à l'adresse : < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, sous les rubriques « Enlèvement d'enfants » puis « Profils des États »), section 10.3(d).

<sup>39</sup> Lorsque la demande de retour a été introduite devant l'autorité judiciaire ou administrative compétente pour statuer sur le retour plus d'un an après le déplacement ou le non-retour illicite de l'enfant et que l'on démontre que ce dernier s'est intégré à son nouvel environnement.

<sup>40</sup> S'il est prouvé que la personne, l'institution ou l'organisme qui avait le soin de la personne de l'enfant n'exerçait pas effectivement le droit de garde à l'époque du déplacement ou du non-retour, ou y avait consenti ou acquiescé postérieurement.

<sup>41</sup> Si le tribunal constate que l'enfant s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et un degré de maturité où il se révèle approprié de tenir compte de son point de vue.

<sup>42</sup> Si les principes fondamentaux de l'État requis en matière de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'autorisent pas le retour.

24. Au moyen des exceptions susmentionnées, la Convention admet que le non-retour d'un enfant déplacé ou retenu illicitement se justifie parfois. Le postulat fondamental selon lequel un retour immédiat est dans l'intérêt supérieur de l'enfant peut donc être contesté au cas par cas, lorsque l'exception est invoquée avec succès.

### **g. Interprétation restrictive des exceptions**

25. Les exceptions énoncées s'appliquent néanmoins de manière restrictive. 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>43</sup>. Il précise qu'une « invocation systématique des exceptions [...], 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>44</sup>.

26. En particulier, bien que les exceptions reposent sur l'intérêt de l'enfant<sup>45</sup>, elles ne transforment pas la procédure de retour en procédure portant sur le droit de garde. Ces exceptions portent exclusivement sur l'éventuel (non-)retour de l'enfant. Elles ne visent pas à aborder les droits de garde ou de visite ni à procéder à une « évaluation complète de l'intérêt supérieur » de l'enfant dans le cadre d'une procédure de retour. Le tribunal saisi de la procédure de retour doit appliquer les dispositions de la Convention et éviter d'intervenir sur les questions qui relèvent de la compétence de l'État de la résidence habituelle<sup>46</sup>.

27. Cela dit, ces exceptions servent un objectif légitime considérant que la Convention ne prévoit aucun mécanisme de retour automatique. À titre d'exemple, les allégations de risque grave doivent être examinées rapidement dans la mesure exigée par l'exception, dans le cadre restreint de la procédure de retour.

28. Cela signifie qu'il existe un besoin de concilier l'objet de la Convention qui, d'une part, s'attaque aux effets nuisibles de l'enlèvement international en assurant le retour immédiat de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle, où les questions de garde et de visite et les questions connexes devraient être résolues et, d'autre part, reconnaît que des circonstances exceptionnelles peuvent justifier le non-retour de l'enfant.

## **2. Article 13(1)(b) - interprétation de l'exception de risque grave**

29. L'exception de risque grave se fonde sur « l'intérêt primaire de toute personne de ne pas être exposée à un danger physique ou psychique, ou placée dans une situation intolérable »<sup>47</sup>.

### **a. Trois types de « risque grave »**

30. L'article 13(1)(b) prévoit trois types 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 le retour de l'enfant ne le place de toute autre manière dans une situation intolérable.

31. Chaque type d'exception peut être soulevé de manière autonome pour justifier une dérogation à l'obligation du retour immédiat de l'enfant ; il est donc arrivé qu'ils soient tous les trois soulevés simultanément, chacun indépendamment des deux autres. Toutefois, bien qu'indépendants, ils sont souvent employés ensemble et les tribunaux ne les ont pas toujours clairement distingués dans leurs décisions.

### **b. Risque grave pour l'enfant**

32. Il ressort clairement de la formulation de l'article 13(1)(b) que la question consiste à déterminer si le retour est susceptible d'exposer l'enfant à un risque grave.

33. Néanmoins, le fait que le parent soit exposé à un danger physique ou psychologique peut, dans certains cas, exposer l'enfant à un risque grave. L'exception de l'article 13(1)(b) n'exige pas, par exemple, que l'enfant soit directement ou principalement exposé à un danger physique

<sup>43</sup> Voir le Rapport explicatif (*op. cit.* note 11), para. 34.

<sup>44</sup> Voir, *ibid.*

<sup>45</sup> Voir, *ibid.*, para. 29.

<sup>46</sup> Voir art. 16 de la Convention de 1980.

<sup>47</sup> Voir le Rapport explicatif (*op. cit.* note 11), para. 29.

s'il existe des preuves suffisantes que son retour l'exposerait à un risque grave en raison d'un danger auquel serait exposé le parent qui l'a soustrait.

**c. Degré du « risque grave »**

34. Le risque grave renvoie au risque grave de danger physique ou psychologique auquel l'enfant serait exposé en cas de retour ou qui le placerait de toute autre manière dans une situation intolérable<sup>48</sup>. Le terme « grave » qualifie le risque et non le danger pour l'enfant, il indique que le risque doit être réel et atteindre un certain niveau pour être qualifié de « grave »<sup>49</sup>. Quant à la portée du préjudice, elle doit correspondre à une « situation intolérable »<sup>50</sup>, autrement dit une situation telle que l'on ne peut raisonnablement s'attendre à ce qu'un enfant la tolère. Le niveau de référence du risque nécessaire pour être constitutif d'un risque grave est néanmoins susceptible de varier, compte tenu de la nature et de la gravité du danger potentiel pour l'enfant<sup>51</sup>.

**d. La nature prospective du « risque grave »**

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

36. Ainsi, si l'examen de l'exception de risque grave implique l'examen des informations et preuves présentées par la personne, l'institution ou autre organisme qui s'oppose au retour de l'enfant (dans la plupart des cas, le parent qui a soustrait l'enfant), il ne doit pas se limiter à l'analyse des faits au moment du déplacement, du non-retour illicite ou préalables à celui-ci. Il exige à l'inverse d'envisager l'avenir, c'est-à-dire la situation dans laquelle l'enfant se trouverait en cas de retour immédiat. L'examen pourrait alors également couvrir, si cela était jugé nécessaire, la disponibilité de mesures de protection adéquates et efficaces dans l'État de la résidence habituelle<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> Voir, *K.M.A. v. Secretary for Justice* [2007] NZFLR 891, 5 juin 2007, Cour d'appel de Nouvelle-Zélande (Nouvelle-Zélande) [Référence INCADAT : HC/E/NZ 1118], para. 53. Voir *supra* « risque grave » dans le Glossaire.

<sup>49</sup> *Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal)* [2011] UKSC 27, [2012] 1 A.C. 144, 10 juin 2011, Cour suprême d'Angleterre et du pays de Galles (Royaume-Uni) [Référence INCADAT : HC/E/UK 1068], para. 33. Voir aussi Rapport explicatif (*op. cit.* note 11), para. 29. Le terme « risque grave » traduit la volonté des rédacteurs que cette exception s'applique, conformément à l'approche générale des exceptions au titre de la Convention, de manière restrictive. La formulation de l'art. 13(1)(b) convenue lors du processus de rédaction de la Convention est plus restreinte que la version originale proposée. Le terme employé dans l'exception initiale, « risque important », a été remplacé par « risque grave » ; il a été jugé que l'adjectif « grave » exprime un degré de gravité plus élevé. Voir aussi *Actes et documents de la Quatorzième session (1980)*, tome III, *Enlèvement d'enfants*, La Haye, Imprimerie nationale, 1980, p. 362.

<sup>50</sup> Voir, par ex. : *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 SCR 551, 20 octobre 1994, Cour suprême du Canada (Canada) [Référence INCADAT : HC/E/CA 11], p. 596 ; *Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal)* (*op. cit.* note 49), para. 34 ; *Gsponer v. Johnson*, 23 décembre 1988, Assemblée plénière du Tribunal des affaires familiales d'Australie à Melbourne (Australie) [Référence INCADAT : HC/E/AU 255], p. 12. Dans l'affaire *S. c. S.* [1998] 2 HKC 316, 4 mars 1998, Haute Cour de la Région administrative spéciale de Hong Kong (Chine) [Référence INCADAT : HC/E/CNh 234] la cour a souligné que le risque de préjudice corporel doit être important, significatif ou sévère et non trivial ; voir également *EW v. LP*, HCMP1605/2011, 31 janvier 2013, Haute cour de la Région administrative spéciale de Hong Kong (Chine) [Référence INCADAT : HC/E/CNh 1408], affaire dans laquelle la cour a jugé, au para. 111, qu'"intolérable" est un mot fort, mais que lorsqu'il s'applique à un enfant, il désigne une situation que cet enfant en particulier, dans ces circonstances particulières, ne devrait pas être tenu de supporter ».

<sup>51</sup> *Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal)* (*op. cit.* note 49), para. 33, arrêt dans lequel la cour a précisé : « Si le terme "grave" qualifie le risque et non le danger, il existe, dans le langage courant, un lien entre les deux. Ainsi, un risque de mort ou de préjudice corporel significatif relativement faible peut être correctement qualifié de "grave", alors qu'un niveau plus élevé pourrait être exigé quant à d'autres formes de danger moins sérieuses. »

<sup>52</sup> Voir, *infra*, para. 43 et s. sur les mesures de protection dans les affaires fondées sur l'art. 13(1)(b).

37. Toutefois, le fait que l'exception soit de nature prospective ne signifie pas que les comportements ou incidents passés ne peuvent pas être pertinents dans le cadre de l'examen du risque grave que le retour de l'enfant dans son État de résidence habituelle ne l'expose à un risque grave. À titre d'exemple, des antécédents de violence domestique ou familiale peuvent, selon les circonstances particulières de l'espèce, s'avérer probants quant à l'existence d'un risque grave. Cela dit, les comportements et incidents passés ne sont pas toujours révélateurs de l'impossibilité de mettre en œuvre des mesures de protection efficaces pour atténuer le risque grave<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> Voir, par ex. : 12 UF 532/16, 6 juillet 2016, München Senat für Familiensachen (Division des affaires familiales de Munich) (Allemagne) [Référence INCADAT : HC/E/DE 1405], affaire dans laquelle le tribunal a insisté sur le fait qu'un risque au moment du retour ne peut découler d'un comportement violent passé présumé et a constaté qu'une ordonnance restrictive exécutoire était en vigueur de sorte que la mère serait en mesure de solliciter une protection adéquate contre tout comportement présumé du père ; *H.Z. v. State Central Authority*, 6 juillet 2006, Assemblée plénière du Tribunal des affaires familiales d'Australie à Melbourne (Australie) [Référence INCADAT : HC/E/AU 876], décision dans laquelle le juge a conclu que si le comportement passé violent et inapproprié pouvait présager d'un futur comportement, sans être déterminant, la disponibilité d'une protection légale contre un tel comportement empêchait de conclure à l'existence d'un risque grave ; *Re M. (Abduction: Acquiescence)* [1996] 1 FLR 315, 23 novembre 1994, Haute Cour d'Angleterre et du pays de Galles (Royaume-Uni) [Référence INCADAT : HC/E/UK 21], affaire dans laquelle la cour n'a constaté aucun risque grave pour l'enfant qui avait fait l'objet de violences physiques quatre années auparavant, en conséquence de quoi des mesures (visant à ce que l'enfant vive séparé de son père et à garantir que les visites étaient surveillées) avaient été prises pour protéger l'enfant.

## II. Article 13(1)(b) en pratique

### 1. Examen de l'exception de risque grave

#### a. Analyse étape par étape

38. Des allégations de risque grave sont invoquées dans de nombreuses situations, y compris lorsqu'un tel risque découle :

- de violences physiques, sexuelles ou d'autres formes de violence à l'égard de l'enfant ou du fait qu'il soit exposé à la violence domestique exercée par le parent délaissé envers le parent qui a soustrait l'enfant;
- de la séparation de l'enfant et du parent qui l'a soustrait, par exemple lorsque ce dernier affirme ne pas être en mesure de rentrer dans l'État de la résidence habituelle pour des raisons de sécurité, de santé ou économiques, du fait de son statut en matière d'immigration ou en raison de poursuites pénales pendantes le concernant dans cet État ;
- de la séparation de l'enfant de ses frères et sœurs ;
- d'importantes préoccupations relatives à l'enfant en matière de sécurité, d'éducation, de santé ou économiques dans l'État de la résidence habituelle.

39. La Convention ne prévoit pas que le test applicable à la détermination du risque grave varie en fonction du type de risque ou des circonstances sous-jacentes invoquées par la personne qui s'oppose au retour. Toutes les allégations de risque grave sont donc jugées sur le fondement des mêmes normes ou du même seuil et dans le cadre de la même analyse étape par étape. Toutefois, certains types de situation sont plus souvent jugés comme atteignant le seuil élevé fixé au titre de l'exception de risque grave, par exemple, les situations propices à exposer l'intégrité physique ou psychologique de l'enfant à un risque immédiat.

40. La première étape consiste pour le tribunal à se pencher sur la nature des allégations, notamment quant à savoir si elles sont suffisamment détaillées et étayées pour témoigner d'un risque grave<sup>54</sup> ; il est fort probable que les allégations vagues ou générales soient jugées

<sup>54</sup> Voir, par ex. : *Ryan v. Ryan*, 7 décembre 2010, Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador (Canada) [Référence INCADAT : HC/E/CA 1124], arrêt dans lequel la cour a déclaré que l'usage récréatif de marijuana par le père, dissimulé avec soin aux enfants qui n'avaient aucune connaissance de ses habitudes à cet égard, n'était pas de nature à mettre en péril leur sécurité ; *March v. Levine*, 249 F.3d 462 (6th Cir. 2001), 19 avril 2001, Cour d'appel du sixième circuit des États-Unis (États-Unis) [Référence INCADAT : HC/E/USf 386], affaire dans laquelle la cour a conclu, considérant que le père s'était occupé des enfants depuis la disparition de leur mère (pour laquelle personne n'avait été condamné), que le fait que les grands-parents affirmaient qu'il avait assassiné la mère et obtenu un jugement civil par défaut ne permettait pas de supposer que les enfants seraient exposés à un risque grave en cas de retour, compte tenu en particulier du fait qu'aucune allégation de maltraitance des enfants n'avait été formulée à l'encontre du père ; *Foster v. Foster*, 654 F.Supp.2d 348 (W. D. Pennsylvania, 2009), 4 septembre 2009, Cour de district des États-Unis, W. D. Pennsylvanie (États-Unis) [Référence INCADAT : HC/E/USf 1110], décision dans laquelle la cour a estimé, compte tenu de la santé psychologique satisfaisante de l'enfant, que les châtiments corporels et les insultes employés par le père à son encontre n'étaient pas constitutives d'un risque grave de danger physique ; *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*, 8 février 1995, Tribunal des affaires familiales d'Australie à Brisbane (Australie) [Référence INCADAT : HC/E/AU 280], décision dans laquelle le tribunal a conclu que l'attachement du père à la doctrine de Hari Krishna et sa volonté de « fiancer » ses filles à des hommes plus âgés relevaient de son style de vie, dont la critique impliquait des jugements de valeur sur une culture et des convictions religieuses différentes, éléments qui ne sauraient être utilisés pour fonder le refus du retour de l'enfant ; N de pourvoi 93-19058, 15 juin 1994, Cour de cassation (France) [Référence INCADAT : HC/E/FR 516], affaire dans laquelle la cour a estimé que, si le père faisait partie d'une secte, ses convictions se limitaient à l'art de la physionomie, de la science de l'astrologie ou de la pratique du yoga et n'étaient pas pertinentes dans l'examen d'un risque grave ; *Reshut ir'ur ezrachi (autorisation d'interjeter appel) 7994/98 Dagan v. Dagan* 53 P.D (3) 254, 14 juin 1999, Cour suprême (Israël) [Référence INCADAT : HC/E/IL 807], arrêt dans lequel la cour a rejeté l'argument selon lequel le risque grave était susceptible de naître de la très forte probabilité que le tribunal saisi de la procédure en matière de droit de garde aux États-Unis autorise la mère à déménager en Israël et que la décision de retour constitue dès lors un bouleversement inutile pour l'enfant. Le juge est arrivé à la même conclusion dans l'affaire *X. (la mère) contre De directie Preventie, en namens Y. (le père)* (ELRO nr. AA 5524, Zaaksnr.R99/076HR), 14 avril 2000, Hoge Raad der Nederlanden (Cour suprême des Pays-Bas) (Pays-Bas) [Référence INCADAT : HC/E/NL 316].

insuffisantes<sup>55</sup>.

41. S'il procède à la deuxième étape, le tribunal détermine, en examinant les preuves présentées par la personne qui s'oppose au retour de l'enfant et les informations recueillies, y compris concernant les mesures de protection disponibles dans l'État de la résidence habituelle, si l'exception de risque grave pour l'enfant au moment de son retour est établie. Ainsi, lorsque le tribunal examine si l'exception de risque grave est établie, même lorsqu'il conclut que les preuves ou informations suffisent à étayer les éléments constitutifs d'un préjudice potentiel ou d'une situation intolérable, le tribunal doit néanmoins dûment considérer toutes les circonstances de l'espèce, y compris les mesures de protection appropriées, existantes ou à mettre en place, pour atténuer le risque grave ou la situation intolérable.

42. Par suite de cet examen :

- si le tribunal n'est *pas* convaincu que les preuves et informations présentées, y compris en matière de mesures de protection, permettent d'établir l'existence d'un risque grave, il ordonne le retour de l'enfant<sup>56</sup> ;
- si le tribunal *est* convaincu que les preuves et informations présentées, y compris en matière de mesures de protection, permettent d'établir l'existence d'un risque grave, il n'est pas tenu d'ordonner le retour de l'enfant.

