

La Lettre des juges

sur la protection internationale de l'enfant

Dossier spécial

Le 20^e anniversaire du Réseau international
de juges de La Haye (RIJH)

Publication de la HCCH

www.hcch.net

Avant-propos

Le 20^e anniversaire du Réseau international de juges de La Haye (RIJH)



Le Bureau Permanent est heureux de publier le tome XXIII de *La Lettre des juges* avec un dossier spécial consacré à la Troisième réunion mondiale du Réseau international de juges de La Haye (RIJH) à l'occasion de laquelle le 20^e anniversaire du RIJH a été célébré.

Du 22 au 25 juin 1998, la HCCH, avec l'aide financière du Programme Grotius de l'Union européenne, a organisé à « De Ruwenberg » aux Pays-Bas, un séminaire pour les juges sur la protection internationale des enfants. Les réactions à ce séminaire ont été très positives. Il a permis aux juges de réfléchir et de discuter des développements alors intervenus dans le domaine de la protection internationale des enfants. Ce séminaire a également été une occasion unique de combler certaines des différences entre les cultures juridiques et de promouvoir la compréhension et la confiance mutuelles entre les juges, ce qui est nécessaire pour le bon fonctionnement des instruments internationaux.

Les Conclusions et Recommandations suivantes ont été formulées lors du séminaire au cours de la discussion sur le thème « Vers une coopération judiciaire internationale »

« 1. Suivant l'exemple de l'Australie, il est recommandé aux juges participants d'examiner, avec les autorités appropriées de leur pays (par exemple, avec les présidents des tribunaux ou avec toute autre autorité appropriée, eu égard aux particularités du système judiciaire en question), l'utilité éventuelle de désigner un ou plusieurs magistrats qui agiraient comme intermédiaires et assureraient le

dialogue avec les Autorités centrales de leur pays, avec les autres juges de leur propre juridiction ainsi qu'avec les juges d'autres pays ; cette fonction pourrait être limitée, à tout le moins initialement, aux affaires liées au fonctionnement de la Convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

2. Conformément aux objectifs du programme Grotius de l'Union européenne, plusieurs juges ont fait état de leur intention de diffuser les résultats du séminaire à l'intérieur de leur juridiction respective.

3. Le Bureau Permanent de la HCCH enverra aux juges participants (environ deux fois par an) un bulletin concis dont l'objectif est de diffuser l'information pratique sur la coopération judiciaire en matière de protection internationale de l'enfant, notamment les changements d'adresses des autorités ou des personnes à contacter, les développements relatifs aux instruments internationaux (par exemple de nouvelles ratifications ou adhésions), les développements essentiels relatifs aux droits nationaux (concernant, par exemple, la jurisprudence, les changements intervenus dans la procédure ou l'organisation judiciaire, la tenue de conférences ou de séminaires pour juges, etc.), ainsi que des exemples d'une coopération judiciaire fructueuse. En plus des juges ayant participé au séminaire, ce bulletin pourrait être envoyé à tout juge intéressé.

4. Il a largement été admis que des efforts particuliers doivent être entrepris en vue d'assurer une participation

accrue de juges aux travaux de la Conférence de La Haye de droit international privé, aussi bien pour le développement de nouveaux instruments que pour l'examen du fonctionnement pratique des Conventions.

5. Les participants ont été unanimes pour dire que le séminaire a permis d'accroître la compréhension mutuelle des différents systèmes judiciaires et de faire progresser l'objectif d'une coopération judiciaire plus efficace en matière de protection internationale de l'enfant. Il a été suggéré d'organiser ce genre de séminaire régulièrement (tous les trois ou quatre ans). »

Les quatre membres fondateurs du RIJH étaient présents au séminaire « De Ruwenberg » de 1998 : les juges James Garbolino (États-Unis d'Amérique), Michael J. Hartmann (Chine, Hong Kong, RAS), George A. Serghides (Chypre) et Mathew Thorpe (Royaume-Uni). Le RIJH comprend maintenant plus de 130 juges de plus de 80 États représentant toutes les régions du monde.

Depuis le séminaire « De Ruwenberg » de 1998, des outils importants ont été mis en place pour soutenir le RIJH. La *Lettre des juges* a vu le jour au printemps 1999. Le 9 mai 2000, la base de données sur l'enlèvement international d'enfants (INCADAT) a été lancée. Enfin, en juin 2011, 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 a approuvé les « 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 ». Dans un proche avenir, comme annoncé dans ce tome de *La Lettre des juges*, une plate-forme sécurisée dédiée aux membres du RIJH pour favoriser le dialogue et la communication entre les membres du Réseau verra le jour sur le site web de la HCCH.

Vingt ans plus tard, ce tome de *La Lettre des juges* marque également la Troisième réunion mondiale du RIJH qui s'est tenue à Miami, Floride (États-Unis d'Amérique), du 24 au 26 octobre 2018. Vous trouverez dans ce tome des contributions écrites de juges et d'autres experts qui sont intervenus lors de la Troisième réunion mondiale sur des sujets intéressant les juges spécialisés dans la protection internationale des enfants tels que : la coopération judiciaire (Mme Martina Erb-Klünemann (Allemagne) et Mme Graciela Tagle de Ferreyra (Argentine)) ; la gestion des affaires et médiation dans les affaires d'enlèvement d'enfants (M. Alistair MacDonald (Royaume-Uni, Angleterre et Pays de Galles), Mme Martina Erb-Klünemann (Allemagne) et Mme Melissa Kucinski (États-Unis)) ; la voix de l'enfant (les juges Francisco Javier Forcada Miranda (Espagne) et Alistair MacDonald (Royaume-Uni, Angleterre et Pays de

Galles)) ; les conditions de retour dans les affaires d'enlèvement d'enfants (la juge Victoria Bennett (Australie)) ; et l'exception de l'article 13(1)(b) « Risque grave » au retour en cas d'enlèvement (juge Alistair MacDonald (Royaume-Uni, Angleterre et pays de Galles)). Vous trouverez également dans ce tome de *La Lettre des juges* les Conclusions et Recommandations adoptées par la Troisième réunion mondiale du RIJH, qui montrent l'évolution des travaux du RIJH 20 ans après. Enfin, nous sommes ravis que ce tome de *La Lettre des juges* célébrant le 20^e anniversaire du RIJH comporte également une contribution d'un de ses membres fondateurs : Sir Mathew Thorpe.

La publication de ce tome de la *Lettre des juges* n'aurait pas été possible sans l'aide des stagiaires actuels et des anciens stagiaires, Lindy Christine et Renáta Radócz, que nous remercions vivement, et des membres de l'équipe du droit de la famille. Plus important encore, cette publication n'aurait pas été possible sans les contributions très généreuses des auteurs énumérés dans le paragraphe précédent.

Nous espérons que vous prendrez plaisir à lire ce tome de *La Lettre des juges* et nous nous réjouissons de recevoir vos commentaires et suggestions.

Les rédacteurs en chef,

Philippe Lortie
Premier secrétaire

Frédéric Breger
Collaborateur juridique

Table des matières

Dossier spécial

Le 20^e anniversaire du Réseau international des juges de La Haye (RIJH)

1	L'activisme judiciaire - le RIJH et <i>La Lettre des Juges</i> : 20 ans d'évolution, <i>Sir Mathew Thorpe</i>	6
2	Une entraide judiciaire triangulaire, <i>Juge Martina Erb-Klünemann</i>	12
3	Dix ans au service du RIJH, <i>Graciela Tagle de Ferreyra</i>	14
4	Exceptions de l'article 13 - Retour et intérêt supérieur de l'enfant en Angleterre et au pays de Galles, <i>L'Honorable juge MacDonald</i>	18
5	Gestion active des affaires et médiation judiciaire dans les procédures d'enlèvement d'enfants en Angleterre et au pays de Galles, <i>L'Honorable juge MacDonald</i>	23
6	La voix de l'enfant d'un point de vue continental-espagnol, <i>Francisco Javier Forcada Miranda</i>	26
7	Quelle est la valeur probante de la voix de l'enfant ? <i>L'Honorable juge MacDonald</i>	30
8	Le recours des tribunaux allemands à la médiation dans les procédures de retour en cas d'enlèvement d'enfants, <i>Juge Martina Erb-Klünemann</i>	35
9	Leçons tirées des États-Unis pour rendre la médiation plus accessible aux familles du monde entier, <i>Melissa Kucinski</i>	38
10	Conditions au retour, <i>L'Honorable juge Victoria Bennett AO</i>	42
11	Conférence des juges du réseau des Conventions de La Haye célébrant le 20 ^e anniversaire du réseau international de juges de La Haye	46

Actualités du Bureau Permanent

1	Changement de responsabilité de portefeuille	51
2	La plateforme sécurisée pour le RIJH en cours de développement	51

Dossier spécial

Le 20^e anniversaire du Réseau international de juges de La Haye (RIJH)

1. L'activisme judiciaire – le RIJH et *La Lettre des juges* : 20 ans d'évolution

Par Sir Mathew Thorpe

Le développement du droit international de la famille, initié par la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* (« Convention Enlèvement d'enfants de 1980 ») et poursuivi par un certain nombre d'autres instruments européens et mondiaux, a entraîné une augmentation rapide des litiges devant les nombreux tribunaux nationaux de compétence transnationale. Dans les années 1990, les juges les plus jeunes ont ressenti le besoin de communiquer directement avec les juges de l'autre tribunal saisi, et cela entraînait un sentiment de frustration s'ils étaient empêchés de le faire.

Cette évolution naturelle ne s'est pas limitée aux procédures familiales transfrontières. Il s'agissait là d'une caractéristique tout aussi importante de la pratique internationale en matière d'insolvabilité. Le juge Baragwanath de la Haute Cour de Nouvelle-Zélande a attiré l'attention sur cette nouvelle tendance qu'il a qualifiée d'« activisme judiciaire ». Son article : *Who now is my neighbor? The Cross Border Cooperation of Judges in the Globalised Society* (Qui est mon voisin ? La coopération transfrontière des juges dans une société mondialisée [traduction du Bureau Permanent]) a été publié dans le *Inner Temple Yearbook 2004-2005 London*. J'ai appris de ce juge et j'ai pu lui rendre la pareille grâce à mon expérience dans le domaine des procédures familiales internationales, qui n'étaient pas de son ressort.

Cet activisme s'est manifesté, il me semble, sous trois formes : la communication judiciaire directe dans des affaires spécifiques en cours, la participation à la réforme évolutive du droit et de la procédure dans l'arène nationale et, dans les fors disponibles, l'engagement dans le débat sur la performance actuelle du système judiciaire international et son évolution. Les forums des Conventions de La Haye relatives à la famille étaient les Réunions de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions Enlèvement d'enfants de 1980 et Protection des enfants de 1996, les conférences internationales convoquées par ou auxquelles participait le Bureau Permanent (Secrétariat de la Conférence de La Haye de droit international privé (« HCCH »)) et, dans le cadre des Règlements européens, les réunions régulières du Réseau judiciaire européen (« RJE ») et des conférences judiciaires occasionnelles organisées ou financées par la Commission européenne.

De ces trois manifestations, la plus importante est de loin

la promotion de la communication judiciaire directe par la création et le développement de réseaux judiciaires internationaux, principalement le Réseau international de juges de La Haye (« RIJH ») et, dans la mesure où il fonctionne indépendamment, le RJE. La primauté du RIJH découle du fait qu'il a été mis en place le premier et qu'il a été le modèle sur lequel s'est appuyé le RJE régional, conduisant à son émergence. Cette promotion a véritablement renforcé le pouvoir des juges spécialisés en leur donnant confiance en la capacité qu'ils ont de contribuer à un développement bénéfique du droit et de la pratique, et en les motivant à s'efforcer d'y parvenir. Par conséquent, je m'efforcerai principalement de décrire la création et le développement du RIJH et, ce faisant, de noter l'activité dans les autres manifestations de cet activisme.

Il a été dit que la première affaire signalée impliquant une collaboration judiciaire directe a été l'affaire canadienne *D c. B* jugée le 17 mai 1996 à la Cour supérieure du Québec. Dans nos recueils de jurisprudence, la communication judiciaire directe semble faire sa première apparition dans l'affaire *Re HB (Abduction: children's objections)*¹. J'étais au tribunal avec la juge Butler Sloss et Sir John Vinelott. En première instance, le juge Wall s'était efforcé d'établir une communication directe, ce que nous avons soutenu. Un autre fervent partisan de la communication judiciaire directe au sein de la Division de la famille était le juge Singer qui a abordé le sujet de front dans son arrêt *Re MJ (Abduction: international judicial collaboration)*².

Mais ces déclarations judiciaires doivent être replacées dans un contexte beaucoup plus large. La mise en œuvre de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 dépend de la création et du fonctionnement d'Autorités centrales, une dans chaque État partie à la Convention. Il s'agissait d'un mandat. Toutefois, le texte de la Convention tient plus ou moins pour acquis le bon fonctionnement de l'autorité judiciaire. Le fait qu'il ne s'agissait pas d'une donnée sûre a ensuite été démontré dans d'innombrables demandes de retour qui ont mal fonctionné devant les tribunaux de nombreux États parties à la Convention. Au fur et à mesure que le nombre d'États appliquant la Convention augmentait et s'élargissait, il est devenu de plus en plus évident que le bon fonctionnement de la Convention dépendait non seulement du travail efficace des Autorités centrales, mais aussi de celui des juges. Il est essentiel que ces derniers comprennent et appliquent correctement la loi, un objectif qu'ils n'atteindront probablement pas sans compétences spécialisées. Non seulement les juges doivent être des spécialistes du droit, mais ils doivent aussi en maîtriser la pratique et les procédures dans le passé. Ces réalités ont sans doute persuadé la HCCH d'accueillir le premier séminaire résidentiel des juges des États parties à la Convention Enlèvement d'enfants de 1980.

Ce séminaire s'est tenu au cours de l'été 1998 à De Ruwenberg (Pays-Bas). À cette date, une cinquantaine d'États étaient parties à la Convention et environ la moitié d'entre eux avaient envoyé des juges pour y contribuer. Sous la direction experte du Secrétaire général adjoint, le très estimé professeur William Duncan, un travail très précieux a été accompli. C'est de ce rassemblement qu'est né le site web INCADAT et la Lettre des juges, mais sa plus grande réalisation a été la création timide du RIJH. Je dis timide car la proposition est venue de moi, au nom du Royaume-Uni. Ma proposition était à la fois hésitante et hasardeuse car je n'avais alors aucune idée de la manière dont elle pourrait se concrétiser. Ce que j'ai compris de l'innovation, c'est que ce qui compte vraiment, c'est le lancement. Celui qui propose n'a besoin que d'idées suffisantes sur les besoins et les objectifs pour obtenir l'approbation du lancement. Une fois l'innovation née, elle créera en quelque sorte sa propre évolution et développera son propre avenir. Il en était de même pour le RIJH.

La France s'est fermement opposée à cette proposition. C'est ainsi que cette idée aurait pu être mort-née. Mais je crois qu'elle a survécu grâce au soutien de l'Australie, de Hong Kong (RAS, Chine) et de la Nouvelle-Zélande, et au fait que l'opposition française n'a attiré aucun allié.

En préparant cet article, j'ai trouvé de l'or dans les Lettres des juges. J'y ai trouvé un récit d'événements qui étaient au centre de ma vie à l'époque, mais que j'ai effacés depuis longtemps. Les Lettres des juges sont donc des documents d'une valeur inestimable, non pas en ce qu'elle fournissent des informations, mais en ce qu'elles témoignent de faits historiques et se sont révélées être une source inestimable pour le présent article.

Par exemple, dans le Tome I, publié au printemps 1999, j'ai trouvé :

« Il est rappelé aux juges la conclusion suivante à laquelle ils sont parvenus lors de la dernière session du Séminaire De Ruwenberg sur le sujet 'Vers une coopération internationale' :

'Il a été recommandé que, à l'instar de l'Australie, les juges participant au Séminaire soulèvent avec les autorités compétentes de leur État et territoire (par ex., les présidents des tribunaux ou d'autres fonctionnaires, selon le cas dans les différentes cultures) l'utilité potentielle de désigner un ou plusieurs membres du pouvoir judiciaire pour agir comme voie de communication et de liaison avec leurs autorités centrales nationales, avec les autres juges relevant de leur propre État et territoire et les juges dans les autres États, au moins pour commencer sur les questions concernant le fonctionnement de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980.'

Le Bureau Permanent serait heureux d'être informé de tout fait nouveau concernant cette recommandation. »

Il est intéressant de noter que la Lettre des juges annonce également une autre évolution importante concernant la troisième manifestation de cet activisme identifiée ci-dessus. Ayant pris note des trois premières réunions de la Commission spéciale tenues respectivement en 1989, 1993 et 1997, voici ce qui suit :

« Le Bureau Permanent s'est penché sur la manière dont la prochaine Commission spéciale devrait être organisée, et en particulier sur la manière dont elle pourrait contribuer au mieux au développement de procédures et de pratiques améliorées concernant le processus judiciaire lui-même. Il sera essentiel d'impliquer le pouvoir judiciaire de manière plus centralisée dans le processus. »

Le Tome II est paru à l'automne 2000 et reflétait l'essor considérable de l'activisme judiciaire. Un deuxième séminaire De Ruwenberg, tenu plus tôt dans l'année, avait soutenu la création d'un réseau judiciaire international. Cette résolution a été réitérée lors de la conférence de la *Common Law* de Washington en septembre 2000. Toutefois, ces recommandations ont été ambitieuses puisque, plus tard, la Lettre des juges a rapporté que le nombre de juges nommés par le Réseau ne s'élevait qu'à quatre, tous provenant d'États et territoires de *common law* (Australie, Chypre, Nouvelle-Zélande et Royaume-Uni).

La 4^e réunion de la Commission spéciale s'est tenue en mars 2001 et a fait l'objet du Tome III publié en mars 2001 :

« La présence et la participation des juges ont grandement contribué au succès de la Commission spéciale, et renforcent la valeur des Conclusions et Recommandations. »

Les Recommandations 5.5 à 5.7 sont d'une importance fondamentale car elles ont élevé au rang de travaux en cours de la HCCH les simples propositions du séminaire De Ruwenberg, sous réserve de l'approbation du Conseil sur les affaires générales et la politique (l'organe directeur de la HCCH) à sa prochaine réunion. En fait, elles fixent l'ordre du jour pour les dix prochaines années. La Résolution 5.5 a eu pour effet d'encourager les États à identifier un juge du réseau. La Résolution 5.6 demandait aux États contractants d'encourager activement la coopération judiciaire internationale par la participation de juges à des conférences judiciaires, en échangeant des idées avec des juges étrangers et en expliquant les possibilités de communication judiciaire directe dans des cas spécifiques. Il est important de noter que cette résolution fait également état des garanties communément acceptées dans les États contractants dans lesquels les communications judiciaires directes sont pratiquées. La Résolution 5.7 engageait le Bureau Permanent à continuer d'explorer des mécanismes pratiques pour faciliter la communication judiciaire directe.