---

<sup>55</sup> Voir, par ex. : *E.S. s/ Reintegro de hijo*, 11 juin 2013, Corte Suprema de Justicia de la Nación (Cour suprême) (Argentine) [Référence INCADAT : HC/E/AR 1305], arrêt dans lequel la cour a jugé que la simple mention de mauvais traitements ou de violences, sans faire état d'aucune preuve, était trop générale pour établir l'existence d'un risque grave pour l'enfant ; *Gsponer v. Johnson* (*op. cit.* note 50), affaire dans laquelle les preuves générales et imprécises présentées par la mère concernant d'importants épisodes de violence, d'agression et de mauvais traitement de la part du père contre elle et son enfant ont été jugées insuffisantes pour établir l'existence d'un risque grave.

<sup>56</sup> Lorsque le risque grave allégué n'est pas établi et que l'enfant rentre dans son État de résidence habituelle, le parent qui a soustrait l'enfant peut présenter des preuves concernant ses inquiétudes eu égard à la procédure portant sur le droit de garde dans l'État de la résidence habituelle.

## Questions traitées par le tribunal dans l'analyse de l'exception de l'article 13(1)(b)

Les tribunaux doivent être diligents dans la conduite de la procédure aux fins du retour immédiat de l'enfant [Préambule et art. 11(1)].

Le recueil et l'examen des informations ou éléments de preuve s'effectuent selon les lois, procédures et pratiques de chaque ressort juridique.

Quant aux mesures de protection, le tribunal devrait envisager de solliciter la coopération des Autorités centrales ou des juges du RIJH.

*Les faits allégués sont-ils suffisamment précis et importants pour qu'ils puissent constituer un risque grave que le retour n'expose l'enfant à un danger physique ou psychologique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable ?*

OUI

Par suite de l'examen des informations ou des preuves :

*La personne, l'institution ou autre organisme qui s'oppose au retour de l'enfant (dans la plupart des cas, le parent qui a soustrait l'enfant) a-t-il convaincu le tribunal de l'existence d'un risque grave que le retour n'expose l'enfant à un danger physique ou psychique ou ne le place de toute autre manière dans une situation intolérable, compte tenu de toute mesure de protection appropriée et efficace disponible ou en place dans l'État de la résidence habituelle afin d'atténuer un tel risque ?*

OUI

**L'exception de risque grave est établie** et le tribunal n'est PAS tenu d'ordonner le retour de l'enfant.

NON

Le tribunal ordonne le retour de l'enfant.

*Dans certains États et territoires, les tribunaux commencent par demander : y a-t-il des mesures de protection appropriées et efficaces disponibles ou en place permettant d'atténuer le risque grave allégué ?*

NON

OUI

NON

Le tribunal ordonne le retour de l'enfant.

### **b. Mesures de protection et dispositions pratiques**

43. Les tribunaux évaluent généralement la possibilité d'obtenir des mesures de protection et leur efficacité en même temps qu'ils examinent les allégations de risque grave ; ils peuvent également le faire après que la partie s'opposant au retour a établi l'existence d'un risque grave et en a clarifié la nature<sup>57</sup>. Dans l'idéal, les mesures de protection éventuelles devraient être mentionnées le plus tôt possible au cours de la procédure, de sorte que chaque partie profite de la possibilité de produire des preuves pertinentes, de manière diligente, quant à la nécessité et au caractère exécutoire de telles mesures. Dans certains États et territoires, aux fins de rapidité, lorsque, dans un cas particulier, le tribunal est convaincu de la disponibilité ou de l'existence de mesures de protection appropriées et efficaces dans l'État de la résidence habituelle pour atténuer le risque grave, il peut ordonner le retour de l'enfant sans entrer dans le détail de l'examen des faits allégués.

44. Dans certains cas, selon les circonstances, il n'est pas possible d'atténuer le risque grave établi au moyen de mesures de protection<sup>58</sup>. Par exemple, lorsque le parent délaissé a enfreint à répétition des ordonnances de protection<sup>59</sup>.

45. Les mesures de protection sont plus souvent envisagées dans des cas où le risque grave allégué implique des violences envers l'enfant ou des violences domestiques. Elles couvrent un grand nombre de services, d'aides et de soutiens existants, y compris l'accès à des services juridiques, à une aide financière, à une aide au logement, aux services de santé, à des foyers et à d'autres formes d'aide ou de soutien apporté aux victimes de violence domestique, ainsi que les réponses apportées par la police et au moyen du système de justice pénale<sup>60</sup>. Ces mesures de protection peuvent exister dans l'État de la résidence habituelle ou, dans certains cas, doivent être mises en place. De telles mesures de protection, utilisées dans certains États ou territoires, peuvent être mises en place, par exemple, au moyen d'une décision de l'État

<sup>57</sup> Il existe d'autres démarches que le Groupe de travail a décidé de ne pas présenter comme bonnes pratiques dans le présent Guide. À titre d'exemple, certains tribunaux examinent les mesures de protection au stade de l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire de ne pas ordonner le retour de l'enfant, voir : *State Central Authority, Secretary to the Department of Human Services v. Mander*, 17 septembre 2003, Tribunal des affaires familiales d'Australie (Australie) [Référence INCADAT : HC/E/AU 574].

<sup>58</sup> Voir, par ex. : *Ostevoll v. Ostevoll*, 2000 WL 1611123 (S.D. Ohio 2000), 16 août 2000, Cour de district des États-Unis dans l'Ohio (États-Unis) [Référence INCADAT : HC/E/US 1145], affaire dans laquelle le risque et le degré du préjudice psychologique subi par les enfants étaient selon l'appréciation de la cour d'une telle gravité qu'elle a jugé que les autorités norvégiennes ne seraient pas en mesure de les protéger du préjudice auquel ils seraient exposés du seul fait de leur retour en Norvège ; *D.T. v. L.B.T.* [2010] EWHC 3177, 7 décembre 2010, Haute Cour d'Angleterre et du pays de Galles (Royaume-Uni) [Référence INCADAT : HC/E/UK 1042], affaire dans laquelle aucune mesure de protection avérée ou potentielle n'était envisageable pour protéger les enfants face aux difficultés probables, compte tenu de l'état émotionnel alarmant de la mère associé aux besoins spéciaux d'un enfant (autisme) ; *Re D. (Article 13B: Non-return)* [2006] EWCA Civ 146, 25 janvier 2006, Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles (Royaume-Uni) [Référence INCADAT : HC/E/UK 818], arrêt dans lequel la cour a admis que les faits étaient tels qu'aucune mesure ne pourrait atténuer le risque afin de le ramener à un niveau acceptable ; *Acosta v. Acosta*, 725 F.3d 868 (8th Cir. 2013), 5 août 2013, Cour d'appel du 8<sup>e</sup> circuit des États-Unis (États-Unis) [Référence INCADAT : HC/E/US 1266], affaire dans laquelle le juge a affirmé que les enfants devaient être effectivement, et pas seulement théoriquement, protégés en cas de retour, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, en raison de l'incapacité du père de contrôler ses accès de colère.

<sup>59</sup> Voir, par ex. : *Achakzad v. Zmaryalai* [2011] W.D.F.L. 2, 20 juillet 2010, Cour de justice de l'Ontario (Canada) [Référence INCADAT : HC/E/CA 1115], affaire dans laquelle la cour, compte tenu du mépris du père pour le système judiciaire (il a notamment menti tout au long de sa comparution) et du non-respect de précédentes ordonnances judiciaires, a jugé les engagements exécutoires inappropriés pour surveiller et contrôler le comportement du père de sorte à atténuer le risque de danger pour l'enfant.

<sup>60</sup> Voir, par ex. : *(Ra) No. 742 Appel interjeté contre une décision de retour d'un enfant*, 15 septembre 2017, Haute Cour d'Osaka (9<sup>e</sup> sect. civile) (Japon) [Référence INCADAT : HC/E/JP 1390], affaire dans laquelle la cour a examiné une mesure de protection préalable sous la forme d'une ordonnance de protection personnelle émise par l'État de la résidence habituelle ; *X. (la mère) contre Y. (le père)*, 22 février 2018, Rechtbank's-Gravenhage (Cour de district de La Haye) (Pays-Bas) [Référence INCADAT : HC/E/NL 1391], affaire dans laquelle la cour a estimé que l'État de la résidence habituelle disposait d'institutions et d'établissements chargés de protéger les victimes de violence domestique.

requis<sup>61</sup>, susceptible d'imposer une ou plusieurs condition(s) préalable(s) au retour de l'enfant<sup>62</sup> (ces décisions peuvent être prises sur le fondement de l'art. 11 de la Convention de 1996, lorsque celle-ci est en vigueur entre les Parties contractantes ou au moyen d'une décision miroir dans l'État de la résidence habituelle, le cas échéant, selon l'ordre juridique des Parties concernées). Néanmoins, les tribunaux de l'État requis ne peuvent rendre des décisions qui ne relèvent pas de leur compétence ou qui ne sont pas nécessaires pour atténuer un risque grave établi. Ces mesures de protection peuvent également, dans certains cas et dans la mesure du possible, se fonder sur les engagements pris par le parent délaissé<sup>63</sup> de quitter le foyer familial afin de le laisser à la disposition de l'enfant et du parent l'ayant soustrait et d'apporter un soutien financier. Il convient de préciser que les engagements volontaires ne sont pas facilement exécutoires et peuvent, dès lors, s'avérer inefficaces dans de nombreux cas. Ainsi, à moins que les engagements volontaires puissent obtenir force exécutoire dans l'État de la résidence habituelle, il convient de les utiliser avec précaution, en particulier dans les cas de violences domestiques.

46. Dans certains États et territoires, après avoir établi l'absence d'un risque grave, les tribunaux qui ordonnent le retour immédiat peuvent prendre des dispositions pratiques afin de faciliter la mise en œuvre du retour de l'enfant dans l'État de la résidence habituelle<sup>64</sup>. Ces dispositions ne doivent pas créer d'obstacles inutiles au retour de l'enfant, surcharger l'une ou l'autre des parties (en particulier, le parent délaissé) ou dépasser la compétence du tribunal ; elles ont vocation à être exécutées uniquement jusqu'à ce que l'État de la résidence habituelle puisse adopter des mesures concernant l'enfant de sorte à remédier à la situation.

<sup>61</sup> Voir, par ex. : *A.S. v. P.S. (Child Abduction)* [1998] 2 IR 244, 26 mars 1998, Cour suprême (Irlande) [Référence INCADAT : HC/E/IE 389], affaire dans laquelle le père avait pris d'importants engagements lors du jugement afin d'atténuer le risque grave : mettre de l'argent de côté pour le voyage des enfants et les aliments destinés à ces derniers, quitter le foyer familial. En outre, l'avocat du défendeur devait faire tout son possible pour assurer la communication des informations à l'Autorité centrale irlandaise et s'assurer de leur bonne réception par la Haute Cour, division des affaires familiales, à Londres ; *Police Commissioner of South Australia v. H.*, 6 août 1993, Tribunal des affaires familiales d'Australie à Adélaïde (Australie) [Référence INCADAT : HC/E/AU 260], affaire dans laquelle le père avait proposé de donner à la mère son propre logement et de contribuer à toute dépense qu'il pouvait prendre en charge.

<sup>62</sup> Voir, par ex. : *Re W. (Abduction: Domestic Violence)* [2004] EWHC 1247, 28 mai 2004, Haute Cour d'Angleterre et du pays de Galles (Royaume-Uni) [Référence INCADAT : HC/E/UKe 599], affaire dans laquelle le retour a été ordonné, sous réserve du respect de l'intégralité des conditions énumérées dans le jugement par le père, notamment l'obtention d'une décision miroir auprès de la Haute Cour d'Afrique du Sud, l'apport d'argent à la mère au titre des aliments pour six mois, une protection si elle le souhaitait et le paiement des frais engagés au titre du différend, ainsi qu'un engagement à ne pas approcher, harceler ou importuner la mère d'une quelconque manière. Le père n'a pas tenu ses engagements et la décision de retour a par la suite été annulée par la Cour d'appel, voir : *Walley v. Walley* [2005] EWCA Civ 910 [Référence INCADAT : HC/E/UKe 826]. Voir aussi *Sabogal v. Velarde*, 106 F.Supp.3d 689 (2015), 20 mai 2015, Cour de district des États-Unis pour le District du Maryland (États-Unis) [Référence INCADAT : HC/E/USf 1383], décision dans laquelle la cour s'apprêtait à ordonner le retour de l'enfant, sous réserve que le père s'arrange pour que les chefs d'accusation pesant contre la mère soient abandonnés ou que l'enquête la visant soit close et que la décision lui accordant le droit de garde de manière temporaire soit annulée (réhabilitant ainsi effectivement la décision octroyant le droit de garde temporaire à la mère).

<sup>63</sup> Voir, par ex., *A.S. v. P.S. (Child Abduction)* (*op. cit.* note 61), affaire dans laquelle la cour a admis qu'il existait un commencement de preuve d'abus sexuel commis par le père ; lui confier de nouveau les enfants générerait donc un risque grave. Cependant, compte tenu des importants engagements pris par le père, la cour a estimé qu'ordonner le retour des enfants en Angleterre, au sein du foyer familial, sous la garde exclusive de la mère ne présentait aucun risque grave.

<sup>64</sup> Voir, par ex. : *G. M. c. V. M. de H. s/ reintegro de hijo*, 30 septembre 2013, Corte de Apelación de Niños, Niñas y Adolescentes (Cour d'appel des mineurs) (République dominicaine) [Référence INCADAT : HC/E/DO 1338], arrêt dans lequel la cour a ordonné à la mère de rendre le passeport de l'enfant à l'Autorité centrale de République dominicaine jusqu'à ce que la procédure portant sur le retour soit terminée et de confier l'enfant à l'Autorité centrale de sorte que le retour se déroule le plus rapidement possible après la clôture de la procédure ; *B. v. G.*, 8 avril 2008, Cour suprême (Israël) [Référence INCADAT : HC/E/IL 923], affaire dans laquelle la cour a ordonné aux services sociaux de préparer le retour de l'enfant (en prévoyant notamment une période d'environ huit semaines pour que l'enfant s'adapte) et d'organiser des rencontres entre lui et son père ; *A. v. A.*, 5 octobre 2001, Tribunal de première instance de Buenos Aires (Argentine) [Référence INCADAT : HC/E/AR 487], jugement dans lequel le tribunal a sursis à l'exécution de la décision de retour pendant deux mois, permettant de stabiliser la situation dans l'État de la résidence habituelle et à la mère et son enfant de se préparer au retour ; *Hoskins v. Boyd*, (1997) 28 RFL (4th) 221, 24 avril 1997, Cour d'appel de Colombie-Britannique (Canada) [Référence INCADAT : HC/E/CA 13], affaire dans laquelle les dispositions visant à atténuer les effets perturbateurs du retour de l'enfant comprenaient l'engagement du père de coopérer dans le cadre des audiences portant sur le fond du droit de garde à des fins de rapidité, l'autorisation d'un droit de visite supervisé pour la mère en attendant une décision sur le fond et le fait que le père prenne en charge les frais de voyage de la mère et de l'enfant vers l'Oregon.

47. Quant aux mesures de protection, la Convention de 1996 peut faciliter le retour immédiat de l'enfant, lorsque celle-ci est en vigueur entre les États impliqués. Elle contient un chef de compétence spécifique permettant au tribunal de la Partie contractante dans lequel *se trouve* l'enfant (par rapport à l'État de sa résidence habituelle) de prendre des mesures de protection de l'enfant dans les cas d'urgence<sup>65</sup>. Elle renforce l'efficacité de telles mesures en garantissant qu'elles sont reconnues de plein droit dans toutes les autres Parties contractantes<sup>66</sup> et qu'elles sont exécutoires sur demande de toute partie intéressée, conformément à la procédure prévue par la loi de l'État dans lequel l'exécution est sollicitée<sup>67</sup>. Toute mesure de protection de l'enfant prise sur le fondement de ce chef de compétence spécifique cesse d'avoir effet dès lors que le tribunal de l'État de la résidence habituelle (c.-à-d., l'État de la résidence habituelle de l'enfant) prend les mesures que la situation exige, d'où l'importance de la coordination entre les autorités compétentes<sup>68</sup>.

### **c. Règles de procédure et d'administration de la preuve**

48. La Convention prévoit très peu de règles de procédure et d'administration de la preuve. Ces questions relèvent de la loi du for, autrement dit, la loi de l'État requis dans lequel se situe le tribunal. Cela comprend les règles portant sur la norme d'établissement de la preuve<sup>69</sup>. Néanmoins, la question de la charge de la preuve est abordée explicitement dans la Convention.

#### **i. Charge de la preuve**

49. La charge d'établir l'exception pèse sur la personne, l'institution ou autre organisme qui s'oppose au retour de l'enfant<sup>70</sup>, à savoir, dans la plupart des cas, le parent qui l'a soustrait. Même si le tribunal recueille d'office des informations ou des preuves (conformément à la procédure interne), ou si la personne ou l'organisme qui a introduit la demande de retour ne participe pas activement à la procédure, le tribunal doit être convaincu que la personne ou l'organisme qui s'oppose au retour a bien établi l'exception.

#### **ii. Circonscrire les informations et les preuves à la question du retour**

50. Si les règles et les pratiques en matière de recevabilité et d'obtention des preuves varient entre les Parties contractantes<sup>71</sup>, elles doivent toujours être appliquées dans le respect de l'exigence de célérité de la procédure et de l'importance pour le tribunal de limiter son enquête aux seules questions à l'examen pertinentes pour statuer sur le retour (et non sur le droit de garde<sup>72</sup>).

#### **iii. Recevabilité des informations sur la situation sociale de l'enfant**

51. L'article 13(3) facilite la réception de preuves ou d'informations reçues de l'étranger en indiquant qu'un tribunal doit « 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 », à l'instar des résultats d'enquêtes sociales, de bulletins scolaires, de dossiers médicaux, à condition que ces documents soient disponibles, directement liés à la question du risque grave et susceptibles d'être obtenus en vertu du droit interne de l'État de la résidence habituelle. Ces preuves ou informations ne devraient être recueillies que lorsque cela s'avère nécessaire et compte tenu de la nécessaire célérité de la procédure.

<sup>65</sup> Art. 11(1) de la Convention de 1996.

<sup>66</sup> Art. 23 de la Convention de 1996.

<sup>67</sup> Art. 26 de la Convention de 1996.

<sup>68</sup> Art. 11(2) de la Convention de 1996. Voir le Manuel pratique sur la Convention de 1996 (*op. cit.* note 14).

<sup>69</sup> La norme d'établissement de la preuve appliqué par les Parties contractantes peut varier. À titre d'exemple, de nombreuses Parties contractantes 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>70</sup> Voir le Rapport explicatif (*op. cit.* note 11), 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>71</sup> Les Profils des États des Parties contractantes (*op. cit.* note 38) 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 uniquement sur le fondement de documents (c.-à-d. sans audience) et si des dépositions orales (déposition en personne) peuvent être recueillies dans une procédure de retour.

<sup>72</sup> Voir *supra* « Droit de garde » dans le Glossaire.

#### **iv. Recevabilité de la demande de retour et des pièces justificatives**

52. Afin de favoriser la recevabilité des preuves et des informations, l'article 30 énonce que toute demande de retour déposée auprès d'une Autorité centrale ou directement auprès d'un tribunal, ainsi que les pièces et informations justificatives jointes ou présentées par une Autorité centrale « seront recevables devant les tribunaux ou les autorités administratives des Etats contractants ». L'article 30 ne définit néanmoins pas la valeur probante de telles pièces ; cette question relève du droit national.

#### **2. Exemples d'allégations susceptibles d'être présentées au titre de l'article 13(1)(b)**

53. Toute analyse au titre de l'article 13(1)(b) est, dans une large mesure, tributaire des faits. Chaque conclusion d'un tribunal quant à l'application ou non de l'exception est dès lors unique, fondée sur les circonstances particulières de l'espèce. Il est donc toujours nécessaire de procéder à une analyse approfondie étape par étape, conformément au cadre juridique de la Convention, y compris l'exception telle que définie dans le présent Guide.

54. Cette section offre quelques orientations sur la manière, pour les tribunaux, d'aborder les allégations de risque grave grâce à plusieurs schémas factuels et une liste non exhaustive d'éléments à prendre en considération. Elle ne porte pas sur le poids relatif donné à chacun de ces éléments, étant entendu que cela dépend des circonstances particulières de l'espèce. Cette section renvoie également, de manière limitée, à la jurisprudence internationale en vue d'illustrer des points précis à l'examen. Les tribunaux et autres acteurs sont encouragés à consulter INCADAT et la jurisprudence nationale afin de disposer de détails et d'informations les plus à jour possible sur la manière d'aborder différentes questions au titre de l'article 13(1)(b).

#### **a. Violence domestique contre l'enfant et / ou le parent l'ayant soustrait**

55. Les allégations de risque grave fondées sur la violence domestique peuvent prendre diverses formes. Le parent ayant soustrait l'enfant peut faire valoir l'existence d'un risque grave de danger direct en raison de violences physiques, sexuelles ou autres infligées à l'enfant. L'on peut également exciper d'un risque grave du fait que l'enfant soit exposé à la violence domestique du parent délaissé envers le parent qui l'a soustrait, bien que la production de preuves de telles violences n'aboutisse pas nécessairement à la reconnaissance de l'existence d'un risque grave pour l'enfant au moment du retour<sup>73</sup>. Dans certains cas, le risque grave pour l'enfant peut également résulter d'un préjudice causé, au moment du retour, par le parent délaissé au parent qui l'a soustrait<sup>74</sup>, y compris lorsqu'un tel préjudice est susceptible d'entraver de manière significative la capacité de ce dernier à prendre soin de l'enfant.

<sup>73</sup> Voir, par ex. : *Harris v. Harris* [2010] FamCAFC 221, 5 novembre 2010, Tribunal des affaires familiales d'Australie (Australie) [Référence INCADAT : HC/E/AU 1119], affaire dans laquelle le tribunal a conclu que les violences infligées à la mère à portée de voix de l'enfant étaient suffisantes pour susciter un risque grave de danger psychologique, malgré le constat d'absence de préjudice corporel infligé à l'enfant ; *Miltiadous v. Tetervak*, 686 F.Supp.2d 544 (E.D. Pa. 2010), 19 février 2010, Cour de district des États-Unis, Division Est, Pennsylvanie (États-Unis) [Référence INCADAT : HC/E/US 1144], affaire dans laquelle la cour a jugé que les violences du père contre la mère, notamment des menaces de mort et sa consommation excessive d'alcool, ainsi que d'autres facteurs tels que l'incapacité des autorités chypriotes de la protéger et les troubles de stress post-traumatiques conséquents de leur fille étaient des éléments suffisants pour établir l'existence d'un risque grave.

<sup>74</sup> Voir, par ex., *P. (N.) v. P. (A.)*, 1998 CanLII 9569 (QC CS), 12 novembre 1998, Cour supérieure du Québec (Canada) [Référence INCADAT : HC/E/CA 1404], affaire dans laquelle la cour a estimé, compte tenu de la peur légitime de la mère, qu'on ne pouvait pas attendre d'elle de rentrer en Israël. Elle y avait été emmenée sous un prétexte, vendue à la mafia russe puis revendue au père, qui l'avait forcée à se prostituer. Elle était enfermée, battue par le père, violée et menacée. La cour a conclu qu'il aurait été impossible de renvoyer l'enfant sans sa mère vers un père qui achetait et vendait des femmes et était à la tête d'un réseau de prostitution. La décision de la Cour supérieure du Québec a été confirmée en appel dans l'arrêt *N.P. v. A.B.P.*, 1999 R.D.F. 38, 22 avril 1999, Cour d'appel du Québec (Canada) [Référence INCADAT : HC/E/CA 764]. In *Taylor v. Taylor*, 502 Fed.Appx. 854, 2012 WL 6631395 (C.A.11 (Fla.)) (11th Cir. 2012), 20 décembre 2012, Cour d'appel du onzième circuit des États-Unis (États-Unis) [Référence INCADAT : HC/E/US 1184], décision dans laquelle la cour a admis des preuves selon lesquelles le père avait menacé de solliciter des tiers afin de violenter (voire tuer) la mère. La cour a relevé la singularité de cette affaire ; le risque pour l'enfant découlait non seulement des menaces du père, mais également de menaces émanant de tiers. En outre, les activités frauduleuses du père avaient créé, et étaient susceptibles de continuer à créer, un risque grave pour l'enfant en cas de retour. Voir également l'opinion de LJ Wall dans l'affaire *Re W. (A Child)* [2004] EWCA Civ 1366 (Royaume-Uni) [Référence INCADAT : [HC/E/UKe 771](#)], para. 49. Dans

56. Dans de tels cas, l'analyse du risque grave se concentre tout particulièrement sur les conséquences, pour l'enfant, de la violence domestique au moment de son retour dans l'État de sa résidence habituelle et examine si elles atteignent le seuil élevé de l'exception de risque grave, compte tenu de la nature, fréquence et intensité de la violence ainsi que des circonstances dans lesquelles elle est susceptible de survenir<sup>75</sup>. L'analyse du risque grave ne se borne dès lors pas à déterminer si la personne qui s'oppose au retour de l'enfant a établi l'existence d'une situation de violence domestique.

57. Dans les cas où le parent qui a soustrait l'enfant prouve des circonstances impliquant des violences domestiques établissant l'existence d'un risque grave pour l'enfant, les tribunaux doivent examiner la disponibilité, le caractère approprié et l'efficacité de mesures visant à protéger l'enfant de ce risque grave<sup>76</sup>. Lorsqu'une protection juridique, des services de police et des services sociaux sont disponibles dans l'État de la résidence habituelle, notamment afin d'aider les victimes de violence domestique, les tribunaux ont ordonné le retour de l'enfant<sup>77</sup>. Cependant, dans certains cas, les tribunaux peuvent juger cette protection ou ces services juridiques insuffisants pour atténuer le risque grave<sup>78</sup> ; c'est le cas notamment, lorsque le parent délaissé a enfreint, de manière répétée, des ordonnances de protection<sup>79</sup>, ce qui est

---

l'affaire *Gomez v. Fuenmayor*, No. 15-12075, Cour d'appel des États-Unis (11<sup>e</sup> circuit), 5 février 2016 (États-Unis) [Référence INCADAT : HC/E/US 1407], la cour a jugé que, bien que l'analyse porte sur le risque auquel l'enfant, et non le parent, se trouve exposé, des menaces et des violences suffisamment sérieuses dirigées contre un parent peuvent néanmoins être constitutives d'un risque grave pour l'enfant.

<sup>75</sup> Dans les affaires suivantes, la cour a constaté l'absence de preuves étayant l'existence d'un risque grave pour l'enfant. *Tabacchi v. Harrison*, 2000 WL 190576 (N.D.Ill.), 2 août 2000, Cour de district des États-Unis pour le District nord de l'Illinois, Division Est (États-Unis) [Référence INCADAT : HC/E/USf 465], affaire dans laquelle les antécédents du père en matière de violence à l'égard de la mère n'ont pas été jugés comme constituant un risque grave pour leur enfant, puisque ce dernier n'avait été présent que lors de deux incidents violents par le passé et puisque depuis le déplacement, les parents étaient convenus, sans difficulté, d'un droit de visite et qu'aucune preuve ne démontrait que le père avait violenté ou harcelé la mère ; *Secretary For Justice v. Parker* 1999 (2) ZLR 400 (H), 30 novembre 1999, Haute Cour (Zimbabwe) [Référence INCADAT : HC/E/ZW 340], affaire dans laquelle la cour a précisé que le comportement du père visait la mère et non ses enfants et que l'environnement stressant auquel les enfants étaient, selon la mère, exposés s'expliquait par la relation tendue entre les parents. La cour a en outre relevé que la mère ne s'était pas opposée, par le passé, à des contacts entre le père et ses enfants.

<sup>76</sup> *F. v. M. (Abduction: Grave Risk of Harm)* [2008] 2 FLR 1263, 6 février 2008, Division des affaires familiales de la Haute Cour d'Angleterre et du pays de Galles (Royaume-Uni) [Référence INCADAT : HC/E/UKe 1116], affaire dans laquelle la mère arguait avoir été victime de violence domestique et qu'un retour des enfants en France les exposerait à un risque grave de danger physique ou psychologique. Toutefois, la cour n'a constaté aucun risque grave étant entendu que, jusqu'au déplacement, la mère avait consenti au père un droit de visite et d'hébergement non supervisé, qu'elle avait initialement sollicité le partage du droit de garde et que le père avait pris des engagements en vue d'éradiquer tout risque ; 5A\_285/2007/frs, 16 août 2007, Tribunal fédéral, IIe Cour de droit civil (Suisse) [Référence INCADAT : HC/E/CH 955], le tribunal a conclu qu'il n'y avait pas de risque grave étant entendu qu'avant le déplacement, le père n'entretenait que des contacts restreints et supervisés avec l'enfant et qu'il avait respecté les termes de son droit de visite ainsi que l'ordonnance lui interdisant de s'approcher de la mère ou de la maison familiale. Voir « Questions envisagées par le tribunal dans l'analyse de l'exception de l'article 13(1)(b), p. 19.

<sup>77</sup> Voir, par ex. : *X. (la mère) contre Y. (le père)* (op. cit. note 60), affaire dans laquelle les allégations de la mère selon lesquelles elle aurait régulièrement subi des violences domestiques en présence de l'enfant n'ont pas été jugées suffisantes pour conclure à l'existence d'un risque grave, compte tenu des mesures de protection et du soutien institutionnel disponibles dans l'État de la résidence habituelle.

<sup>78</sup> Voir, par ex. : *State Central Authority, Secretary to the Department of Human Services v. Mander* (op. cit. note 57), affaire dans laquelle, ayant conclu à l'existence d'un risque grave, le juge de première instance a relevé que si le système anglais prévoyait une large protection juridique et que l'attention particulière portée par la police et les services sociaux anglais aux « femmes battues » était excellente, la réalité pour les enfants était que la présence de leurs deux parents dans un même État se solderait nécessairement par de nouvelles violences. Le retour des enfants a donc été refusé ; No de RG 06/00395, 30 mai 2006, Cour d'appel de Paris (France) [Référence INCADAT : HC/E/FR 1010], affaire dans laquelle la cour, malgré la plainte déposée par le père faisant valoir que l'enfant avait été violé par le compagnon de sa mère, au sein de la résidence familiale, a conclu qu'aucune mesure de protection effective n'avait été prise à l'égard de l'enfant lorsqu'il avait fait de sérieuses accusations et s'était montré extrêmement réticent à l'idée de retourner vivre chez sa mère ; voir aussi *W. v. G.*, 10 juin 1993, Tribunal de grande instance d'Abbeville (France) [Référence INCADAT : HC/E/FR 298].

<sup>79</sup> Voir, par ex., *Achakzad v. Zemaryalai* (op. cit. note 59), décision dans laquelle la cour a admis les preuves produites par la mère, selon lesquelles le père l'avait violentée ou menacée à plusieurs reprises, notamment avec des menaces de viol ou au moyen d'un pistolet chargé alors qu'elle tenait son enfant dans ses bras. La cour a en outre conclu qu'elle ne pouvait ignorer le profond ressentiment du père à l'égard des allégations de la mère au titre de l'art. 13(1)(b). Si des engagements pouvaient être exécutés puisque le père était prêt à accepter une décision mettant en place un régime de protection en Californie, la cour a estimé que la véritable question tenait à établir si son comportement futur pouvait être contrôlé et géré de manière appropriée par les tribunaux de Californie, considérant qu'il avait fait preuve de mépris à l'égard du système judiciaire en mentant tout au long de sa comparution. Au surplus, il s'était montré incapable de se contrôler

susceptible d'exposer l'enfant à un risque de préjudice corporel ou psychologique ou compte tenu de l'importante fragilité psychologique de l'enfant<sup>80</sup>.

58. On compte parmi d'autres mesures de protection envisagées par les tribunaux en vue d'atténuer le risque grave : la mise à disposition d'un logement sûr ou la possibilité de bénéficier de conseils juridiques quant aux chances d'obtenir une décision de protection effective dans l'État de la résidence habituelle<sup>81</sup>.

**b. Handicaps économiques ou éducatifs pour l'enfant au moment du retour**

59. En cas d'allégations de risque grave fondées sur des handicaps économiques ou éducatifs pour l'enfant au moment de son retour<sup>82</sup>, l'analyse doit déterminer si l'on peut répondre aux besoins fondamentaux de l'enfant dans l'État de la résidence habituelle. Le tribunal n'a pas à comparer les conditions de vie que chaque parent (ou chaque État) est susceptible d'offrir ; cela peut s'avérer pertinent dans le cadre d'une procédure subséquente concernant le droit de garde, mais n'est aucunement pertinent dans le cadre d'une analyse au titre de l'article 13(1)(b)<sup>83</sup>. Des conditions de vie plus modestes<sup>84</sup> ou un soutien éducatif limité<sup>85</sup> dans l'État de la résidence habituelle ne suffisent dès lors pas à asseoir l'exception de risque grave. Le fait que le parent ayant soustrait l'enfant déclare ne pas être en mesure de rentrer dans l'État de la résidence habituelle avec l'enfant en raison d'une situation économique difficile ou insoutenable, notamment parce que son niveau de vie sera moins élevé, qu'il ne pourra pas

---

lorsqu'il était énervé. En conséquence, la cour a jugé que le retour en Californie exposerait la mère et l'enfant à un risque grave qui ne saurait être géré de manière appropriée au moyen d'engagements.

<sup>80</sup> Voir, par ex., *Ostevoll v. Ostevoll* (op. cit. note 58), affaire dans laquelle deux psychologues avaient témoigné en affirmant que le retour des enfants en Norvège les exposerait à un risque grave de danger physique ou psychologique, et ce, même s'ils n'étaient pas de nouveau placés sous la garde de leur père. Le risque découlait des antécédents de violence du père à l'égard des enfants, de son refus de solliciter une aide (psychologique), de sa consommation excessive d'alcool, de ses troubles de la personnalité ainsi que de ses antécédents de violence à l'égard de la mère, dont les enfants avaient été témoins et en conséquence de quoi on leur avait diagnostiqué des troubles de stress post-traumatiques. La cour a jugé que la décision d'ordonner le retour reproduirait ce traumatisme émotionnel, à tel point qu'ils pourraient se refermer sur eux-mêmes et que les autorités norvégiennes ne seraient pas en mesure de protéger les enfants d'un tel risque grave.

<sup>81</sup> Voir *supra* para. 45 pour une description plus détaillée des mesures de protection que les tribunaux ont envisagé eu égard à des allégations de risque grave liées à des violences domestiques.