Malgré ces signes positifs, la Lettre des juges n'enregistre

par la suite qu'une modeste augmentation du nombre de juges désignés du Réseau, qui passe à huit.

Chaque Lettre des juges traitait d'un thème choisi et couvrait également des événements et faits d'actualité. Le Tome IV traitait de la communication judiciaire directe et consacrait une trentaine de pages à ce sujet. Les avantages et les pièges ont été exposés dans un débat entre partisans et sceptiques. La nécessité de garde-fous a été reconnue.

À travers ces deux Lettres des juges et les réunions de la Commission spéciale en 2001 et 2002, un cheminement clair des avancées se dessine :

- 1) La Commission spéciale de 2001 adopte les résolutions 5.5 à 5.7.
- 2) Conformément à la Résolution 5.7 de janvier 2002, le Bureau Permanent diffuse un questionnaire destiné aux mécanismes pratiques. Résultat : 16 réponses.
- 3) En août 2002, le Bureau Permanent diffuse son rapport préliminaire sur les mécanismes pratiques.
- 4) En octobre 2002, la Commission spéciale approuve le rapport préliminaire et recommande la finalisation du rapport dans les 18 mois.

Ceci est un point critique dans l'évolution. Au cours des quatre années qui se sont écoulées depuis le premier séminaire De Ruwenberg, la proposition initiale a été développée jusqu'à l'acceptation générale et la formulation de mécanismes pratiques. Le voyage a dépassé le cap du retour. Il y a maintenant 13 participants déclarés, y compris la première apparition des États-Unis avec la désignation informelle de Jim Garbolino.

Le nombre et la diversité des séminaires judiciaires sont également importants. En cette période de croissance rapide de l'activisme judiciaire, les séminaires étaient l'outil évolutif essentiel. Nous devons discuter de nos aspirations et des moyens de les réaliser. À Londres, nous avons lancé un Comité international du droit de la famille en 1993 et il a servi de cadre à une conférence bilatérale avec l'Allemagne en 1997. Le Bureau Permanent avait lancé le modèle multilatéral à De Ruwenberg en 1998, après quoi une série de séminaires multilatéraux avaient suivi, certaines à l'initiative de juges.

Ce développement précoce de l'activisme judiciaire au sein de la communauté de La Haye a coïncidé avec les progrès réalisés en Europe. L'année 2001 a vu l'arrivée du Règlement portant création du RJE pour le droit civil et commercial. L'adoption du Règlement Bruxelles II, qui a été de courte durée, eut lieu la même année. En 2003, ce Règlement est devenu le Règlement Bruxelles II *bis* qui, avec son entrée en vigueur en mars 2005, a placé le droit de la famille au cœur du travail du RJE. En préparation de cette arrivée, la Commission européenne a organisé une grande conférence de spécialistes en collaboration avec la

présidence italienne à Lecco, la ville natale du ministre italien de la Justice de l'époque. Le compte rendu de la conférence préparé par la Commission contenait la conclusion suivante :

« Les juges doivent recevoir une formation adéquate avant l'entrée en vigueur du nouveau Règlement. Le RJE devrait être utilisé dans ce contexte. Le RJE jouera également un rôle clé à cet égard. Les juges de liaison spécialistes du droit de la famille seront intégrés dans le réseau et diffuseront l'information sur le nouveau Règlement au niveau national. »

Pour coïncider avec l'entrée en vigueur du Règlement, la Commission a publié un Guide de bonnes pratiques qui, au chapitre X, prévoit ce qui suit :

« Pour organiser et faciliter la coopération entre les juges, il convient d'encourager les discussions entre eux. L'expérience de l'arrangement informel de « juge de liaison » organisé dans le contexte de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 peut s'avérer instructive dans ce contexte. »

Plus tard, en guidant les juges dans un transfert en vertu de l'article 15, l'avis devient très pertinent :

« Si les deux juges parlent et / ou comprennent une langue commune, ils ne devraient pas hésiter à se contacter directement par téléphone ou par courrier électronique. D'autres formes de technologie moderne peuvent être utiles, par ex. les téléconférences. S'il y a des problèmes linguistiques, les juges peuvent faire appel à des interprètes. » [Traduction du Bureau Permanent].

C'est ainsi qu'en 2004, à Lecco, la Commission européenne, confrontée au problème de la mise en place d'une innovation majeure quelques mois seulement avant son lancement, a saisi l'occasion de faire appel au système judiciaire spécialisé pour jouer un rôle majeur, un rôle qui avait déjà été testé et établi sur la scène mondiale de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980.

Peu à peu, presque inévitablement, deux réseaux parallèles sont apparus, l'un mondial, l'autre européen. De toute évidence, les juges remplissaient généralement les deux fonctions. Il aurait été insensé d'avoir un juge au RIJH et un autre juge au RJE.

Je reviens à mon thème principal, l'évolution du RIJH. Comme nous l'avons vu, la réunion de la Commission spéciale de 2002 avait recommandé la finalisation du rapport sur les mécanismes pratiques. Ce rapport, compilé par Philippe Lortie à partir de 45 réponses à un deuxième questionnaire, était le suivant : distribué comme Document préliminaire No 8 en préparation de la réunion de la Commission spéciale de 2006. Les conclusions de la Commission sur l'identification des travaux futurs étaient les suivantes :

- b) continuer d'explorer des mécanismes pratiques ; et
- f) étudier les principes relatifs à la communication directe entre juges qui pourraient servir de modèle pour l'élaboration de bonnes pratiques, avec l'avis d'experts provenant principalement du pouvoir judiciaire.

Pour la première fois, le Tome XIII de notre excellente Lettre des juges ne comprenait pas une liste de juges de liaison individuels, mais un Répertoire des États et territoires inscrits à la communication judiciaire directe – 13 juges à l'automne 2008. Cette expansion a été rendue possible en grande partie grâce à l'appui des États et territoires latino-américains. La Lettre des juges a également annoncé que la HCCH et la Communauté européenne organiseraient à Bruxelles les 15 et 16 janvier 2009 une conférence conjointe sur la communication judiciaire directe. Cette conférence promise depuis longtemps devait répondre à toutes nos attentes.

La première réunion d'experts, principalement des juges du RIJH, s'est tenue à La Haye les 3 et 4 juillet 2008. Nous avons commencé par examiner les aspects pratiques afin de faciliter la communication judiciaire directe et les garanties nécessaires pour protéger l'intégrité de la procédure qui a donné lieu au contact. Comme ordre du jour, nous avons fait établir le projet de principes généraux par le Bureau Permanent en application des conclusions des réunions de la Commission spéciale de 2002 et 2006. Il était prévu que notre amélioration du projet du Bureau Permanent constituerait alors un point important à l'ordre du jour de la conférence de Bruxelles en janvier prochain.

Dans le développement de l'activisme judiciaire et de la communication judiciaire directe, la conférence de Bruxelles de janvier 2009, alors à venir, semblait être comme une montagne comparée à la plaine que représente notre vie professionnelle. Je l'avais soulevé, puis en avais fait la promotion lors de fréquentes réunions avec Olivier Tell, le haut fonctionnaire de la Commission européenne. J'espérais que cela se réaliserait, mais je n'y croyais pas vraiment. Une fois finalement confirmée et annoncée, j'avais de très grands espoirs quant aux résultats. Cela semblait être un partenariat si fort. Le Bureau Permanent avait l'expérience et l'expertise tandis que la Commission européenne disposait des fonds nécessaires pour couvrir le coût considérable d'une telle rencontre mondiale. Jamais auparavant il n'y avait eu une telle assemblée de juges spécialisés aussi dévoués venant du monde entier. La conférence a donné une voix égale aux partisans et aux opposants, ou plus précisément à ceux qui avaient des doutes et des réserves quant à la direction que ces innovations pourraient prendre. Dans le monde du droit civil, il y avait des juges respectés qui croyaient que le rôle d'un juge devrait se limiter aux procédures appropriées dans la salle d'audience. Dans le monde de la *common law*, il y avait des juges respectés qui craignaient que la communication extracamérale ne viole ou ne risque de violer les

règles de la justice naturelle. L'expression de ces doutes et de ces inquiétudes était une étape nécessaire dans l'évolution de ces innovations.

La conférence est très bien documentée. En reconnaissance de son importance, les communications présentées à la conférence et ses conclusions ont été effectivement publiées dans un numéro spécial de la Lettre des juges, Tome XV, qui compte 200 pages. Elles constituent encore une lecture intéressante non seulement pour comprendre comment les choses étaient alors, mais aussi pour connaître les points de vue prophétiques sur ce que serait l'état des choses en 2018 ! Pour ce qui est de la situation actuelle, le Répertoire de La Haye a pris de l'ampleur et compte aujourd'hui 34 États et territoires. De nombreux juges spécialisés ont fait part de leur expérience et de leur soutien en matière de communication judiciaire directe. L'Angleterre et les Pays-Bas ont présenté les derniers rapports annuels de leurs bureaux internationaux de justice familiale. Parmi les nombreuses conclusions positives, la plus importante pour mon exposé est la Conclusion 16 qui approuve l'orientation générale prise par les experts lors de la réunion de La Haye en juillet dernier, et énonce que la conférence a apporté une contribution significative et attendait la finalisation du rapport des experts. Les prophètes prévoyant comment les choses pouvaient se passer en 2018 étaient Diana Bryant et moi-même. Notre optimisme s'est certainement confirmé, mais il est décevant de constater que les ressources dont disposait alors le Bureau international de Londres ont été fortement réduites en 2013, avec une inévitable réduction de ses capacités. D'ailleurs, l'Association internationale des juges de la famille a été lancée le deuxième jour de la conférence et, le soir du premier, nous avons célébré le dixième anniversaire du RIJH.