<sup>82</sup> Voir, par ex. : *A.S. v. P.S. (Child Abduction)* (op. cit. note 61) ; *K.M.A. v. Secretary for Justice* (op. cit. note 48) ; *Police Commissioner of South Australia v. H.*, 6 août 1993, Tribunal des affaires familiales d'Australie à Adélaïde (Australie) [Référence INCADAT : HC/E/AU 260] ; *BDU v. BDT* [2014] SGCA 12, 17 février 2014, Cour d'appel (Singapour) [Référence INCADAT : HC/E/SG 1286] ; *Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal)* (op. cit. note 49).

<sup>83</sup> Voir N° de pourvoi 08-18126, 25 février 2009, Cour de cassation (France) [Référence INCADAT : HC/E/FR 1013], affaire dans laquelle la cour a rejeté les arguments de la mère selon lesquels elle aurait dû comparer les conditions de vie actuelles des enfants avec leurs conditions de vie en cas de retour afin d'examiner le risque grave.

<sup>84</sup> Voir, par ex. : *G., P. C. c. H., S. M. s/ reintegro de hijos*, 22 août 2012, Corte Suprema de Justicia de la Nación (Cour suprême) (Argentine) [Référence INCADAT : HC/E/AR 1315], arrêt dans lequel la cour a examiné l'argument concernant la situation du père (parent délaissé), mais a conclu que la mère n'avait pas établi que cette situation était telle qu'elle impliquerait la possibilité d'une situation extrême pour les enfants ; *Y.D. v. J.B.*, [1996] R.D.F. 753, 17 mai 1996, Cour de justice du Québec (Canada) [Référence INCADAT : HC/E/CA 369], affaire dans laquelle la mère arguait que l'incapacité financière du père susciterait un risque grave pour les enfants, mais la cour a jugé que la faiblesse financière n'était pas une raison justifiant de refuser le retour ; No de RG 11/02919, 19 septembre 2011, Cour d'appel de Lyon (France) [Référence INCADAT : HC/E/FR 1168], affaire dans laquelle la mère faisait valoir que le retour des enfants en Allemagne les exposerait à un risque grave en raison de la médiocrité du logement du père. Néanmoins, la cour a estimé qu'elle ne démontrait pas qu'il ne répondait pas aux normes minimales de salubrité, considérant que l'État requis, « qui n'avait pas à apprécier le bien-fondé de la décision étrangère », ne pouvait tenir compte de l'allégation selon laquelle les enfants bénéficieraient de conditions de vie meilleures en France ; 17 UF 56/16, 4 mai 2016, Stuttgart Senat für Familiensachen (Allemagne) [Référence INCADAT : HC/E/DE 1406], affaire dans laquelle il a été jugé qu'une situation économique potentiellement moins favorable dans l'État de la résidence habituelle au moment du retour ne constituait pas un risque grave de danger physique ou psychologique pour l'enfant.

<sup>85</sup> Voir, par ex., No de RG 11/01062, 28 juin 2011, Cour d'appel de Bordeaux (France) [Référence INCADAT : HC/E/FR 1128], affaire dans laquelle le père affirmait que l'enfant se plaignait de malnutrition, d'un manque d'hygiène et de négligence dans l'État de la résidence habituelle, mais la cour a jugé que cela ne suffisait pas à établir un risque grave et qu'il appartenait aux tribunaux de l'État de la résidence habituelle de déterminer qui était le plus apte à s'occuper de l'enfant quotidiennement et que l'État de la résidence habituelle disposait des équipements et infrastructures nécessaires au suivi des enfants résidant sur son territoire .

trouver de travail dans cet État, ou qu'il se trouvera, d'une autre manière, dans une situation d'extrême précarité, ne sera généralement pas suffisant pour justifier une décision de non-retour<sup>86</sup>. En particulier, le fait de dépendre des prestations sociales ou d'autres formes de soutien institutionnel ne représente pas, en soi, un risque grave<sup>87</sup>. Seules des circonstances véritablement exceptionnelles seraient susceptibles de susciter un risque grave pour l'enfant, par exemple, s'il se retrouve sans toit, sans recours possible aux prestations sociales<sup>88</sup>.

60. Lorsqu'ils examinent de telles circonstances, les tribunaux peuvent s'intéresser à des preuves ou informations présentées par le parent qui a soustrait l'enfant concernant sa situation financière ou en matière d'emploi, notamment ses économies ou actifs, ses perspectives d'emploi et d'autres moyens de subvenir à ses besoins<sup>89</sup>, ainsi qu'à son droit à la sécurité sociale et aux prestations sociales, que ce soit auprès de l'État requis ou de celui de la résidence habituelle. Les tribunaux peuvent également se pencher sur la situation financière et en matière d'emploi du parent délaissé ainsi que sur le délai nécessaire pour obtenir une décision en matière d'aliments en faveur de l'enfant ou du parent qui l'a soustrait si nécessaire<sup>90</sup>. Les tribunaux peuvent envisager d'imposer des conditions préalables au retour afin de fournir l'assistance financière essentielle à l'enfant et au parent qui l'a soustrait. Cependant, il convient de répondre uniquement aux besoins financiers immédiats de l'enfant

<sup>86</sup> Voir, par ex., *N. R. c. J. M. A. V. s/reintegro de hijo*, 28 février 2013, Corte Suprema (Cour suprême) (Chili) [Référence INCADAT : HC/E/CL 1318], arrêt dans lequel la cour a jugé que le simple fait que le retour pourrait s'avérer difficile pour la mère parce qu'elle aurait des problèmes pour trouver un travail n'était pas suffisant pour justifier raisonnablement son refus du retour. Ces questions doivent être prises en considération de manière plus approfondie dans le cadre de la procédure portant sur le droit de garde ; *G. M. c. V. M. de H. s/reintegro de hijo*, 30 septembre 2013, Corte de Apelación de Niños, Niñas y Adolescentes (Cour d'appel des mineurs) (République dominicaine) [Référence INCADAT : HC/E/DO 1338], affaire dans laquelle la mère affirmait être rentrée dans son pays du fait de ses conditions de vie en Allemagne et qu'elle n'avait pas de travail. Elle n'avait donc pas l'intention de rentrer, mais la cour a considéré ses motifs insuffisants pour légitimer le non-retour de l'enfant ; No de RG 12-19382, 20 mars 2013, Cour de cassation (France) [Référence INCADAT : HC/E/FR 1213], arrêt dans lequel la mère indiquait être sans emploi et disposer d'un revenu minimum et d'un logement social en France, ce dont elle n'aurait pas pu bénéficier en Angleterre. Cependant, la cour a insisté sur le fait que les autorités anglaises avaient pris des dispositions en vue de protéger les enfants après leur retour et que la mère ne se trouvait plus dans la même situation concernant un revenu minimum en Angleterre étant donné que son séjour était désormais imposé par une décision de justice anglaise, il n'y avait donc pas de risque grave ; 5A\_285/2007/frs, 16 août 2007, Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit civil (Suisse) (*op. cit.* note 76), affaire dans laquelle le tribunal a estimé qu'en l'absence de motifs objectifs justifiant le refus de la mère de rentrer, il ne semblait pas, en pratique, difficile ou économiquement insoutenable pour elle de retourner vivre en Israël, au moins pour la durée de la procédure pendante dans cet État ; *Secretary For Justice v. Parker* 1999 (2) ZLR 400 (H), 30 novembre 1999, Haute Cour (Zimbabwe) [Référence INCADAT : HC/E/ZW 340], affaire dans laquelle la cour a jugé que les difficultés financières et personnelles auxquelles la mère pourrait être confrontée en cas de retour n'avaient pas suffisamment de poids pour que la décision de retour ne soit pas prise.

<sup>87</sup> Voir, par ex., *Re A. (Minors) (Abduction: Custody Rights)* [1992] Fam 106, 12 février 1992, Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles (Royaume-Uni) [Référence INCADAT : HC/E/UKe 48], affaire dans laquelle la cour a estimé que le fait de dépendre des prestations sociales de l'État australien au moment du retour n'était pas de nature à constituer une situation intolérable.

<sup>88</sup> Voir, par ex., No de RG 08/04984, 18 février 2009, Cour d'appel de Nîmes (France) [Référence INCADAT : HC/E/FR 1135], affaire dans laquelle les faits étaient tels que la mère (parent délaissé) avait été emprisonnée en 2007, puis de nouveau à compter de mai 2008. L'un des enfants avait été placé auprès de ses grands-parents maternels et d'une tante et le second auprès d'une amie de sa mère. Le père était en contact avec les services sociaux et éducatifs et avait organisé le voyage des enfants vers la France pendant la détention de la mère. La cour a constaté qu'il avait été prouvé que la mère n'arrivait pas à répondre aux besoins fondamentaux des enfants en matière de nourriture, de vêtements, de soins et d'éducation, qu'elle les scolarisait de manière irrégulière, n'avait pas d'adresse permanente, dormait souvent avec les enfants dans sa voiture sur des parkings et souffrait d'une accoutumance aux médicaments. Elle en a déduit que l'ensemble de ces circonstances était tel que le retour exposerait les enfants à un risque grave et n'a donc pas ordonné leur retour.

<sup>89</sup> Voir par ex., *Harris v. Harris* (*op. cit.* note 73), affaire dans laquelle la mère, qui avait subi d'importantes violences de la part du père, se trouverait dans une situation financière précaire en Norvège et ne serait probablement pas en mesure de couvrir le loyer et les autres dépenses malgré la pension alimentaire versée par le père. Compte tenu de la complexité de la situation et des violences subies par le passé, la cour a suivi les conclusions de la juridiction de première instance en confirmant qu'aucun engagement ne suffirait à amoindrir la vulnérabilité et les difficultés financières de la mère et n'empêcherait l'enfant d'être placé dans une situation intolérable à son retour en Norvège.

<sup>90</sup> Voir, par ex., *K.M.A. v. Secretary for Justice* (*op. cit.* note 48), affaire dans laquelle le père (parent délaissé) était convenu de payer les billets d'avion de la mère et des deux enfants, de verser des aliments destinés à l'enfant, de couvrir l'utilisation de la voiture et de contribuer aux frais d'hébergement et d'assurance maladie des enfants. La cour a jugé qu'il était peu probable que les autorités de l'État de la résidence habituelle ne fournissent pas une forme ou une autre d'aide financière et juridique spéciale si celle-ci était nécessaire.

et du parent qui l'a soustrait de cette manière. Cette assistance devrait donc porter sur quelques jours ou semaines, et non sur plusieurs mois à compter du retour et devrait être calculée en fonction d'une estimation de la durée raisonnable de la procédure devant le tribunal compétent. L'Autorité centrale sera, en principe, l'organe chargé de s'assurer du respect de ces conditions préalables au retour de l'enfant.

**c. Risques associés aux circonstances au sein de l'État de la résidence habituelle**

61. L'analyse du risque grave lié aux circonstances au sein de l'État de la résidence habituelle doit s'intéresser à la gravité de la situation politique, économique ou sécuritaire et à son impact sur l'enfant<sup>91</sup>. Elle doit notamment établir si cet impact atteint un tel niveau qu'il justifie l'application de l'exception de risque grave, plutôt que de se concentrer sur la situation politique, économique ou sécuritaire générale de l'État. Toute allégation portant sur la situation politique, économique ou sécuritaire au sein de l'État de la résidence habituelle n'est, dès lors, généralement pas suffisante pour pouvoir asseoir l'exception de risque grave<sup>92</sup>. De même, de violents incidents (isolés) dans un environnement politique instable ne seront généralement pas constitutifs d'un risque grave<sup>93</sup>. Une affaire dans laquelle le seuil élevé du risque grave avait été atteint impliquait une situation dans laquelle il existait des éléments supplémentaires susceptibles d'exacerber le risque de préjudice auquel l'enfant, qui faisait l'objet de la procédure de retour, était exposé (par ex., lorsque de précédentes attaques ciblées l'avaient mis en danger)<sup>94</sup>. Si un risque grave est établi dans de telles circonstances, il pourrait s'avérer extrêmement difficile de l'atténuer au moyen de mesures de protection<sup>95</sup>.

**d. Risques associés à la santé de l'enfant**

62. Dans les cas d'allégations liées à la santé de l'enfant, l'analyse du risque grave doit se pencher sur la possibilité d'accès à un traitement dans l'État de la résidence habituelle<sup>96</sup>, et

<sup>91</sup> Voir *Escaf v. Rodriguez*, 200 F. Supp. 2d 603 (E.D. Va. 2002), 6 mai 2000, Cour de district des États-Unis, District de Virginie, Division d'Alexandria (États-Unis) [Référence INCADAT : HC/E/USF 798], affaire dans laquelle la cour a admis les preuves selon lesquelles un homme d'affaires américain faisait face à un risque accru de kidnapping et de violence en Colombie ; le père avait en outre lui-même reçu des menaces. La cour a néanmoins conclu qu'il n'y avait aucune preuve claire et convaincante de l'existence d'un danger sérieux dans la ville dans laquelle la mère vivait, pour un enfant de 13 ans disposant de la double nationalité et résidant dans cette ville avec sa mère et sa famille colombiennes.

<sup>92</sup> Voir, par ex. : No de RG 11/02685, 28 juin 2011, Cour d'appel de Bordeaux (France) [Référence INCADAT : HC/E/FR 1129], affaire dans laquelle la mère a excipé de la pollution à Mexico, de l'insécurité due à la criminalité au sein de la métropole et des risques de tremblement de terre. Elle n'a toutefois pas réussi à établir la manière dont ces risques affectaient personnellement et directement les enfants ; N° de pourvoi 14-17.493, 19 novembre 2014, Cour de cassation (France) [Référence INCADAT : HC/E/FR 1309], affaire dans laquelle la mère alléguait qu'en cas de retour en Afrique du Sud, l'enfant serait exposé à un risque grave de danger physique s'il retournait vivre dans la réserve Makalali en raison des conditions générales de vie dans cette réserve. Ces arguments ont néanmoins été rejetés par la cour.

<sup>93</sup> Voir, par ex., des affaires concernant des retours en Israël, où les dangers potentiels inhérents à la vie quotidienne sont généralement considérés comme étant trop généraux pour justifier l'application de l'art. 13(1)(b) : *A. v. A.*, 5 octobre 2001, Tribunal de première instance de Buenos Aires (Argentine) [Référence INCADAT : HC/E/AR 487] ; N° 03/3585/A, 17 avril 2003, Tribunal de première instance de Bruxelles (Belgique) [Référence INCADAT : HC/E/BE 547] ; B-2939-01, 11 janvier 2012, Vestre Landsret (Haute Cour) (Danemark) [Référence INCADAT : HC/E/DK 519] ; ; *Freier v. Freier*, 969 F. Supp. 436 (E.D. Mich. 1996), 4 octobre 1996, Cour de district des États-Unis, District du Michigan, Division Sud (États-Unis) [Référence INCADAT : HC/E/USF 133]. Voir également : *Procedure for International Return of Children*, Case No. 2926/2008, 16 août 2009, Tercera Sala Familiar del Honorable Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (Troisième chambre du Tribunal supérieur de justice du district fédéral) (Mexique) [Référence INCADAT : HC/E/MX 1038], affaire dans laquelle des manifestations politiques paralysant la vie quotidienne au Venezuela et l'insécurité générale en découlant n'ont pas été jugées constitutives d'un risque grave.

<sup>94</sup> Voir, par ex. : *Re D. (Article 13b: Non-return)* (op. cit. note 58), affaire dans laquelle les deux parents avaient été victimes de fusillades préméditées et d'autres attaques au Venezuela. Le juge a estimé que les enfants seraient exposés à un danger de préjudice corporel s'ils se trouvaient avec l'un quelconque de leurs parents et a conclu qu'une protection 24h/24 ne serait pas suffisante pour atténuer le risque grave. Le risque grave était donc établi et une décision de non-retour a été émise.

<sup>95</sup> Voir *Re D. (Article 13b: Non-return)* (op. cit. note 58), affaire dans laquelle, compte tenu d'attaques ciblées violentes à l'encontre des deux parents, il a été jugé que même une protection 24h/24 serait insuffisante pour atténuer le risque grave.

<sup>96</sup> Voir, par ex., No de pourvoi 17-11031, 4 mai 2017, Cour de cassation (France) [Référence INCADAT : HC/E/FR 1346], arrêt dans lequel la cour a établi que la qualité du système de santé israélien était satisfaisante et que le traitement antiviral du VIH que l'enfant avait reçu en Israël était le même que celui

non comparer les qualités relatives du système de santé de chaque État<sup>97</sup>. Typiquement, un risque grave ne serait établi que dans les cas où le traitement est ou serait nécessaire d'urgence sans être disponible ou accessible dans l'État de la résidence habituelle ou, lorsque la santé de l'enfant ne lui permet pas de voyager pour rentrer dans cet État<sup>98</sup>. Le simple fait que l'État de la résidence habituelle peut avoir des normes différentes en matière de système de santé ne sera généralement pas suffisant en soi pour établir une exception au titre de l'article 13(1)(b). Lorsque des allégations liées à la santé de l'enfant sont mises en avant, le tribunal peut envisager, par exemple, des mesures de protection visant à atténuer le risque grave au moment du retour, notamment : un soutien financier, une assurance maladie ou la préparation d'un soutien médical à l'intention de l'enfant au moment de son retour. Ces mesures ne devraient néanmoins, en aucun cas, imposer des conditions injustifiées au parent délaissé et devraient être limitées dans le temps, autorisant uniquement le parent ayant soustrait l'enfant à saisir les tribunaux de l'État de la résidence habituelle, qui sont les mieux placés pour régler toutes ces questions.

**e. Séparation de l'enfant et du parent l'ayant soustrait, lorsque ce dernier ne peut ou ne veut pas rentrer dans l'État de la résidence habituelle**

63. Les allégations de risque grave de danger psychologique pour l'enfant ou quant au fait qu'il soit placé dans une situation intolérable en raison de sa séparation du parent qui l'a soustrait lorsque ce dernier ne peut ou ne veut pas rentrer dans l'État de la résidence habituelle sont fréquemment invoquées dans les procédures de retour, et ce, dans des circonstances extrêmement variées. Des décisions de justice de nombreux Parties contractantes montrent que les tribunaux adoptent une approche extrêmement restrictive de tels cas. Sauf dans des situations exceptionnelles, l'exception fondée sur l'article 13(1)(b) n'a pas été retenue lorsque le parent ayant soustrait l'enfant refusait de rentrer avec ce dernier dans l'État de la résidence habituelle<sup>99</sup>.

64. L'impact sur l'enfant d'une possible séparation en cas de décision ordonnant le retour ou de la possibilité qu'il se retrouve sans personne pour prendre soin de lui constitue l'axe principal de l'analyse du risque grave dans de telles circonstances, notamment quant à savoir si cet impact atteint le seuil élevé de l'exception, compte tenu de l'accès à des mesures de protection visant à atténuer le risque grave. L'axe principal de l'analyse ne porte pas nécessairement sur les circonstances ou les raisons qui sous-tendent la réticence du parent qui a soustrait l'enfant ou son incapacité à rentrer dans l'État de la résidence habituelle<sup>100</sup>.

---

qui lui avait été prescrit en France. Par conséquent, un traitement approprié était bien disponible et rien ne justifiait de refuser son retour.

<sup>97</sup> Voir, par ex. : No de rôle : 07/78/C, 25 janvier 2007, Tribunal de première instance de Bruxelles (Belgique) [Référence INCADAT : HC/E/BE 857], affaire dans laquelle la mère prétendait qu'il existait un risque grave pour l'enfant, car son père avait refusé de tenir compte de la recommandation urgente du psychologue scolaire de consulter un orthophoniste. Le tribunal a jugé que ces faits étaient insuffisants pour établir un risque grave ; V.L. B-1572-09, 23 septembre 2009, Vestre Landsret (Haute Cour) (Danemark) [Référence INCADAT : HC/E/DK 1101], affaire dans laquelle l'enfant exigeait une attention particulière à l'école. Le père affirmait qu'un retour auprès de sa mère, qui souffrait de sclérose en plaques et de dépression, l'exposerait à un risque grave. Cependant, la cour a noté l'existence d'une bonne relation entre l'enfant et sa mère ainsi que les efforts de cette dernière en vue de s'occuper au mieux de l'enfant. Elle a n'a pas jugé ces allégations suffisantes pour établir l'existence d'un risque grave ; *DP v. Commonwealth Central Authority*, [2001] HC 39, (2001) 180 ALR 402 (Australie) [INCADAT Reference HC/E/AU 346], affaire dans laquelle la cour a examiné si un traitement et des soins appropriés étaient disponibles en Grèce, où le retour était demandé, mais sans comparer la qualité relative des soins entre l'Australie et la Grèce. Voir aussi *Solis v. Tibbo Lenoski*, 2015 BCCA 508 (CanLII) [Référence INCADAT : HC/E/CA 1403].

<sup>98</sup> Voir *State Central Authority v. Maynard*, 9 mars 2003, Tribunal des affaires familiales d'Australie (Australie) [Référence INCADAT : HC/E/AU 541], affaire dans laquelle, compte tenu de nombreuses preuves médicales faisant état de la grave maladie de l'enfant (crises d'épilepsie néonatales) qui impliquait que tout voyage en avion pouvait s'avérer fatal, le tribunal, malgré le rejet des arguments de la mère portant sur la qualité du système médical anglais, a jugé que son retour en Angleterre l'exposerait à un risque grave de danger physique.

<sup>99</sup> Voir *infra* para. 69 à 74.

<sup>100</sup> Voir, par ex. : No de RG 11/01437, premier décembre 2011, Cour d'appel d'Agen (France) [Référence INCADAT : HC/E/FR 1172], affaire dans laquelle la cour a estimé que la séparation de l'enfant et de sa mère (parent qui a soustrait l'enfant) ne constituait pas un risque grave, bien que ce soit elle qui ait toujours pris soin de lui. En effet, l'enfant entretenait de bonnes relations avec son père et une famille aimante dans l'État de la résidence habituelle ; 7 UF 660/17, 5 juillet 2017, Oberlandesgericht Nürnberg Senat für Familiensachen (Tribunal régional supérieur de Nuremberg, Division des affaires familiales) (Allemagne) [Référence INCADAT : HC/E/DE 1409], affaire dans laquelle la cour s'est focalisée sur la question de savoir

65. Lorsque l'exception de risque grave s'applique, les mesures de protection peuvent inclure la possibilité pour le parent délaissé de s'occuper de ce dernier à son retour dans l'État de la résidence habituelle. Cela peut impliquer que le tribunal se penche sur la capacité de ce parent à satisfaire les besoins de l'enfant, à tout le moins jusqu'à ce qu'un tribunal de l'État de la résidence habituelle ne statue sur le droit de garde. On compte parmi les mesures de protection la possibilité d'obtenir des garanties que l'enfant pourra entretenir des contacts réguliers avec le parent qui l'a soustrait (par ex., par téléphone ou par d'autres moyens, notamment grâce à Internet). Le cas échéant, le tribunal requis pourrait solliciter l'aide de l'Autorité centrale, selon ce que permet le droit interne, ou entretenir des communications judiciaires directes afin de s'enquérir de la disponibilité et du caractère approprié de telles mesures.

66. S'il importe que la procédure portant sur le droit de garde pendante dans l'État de la résidence habituelle soit inscrite rapidement au rôle<sup>101</sup>, le tribunal ordonnant le retour pourrait imposer, au titre de condition préalable au retour et mesure de protection de l'enfant, que cette procédure ait lieu le plus rapidement possible après le retour dans l'État de la résidence habituelle. Selon les circonstances, le tribunal ordonnant le retour pourrait presque prendre des dispositions préalables aux fins d'inscription rapide de la procédure au rôle au moyen de communications judiciaires directes<sup>102</sup>.

67. Dans de nombreux cas impliquant des allégations de risque grave fondées sur une possible séparation entre l'enfant et le parent qui l'a soustrait au moment du retour, il peut exister des mesures susceptibles de surmonter les prétendus obstacles qui l'empêchent de rentrer dans l'État de la résidence habituelle. Lorsque de telles mesures existent, le tribunal peut statuer sur la demande de retour sans examiner les allégations du parent qui a soustrait l'enfant quant au risque grave pour ce dernier découlant de la séparation. Lorsqu'il n'est pas possible de mettre en place des mesures visant à surmonter ces obstacles ou lorsque le parent qui a soustrait l'enfant refuse catégoriquement de rentrer en dépit du fait que les obstacles ont été surmontés ou qu'ils peuvent l'être<sup>103</sup>, le tribunal devra, comme expliqué ci-dessus, examiner les allégations de risque grave pour l'enfant du fait d'une possible séparation au moment du retour<sup>104</sup>. Les points suivants présentent des exemples d'obstacles communément soulevés par les parents qui ont soustrait les enfants et le type de mesures que les tribunaux peuvent envisager dans différents scénarios.

***i. Poursuites pénales contre le parent qui a soustrait l'enfant dans l'État de la résidence habituelle du fait du déplacement ou du non-retour illicite***

68. Il arrive que le parent qui a soustrait l'enfant refuse de rentrer en raison du risque d'être reconnu pénalement responsable de l'enlèvement de l'enfant et lorsque son incarcération pourrait provoquer une séparation susceptible de créer un risque grave pour l'enfant. Une distinction peut être faite entre la situation dans laquelle le parent ayant soustrait l'enfant sera incarcéré et dès lors séparé de l'enfant dès le retour et la situation dans laquelle il est susceptible de faire face, en temps utile, à des poursuites pénales sans incarcération immédiate et avec la possibilité de préparer une défense et de prévoir l'éventualité d'une incarcération sur le long terme. Dans ces cas-là, le tribunal peut envisager de recueillir des informations concernant la situation au regard d'un mandat d'arrêt ou d'une procédure pénale pendante,

---

si la portée du risque grave de préjudice psychologique était telle que le stress émotionnel ressenti par l'enfant dépasserait le cadre d'une expérience normale en cas de retour et a jugé qu'il n'y avait en l'espèce aucune preuve en ce sens ; I CKN 992/99, premier décembre 1999, Décision de la Cour suprême (Pologne) [Référence INCADAT : HC/E/CY 701], affaire dans laquelle la cour a conclu que les allégations d'un préjudice psychologique général susceptible de découler de la séparation n'étaient pas de nature suffisante pour établir un risque grave ; la mère n'avait même pas démontré l'existence de motifs objectifs l'empêchant de rentrer avec son enfant.

<sup>101</sup> Voir *supra* « Mise au rôle » dans le Glossaire.

<sup>102</sup> Voir, par ex., *Re G. (Abduction: Withdrawal of Proceedings, Acquiescence, Habitual Residence)* [2007] EWHC 2807 (Fam), 30 novembre 2007, Haute Cour (Division des affaires familiales) d'Angleterre et du pays de Galles (Royaume-Uni) [Référence INCADAT : HC/E/UK 966], affaire dans laquelle la cour a émis une décision de retour obligeant les parties à faire le nécessaire pour porter immédiatement l'affaire devant les tribunaux du Canada (État de la résidence habituelle) aux fins d'une décision fondée sur une enquête complète des services sociaux quant aux dispositions futures concernant les enfants. À cette fin, le juge a pris contact avec le juge près la Cour du banc de la Reine d'Alberta (point de contact de l'Alberta pour les matières relevant de la Convention de 1980) qui lui a assuré que, sur demande de l'une quelconque des parties, des dispositions pouvaient être prises aux fins d'une audience rapide à Calgary.

<sup>103</sup> Voir, *infra*, para. 68 et s.

<sup>104</sup> Voir *supra* note 74.

ainsi que sur la possibilité d'obtenir le retrait du mandat ou l'abandon des poursuites. À titre d'exemple, le parent délaissé ou les autorités concernées de l'État de la résidence habituelle peuvent, dans la mesure du possible, s'engager à n'intenter aucune action ou procédure pénale, ou, à tout le moins, à ne pas arrêter le parent ayant soustrait l'enfant<sup>105</sup>. On peut s'assurer de l'abandon ou le rejet des poursuites avec l'aide des autorités pénales ou judiciaires, en particulier au moyen de communications judiciaires directes, sous réserve que cela soit autorisé dans l'État requis et dans l'État de la résidence habituelle<sup>106</sup>. Les Autorités centrales peuvent également apporter leur aide à cet égard, selon ce qui est autorisé par le droit interne. En cas d'abandon des poursuites, l'obstacle allégué au retour du parent n'existe plus. Par ailleurs, s'il n'est pas possible d'obtenir l'abandon des poursuites ou le retrait du mandat d'arrêt, le tribunal doit évaluer le risque grave résultant d'une possible séparation entre l'enfant et le parent qui l'a soustrait, comme le précisent les paragraphes 63 à 65. Dans de tels cas, l'impossibilité de retirer les chefs d'accusation ou le mandat n'est, en principe, pas suffisante pour se prévaloir d'une exception de risque grave<sup>107</sup>.

## **ii. Problèmes rencontrés par le parent ayant soustrait l'enfant en matière d'immigration**

69. On peut généralement répondre dès le début de la procédure de retour aux allégations d'obstacles au retour du parent ayant soustrait l'enfant fondées sur des questions d'immigration (par ex., lorsqu'il affirme ne pas pouvoir rentrer dans l'État de la résidence habituelle en raison de l'expiration de son visa ou du défaut de droit de résidence). On peut notamment y parvenir au moyen des autorisations pertinentes en matière d'immigration, obtenues à l'initiative du parent ayant soustrait l'enfant ou, le cas échéant, grâce à la coopération entre Autorités centrales ou autres autorités compétentes, lesquelles doivent être impliquées le plus rapidement possible. Même lorsqu'il n'est pas possible d'obtenir de telles autorisations, les tribunaux sont souvent peu enclins à tenir compte des allégations de risque grave fondées sur une possible séparation de l'enfant et du parent l'ayant soustrait, lorsque ce dernier est en mesure de retourner dans l'État de la résidence habituelle, au moins pour une courte période afin d'assister à la procédure portant sur le droit de garde ou lorsque son entrée sur le territoire est soumise à certaines conditions<sup>108</sup>. Dans des cas exceptionnels, si aucun des efforts visant à obtenir une autorisation d'entrée sur le territoire n'aboutit, les tribunaux peuvent se pencher sur les allégations de risque grave pour l'enfant en raison d'une possible séparation de l'enfant et du parent l'ayant soustrait au moment du retour, à la lumière des considérations évoquées aux paragraphes 63 à 65<sup>109</sup>. S'ils concluent à l'existence d'un risque grave, les tribunaux

<sup>105</sup> Voir, par ex. : *Motion for Leave to Appeal (Family Matters)* 5690/10, 10 août 2010, Cour suprême d'Israël (Israël) [Référence INCADAT : HC/E/1290], affaire dans laquelle la cour, par suite des allégations de la mère, a pris note que l'avocat du père avait écrit au procureur local aux États-Unis pour l'informer que son client n'avait pas l'intention d'engager une procédure pénale contre la mère, et que le mandat d'arrêt émis contre elle avait été retiré ; *Sabogal v. Velarde* (op. cit. note 61), affaire dans laquelle la cour a ordonné le retour à condition que le parent délaissé s'arrange, entre autres, pour obtenir le retrait ou l'abandon des poursuites pénales ou de l'enquête visant la mère.

<sup>106</sup> Voir, par ex., *Re M. and J. (Abduction) (International Judicial Collaboration)* [1999] 3 FCR 721, 16 août 1999, Haute Cour d'Angleterre et du pays de Galles (Royaume-Uni) [Référence INCADAT : HC/E/UK 266], affaire dans laquelle le retour volontaire a été obtenu grâce à la collaboration internationale entre la Haute Cour d'Angleterre et du pays de Galles, l'Autorité centrale anglaise, la Cour supérieure de Californie, le procureur de Californie et le juge responsable de la division de droit de la famille de la Cour supérieure de Los Angeles. En l'espèce, le parent qui a soustrait les enfants avait enfreint les conditions de sa liberté conditionnelle sous contrôle judiciaire au moment de l'enlèvement et s'exposait à une longue période d'emprisonnement en cas de retour. Dans cette affaire, chaque intervenant s'est évertué à obtenir l'annulation de la procédure pénale pendante contre le parent ayant soustrait les enfants, à accélérer la procédure portant sur le fond du droit de garde et à donner la priorité aux enquêtes sociales nécessaires. Un engagement négocié et convenu par les parents a ensuite permis au parent ayant soustrait les enfants de rentrer volontairement avec ces derniers dans l'État de la résidence habituelle.

<sup>107</sup> Voir, aussi, *Motion for Leave to Appeal (Family Matters)* (op. cit. note 105), affaire dans laquelle la cour a, par suite des efforts du père aux fins de l'abandon des poursuites, précisé que, si ces efforts ne liaient pas les autorités, les chances que la mère soit arrêtée étaient faibles. La cour a insisté sur le fait que le parent qui a soustrait l'enfant ne devrait pas être en droit de faire valoir qu'un enfant devrait rester dans l'État dans lequel il a été soustrait en raison d'inquiétudes concernant l'arrestation du parent dans l'État dans lequel l'enfant a été enlevé.

<sup>108</sup> Voir, par ex. : 20b90/91, 8 juillet 2010, Oberster Gerichtshof (Cour de cassation) (Autriche) [Référence INCADAT : HC/E/AT 1047] ; *H. v. H.* [1995] 12 FRNZ 498, 4 décembre 1995, Haute Cour de Wellington (Nouvelle-Zélande) [Référence INCADAT : HC/E/NZ 30].

<sup>109</sup> Voir, par ex., *State Central Authority of Victoria v. Ardito*, 29 octobre 1997, Tribunal des affaires familiales de Melbourne (Australie) [Référence INCADAT : HC/E/AU 283], affaire dans laquelle la mère avait entrepris toutes les démarches nécessaires pour pouvoir rentrer sur le territoire des États-Unis, mais n'avait pas

peuvent néanmoins décider d'ordonner le retour de l'enfant, à condition que le parent l'ayant soustrait obtienne l'autorisation nécessaire en matière d'immigration dans un délai spécifique, compte tenu de la nécessité d'un retour immédiat<sup>110</sup>. Il convient d'insister sur le fait qu'en principe, le parent ne devrait pas (par son inaction ou son retard à demander les autorisations d'immigration nécessaires) être autorisé à créer une situation susceptible de porter préjudice à l'enfant, puis s'appuyer sur celle-ci pour démontrer l'existence d'un risque grave.

### **iii. Absence d'accès effectif à la justice dans l'État de la résidence habituelle**

70. Le parent ayant soustrait l'enfant peut faire valoir, à titre d'exemple, ne pas souhaiter rentrer dans l'État de la résidence habituelle puisqu'il n'a pas les moyens pour se faire représenter en justice, que les tribunaux de cet État sont biaisés ou qu'il existe des obstacles à l'accès à un tribunal aux fins d'une procédure sur le droit de garde<sup>111</sup>. S'il est à craindre que le parent qui a soustrait l'enfant n'ait pas effectivement accès à la justice, le tribunal peut étudier la possibilité d'une coordination avec les Autorités centrales compétentes ou d'un recours aux communications judiciaires directes afin d'examiner ces allégations ou de prendre des dispositions, le cas échéant, pour lui garantir un accès rapide à une procédure judiciaire après son retour. Le simple fait que le parent n'ait pas les moyens de se faire représenter a été jugé insuffisant pour démontrer un défaut d'accès effectif à la justice<sup>112</sup>. Dans tous les cas, l'intégralité de la Convention repose sur la confiance mutuelle entre les États, les analyses dans

---

obtenu de visa, car le père avait engagé une procédure de divorce. Le fait que la mère s'était vue refuser l'entrée sur le territoire des États-Unis a été jugé constitutif d'un risque grave que l'enfant, âgé d'environ deux ans, se trouve dans une situation intolérable en cas de retour seul.