Le Tome XVI a été publié au printemps 2010 et indique que le nombre d'États et territoires participant au RIJH est passé à 37, l'accent étant mis sur la troisième Conférence de Malte. Deux autres conférences importantes ont été signalées, la Conférence sur la réinstallation à Washington en mars 2010 et la première Conférence du *Commonwealth* en août 2009. En effet, les débats à Washington ont fait l'objet d'une édition spéciale de la Lettre des juges, édition spéciale No 1 de 2010.

Nous, membres du Groupe d'experts, nous sommes à nouveau réunis le 28 juin 2010 pour réviser notre texte initial à la lumière de tous les développements intervenus lors de la Conférence de Bruxelles. Le résultat, ainsi que les commentaires d'autres sources, ont été fusionnés dans le Document préliminaire No 3A que le Bureau Permanent a préparé pour la 6e réunion de la Commission spéciale, dont l'ordre du jour était si chargé qu'il a été divisé en deux parties, la première tenue en juin 2011 et la seconde en janvier 2012.

Le RIJH

La première partie a fait l'objet du Tome XVIII de la Lettre des juges publiée au printemps 2012. Le Document préliminaire No 3A a été longuement débattu. Les conclusions indiquaient que les principes et les orientations formulés dans le document étaient généralement étayés. Il a été demandé au Bureau Permanent de finaliser le texte pour refléter la discussion lors de la Commission.

La deuxième partie de la 6^e Commission spéciale fait l'objet du Tome XIX de la Lettre des juges. Ce tome indique que la réunion a entériné le soutien que les nouvelles lignes directrices et principes généraux sur les communications entre juges avaient reçu en juin 2011. En conséquence, la principale question à débattre était la proposition suisse contenue dans le Document préliminaire No 4 pour la création d'un instrument international contraignant sur la communication judiciaire directe. Bien que cela n'ait pas permis d'obtenir un consensus, l'inclusion d'une base juridique dans toute future Convention pertinente a été soutenue. Il y a également eu un accord sur les points suivants :

- a) la promotion de l'utilisation des nouvelles orientations et principes généraux,
- b) la poursuite du renforcement et de l'expansion du RIJH,
- c) la tenue d'un inventaire des bases juridiques de la communication judiciaire directe dans les systèmes juridiques nationaux.

Lors de cette 6^e réunion de la Commission spéciale, on peut dire que le RIJH a obtenu un sceau d'approbation officiel et sans réserve. La publication des Lignes directrices émergentes et des Principes généraux a suivi en 2013. L'introduction, dans son dernier paragraphe, admet :

« Ce document ainsi que les Principes généraux relatifs aux communications judiciaires demeurent en chantier, comme ils pourraient être améliorés dans le futur. Les commentaires et suggestions des États, organisations intéressées, ou des juges, en particulier les membres du Réseau international de juges de La Haye, sont toujours les bienvenus. ».

Autant que je sache, aucune personne ni aucun organisme n'a profité de cette invitation et une deuxième édition des Principes généraux semble peu probable. Leur production et leur publication étaient essentielles pour montrer, par la définition des choses à faire et à ne pas faire, que la voie à suivre était certaine. On peut se demander à quelle fréquence ils sont maintenant consultés ou cités.

Au cours de la même année 2013, le Tome XX de la Lettre des juges a été publié, mais il n'enregistre pas la publication des Principes généraux. Cela peut s'expliquer par le fait que l'accent est mis sur la concentration des com-

pétences, qui fait l'objet d'une couverture complète. Il indique qu'en novembre 2013, 63 États et territoires soutenaient le RIJH. Il marque la première conférence résidentielle des juges du RIJH uniquement par une photo des participants. J'aimerais vous faire part de ma gratitude de l'historique et du contexte de cette conférence qui a été, je crois, un événement très important dans l'évolution de l'activisme judiciaire.

J'ai pu obtenir l'appui du ministère de la Justice et du *Foreign and Commonwealth Office* pour accueillir cette première conférence résidentielle au Cumberland Lodge en juillet 2013. J'ai pu la structurer autour de ma dernière journée de séance et de mon dernier discours d'adieu à la Cour du *Lord Chief Justice*. Le fait que ce devait être mon chant du cygne m'a aidé à lancer un appel au gouvernement pour qu'il prenne en charge les coûts considérables.

La deuxième Conférence du RIJH est devenue possible à Hong Kong en septembre 2015 à l'occasion du troisième Forum des enfants et de la Conférence judiciaire du *Commonwealth* qui a immédiatement suivi à Sydney. La 7^e réunion de la Commission spéciale en octobre 2017 a été l'occasion de la prochaine réunion du RIJH. Une autre conférence résidentielle pour les membres du RIJH s'est tenue à Miami en octobre 2018.

Pour en revenir à mon thème principal, le Tome XXI de la Lettre des juges n'a été publié qu'en hiver / printemps 2018. Ce regrettable, mais inévitable, vide de quatre ans est le résultat de pressions financières et autres exercées sur le Bureau Permanent. Le présent tome est consacré à la 7^e réunion de la Commission spéciale tenue en octobre 2017. L'un des faits saillants de la réunion a été la célébration des nombreuses réalisations de la juge en chef Bryant à l'occasion de sa retraite. Tout au long de ses années comme juge en chef, elle a été une fervente partisane de la communication judiciaire directe et du développement du RIJH. Le rôle plus important de la magistrature familiale spécialisée dans les affaires de la HCCH est en grande partie dû à son exemple. J'ai pu être présent à cette célébration grâce à l'octroi du statut d'ONG à l'Association des juges internationaux de la famille par la HCCH. Cela a permis aux membres de l'Association d'assister pour la première fois aux réunions 2011 / 2012 et de représenter l'Association en 2017.

Dans la préface de ce tome, Philippe Lortie a attiré l'attention sur deux produits de la réunion de la Commission spéciale qui présentent un intérêt particulier pour les juges. D'abord cette conclusion:

« Dans l'absolu, chaque tome de La Lettre des juges devrait évoquer les récentes évolutions et expériences en matière de communications judiciaires directes afin de promouvoir leur utilisation au sein du RIJH. »

Deuxièmement :

« La Commission spéciale se dit favorable à l'élaboration d'un Espace spécialisé du site web de la Conférence de La Haye dédié au RIJH. Cet espace constituera une plateforme offrant des informations pertinentes dans le cadre du RIJH. »

À cette date, au début de 2018, la Lettre des juges comptait 125 juges du Réseau inscrits provenant de 81 États et territoires. Le dernier Tome XXII fait état de la croissance du RIJH tout en mettant l'accent sur la voix de l'enfant et le travail important accompli dans ce domaine par les professeurs Freeman et Taylor.

Permettez-moi de prendre un peu de recul par rapport à tout examen plus approfondi des détails et de constater qu'au cours des deux dernières décennies, il y a eu un mouvement de forces qui vont toutes dans la même direction générale.

Il y a eu un flot de déclarations judiciaires de la magistrature dans les jugements rapportés, de plus en plus créatives et positives.

Il y a eu la contribution des juges dans leur rôle quasi diplomatique, plaidant en faveur de l'activisme lors des réunions de la Commission spéciale et des Conférences, ainsi que la création, par l'intermédiaire du groupe d'experts, des Nouvelles orientations.

Il y a eu l'activité parallèle et de soutien de la Commission européenne par l'intermédiaire du RIJH.

Il y a eu la croissance spectaculaire du RIJH, qui est passée d'un seul chiffre au début du siècle à plus de 100 juges représentant plus de 80 États et territoires de nos jours.

Il s'agit d'une histoire d'harmonie puisque, à l'exception des premiers jours, il n'y a pas eu de réelle dissidence et il n'y a pas un seul cas où l'erreur judiciaire résulte d'un abus des principes généraux régissant la communication judiciaire directe.

C'est ainsi que nous avons vu les juges spécialisés en droit de la famille du monde entier s'unir dans leur soutien plus ou moins passionné à la collaboration judiciaire directe. Ce soutien est exprimé non seulement par les juges de première instance, mais aussi par les tribunaux les plus influents, tels que la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour suprême du Royaume-Uni. Il convient également de noter la souplesse de l'outil. Bien qu'à l'origine et principalement utilisé dans les affaires d'enlèvement d'enfants, il a été utilisé dans cet État dans les affaires d'adoption internationale, d'aliments, de prise en charge simultanée dans deux États et territoires, de validité du mariage et de divorce. Il n'y aurait aucun sens ni aucune logique à restreindre son utilisation. C'est un outil d'utilité

générale. Le seul argument, peut-être théorique, contre sa validité est l'absence de toute référence législative. De toute évidence, le concept d'activisme judiciaire a considérablement dépassé la Convention Enlèvement d'enfants de 1980. Au cours de la longue négociation de Bruxelles II révisée, qui a abouti à un accord en 2003, l'outil était relativement nouveau pour le monde. Ainsi, alors que le Règlement a mandaté les réunions des points de contact et des Autorités centrales, rien n'oblige un État membre à envoyer son membre du RIJH aux réunions du RIJH.