<sup>110</sup> Voir, par ex., 5A\_105/2009, II. zivilrechtliche Abteilung, 16 avril 2009, Tribunal fédéral (Suisse) [Référence INCADAT : HC/E/CH 1057], affaire dans laquelle le tribunal a conclu que même le visa détenu par la mère ne l'autorisait pas nécessairement à entrer sur le territoire des États-Unis, la décision appartenant, au moment de son arrivée, à l'agent de la douane. Considérant que l'enfant n'avait que 21 mois, que la mère continuait à l'allaiter partiellement et qu'il n'avait pas vu son père depuis neuf mois, le tribunal a conclu qu'une séparation de la mère le placerait dans une situation intolérable. Le retour a donc été conditionné au fait que la mère obtienne des garanties écrites et contraignantes de la part des autorités américaines compétentes qu'elle serait autorisée à entrer sur le territoire des États-Unis grâce à son visa et qu'elle pourrait y rester jusqu'à la fin de la procédure sur le fond du droit de garde. Elle ne serait libérée de son obligation de ramener l'enfant aux États-Unis que si sa demande était officiellement rejetée par les autorités. Voir également : *W. v. W.*, 2004 S.C. 63 IH (1 Div), 6 décembre 2003, Inner House of the Court of Session (appel) (Écosse, Royaume-Uni) [Référence INCADAT : HC/E/UKs 805], affaire dans laquelle la cour, étant donné que la mère s'était occupée des enfants à titre principal pendant toute leur vie et que leur séparation constituerait un risque grave, a sursis à l'exécution de la décision ordonnant le retour des enfants jusqu'à réception des visas appropriés pour la mère et ses enfants.

<sup>111</sup> Voir par ex., No de RG 11/02685, 28 juin 2011, Cour d'appel de Rennes (France) (*op. cit.* note 92), affaire dans laquelle les allégations sans fondement de la mère selon lesquelles son droit à un procès équitable au Mexique serait entravé ont été rejetées par la cour ; *Secretary for Justice v. N., ex parte C.*, 4 mars 2001, Haute Cour de Wellington (Nouvelle-Zélande) [Référence INCADAT : HC/E/NZ 501], affaire dans laquelle la cour a rejeté les arguments avancés par la mère concernant sa situation juridique au Chili, relevant qu'il existait un système de tribunaux spécialisés en matière familiale dans cet État, dans lequel les intérêts de l'enfant seraient reconnus comme primordiaux dans le cadre de toute décision en matière de droit de garde ; *Pliago v. Hayes*, 843 F.3d 226 (6th Cir. 2016), 5 décembre 2016, Cour d'appel du sixième circuit des États-Unis (États-Unis) [Référence INCADAT : HC/E/US 1386], affaire dans laquelle les arguments de la mère selon lesquels les autorités turques ne seraient pas en mesure de trancher de manière appropriée la question du droit de garde ou de protéger l'enfant à son retour, en raison de l'immunité diplomatique du père et de son « influence injustifiée » ont été rejetés. La cour a jugé qu'une « situation intolérable » pouvait comprendre des circonstances dans lesquelles les tribunaux de l'État de la résidence habituelle sont, en fait ou en droit, incapables de statuer sur le droit de garde, néanmoins l'immunité diplomatique du père avait été levée dans la mesure nécessaire et la mère n'avait pas réussi à prouver la corruption ou l'influence injustifiée à l'égard des autorités turques.

<sup>112</sup> Voir, par ex. : *F. v. F.*, 24 mai 1993, Haute Cour d'Irlande du Nord (Royaume-Uni) [Référence INCADAT : HC/E/UKn 101], affaire dans laquelle la cour a précisé que si la mère ne recevait aucune aide juridictionnelle en Australie où elle souhaitait présenter une demande de déménagement avec les enfants en Irlande du Nord, cela ne l'empêcherait pas d'agir comme partie au litige ; *F. v. M. (Abduction: Grave Risk of Harm)* (*op. cit.* note 76), affaire dans laquelle la mère alléguait que le retour placerait les enfants dans une situation intolérable en raison de sa situation au sein de l'ordre juridique français. Elle faisait valoir qu'elle ne serait pas en mesure de se faire représenter ; que les tribunaux et les services sociaux français étaient partiels en ce qui la concernait et n'avaient pas examiné ses allégations ; et que son troisième enfant risquait d'être placé en foyer du fait de leur opinion concernant son nouveau colocataire. La cour a estimé qu'il était quasi impossible d'alléguer sans un argumentaire précis et détaillé que la procédure juridique suscitait, en elle-même, une situation intolérable. Il conviendrait de plaider les véritables raisons de cette situation intolérable. La cour a souligné que la courtoisie et le respect de la politique de la Convention imposaient de renvoyer les allégations concurrentes des parties aux tribunaux français, qui étaient tout aussi capables de les trancher.

le cadre des procédures de retour ne devraient pas comparer les qualités relatives des différents systèmes juridiques des deux États (par ex., quant à la rapidité de la procédure).

#### **iv. Motifs médicaux ou familiaux du parent ayant soustrait l'enfant**

71. Lorsque des raisons médicales concernant le parent ayant soustrait l'enfant sont soulevées, il convient de tenir compte des caractéristiques et de la gravité de l'état de santé (physique ou psychologique) et de la possibilité de bénéficier d'un traitement médical adapté dans l'État de la résidence habituelle, afin d'établir si son refus de rentrer est raisonnable<sup>113</sup>. Dès lors qu'il existe un traitement disponible ou qu'il peut être organisé, les obstacles entravant le retour du parent ayant soustrait l'enfant peuvent être levés<sup>114</sup>. Il peut néanmoins exister des cas dans lesquels la possibilité d'accès à un traitement médical n'est pas suffisante pour lever les obstacles entravant le retour du parent ayant soustrait l'enfant. Cela peut notamment être le cas lorsque ce dernier risque de subir une détérioration extrême de son état psychologique<sup>115</sup>, en cas de retour dans l'État de la résidence habituelle. Dans ces cas-là, le tribunal devra s'intéresser au risque grave allégué pour l'enfant en raison d'une possible séparation du parent l'ayant soustrait au moment du retour, tel que décrit aux paragraphes 63 à 65. Dans le cadre de son examen, le tribunal envisagerait certainement tout impact potentiel sur l'enfant d'une éventuelle détérioration extrême de l'état psychologique du parent l'ayant soustrait, ainsi que toute mesure de protection susceptible d'atténuer le risque grave pour l'enfant au moment de son retour dans l'État de la résidence habituelle.

72. Le parent ayant soustrait l'enfant pourrait arguer qu'il n'est pas en mesure de rentrer dans l'État de la résidence habituelle du fait d'une nouvelle famille dans l'État requis<sup>116</sup>. Lorsque c'est la mère qui a soustrait l'enfant, ses allégations peuvent aussi se fonder sur le fait qu'elle attend un enfant ou qu'elle allaite l'un de ses enfants. Si elle fait valoir que sa situation ne lui permet pas de rentrer, le tribunal devra examiner, comme le décrivent les paragraphes 64 à 66, les allégations de risque grave pour l'enfant. Dans ces cas-là, le fait que la mère soit face

<sup>113</sup> Voir, par ex. : *LPO v. LYW* [2014] HKCU 2976, 15 décembre 2014, Haute Cour de la Région administrative spéciale de Hong Kong (Chine) [Référence INCADAT : HC/E/CNh 1302], affaire dans laquelle le père faisait valoir qu'il ne pouvait pas rentrer au Japon puisque cela le « briserait psychologiquement » et que le retour des enfants sans lui, qui en avait la garde à titre principal, les placerait dans une situation intolérable, également en raison du manque d'affection de leur mère. La cour a rejeté les allégations du père jugées sans fondement, affirmant que l'art. 13(1)(b) avait trait à l'impact du retour sur l'enfant et non sur le parent l'ayant soustrait ; *Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal)* (op. cit. note 49), affaire dans laquelle la cour a estimé que la détérioration de la santé mentale de la mère exposerait les enfants à un risque grave de danger psychologique, mais que des mesures de protection appropriées existaient pour répondre à ces préoccupations, y compris les engagements pris par le père en vue de laisser la maison familiale à la mère et de lui fournir un soutien financier.

<sup>114</sup> Voir, par ex., *BDU v. BDT* (op. cit. note 82), affaire dans laquelle la cour a affirmé que lorsque le parent ayant soustrait l'enfant pouvait en réalité bénéficier d'un traitement de sa pathologie, mais le refusait, l'on pouvait, à raison, arguer qu'il tentait de tirer profit de sa situation. La cour a relevé que la mère avait d'importants problèmes psychologiques, mais a admis que toute séparation de la mère et de l'enfant ne serait pas dans l'intérêt supérieur de ce dernier. Afin de faciliter le retour, le père était tenu, entre autres, de s'assurer que les dépenses juridiques et médicales de la mère étaient couvertes. La mère était tenue de se soumettre à un traitement avec effet immédiat à Singapour puis de le continuer en Allemagne.

<sup>115</sup> Voir, par ex., *Director-General, Department of Families v. R.S.P.* [2003] FamCA 623, 26 août 2003, assemblée plénière du Tribunal des affaires familiales d'Australie (Australie) [Référence INCADAT : HC/E/AU 544], affaire dans laquelle le tribunal a conclu sur la base de preuves non contestées d'un psychiatre, qu'en cas de retour de l'enfant, il existait un risque grave que la mère se suicide et que le suicide de la mère ait des effets dévastateurs sur l'enfant. Voir également : *Re G. (Abduction: Psychological Harm)* [1995] 1 FLR 64, 15 juillet 1994, Haute Cour d'Angleterre et du pays de Galles (Royaume-Uni) [Référence INCADAT : HC/E/UK 24], affaire dans laquelle la cour a admis la preuve selon laquelle il existait un danger considérable que la dépression de la mère ne soit sévèrement exacerbée et qu'elle était susceptible de devenir psychotique en cas de retour forcé aux États-Unis, exposant les enfants à un risque grave étant entendu qu'ils dépendaient principalement d'elle, physiquement et émotionnellement ; *Re S. (A Child) (Abduction: Rights of Custody)* [2012] UKSC 10, [2012] 2 A.C. 257, 14 mars 2012, Cour suprême d'Angleterre et du pays de Galles (Royaume-Uni) [Référence INCADAT : HC/E/UK 1147], affaire dans laquelle la mère qui souffrait d'une forme de troubles de stress post-traumatiques connue sous le nom de syndrome de la femme battue, avait prouvé à l'audience qu'un retour en Australie impacterait de manière significative sa santé, exposant les enfants à un risque grave.

<sup>116</sup> Voir, par ex., *Re C. (Abduction: Grave Risk of Harm)* [1999] 1 FLR 1145, 2 décembre 1999, Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles (Royaume-Uni) [Référence INCADAT : HC/E/UK 269], arrêt dans lequel la cour a jugé que le juge de première instance avait commis une erreur en donnant trop de poids au fait que le beau-père ne serait pas en mesure de retourner dans l'État de la résidence habituelle pour des raisons d'immigration et que la mère et le beau-père, qui étaient conscients des éventuels problèmes, avaient eux-mêmes créé les conditions défavorables sur lesquelles ils avaient désormais l'intention de s'appuyer.

à un dilemme ne sera très probablement pas jugé suffisant pour conclure que le retour de l'aîné l'exposerait à un risque grave<sup>117</sup>. Lorsque le parent qui a soustrait l'enfant fait valoir que le père du nouveau-né refuse que celui-ci sorte du territoire, et ce même à titre temporaire, le tribunal requis peut connaître d'une affaire de déménagement, en parallèle de la demande de retour. Cette procédure parallèle permettra d'obtenir une décision immédiate d'un juge de cet État ou territoire concernant les droits du parent ayant soustrait l'enfant vis-à-vis du nouveau-né.

#### **v. Refus catégorique de retour**

73. Dans certains cas, le parent qui a soustrait l'enfant affirme de manière catégorique qu'il ne retournera pas dans l'État de la résidence habituelle et que la séparation avec l'enfant est donc inévitable en cas de retour de ce dernier. Dans de tels cas, bien que le retour du parent avec l'enfant puisse atténuer le risque grave pour ce dernier dans la plupart des cas, tout effort visant à adopter des mesures de protection ou des dispositions dans l'optique de faciliter le retour du parent pourrait s'avérer inefficace étant entendu que le tribunal ne peut, en principe, le contraindre à rentrer. Il convient d'insister sur le fait qu'en principe, le parent ne devrait pas (au moyen de l'acte illégal d'enlever l'enfant) être autorisé à créer une situation susceptible de porter préjudice à l'enfant, puis s'appuyer sur celle-ci pour démontrer l'existence d'un risque grave<sup>118</sup>.

#### **f. Séparation de l'enfant de ses frères et sœurs**

74. Le tribunal saisi d'une procédure de retour peut avoir affaire à une allégation de risque grave fondée sur une possible séparation des enfants, dans des cas où, par exemple, l'un des enfants s'oppose à son retour en vertu de l'article 13(2) et que le tribunal envisage de refuser le retour de cet enfant pour cette raison<sup>119</sup>. À l'inverse, dans un scénario différent, le tribunal peut conclure qu'un enfant a été déplacé ou est retenu illicitement par le parent qui l'a soustrait, ainsi que son (demi-)frère ou sa (demi-)sœur à l'égard duquel ou de laquelle aucune demande de retour n'a été introduite ou la Convention ne s'applique pas (autrement dit, l'enfant a atteint l'âge de 16 ans ou le parent qui l'a soustrait a la garde exclusive à son égard)<sup>120</sup>.

75. Dans certains cas, une séparation des frères et sœurs peut s'avérer extrêmement difficile et perturbante pour chaque enfant. Le point focal de l'analyse de l'article 13(1)(b) est néanmoins de se demander si cette séparation affecte l'enfant de telle manière et dans une telle mesure qu'elle équivaut à un risque grave au moment du retour<sup>121</sup>. Cette analyse doit être réalisée au cas par cas pour chaque enfant, sans se transformer en une analyse de son « intérêt

<sup>117</sup> Voir, par ex., *Director-General Department of Families, Youth and Community Care and Hobbs*, 24 septembre 1999, Tribunal des affaires familiales d'Australie à Brisbane (Australie) [Référence INCADAT : HC/E/AU 294], affaire dans laquelle il était avancé que l'enfant serait exposé à un risque grave considérant que la mère ne souhaitait pas rentrer en Afrique du Sud et, en réalité n'en était pas capable. En effet, depuis son arrivée en Australie, elle avait donné naissance à un deuxième enfant qu'elle allaitait toujours. Au surplus, son nouveau compagnon refusait que le nouveau-né voyage en Afrique du Sud. Le tribunal a estimé que la situation dans laquelle se trouvait la mère résultait largement de son propre fait et que le dilemme auquel elle devait faire face ne permettait pas de conclure que le retour de l'aîné l'exposerait à un risque grave.

<sup>118</sup> Voir, par ex., *Director General, Department of Community Services Central Authority v. J.C. and J.C. and T.C.*, 11 juillet 1996, assemblée plénière du Tribunal des affaires familiales d'Australie à Sydney (Australie) [Référence INCADAT : HC/E/AU 68]. Voir aussi, *G., P. C. c. H., S. M. s/ reintegro de hijos (op. cit. note 84)*, arrêt dans lequel la cour a estimé que permettre la désactivation automatique du mécanisme de retour du seul fait de l'objection de la mère au retour soumettrait le système conçu par la communauté internationale au bon vouloir unilatéral du défendeur.

<sup>119</sup> Voir, par ex. : 6Ob230/11h, 24 novembre 2011, Oberster Gerichtshof (Cour de cassation) (Autriche) [Référence INCADAT : HC/E/AT 1160] ; *X v Y and Z Police Force* [2012] EWHC 2838 (Fam), 16 octobre 2012, Haute Cour d'Angleterre et du pays de Galles (Royaume-Uni) [Référence INCADAT : HC/E/UK 1180] ; *In the Matter of L.L. (Children)*, 22 mai 2000, Tribunal des affaires familiales de New York (États-Unis) [Référence INCADAT : HC/E/US 273].

<sup>120</sup> Voir, par ex., *K.M.A. v. Secretary for Justice (op. cit. note 48)*. Voir aussi *Re G. (Abduction: Withdrawal of Proceedings, Acquiescence, Habitual Residence) (op. cit. note 102)*, affaire dans laquelle le retour de l'aîné a été ordonné sur le fondement de la Convention, tandis que le retour du cadet, dont le non-retour n'était pas illicite puisqu'il venait de naître et n'avait résidé habituellement qu'en Angleterre, a été ordonné sur le fondement de règles de *common law*.