Mais la légitimité législative est enfin en vue. En particulier, j'attire l'attention sur le considérant 44 des propositions du Conseil pour le texte de la refonte de Bruxelles II qui, en détaillant les voies de communication, accorde un statut égal aux autorités centrales, aux juges du réseau et aux points de contact. Dans les articles eux-mêmes, le rôle du RJE est explicite à l'article 14, paragraphe 6, et à l'article 79, paragraphe 2.

Bien sûr, il ne s'agit que de propositions et nous devons attendre de voir comment elles sortiront du processus de négociation à 27 États membres. Quoi qu'il en résulte, il s'agit d'une reconnaissance politique de la part de la Commission. C'est une reconnaissance tout à fait réaliste et moderne. C'est beaucoup de mérite. Cela éliminerait l'argument pédant, très avancé dans les premiers temps, selon lequel le droit interne de l'État concerné ne disposait d'aucun fondement juridique pour la nomination ou la fonction du juge du Réseau.

J'écris en tant que juge à la retraite pour rappeler ce qui a été une croissance substantielle dans la responsabilité des juges internationaux spécialisés en droit de la famille dans le monde entier. Sans cette croissance, notre pouvoir et notre influence se seraient progressivement érodés.

1 (1998) 1FLR 422.

2 (2000) 1FLR 803.

2. Une entraide judiciaire triangulaire

Par la juge Martina Erb-Klünemann, Membre du Réseau international de juges de La Haye (RIJH) en Allemagne

Cet article décrit une affaire concluante d'entraide judiciaire par le biais d'une communication judiciaire efficace et novatrice.

Contexte - L'affaire

À la fin de l'année 2017, en tant que Présidente du tribunal de première instance, je suis intervenue dans la procédure de retour concernant une petite fille âgée de 2 ans et demi. Le père avait demandé le retour de l'enfant en vertu de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 au motif que la mère l'avait déplacée illicitement depuis l'Australie vers l'Allemagne. Au cours de la procédure, des signes de danger laissant penser que la mère pourrait une fois de plus enlever l'enfant m'ont amenée à ordonner une alerte à la frontière ainsi que la rétention des passeports de la mère et de l'enfant. Par la suite, j'ai ordonné le retour de l'enfant en Australie. La mère a fait appel de la décision ; son appel a été rejeté le 17 avril 2018. Conformément à l'article 44(3) de la loi allemande de mise en œuvre de certains instruments juridiques dans le domaine du droit international de la famille (*International Family Law Procedure Act - IFLPA*)¹, je devais maintenant procéder à une exécution *proprio motu*. Le jour où le dossier est revenu, j'ai demandé à l'avocat de la mère si celle-ci consentait à retourner en Australie avec l'enfant dans les 10 jours suivants. Si elle n'y consentait pas, je ferais appliquer la décision. L'avocat m'a informé du fait que la mère avait déjà réservé des vols pour l'enfant et elle dans le but de retourner en Australie le premier mai 2018. À ma demande, l'avocat m'a envoyé une copie des billets d'avion.

Le problème

Un problème est apparu lorsque j'ai vu que la mère avait réservé les vols retour depuis Francfort jusqu'à Melbourne mais avec une escale dans la région administrative spéciale de Hong Kong. Je craignais qu'elle n'utilise le vol et surtout l'escale à Hong Kong pour éviter de retourner l'enfant en Australie. La question s'est alors posée de savoir si le tribunal avait le droit d'imposer les itinéraires de voyage. En l'espèce, un vol direct vers l'Australie ou un vol avec une escale dans un État Schengen (où l'alerte à la frontière est en place) permettrait de limiter ce risque ; néanmoins, un vol direct pourrait entraîner des frais supplémentaires et les vols étaient déjà réservés. Malheureusement, je n'ai pas été en mesure de répondre à cette question et j'avais des doutes quant à l'étendue de mon autorité en la matière. J'ai donc commencé à réfléchir à une alternative, à savoir s'il y avait une possibilité de sécuriser un itinéraire de vol via Hong Kong. Deux questions claires se sont

posées : (a) les risques associés à la restitution des passeports pour permettre à la mère et l'enfant de voyager ; et (b) les risques associés à l'escale à Hong Kong. À partir de ce moment, cette affaire relevant de la Convention de La Haye a commencé à être une affaire impliquant trois États : un triangle s'est alors formé.

La voie vers une solution

Le jour même où j'ai reçu les informations sur le vol, j'ai informé la police des frontières allemande que je transférerai les passeports de la mère et de l'enfant. Après cela, j'ai demandé à la police d'escorter la mère et l'enfant à l'aéroport de Francfort. Par ailleurs, il a été demandé à la police des frontières allemande et à l'Autorité centrale allemande si elles pouvaient aider à sécuriser le voyage de la mère et de l'enfant par l'aéroport d'Hong Kong. Par la suite, j'ai ordonné que les passeports soient envoyés à la police des frontières à l'aéroport de Francfort pour qu'elle les garde en sa possession. J'ai informé les deux avocats de ces mesures et ai demandé au père de répondre dans les cinq jours pour savoir s'il estimait que ces mesures étaient nécessaires.

Trois jours plus tard, la police des frontières allemande m'a informée qu'elle n'était pas en mesure de sécuriser le voyage par Hong Kong. J'ai donc informé l'Autorité centrale allemande de cette contrainte et ai demandé l'aide des Autorités centrales de Hong Kong et de l'Australie. J'ai demandé à l'Australie de participer en raison de l'intérêt de ce pays pour le retour de l'enfant en toute sécurité en Australie. Le même jour, j'ai statué pour : (a) la création d'une exclusion de l'alerte à la frontière pour les vols réservés, (b) la remise des passeports à la police à l'aéroport de Francfort, et (c) j'ai émis des réserves concernant les mesures dans la zone de Hong Kong. À ce moment-là, je n'avais aucune idée si ces demandes seraient possibles.

J'ai par ailleurs reçu un avis de l'avocat du père m'informant qu'il voyait effectivement la nécessité de ces mesures. Parallèlement à mes efforts mentionnés ci-dessus, l'Autorité centrale allemande a sollicité le soutien de l'Autorité centrale de Hong Kong, lui fournissant les détails du vol et informant l'Autorité centrale australienne qu'elle n'était pas en mesure de prendre contact avec le père.

Le 25 avril 2018 l'Autorité centrale allemande a été informée par l'Autorité centrale de Hong Kong qu'elle pouvait demander au tribunal de rendre une ordonnance facilitant le retour de l'enfant enlevé et qu'elle avait accepté une déclaration du tribunal au lieu d'une traduction de la décision.

Par conséquent, j'ai émis la demande de déclaration en précisant que :

- (1) Le tribunal allemand de Hamm a considéré que l'enfant [...] avait été illicitement déplacé en République

fédérale d'Allemagne au sens de l'article 3 de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980,

- (2) Le tribunal allemand de Hamm avait établi que la résidence habituelle de l'enfant immédiatement avant le déplacement par la mère [...] était en Australie ; et
- (3) Le tribunal allemand de Hamm avait ordonné le retour de l'enfant en Australie, lieu de résidence habituelle de l'enfant, via Hong Kong. La décision de retour est devenue définitive le 14 avril 2018.

Cette déclaration a été envoyée directement à l'Autorité centrale de Hong Kong via l'Autorité centrale allemande le même jour. L'autorité centrale allemande a également informé l'Autorité centrale de Hong Kong qu'elle n'était pas en mesure d'envoyer des copies des passeports à ce moment-là car les passeports étaient déjà en route pour l'aéroport de Francfort. En réponse, l'Autorité centrale de Hong Kong a demandé à l'Autorité centrale allemande une lettre officielle expliquant brièvement le contexte de l'affaire et de joindre à cette lettre la détermination initiale du tribunal. Ces renseignements ont donc été fournis. La question de la répartition des frais devrait également être examinée ultérieurement. Sur ce point, j'étais préoccupée par l'ampleur de ces frais étant donné que rien n'indiquait à quel point ils pouvaient être élevés. Indépendamment de cette appréhension, j'ai agi en conséquence car il était nécessaire d'assurer le retour sécurisé de l'enfant vers l'Australie.

Le lendemain, j'ai demandé à la police de l'aéroport de Francfort d'envoyer des scans des passeports au tribunal et aux Autorités centrales de l'Allemagne et de Hong Kong dès que possible, et d'informer le tribunal et les Autorités centrales en ce qui concerne l'embarquement de la mère et de l'enfant à l'aéroport de Francfort. Après avoir reçu les copies des passeports par la police des frontières à l'aéroport de Francfort, j'ai fait la déclaration suivante :

- (1) Les autorités publiques de la RAS de Hong Kong sont priées de sécuriser le voyage de l'enfant et de sa mère vers l'Australie par voie aérienne [...].
- (2) La mère est tenue de suivre les instructions des autorités de la RAS de Hong Kong en matière de protection. Les Autorités centrales de l'Allemagne, de Hong Kong et de l'Australie sont informées et invitées à veiller à ce que seul le vol indiqué sur le billet d'embarquement soit utilisé pour le transport de l'enfant en Australie. La RAS de Hong Kong a indiqué qu'elle veillera à ce que la mère et l'enfant restent dans la zone de transit et ne prennent que le vol indiqué sur la carte d'embarquement.
- (3) Les passeports sont arrivés à l'aéroport de Francfort.