<sup>121</sup> Voir, par ex., *O. v. O.* 2002 SC 430, 3 mai 2002, Outer House of the Court of Session (première instance) (Écosse, Royaume-Uni) [Référence INCADAT : HC/E/UK 507], affaire dans laquelle il était affirmé que les enfants auraient des difficultés à rentrer en Irlande, notamment parce qu'ils seraient séparés des trois enfants de la nouvelle compagne du père, mais aucun risque grave de danger physique ou psychologique n'a été établi.

supérieur »<sup>122</sup>. En conséquence, la séparation des frères et sœurs découlant du non-retour de l'un des enfants (peu importe le fondement juridique de ce non-retour) ne constitue pas automatiquement un risque grave pour l'autre enfant<sup>123</sup>. Lorsqu'ils évaluent le risque grave pour chaque enfant, les tribunaux peuvent également envisager les circonstances factuelles plus larges de l'espèce, notamment la force ou la portée de la relation entre les frères et sœurs<sup>124</sup>.

76. Comme indiqué au paragraphe 73, en principe le parent ne devrait pas être en mesure de créer, au moyen d'un déplacement ou d'un non-retour illicite, une situation susceptible de porter préjudice à l'enfant, puis s'appuyer sur celle-ci pour démontrer l'existence d'un risque grave. Cela vaut non seulement pour une allégation de risque grave fondée sur la séparation de l'enfant et du parent qui l'a soustrait, mais également sur une allégation concernant la séparation des frères et sœurs. Dans tous les cas, les tribunaux doivent s'intéresser aux raisons de la séparation. Une éventuelle séparation des frères et sœurs peut intervenir lorsqu'il est légalement justifié en application de la Convention de ne pas ordonner le retour d'un des enfants. Cela peut notamment être le cas lorsqu'un enfant s'oppose à son retour et que le tribunal accepte ses objections en vertu de l'article 13(2). Dans de tels cas, l'éventuelle séparation dépend de facteurs indépendants du comportement du parent ayant soustrait l'enfant. Toutefois, il existe des cas dans lesquels une possible séparation peut résulter de l'inapplicabilité de la Convention à l'un des enfants<sup>125</sup> et du fait que le parent ayant soustrait l'enfant ne veut pas rentrer dans l'État de la résidence habituelle et n'est pas contraint d'organiser le retour de l'autre enfant. Dans ces cas-là, le préjudice allégué découle directement du comportement du parent ayant soustrait l'enfant, puisqu'il aurait pu choisir de rentrer avec l'enfant auquel la Convention ne s'applique pas et éviter ainsi toute séparation. Les tribunaux doivent donc faire preuve de vigilance lorsque le parent qui a soustrait l'enfant tente de s'appuyer sur une allégation de danger potentiel qu'il a lui-même créé<sup>126</sup>.

77. Dans les cas impliquant tout particulièrement la séparation des frères et sœurs, les tribunaux devraient également prendre en considération que la décision de retour n'implique pas l'absence de contact entre les enfants ni ne conduit à une séparation permanente entre eux<sup>127</sup>. Il est possible, en vertu d'un accord ou d'une décision de justice rendue dans l'État de la résidence habituelle ou par le tribunal saisi de la procédure de retour, de maintenir les contacts entre les frères et sœurs, que ce soit en face à face ou par d'autres moyens. Les tribunaux devraient garder à l'esprit que l'État de la résidence habituelle aura l'occasion, dans le cadre de l'examen de l'intérêt supérieur des enfants aux fins d'une procédure portant sur la garde après le retour, de s'interroger sur le lieu de résidence des enfants et s'ils doivent rester ensemble.

<sup>122</sup> *Chalkley v. Chalkley* (1995) ORFL (4th) 422, 13 janvier 1995, Cour d'appel de Manitoba (Canada) [Référence INCADAT : HC/E/CA 14], affaire dans laquelle la cour a relevé que l'art. 13 s'applique à un « enfant » qui fait l'objet d'une demande de retour. Il ne parle pas d'« enfants » au pluriel ni de « frères et sœurs ». Voir aussi *W. v. W.* (*op. cit.* note 110).

<sup>123</sup> Voir, par ex., *LM v. MM Nevo*, RFamA 2338/09, 3 juin 2009, Cour suprême (Israël) [Référence INCADAT : HC/E/IL 1037].

<sup>124</sup> Voir, par ex., *Re T. (Abduction: Child's Objections to Return)* [2000] 2 F.L.R. 192, 18 avril 2000, Haute Cour d'Angleterre et du pays de Galles (Royaume-Uni) [Référence INCADAT : HC/E/AU 270], affaire dans laquelle il a été admis qu'ordonner le retour du cadet seul le placerait dans une situation intolérable. Sa sœur et lui avaient vécu des événements difficiles ensemble, il comptait sur elle, qui s'était parfois comportée comme sa deuxième maman. Dans ces circonstances, la cour a estimé que le risque grave était établi à l'égard de l'enfant plus jeune.

<sup>125</sup> Voir *supra*, para. 74.

<sup>126</sup> Voir, par ex., *DZ v. YVAMVD*, RFamA 2270, 30 mai 2013, Cour suprême d'Israël [Référence INCADAT : HC/E/IL/1211].

<sup>127</sup> Voir, par ex., *K.M.A. v. Secretary for Justice* (*op. cit.* note 48).

### III. Bonnes pratiques pour les tribunaux dans les affaires relevant de l'article 13(1)(b)

78. Toute bonne pratique présentée dans cette section du présent Guide ne doit être envisagée que si elle est appropriée et autorisée par les lois et procédures internes de la Partie contractante et si un tribunal la juge adaptée à une affaire précise.

#### 1. *Principe global : une gestion effective des dossiers*

79. L'objet de cette section est de recenser les bonnes pratiques visant à renforcer l'aptitude des tribunaux à aborder les allégations de risque grave de manière efficace, ciblée et rapide. Ces bonnes pratiques sont présentées dans le cadre d'une gestion effective des dossiers afin de s'assurer que l'audience reste axée sur l'objet / le champ limité de la procédure de retour, y compris l'exception de risque grave, et d'assurer la résolution rapide de la question.

80. Une gestion effective des dossiers permet au tribunal de superviser et de planifier la gestion et l'avancée des affaires de sorte qu'elles puissent être entendues rapidement et que la procédure ne subisse aucun retard injustifié. Cela implique que le tribunal communique ou s'entretienne avec les parties ou leurs avocats dès le début de la procédure de retour et tout au long de celle-ci, le cas échéant.

81. La gestion de l'instance doit commencer le plus tôt possible et se poursuivre jusqu'à la décision concernant le retour. Il appartient au juge de rendre une décision le plus rapidement possible et de prendre toutes les mesures pour s'assurer que la forme des décisions rendues leur garantit une effectivité immédiate.

#### 2. *Bonnes pratiques en matière de gestion de l'instance*

##### a. *Détermination prompte des questions pertinentes*

82. Il importe de recenser précisément les questions pertinentes afin de restreindre la nature et le nombre de preuves et d'arguments présentés. Dans le cadre d'une gestion prompte des dossiers<sup>128</sup>, le juge doit notamment :

- déterminer quelles sont les questions pertinentes ;
- recenser les points en litige et s'assurer que les parties limitent leur présentation à ce qui est pertinent dans le cadre restreint du champ d'application de l'exception ;
- énumérer les pièces / preuves que les parties ont l'intention de présenter ;
- cerner tout fait convenu ou non contesté.

##### b. *Résolution amiable*

83. Une gestion effective des dossiers implique de discuter d'une résolution du différend et d'offrir l'occasion aux parties de le résoudre en dehors de toute procédure litigieuse<sup>129</sup>. Selon les lois, procédures et pratiques internes de chaque État, la médiation<sup>130</sup> ou d'autres mécanismes alternatifs de règlement des litiges peuvent être disponibles pour aider les parents à convenir des modalités du retour ou du non-retour de l'enfant, selon le cas, de questions de fond, à l'instar notamment des modalités du déménagement de l'enfant dans l'État requis et des contacts entretenus avec le parent délaissé. Dans le cadre d'une gestion effective d'une procédure de retour, lorsqu'il existe des possibilités de recourir à la médiation ou à un mécanisme alternatif de règlement des litiges, le tribunal doit notamment :

<sup>128</sup> Dans de nombreux États et territoires, une audience de mise en état est organisée en vue de traiter ces questions.

<sup>129</sup> Aux Pays-Bas, par ex., la médiation entre le parent délaissé et celui qui l'a soustrait 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 (disponible sur le site web de la HCCH, à l'adresse : < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, sous les rubriques « Publications » puis « Lettres des juges »), p. 45 à 48.

<sup>130</sup> Concernant la médiation dans les affaires d'enlèvement international d'enfants, voir : Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, *Guide de bonnes pratiques en vertu de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 - Médiation*, La Haye, 2012 (ci-après, le « Guide de bonnes pratiques sur la médiation ») (également disponible sur le site web de la HCCH, à l'adresse : < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, sous la rubrique « Publications »).

- déterminer avec soin, comme cela est généralement requis, si la médiation ou d'autres mécanismes alternatifs de règlement des litiges sont appropriés<sup>131</sup>. Cela peut s'avérer particulièrement important lorsque les allégations de risque grave présentées portent sur des violences domestiques ou familiales afin d'établir si la médiation est appropriée dans un tel cas<sup>132</sup> ;
- encourager les parties à envisager de recourir à la médiation ou à un mécanisme alternatif de règlement des litiges ;
- 
- s'assurer que la médiation ou tout autre mécanisme alternatif de règlement des litiges, lorsqu'il est réputé approprié et que l'expertise requise est disponible, ne retarde pas de manière injustifiée la poursuite et la résolution rapide de la procédure de retour en établissant un strict calendrier<sup>133</sup>. À titre d'exemple, si le parent délaissé a l'intention de comparaître à l'audience, sa présence dans l'État requis peut servir aux fins d'une médiation menée dans un délai très réduit avant l'audience. Les médiateurs qui offrent leur assistance dans de tels cas doivent être prêts à se rendre disponibles dans un délai très court.

### **c. Participation des parties à la procédure**

84. Garantir l'équité afin que toutes les parties, qu'elles soient ou non assistées d'un avocat, soient en mesure de participer pleinement à l'instance et de présenter de manière efficace toutes pièces / preuves sans provoquer de retard injustifié, constitue un élément clé de toute gestion effective des dossiers. Le plus tôt possible, le tribunal doit notamment :

- établir si le parent délaissé a été informé de la nature des allégations de risque grave au moyen des arguments présentés par la partie qui s'oppose au retour ou par l'intermédiaire d'un avocat ou de l'Autorité centrale, le cas échéant, et déterminer s'il est en mesure de participer à la procédure selon les modalités fixées par le tribunal<sup>134</sup> ;
- vérifier si le parent délaissé comparaitra en personne ou s'il sera représenté par un avocat, en particulier si l'Autorité centrale est la partie demanderesse ;
- définir la procédure, si celle-ci ne l'est pas déjà par la loi, selon laquelle les parties auront accès, échangeront et notifieront les documents, le cas échéant.

<sup>131</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 son caractère opportun ; voir *ibid.*, entre autres, les sections 1.2 et 2.1 et le chapitre 10.

<sup>132</sup> Certains États n'autorisent pas la médiation dans les affaires où des violences domestiques sont alléguées (que les allégations soient ou non prouvées) ou l'autorisent sous certaines conditions. En Espagne, par ex., aux termes de la Loi organique No 1/2004 (Ley Orgánica 1/2004), la médiation n'est pas possible dans les affaires où des violences domestiques sont alléguées. Aux États-Unis, chaque état possède ses propres règles en matière de médiation. Elles peuvent comprendre des règles sur la gestion des affaires impliquant des allégations liées à la violence domestique ; certains programmes de médiation ne procéderont à aucune médiation dans les affaires impliquant de graves violences domestiques. Voir les Profils de l'Espagne et des États-Unis (*op. cit.* note 38), section 19.4. Voir aussi, le Guide de bonnes pratiques sur la médiation (*op. cit.* note 130), chapitre 10, para. 266.

<sup>133</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 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), 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 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 1996), Recommandation No 1.3.1. Toutes les Conclusions et Recommandations de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 sont disponibles sur le site web de la HCCH (voir chemin d'accès à la note 17).

<sup>134</sup> La présence des deux parties à l'audience présente des avantages ; en cas d'impossibilité, certains États et territoires prévoient d'autres moyens de communication, à l'instar de la vidéoconférence, sous réserve du droit interne des États concernés.

85. Il est toujours judicieux de se faire représenter en justice, en particulier par des avocats spécialisés. Toutefois, ce sont les lois et les pratiques internes qui déterminent s'il est obligatoire pour les parties de se faire représenter et si une aide juridictionnelle ou une représentation *pro bono* est envisageable<sup>135</sup>.

#### **d. Participation de l'enfant à la procédure**

86. Depuis l'adoption de la Convention, les cadres juridiques internationaux ont changé. À titre d'exemple, à l'échelle mondiale, l'adoption de 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, y compris dans les cas où l'exception de l'article 13(1)(b) est invoquée<sup>136</sup>.

87. Quant à savoir si l'enfant doit être entendu, dans quelles conditions et de quelle manière recueillir son avis et le présenter au tribunal, tout cela varie selon les procédures et les pratiques internes des Parties contractantes. Dans certains États, l'enfant est entendu directement par le tribunal, tandis que dans d'autres un expert s'entretient avec lui puis rapporte la parole de l'enfant au tribunal. Dans ces cas-là, la personne qui s'entretient avec l'enfant doit posséder les qualifications appropriées et une connaissance particulière de la Convention de 1980, de la procédure de retour et de la portée limitée de l'exception de l'article 13(1)(b)<sup>137</sup>. Lorsque cela est possible dans un État et territoire en particulier, il convient d'envisager la désignation d'un représentant autonome pour l'enfant.

88. Dans le cadre d'une gestion effective des dossiers, le tribunal doit notamment :

- envisager, le cas échéant, la désignation d'un représentant autonome pour l'enfant<sup>138</sup> ;
- informer l'enfant de la procédure en cours et de ses conséquences possibles dans les délais opportuns et de manière appropriée compte tenu de son âge et de son degré de maturité ou encourager les parties, le représentant autonome de l'enfant ou un expert nommé à cet effet à le faire ;
- envisager, au moment de recueillir le point de vue de l'enfant, des outils comme les rapports sur la famille (adaptés à la portée limitée des procédures de retour) établis par des experts possédant les qualifications requises pour aider le tribunal à déterminer le poids qu'il convient de donner à ce point de vue ;

<sup>135</sup> L'art. 7(2)(g) de la Convention précise 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 ». Pour plus d'informations, voir le Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales (*op. cit.* note 2), chapitre 4.13. Dans tous les cas, 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.

<sup>136</sup> Voir, par ex., l'art. 12 de la CNUDE. À l'échelle régionale, l'adoption du Règlement Bruxelles II *bis* 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 où le Règlement est applicable (voir : 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. Le Règlement Bruxelles II *bis* s'applique directement dans tous les États membres de l'UE, à l'exception du Danemark. Toutes les références faites dans le présent Guide au Règlement Bruxelles II *bis* sont susceptibles d'être modifiées dans le cadre de la révision de cet instrument en cours et de ses discussions). Dans une certaine mesure, l'interprétation que fait la Cour européenne des droits de l'homme de l'art. 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* a également influencé la conduite des procédures de retour en vertu de la Convention de 1980. En ce qui concerne les États qui sont Parties à la CNUDE, un élément important de la participation de l'enfant a trait au respect de ses perspectives et points de vue. Voir Conseil de l'Union européenne (*op. cit.* note 26).

<sup>137</sup> Voir également Conclusions et Recommandations de la Sixième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions de La Haye de 1980 et 1996 (voir chemin d'accès à la note 17).

<sup>138</sup> Aux Pays-Bas, la pratique établie de longue date consiste à nommer un « tuteur *ad litem* » dans toutes les affaires relevant de la Convention de La Haye impliquant un enfant de plus de trois ans. Ce tuteur *ad litem* – en principe un (pédo)psychiatre ou un médiateur agréé – représente l'enfant pendant toute la durée de la procédure (première instance et appel), fait entendre la voix de l'enfant et évalue son degré de maturité et la mesure dans laquelle il semble libre de s'exprimer.

- s’assurer, lorsqu’il est convenu de recueillir le point de vue de l’enfant, que cela se fera sans retarder de manière injustifiée l’examen des faits dans le cadre de la procédure de retour, en déterminant un strict calendrier.

**e. Preuves**

89. L’un des objectifs principaux d’une gestion effective des dossiers est que toutes les preuves pertinentes soient présentées au tribunal et que la collecte des pièces et la production des preuves ne génèrent aucun retard injustifié. Les bonnes pratiques énoncées dans la présente section visent à aider le tribunal à atteindre de tels objectifs.

**f. Preuves d’expert**

90. Concernant tout particulièrement les preuves d’expert, il convient d’y recourir uniquement dans la mesure où elles sont conformes à la nature et à la portée restreinte de l’exception de risque grave<sup>139</sup>. Dans le cadre de bonnes pratiques en matière de gestion de l’instance, le tribunal doit notamment :

- étudier la possibilité d’établir une liste d’experts qualifiés qui connaissent la Convention, la procédure de retour et la nature particulière de l’exception de risque grave, et qui seraient disponibles dans des délais très brefs ;
- encourager, lorsque les deux parties ont l’intention de présenter des preuves d’expert, de recourir à un seul expert qualifié choisi conjointement ou désigné par le tribunal, le cas échéant, plutôt que de laisser chacune des parties présenter son propre expert ;
- examiner / envisager, le plus tôt possible, si un point relevant des allégations de risque grave requiert une opinion ou des preuves d’expert ; si une opinion d’expert est réputée nécessaire :
  - recenser les principales questions pour lesquelles une expertise est sollicitée, par exemple au moyen d’une lettre d’instruction, d’une décision de justice ou de consignes ;
  - rappeler aux parties et aux experts le champ d’application restreint de la procédure de retour, la portée limitée de l’exception de risque grave et la nécessité de limiter les questions pour lesquelles elles souhaitent présenter une opinion ou des preuves d’expert ;
  - établir la date limite à laquelle l’opinion d’expert doit être présentée au tribunal ou aux parties, le cas échéant, à l’oral ou par écrit afin de se prémunir contre tout retard injustifié ;
  - choisir un expert qualifié et s’assurer que les informations pertinentes lui sont présentées ;
  - fixer une date pour poursuivre les audiences en l’espèce et s’assurer que l’expert est disponible à cette date pour présenter des preuves et fournir des informations, le cas échéant ;
- se pencher sur la possibilité de présenter oralement le rapport d’expert en personne, par audio ou vidéoconférence plutôt que par écrit, afin d’éviter tout retard injustifié dans la procédure.