J'ai informé toutes les parties concernées et les Autorités centrales pour assurer la transparence du processus.

Le 27 avril 2018, l'Autorité centrale de Hong Kong a déposé une demande auprès du tribunal de Hong Kong au moyen d'une demande introductive d'instance *ex parte*². Ils se sont référés à l'article 16 de l'ordonnance sur l'enlèvement et la garde d'enfants, chapitre 512 des lois de Hong Kong « 16. Le tribunal de première instance peut rendre une ordonnance interdisant le déplacement de l'enfant hors de la RAS de Hong Kong, sauf pour sa résidence habituelle. »

La Haute Cour de Hong Kong a alors statué :

- (1) L'enfant [...] ne doit pas être déplacé hors du territoire de Hong Kong, à l'exception de l'Australie, qui est le lieu de la résidence habituelle de l'enfant au sens de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 ;
- (2) L'intimé et l'enfant resteront dans la zone côté piste de l'aéroport international de la RAS de Hong Kong après l'atterrissage et avant de prendre le vol No [...] en direction de Melbourne, en Australie, le 2 mai 2018 ;
- (3) Le Directeur de l'immigration et le Commissaire de police aideront à faciliter l'exécution de la présente ordonnance de la manière qui leur semble appropriée et selon qu'il conviendra ;
- (4) La sanction pénale doit être apposée sur la présente ordonnance ; et
- (5) Il n'y a pas lieu d'ordonner le paiement des frais de la présente demande.

Dès réception de cette ordonnance, l'Autorité centrale de Hong Kong a pris contact avec le Directeur de l'immigration et le Commissaire de police pour assurer le bon retour de l'enfant.

Le 30 avril 2018, l'Autorité centrale de Hong Kong a informé l'Autorité centrale allemande et moi-même de la procédure dans la RAHK. J'ai informé les avocats de la décision de Hong Kong et du fait qu'elle serait signifiée à la mère lors de son arrivée à Hong Kong.

Le retour

Le premier mai 2018 était la date prévue du retour de l'enfant en Australie. C'était également le jour où l'on saurait si tout a fonctionné comme prévu. À ce moment-là, j'ai eu le sentiment d'avoir fait tout ce qui était en mon pouvoir pour assurer le retour de l'enfant en toute sécurité et j'étais désormais en mesure d'accepter les vols qui avaient été réservés.

Conformément à ce qui était prévu, la police allemande a dûment accompagné la mère et l'enfant à l'aéroport de Francfort et a remis les passeports à la mère au moment même où elle est montée dans l'avion. L'Autorité centrale de Hong Kong nous a alors informés que la mère et l'enfant avaient pris l'avion pour Melbourne sans incident. Enfin, l'Autorité centrale australienne a confirmé l'arrivée de la mère et de l'enfant en Australie.

À la suite de ces événements, j'ai reçu une lettre de l'avocat du père me disant qu'il était très heureux que tout se soit si bien passé. En revanche, l'avocat de la mère m'a écrit pour me dire qu'il n'était pas nécessaire que de telles mesures soient mises en place. J'ai fait savoir à l'avocat de la mère que j'avais vu le besoin de mettre en place ces mesures et qu'elles n'avaient causé aucun préjudice à la mère pour exécuter le jugement. Je n'ai pas été surprise par les différentes réactions.

Conclusion

Cette affaire a été pour moi un excellent exemple d'entraide entre différentes parties prenantes, à savoir deux tribunaux, trois Autorités centrales, la police de deux États et les autorités de l'immigration. En outre, elle a mis l'accent sur l'importance d'assurer une transparence à l'égard des parties afin de gagner leur confiance et de montrer à la mère qu'il existait un système qui ne lui permettrait pas de s'échapper.

Il est également important de noter qu'il s'agit d'un processus d'essais et d'erreurs. Par conséquent, j'espère que davantage de tribunaux dans le monde ont ou auront les bases juridiques nécessaires pour prendre des mesures en faveur de l'entraide judiciaire (même s'ils sont un État « tiers » et non l'État étant directement concerné par la procédure de retour).

Enfin, cet exemple montre qu'il vaut la peine de réfléchir aux possibilités qu'offre l'entraide internationale. Je préconiserais une approche créative pour développer l'entraide nationale entre les tribunaux et leur propre Autorité centrale, la coopération internationale et la communication judiciaire directe. Ces initiatives peuvent contribuer à garantir l'intérêt supérieur de l'enfant et, pour cette raison, je pense que cela vaut la peine d'essayer.

-
- 1 Version anglaise disponible sur : http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_intfamvrg/englisch_intfamvrg.html#p0200
 - 2 La demande introductive d'instance *ex parte* déclenche une procédure civile au nom des intérêts d'autrui par l'émission d'une requête qui énonce les principales questions de droit (et dont le tribunal n'a pas à examiner les faits en détail).

3. Dix ans au service du RIJH

Par Graciela Tagle de Ferreyra, Membre du RIJH en République argentine



INTRODUCTION

À l'occasion de la Conférence qui s'est tenue à Miami en octobre 2018, j'aimerais partager avec vous le travail accompli en tant que membre du Réseau international de juges de La Haye (RIJH) en République argentine et mon expérience en matière de communications judiciaires directes.

Il y a dix ans, j'ai été nommée en tant que membre du RIJH en Argentine. Mon rôle est d'agir comme une voie de communication et un lien avec l'Autorité centrale, avec les juges de la juridiction et avec les juges étrangers. Je suis à la disposition de l'Autorité centrale et des juges nationaux et étrangers au quotidien pour les conseiller sur l'application des Conventions dans le domaine de la protection des enfants. Je suis également à l'origine des communications judiciaires directes avec les juges et j'établis et facilite les communications sortantes entre les juges impliqués dans des affaires spécifiques.

LA MISE EN PLACE D'UN RÉSEAU NATIONAL DE JUGES DANS CE DOMAINE

Le Réseau national des juges de la famille pour la protection et l'enlèvement international d'enfants a été présenté à la Cour suprême qui a approuvé l'initiative et décidé de l'étendre à un juge par province. Aujourd'hui, toutes les provinces ont nommé un juge du Réseau national qui est un expert en la matière en Argentine. Leurs coordonnées sont disponibles sur le site web de la Cour suprême.

ACCORDS AVEC LA COUR SUPRÊME DE JUSTICE DE LA NATION ET LA HAUTE COUR DE JUSTICE DE LA PROVINCE DE CORDOBA

Dans le cadre de mes modalités de travail, j'ai présenté les conclusions des différentes réunions et séminaires de la Commission spéciale sur la question à la Cour suprême de justice de la Nation et à la Haute Cour de justice de la

province de Cordoba pour les faire ratifier, enregistrer et diffuser. C'est ainsi que j'ai mis en place, entre autre, un cadre juridique pour les « communications judiciaires directes » et son Protocole, et ce afin d'étendre le champ d'application du juge de liaison à la « Protection et au retour international des enfants » (recommandation qui avait été formulée lors du séminaire du *Cumberland Lodge*), et de concentrer la jurisprudence sur les juges spécialisés.

INITIATIVES RELATIVES AUX PROJETS DE LOI PROCÉDURALES

La loi procédurale de Cordoba sur l'enlèvement international d'enfants et le droit de visite a été adoptée en décembre 2016. Le projet de loi a été présenté à l'Assemblée législative et approuvé à l'unanimité. Cette loi procédurale ne s'applique qu'aux affaires qui se déroulent dans la province de Cordoba. Elle prévoit la concentration des compétences comme l'une de ses dispositions les plus importantes. Certaines provinces, comme Neuquén, ont reproduit cette loi. Le Protocole relatif au fonctionnement de la Convention Enlèvement international d'enfants fournit aux juges des directives de procédure à suivre pour accélérer le traitement des affaires. Le projet de loi de procédure nationale sur l'enlèvement international d'enfants et les droits de visite est en cours d'examen par le Parlement.

CONTACT

En tant que juge membre du RIJH, je suis en contact avec les autres membres du RIJH, échangeant des informations sur les affaires en cours, des bonnes pratiques, la jurisprudence, la doctrine et préparant des sessions de formation ou des réunions de travail. Ce contact est fluide et a donné lieu à des amitiés tissées au fil des ans, au cours desquelles nous nous sommes soutenus les uns les autres pour fournir la structure solide que présente le RIJH.

INTERCONNEXION DES RÉSEAUX

Nous avons relié le RIJH à IberRed, ainsi qu'à l'Association internationale des femmes juges. Cette interconnexion nous a permis d'offrir des formations dans différentes provinces, ce qui se traduit par « plus de formations sans frais supplémentaires ».

FORMATION

Des programmes de formation pour les juges, les avocats, les défenseurs, les médiateurs, les fonctionnaires et les équipes psychologiques ont fait partie de mes activités. Avec l'Autorité centrale, nous avons dispensé des cours de formation dans 17 provinces avec l'appui du Bureau régional pour l'Amérique latine et les Caraïbes du Bureau Permanent (BRALC) et de la Cour suprême de la Nation.

EXPÉRIENCES DU JUGE DU RÉSEAU INTERNATIONAL ET DES JUGES NATIONAUX DANS LES AFFAIRES DE COMMUNICATION JUDICIAIRE DIRECTE EN RÉPUBLIQUE ARGENTINE

Ce sont là quelques-unes des nombreuses expériences que nous avons vécues en ce qui concerne les communications judiciaires directes. Comme je l'ai mentionné à d'autres occasions, c'est le juge du réseau qui initie et facilite la communication et qui contacte le juge du réseau dans l'État étranger. Après cette communication, le juge du réseau de l'État de résidence habituelle prend contact avec le juge compétent pour l'informer de la demande de communication judiciaire directe et la raison pour laquelle cette communication est demandée. Les communications judiciaires directes servent à informer le juge compétent de la législation relative à la garde dans l'État de refuge afin qu'il puisse procéder à l'obtention de preuves informatives sur les mesures de retour sans danger (ordonnances miroir, mise en place d'un régime de protection). Il importe que nous nous efforcions de respecter le principe de célérité ; l'expérience nous montre que nous obtenons de bons résultats à cet égard dans notre État.

Affaire entre l'Argentine et les États-Unis

En ma qualité de juge du réseau et à la demande du juge compétent, j'ai initié une communication judiciaire directe avec le juge du réseau aux États-Unis dans une affaire impliquant une large couverture médiatique. En l'espèce, il s'agissait de la possibilité d'initier une communication judiciaire directe entre un juge argentin qui devait décider du retour d'enfants dans une affaire très complexe, et son homologue américain, pour analyser la délivrance d'une ordonnance miroir fixant des directives pour le retour sécurisé des enfants, directives qui ont été ordonnées dans cet État et qui ont dû être reprises aux États-Unis. Les juges du réseau ont facilité cette communication et ont travaillé sur les questions relatives aux calendriers et à la langue afin que la communication puisse être effectuée, ainsi que sur les termes de l'éventuel accord, qui devait être conforme à l'ordre public de l'État dans lequel il devait être exécuté. La communication judiciaire directe s'est déroulée en anglais car le juge national parlait cette langue, et la communication entre les deux juges a été faite en établissant des directives pour le retour des fillettes en toute sécurité. La mauvaise pratique en l'espèce consistait dans le fait que les juges des deux États n'ont pas estimé qu'il était nécessaire d'incorporer l'accord d'une communication judiciaire directe dans une ordonnance miroir ou dans la mise en place d'un régime de protection.

Affaire entre l'Argentine et le Canada

C'est le juge du réseau canadien qui a pris contact avec l'Autorité centrale en Argentine car dans cette affaire, un accord avait été conclu pour renvoyer un enfant avec des

mesures de retour sans danger consistant dans le paiement d'une pension alimentaire pour l'enfant et sa mère. L'Autorité centrale m'a contactée pour faire rapport sur cet accord. J'ai immédiatement contacté le juge du réseau de la province d'Ushuaia qui connaissait le rôle du juge du réseau, l'utilisation d'une communication judiciaire directe et la possibilité de rendre des ordonnances miroir. Il a pris contact avec le juge du district sud d'Ushuaia qui a été saisi de l'affaire. Ce dernier juge a accepté de reproduire les dispositions émises par le juge canadien et l'enfant a donc été renvoyé à Ushuaia avec les mesures de sécurité convenues au préalable.

Procédure d'obtention de preuves dans une affaire entre l'Argentine et l'Espagne

En l'espèce, il s'agissait de savoir si la mère avait été hospitalisée dans des institutions psychiatriques en Espagne et si celle-ci avait un casier judiciaire. Le juge en exercice m'a contactée et nous avons analysé la possibilité d'obtenir des preuves par l'intermédiaire des Autorités centrales et du Réseau international de juges. Le juge du réseau espagnol a accepté d'aller de l'avant avec cette manière d'obtenir des preuves une fois que l'Autorité centrale en aurait été informée. Ainsi, les preuves ont été obtenues par lettre officielle envoyée par le juge en exercice à l'Autorité centrale d'Argentine, qui les a transmises à l'Autorité centrale d'Espagne, qui les a à son tour transmises au juge en exercice et, environ quinze jours plus tard, les preuves ont été obtenues et versées au dossier.

Affaire entre l'Argentine et les États-Unis

C'était une affaire extrêmement complexe. L'Autorité centrale américaine en avait été saisie un peu plus d'un an après la confirmation du déplacement illicite de l'enfant. Aucune information n'avait été fournie concernant l'adresse de l'enfant, et elle n'avait finalement été communiquée que deux ans après le dépôt de l'affaire devant le tribunal. Deux tentatives de localisation avaient échoué, le parent ayant soustrait l'enfant étant en permanence en fuite. En juillet 2018, l'Organisation internationale de police criminelle (« INTERPOL ») a communiqué les coordonnées de la mère et de l'enfant. L'audience fut réglée, et la mère et l'enfant furent convoqués à comparaître devant le juge. En parallèle, un travail a été mené avec le juge du réseau américain afin de savoir s'il y avait un mandat d'arrêt contre la mère dans cette affaire aux États-Unis. Le juge du réseau rapporta qu'« aucun mandat d'arrêt n'était actuellement en vigueur » et que « tous les mandats d'arrêt qui avaient été émis contre la mère dans le passé avaient été annulés » [traduction du Bureau Permanent]. Ces mandats avaient été émis en raison de la non-comparution du parent ayant soustrait l'enfant au procès de garde temporaire demandé par le requérant. C'est-à-dire que le mandat d'arrêt avait été émis par un juge civil. Cette communication judiciaire directe était cruciale pour le juge afin d'ordonner le retour de l'enfant avec le parent ayant soustrait

l'enfant ou, comme cela s'est produit dans cette affaire, avec le requérant aux États-Unis.

Affaire entre l'Argentine et le Pérou

Dans cette affaire, un juge d'Entre Rios, en République argentine, a demandé une communication judiciaire directe avec le juge chargé d'une affaire de pensions alimentaires à Lima, au Pérou, en vue de rendre une ordonnance miroir avant le retour des enfants. J'ai demandé la communication judiciaire directe au juge du réseau au Pérou, mais après quatre mois sans réponse efficace, le juge a décidé de renvoyer l'enfant sans mesures de protection. Ceci constitue une mauvaise pratique qui doit être partagée car la célérité est essentielle pour la communication judiciaire directe.

J'ai décrit différentes affaires de communication judiciaire directe. Je voudrais vous faire part d'une réflexion : les ordonnances miroir sont un outil qui peut faciliter le retour en toute sécurité d'un enfant mais elles doivent être utilisées proportionnellement et s'articuler avec la loi applicable dans l'État de résidence habituelle dans lequel l'enfant doit être renvoyé. Il s'agit de s'assurer que l'ordonnance miroir sera effective dans l'État d'accueil avant de la rendre afin qu'elle ne devienne une décision contradictoire ou inapplicable. C'est à cet égard que l'importance de la Convention de 1996 entre en jeu car elle donne au juge de l'État de refuge la possibilité de prendre des mesures provisoires aux effets limités jusqu'à ce que le juge de l'État de la résidence habituelle prenne le contrôle de l'affaire (article 11).

ACTIVITÉS ACADÉMIQUES : CONGRÈS INTERNATIONAUX, SÉMINAIRES NATIONAUX

J'ai été activement impliquée en tant que modératrice dans différentes activités académiques. Dans le cadre de ces activités, j'ai l'habitude de laisser le matériel de travail aux assistants et de permettre aux participants de l'enregistrer afin d'en diffuser le contenu et de contribuer au bon fonctionnement de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 ainsi que de la Convention interaméricaine de Montevideo de 1989¹.

RENCONTRES BILATÉRALES

J'ai également participé à des réunions bilatérales avec le juge brésilien du réseau et l'Autorité centrale de Brasilia, le juge américain du réseau, Hiram Puig Lugo, l'Autorité centrale et moi à Buenos Aires, l'Autorité centrale d'Argentine et du Chili et moi en Uruguay.

CONFÉRENCES TÉLÉPHONIQUES ET VIDÉOCONFÉRENCES

Un type de formation auquel j'ai participé avec beaucoup d'enthousiasme est celui des conférences téléphoniques

organisées par le Bureau Régional pour l'Asie et le Pacifique du Bureau Permanent (BRAP). J'ai également donné des conférences à des juges à l'étranger par vidéo-conférence. Cela signifie que la formation est peu coûteuse et qu'elle permet de toucher des États qui, autrement, ne pourraient y participer.

POINT D'INFORMATION SUR LA CARTE JUDICIAIRE DE L'ACCÈS À LA JUSTICE DE LA COUR SUPRÊME DE JUSTICE DE LA NATION

Les coordonnées des membres du RIJH et celles des juges appartenant au Réseau national des juges de la famille pour la protection internationale et le retour des enfants sont disponibles sur la Carte d'accès à la justice de la Cour suprême de justice de la Nation.

ATELIER

L'atelier a été organisé par l'Autorité centrale, une équipe de conseillers juridiques, et moi-même. Nous avons présenté différentes affaires, des analyses sur des questions complexes et des propositions de bonnes pratiques. Nous tenons à la disposition de chacun les dossiers correspondants. Ensemble, nous avons envisagé différentes solutions de communication judiciaire directe et nous nous sommes adressés au juge en charge de l'affaire. Nous avons également encouragé la coopération judiciaire en envoyant des guides de bonnes pratiques, de doctrine, de jurisprudence et même en les appelant pour qu'ils connaissent les rôles de l'Autorité centrale et du juge du Réseau international de La Haye. Cela a été un grand succès. Nous avons travaillé avec le Venezuela sur une affaire difficile que nous avons eu dans un atelier, et nous avons pu nous mettre d'accord sur les termes de la communication judiciaire directe avec le juge du réseau vénézuélien. Ce juge du réseau a contacté la Cour suprême de justice et à l'occasion de la célébration du 125^e anniversaire de la HCCH à Buenos Aires, nous avons tenu une réunion avec les autorités judiciaires, le juge du réseau au Venezuela, l'Autorité centrale et son équipe de conseillers en Argentine, dont moi-même, et avons pu discuter sur des bases concrètes puisque le sujet avait été développé pendant le séminaire.