**g. Assistance des Autorités centrales et communications judiciaires directes**

91. Les tribunaux peuvent obtenir des informations supplémentaires auprès des Autorités centrales, lorsque cela est réputé nécessaire dans le cadre de l’examen des allégations de

<sup>139</sup> Voir, par ex. : *BDU v. BDT* (op. cit. note 82), affaire dans laquelle, considérant que l’une des questions fondamentales de la procédure portait sur l’incapacité présumée de la mère à rentrer en Allemagne avec l’enfant pour raisons médicales, la cour a nommé un expert judiciaire indépendant chargé d’évaluer le risque de préjudice corporel ou psychologique pour la mère (notamment tout risque de suicide ou d’automutilation) en cas de décision de retour ; de même dans *Re S. (A Child) (Abduction: Rights of Custody)* (op. cit. note 115), arrêt dans lequel la cour a sollicité le rapport d’un psychiatre concernant la santé de la mère, l’impact psychiatrique ou psychologique qu’un retour en Australie pourrait avoir sur elle et les mesures de protection susceptibles de s’avérer nécessaires afin d’atténuer les conséquences d’un tel retour sur sa santé mentale.

risque grave, et ce, afin de mieux comprendre le cadre juridique ou le système de protection des enfants en vigueur dans l'État de la résidence habituelle ou clarifier certains éléments factuels<sup>140</sup>. Les tribunaux peuvent également demander spécialement aux Autorités centrales des informations disponibles quant à la situation sociale de l'enfant. Ils doivent néanmoins se montrer prudents et ne pas demander aux Autorités centrales d'entreprendre des enquêtes qui ne relèvent pas de leurs fonctions ou de leurs pouvoirs (voir section IV).

92. Les tribunaux peuvent également obtenir des informations pertinentes en engageant des communications judiciaires directes avec des juges de leur État ou d'autres Parties contractantes. Dans ce dernier cas, les tribunaux peuvent passer par le RIJH, un réseau composé d'un ou de plusieurs membre(s) du pouvoir judiciaire des Parties contractantes. Le RIJH favorise les communications et la coopération entre les juges au niveau international de sorte à garantir le fonctionnement efficace de la Convention. Les juges peuvent vérifier sur le site web de la HCCH si leur État a désigné un juge au sein du RIJH<sup>141</sup>. Auquel cas, ils devraient contacter ce membre du RIJH afin d'engager des communications judiciaires directes par l'intermédiaire du réseau ou obtenir une aide à cet effet. Les juges qui envisagent de recourir aux communications judiciaires directes sont invités à consulter les Lignes de conduite émergentes et Principes généraux relatifs aux communications judiciaires, document publié par la HCCH<sup>142</sup>.

93. Dans le cadre d'une gestion effective des dossiers, le tribunal doit notamment :

- s'assurer que les questions sont recensées dès le début de la procédure, de sorte que les parties puissent produire les preuves pertinentes ;
- examiner les informations ou l'assistance susceptibles d'être obtenues auprès de l'Autorité centrale des États requis ou requérant concernant les allégations des deux parties ou la possibilité d'obtenir des mesures de protection pour répondre au risque grave ainsi que pour faciliter l'adoption des modalités du retour de l'enfant ;
- examiner les informations ou l'assistance susceptibles d'être obtenues par l'intermédiaire du RIJH ou de communications judiciaires directes<sup>143</sup>, le cas échéant, concernant les allégations des deux parties ou la possibilité d'obtenir des mesures de protection pour répondre au risque grave ainsi que pour faciliter l'adoption des modalités du retour de l'enfant.

<sup>140</sup> Voir, par ex. : *Kovacs v. Kovacs* (2002), 59 O.R. (3d) 671 (Sup. Ct.), 23 avril 2002, Cour supérieure de justice de l'Ontario (Canada) [Référence INCADAT : HC/E/CA 760], affaire dans laquelle la cour a ordonné aux avocats des parties de présenter une demande conjointe auprès de l'Autorité centrale fédérale du Canada désignée en vertu de la Convention de La Haye. L'objectif était de prendre les mesures les plus efficaces dans l'État de la résidence habituelle afin de déterminer si le défendeur avait été condamné et si le jugement portant sur cette condamnation était authentique. Voir également : *M.G. v. R.F.*, 2002 R.J.Q. 2132, 23 août 2002, Cour d'appel du Québec (Canada) [Référence INCADAT : HC/E/CA 762], affaire dans laquelle l'avocat représentant l'Autorité centrale de l'État de la résidence habituelle a informé la cour de l'existence d'une allocation de sécurité sociale au profit du parent ayant soustrait l'enfant, en dépit des allégations de ce dernier selon lesquelles il manquait de ressources, financières et autres.

<sup>141</sup> Voir la Liste des membres du RIJH, disponible sur le site web de la HCCH (chemin d'accès indiqué à la note 33).

<sup>142</sup> Voir Lignes de conduite émergentes relatives aux communications judiciaires (op. cit. note 1).

<sup>143</sup> *Ibid.*

#### **IV. Bonnes pratiques pour les Autorités centrales dans les affaires relevant de l'article 13(1)(b)**

##### **1. Obligations générales des Autorités centrales - coopération et communication d'informations**

94. Une fonction importante de l'Autorité centrale consiste à prendre toutes les mesures appropriées pour faciliter l'introduction de procédures judiciaires ou administratives en vue d'obtenir le retour sans danger de l'enfant (art. 7(2)(f) et (h)). La manière dont l'Autorité centrale s'acquitte de cette obligation varie d'une Partie contractante à l'autre selon le rôle qui lui est confié au sein de l'État et des fonctions et pouvoirs qu'elle tire de la législation nationale en vertu de laquelle elle est établie. Une différence notable est que, dans certains États, l'Autorité centrale lance la procédure de retour au moyen du dépôt d'une demande auprès du tribunal, tandis que dans d'autres, c'est le parent délaissé qui présente la demande au tribunal.

95. Dans le cadre de leurs responsabilités, les Autorités centrales sont également tenues de coopérer entre elles et de promouvoir la coopération entre les autorités internes en vue d'assurer le retour immédiat de l'enfant (art. 7(1)). Dans les cas où l'exception de risque grave visée à l'article 13(1)(b) est invoquée, une telle coopération peut notamment permettre aux Autorités centrales de répondre rapidement aux demandes d'informations émanant des tribunaux concernant les mesures de protection existantes aptes à atténuer le risque grave, sous réserve des lois applicables. Le cas échéant et lorsque cela est approprié en vertu des lois en la matière, les Autorités centrales peuvent également échanger des informations relatives à la situation sociale de l'enfant (art. 7(2)(d)).

##### **2. Rôle restreint des Autorités centrales eu égard à l'exception de risque grave**

96. Il appartient exclusivement au tribunal statuant sur une demande de retour d'examiner les questions de fait ou de droit, y compris les allégations visées à l'article 13(1)(b). Il importe de préciser que le rôle de l'Autorité centrale ne consiste *pas* à : examiner les allégations présentées au titre de l'article 13(1)(b), ni d'agir en fonction de cet examen. L'Autorité centrale doit dès lors faire attention à ne pas retarder la procédure en prenant des initiatives inutiles, en particulier dans les États où l'Autorité centrale est elle-même, ou un agent mandaté pour agir en son nom, chargée d'engager la procédure devant le tribunal. Si cela relève de ses fonctions et pouvoirs, et sans que cela ne retarde le début de la procédure judiciaire, l'Autorité centrale doit néanmoins prendre des dispositions, dès le début de la procédure de retour, en vue de recueillir des informations susceptibles de s'avérer, en temps utile, nécessaires au tribunal ou requises par celui-ci et ainsi éviter tout ajournement de la procédure à cet effet.

97. Toute bonne pratique présentée dans cette section du présent Guide ne doit être envisagée que si elle est appropriée et autorisée par les lois et procédures internes de la Partie contractante et si l'Autorité centrale la juge adaptée à une affaire précise.

##### **3. Bonnes pratiques pour l'Autorité centrale de l'État requérant**

98. Au titre des bonnes pratiques, toute Autorité centrale de l'État requérant doit être prête, lorsqu'on le lui demande et en vertu des lois en la matière, à :

- fournir des informations concernant les lois et procédures de son État et territoire ;
- présenter tout rapport existant concernant la situation sociale de l'enfant, sous réserve que son partage soit autorisé par les lois en la matière ;
- fournir des informations factuelles, le cas échéant, sous réserve que cela soit approprié et autorisé (par ex., des informations sur l'existence d'un mandat d'arrêt ou d'une procédure pénale pendante le concernant) ;
- fournir des informations quant à la possibilité d'accès à des mesures de protection dans l'État requérant, notamment des informations portant sur les lois, les procédures, les services sociaux ou les systèmes de soutien financier, les mesures de protection existantes, les possibilités d'obtention de conseils juridiques, d'ordonnances de protection efficaces, de document en matière d'immigration le cas échéant, et les services accessibles dans l'État requérant au moment du retour ;

- agir le plus rapidement possible et prendre toutes les dispositions nécessaires au respect de délais fixés par le tribunal de sorte à ne générer aucun retard injustifié ;
- fournir des informations aux autorités au sein de l'État requérant afin de faciliter, dans la mesure du possible, l'efficacité des mesures de protection, notamment informer les services sociaux concernés de l'arrivée imminente de l'enfant aux fins d'adoption des mesures nécessaires pour atténuer le risque grave.

#### **4. *Bonnes pratiques pour l'Autorité centrale de l'État requis***

99. Au titre des bonnes pratiques, toute Autorité centrale de l'État requis doit être encline à :
- informer, le plus rapidement possible, l'Autorité centrale de l'État requérant lorsqu'elle est informée qu'une exception de risque grave a été soulevée ;
  - communiquer immédiatement à l'Autorité centrale de l'État requérant toute demande d'information émanant du tribunal ainsi que le délai fixé pour la communication de ces informations ;
  - informer, régulièrement et en tant que de besoin, l'Autorité centrale de l'État requérant de toute question pertinente, y compris de l'avancée et du résultat de la procédure, ainsi que de toute exigence fixée par le tribunal quant aux engagements ou conditions, décisions miroirs ou autres décisions visant à atténuer un risque grave établi et à faciliter le retour sans danger de l'enfant ;
  - agir le plus rapidement possible et prendre toutes les dispositions nécessaires au respect de délais fixés par le tribunal de sorte à ne générer aucun retard injustifié.

## V. Ressources utiles

100. Afin d'acquérir et de renforcer les connaissances et la compréhension de l'interprétation et de l'application de l'article 13(1)(b), les tribunaux, Autorités centrales et autres peuvent consulter les ressources suivantes.

### 1. *Rapport explicatif sur la Convention de 1980*

101. Le Rapport explicatif sur la Convention<sup>144</sup> qui, entre autres, fournit des informations concernant les travaux préparatoires et les circonstances de son adoption peut servir de moyen complémentaire d'interprétation de celle-ci.

### 2. *Actes et documents de la Quatorzième session (1980)*

102. Les Actes et documents de la Quatorzième session<sup>145</sup>, qui comprennent non seulement le Rapport explicatif, mais aussi l'ensemble des travaux préparatoires ayant abouti à l'adoption de la Convention à l'instar de Documents préliminaires, Documents de travail préparés par les délégations présentes et les Rapports de séance de la session. Ces documents peuvent servir de moyen complémentaire d'interprétation de la Convention.

### 3. *INCADAT*

103. La base de données sur l'enlèvement international d'enfants (ci-après, « INCADAT »)<sup>146</sup> a été créée pour faciliter la compréhension mutuelle et une interprétation plus homogène de la Convention. Elle peut être consultée gratuitement en ligne en anglais, en français et en espagnol. INCADAT contient des résumés et le texte intégral de décisions importantes pertinentes en matière d'enlèvement international d'enfant provenant du monde entier. Elle offre 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, notamment l'article 13(1)(b)<sup>147</sup>.

### 4. *Guides de bonnes pratiques publiés par la Conférence de La Haye de droit international privé*

104. À ce jour, la HCCH a publié six Guides de bonnes pratiques<sup>148</sup> portant sur la Convention ; ces Guides peuvent s'avérer utiles pour les tribunaux, les Autorités centrales et autres quant à l'interprétation et l'application de l'article 13(1)(b) :

- Guide de bonnes pratiques - Convention Enlèvement d'enfants : Première partie : Pratique des Autorités centrales ;
- Guide de bonnes pratiques - Convention Enlèvement d'enfants : Deuxième partie : Mise en œuvre ;
- Guide de bonnes pratiques - Convention Enlèvement d'enfants : Troisième partie : Mesures préventives ;
- Guide de bonnes pratiques - Convention Enlèvement d'enfants : Quatrième partie : Exécution ;
- Contacts transfrontières relatifs aux enfants / Principes généraux et Guide de bonnes pratiques ;
- Guide de bonnes pratiques - Convention Enlèvement d'enfants : Médiation.

### 5. *Réseau international de juges de La Haye (RIJH)*

105. La création d'un RIJH spécialisé en matière familiale a été proposée pour la première fois lors du Premier séminaire pour juges sur la protection internationale des enfants, De

<sup>144</sup> *Op. cit.* note 11.

<sup>145</sup> *Op. cit.* note 49.

<sup>146</sup> Disponible à l'adresse : < [www.incadat.com](http://www.incadat.com) >.

<sup>147</sup> Pour une analyse de l'art. 13(1)(b), voir les rubriques « La Convention », « Analyse de jurisprudence », « Exceptions au retour », puis « Risque grave de danger ».

<sup>148</sup> Toutes ces publications sont disponibles sur le site web de la HCCH, à l'adresse : < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, sous les rubriques « Publications » puis « Guides de bonnes pratiques ».

Ruwenberg, 1998. Il a été recommandé que les autorités compétentes des différents États et territoires (par ex., les présidents de tribunaux ou autres fonctionnaires selon les différentes cultures juridiques) désignent un ou plusieurs membre(s) du pouvoir judiciaire chargé(s) d'agir comme point de contact en matière de communication et de liaison avec les Autorités centrales nationales, les juges de leur État et d'autres Parties contractantes concernant, à tout le moins au début, des questions relevant de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980. Le RIJH favorise les communications et la coopération entre les juges au niveau international et contribue au fonctionnement efficace de la Convention. Les juges sont invités à consulter la Liste des membres du RIJH disponible sur le site web de la HCCH<sup>149</sup>.

## 6. *La Lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant*

106. La *Lettre des juges* assure la diffusion des informations en matière d'entraide judiciaire dans le domaine de la protection internationale des enfants. Elle a été publiée pour la première fois en 1999, par la HCCH. À l'heure actuelle, cette Lettre est publiée deux fois par an<sup>150</sup>.

## 7. *Documents établis par les autorités nationales*

107. Au fil des ans, les autorités judiciaires nationales ont publié des manuels et autres documents semblables en vue d'aider les tribunaux à aborder ces affaires complexes, par exemple :

- le cahier d'audience électronique publié par l'Institut national de la Magistrature du Canada<sup>151</sup> ;
- le cahier d'audience national sur la violence domestique et familiale d'Australie<sup>152</sup> ;
- le Protocole argentin pour le fonctionnement des Conventions sur l'enlèvement international d'enfants<sup>153</sup> ;
- 
- le guide électronique publié par le bureau du procureur du Brésil<sup>154</sup>.

<sup>149</sup> Voir la Liste des membres du RIJH, disponible sur le site web de la HCCH, à l'adresse : < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, sous les rubriques « Enlèvement d'enfants » puis « Réseau international de juges de La Haye ».

<sup>150</sup> Tous les tomes de la *Lettre des juges* sont disponibles en anglais, en français et pour certains d'entre eux en espagnol sur le site web de la HCCH (voir chemin d'accès à la note **Error! Bookmark not defined.**). Le tome V de la *Lettre des juges* est principalement axé sur l'art. 13(1)(b).

<sup>151</sup> Convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, Cahier d'audience électronique de l'Institut national de la magistrature, mise à jour en mai 2018.

<sup>152</sup> Ce cahier d'audience est disponible à l'adresse : < <https://ajja.org.au/publications/national-domestic-and-family-violence-bench-book/> > (en anglais uniquement) (consulté le premier février 2019).

<sup>153</sup> *Protocolo de actuación para el funcionamiento de los convenios de sustracción internacional de niños*, approuvé le 28 avril 2017. Le Protocole est disponible sur le site web de la Cour suprême d'Argentine, à l'adresse : < <http://www.cij.gov.ar/adj/pdfs/ADJ-0.305074001493756538.pdf> > (en espagnol uniquement) (consulté le premier février 2019).

<sup>154</sup> Ce guide est disponible à l'adresse : < [http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/157035](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/157035) > (en portugais uniquement) (consulté le premier février 2019).

**Index des affaires citées**

(À INSÉRER)