CRÉATION DE L'OFFICE DE COOPÉRATION JUDICIAIRE INTERNATIONALE DE LA HAUTE COUR DE JUSTICE DE LA PROVINCE DE CORDOBA

Le Bureau de coopération judiciaire internationale de la Haute Cour de justice de la province de Cordoba exécute la communication judiciaire directe prévue à l'article 2612 du Code civil et commercial de la Nation. Ce Bureau fait partie de la Branche judiciaire de la province de Cordoba et prépare également des programmes de formation pour les juges spécialisés (c.à.d., là où la compétence est concentrée), ainsi que la feuille d'instructions qui a ensuite été soumise à la Haute Cour de justice pour désigner la ju-

ridiction en la matière parmi les sept juridictions de la province de Cordoba, et a étendu son champ d'application aux provinces de Santiago del Estero, Entre Rios et Tucuman.

Enfin, cette initiative a été soumise à la Cour suprême de justice de la Nation afin qu'elle puisse être mise en œuvre dans l'ensemble du pays puisqu'elle fournit aux juges les outils nécessaires à l'exécution de la communication judiciaire directe.

CONCLUSION

Le grand défi est la rapidité avec laquelle les affaires d'enlèvement d'enfants sont traitées et résolues. C'est pourquoi nous nous sommes concentrés sur la création d'outils visant à réduire les retards et nous avons fait des progrès considérables en utilisant de nouveaux outils, tels que la loi procédurale 10419 de la province de Cordoba, la loi procédurale de la province de Neuquén, le protocole, les accords conclus avec la Cour suprême de justice de la Nation et avec les différentes Hautes Cours de justice. Nous avons déjà constaté que l'utilisation de ces outils permet de réduire les retards.

-
- 1 Publications : un livre que j'ai co-écrit avec le juge du réseau en Espagne et l'Autorité centrale d'Argentine depuis ma nomination est « *La Restitución Internacional de Niños. Enfoque doctrinario y jurisprudencial en Argentina y España* ». Une autre publication à laquelle j'ai contribué et qui est le résultat d'une collaboration entre les juges et les universitaires du réseau : « *Restitución Internacional de la niñez - Enfoque Iberoamericana doctrinario y jurisprudencial* » publiée au Mexique en 2012. J'ai également invité les juges du réseau national argentin à se joindre à ce nouveau défi. À cette occasion, j'ai dirigé l'ouvrage « *Restitución internacional de niños. Visión de los Jueces Nacionales y Autoridades Centrales* », coordonné par Fabio Mastrágel et publié en novembre 2016. Ma dernière contribution a été le livre intitulé « *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica* », coordonné par Florencia Castro, Lázaro Tenorio et Nieve Rubaja, publié au Mexique en janvier 2018.

4. Exceptions de l'article 13 - Retour et intérêt supérieur de l'enfant en Angleterre et au pays de Galles¹

Par l'Honorable juge MacDonald, Chef Adjoint du droit International de la Famille en Angleterre et au pays de Galles

1 PRINCIPES JURIDIQUES APPLICABLES AUX EXCEPTIONS PRÉVUES À L'ARTICLE 13 EN ANGLETERRE ET AU PAYS DE GALLES

En appliquant l'article 13 de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, les tribunaux d'Angleterre et du pays de Galles appliquent les principes juridiques suivants pour déterminer si les exceptions prévues à l'article 13 ont été établies.

Absence d'exercice du droit de garde

La notion de « droit de garde » au sens de l'article 5 de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 inclut les droits relatifs à la garde de la personne de l'enfant et, en particulier, le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant. La question de savoir si ces droits sont exercés est une question de fait. Le terme « droit de garde » est établi par le droit autonome de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980. Ainsi, la question de savoir s'il existe un « droit de garde » tel que défini par la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 dans un cas donné doit être déterminée par référence à la situation créée par la loi de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant le déplacement ou le non-retour.

L'approche des tribunaux anglais et gallois pour trancher la question de l'existence ou non d'un « droit de garde » est un processus qui se déroule en deux temps², à savoir :

- (i) Quelle est la situation créée par la loi de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour?
- (ii) La situation créée par la loi de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant le déplacement ou le non-retour équivaut-elle à un « droit de garde » pour la personne en question eu égard au sens du terme « droit de garde » tel qu'établi par le droit autonome de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980?

Quant à la question de savoir si la situation créée par la loi de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant le déplacement ou le non-retour équivaut à un « droit de garde » eu égard au sens du terme « droit de garde » tel qu'établi par le droit autonome de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, dans l'affaire *Re D (A Child)*³, la Baronne Hale a fait observer que « [l]a

question est de savoir si les droits conférés par la loi de l'État d'origine au parent qui n'a pas la garde quotidienne de l'enfant équivalent ou non au droit de garde ? »

Consentement ou acquiescement

(i) Consentement

La preuve pour établir le consentement doit être manifeste, irréfutable et non équivoque. Elle peut se faire par écrit ou sous forme documentaire. On peut la déduire des paroles et de la conduite du parent victime. Le consentement ne peut être passif, mais doit être un consentement exprès au déplacement de l'enfant. Un tiers ne peut donner son consentement au nom du parent même si le droit de l'État étranger l'y autorise. Les moyens de preuve varieront selon les circonstances de l'affaire et peuvent inclure la possibilité pour le tribunal de procéder à la déposition orale des parties.

Un consentement réel au déplacement peut être donné à l'avance à condition que celui-ci soit maintenu au moment du retour. Le consentement au déplacement d'un enfant peut être valable même s'il dépend d'un événement futur, sous réserve que cet événement ne soit pas trop vague, incertain ou subjectif, et que les faits à ce moment-là ne soient pas totalement ou manifestement différents de ceux qui existaient au moment du déplacement, et puissent être conditionnels. Le consentement à un déplacement à l'avenir peut être retiré, mais il peut arriver, selon les circonstances, qu'il soit trop tard pour le retirer. Il est peu probable qu'un consentement obtenu par fraude ou tromperie soit considéré comme valide.

(ii) Acquiescement

Les principes juridiques clés qui sous-tendent l'exception relative à l'acquiescement peuvent être tirés de l'arrêt de la Chambre des Lords dans *Re H (Minors) (Abduction : Acquiescence)*⁴, comme suit :

- i) Aux fins de l'article 13(1)(a) de la Convention, la question de savoir si le parent victime a « acquiescé » au déplacement ou au non-retour de l'enfant dépend de son état d'esprit ;
- ii) L'intention subjective du parent victime est une question de fait que le juge de première instance doit trancher en tenant compte de toutes les circonstances de l'affaire, la charge de la preuve incombant au parent ayant emmené l'enfant ;
- iii) Le juge de première instance, pour trancher cette question de fait, sera enclin à accorder une plus grande importance aux paroles et aux actes actuels du parent victime qu'à ses simples affirmations pour prouver son intention. Mais il s'agit là d'une question concernant l'importance à accorder à la preuve et non d'une question de droit ;
- iv) Il n'y a qu'une seule exception à cette approche. Lors-

- que les paroles ou les actes du parent victime démontrent manifestement et sans équivoque que ce dernier ne fait pas valoir ou ne fera pas valoir son droit au retour immédiat de l'enfant, et lorsque ces mêmes paroles et actes sont incompatibles avec ce retour, la justice exige que le parent victime soit considéré comme ayant consenti ;
- v) On ne peut pas dire qu'un parent a acquiescé au déplacement ou au non-retour illicite d'un enfant à moins qu'il n'ait connaissance de l'acte de déplacement ou de non-retour, qu'il ne sache pas que cet acte est illicite et qu'il ait connaissance, au moins en des termes généraux, de ses droits contre l'autre parent ;
 - vi) Il n'est pas nécessaire, pour que l'exception fondée sur l'acquiescement soit invoquée, qu'un parent ait des conseils corrects ou des connaissances exhaustives de ses droits en vertu de la Convention s'il est démontré qu'il savait en des termes généraux qu'il pouvait engager une procédure ;
 - vii) Lors de l'examen de la preuve écrite des intentions des parties, les déclarations écrites en question doivent être rédigées en termes clairs et non ambigus afin d'établir l'acquiescement ;
 - viii) Chercher simplement à trouver un compromis en permettant au parent ayant emmené l'enfant de rester dans le pays dans lequel il l'a emmené, à condition que le parent victime soit satisfait des autres questions et que les questions entre eux n'aient pas été considérées comme un acquiescement au sens de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 ;
 - ix) Un retard, et en particulier un retard inexplicé, dans la prise de mesures peut être un signe d'acquiescement.

Danger ou situation intolérable

Le droit portant sur l'exception relative à un danger ou à une situation intolérable au titre de l'article 13(1)(b) a été examiné et clarifié par la Cour suprême du Royaume-Uni dans l'affaire *Re E (Children) (Abduction : Custody Appeal)*⁵ et *Re S (A Child)*⁶. Les principes applicables peuvent être résumés comme suit :

- i) Il n'y a pas lieu d'interpréter l'article 13(1)(b) de manière restrictive. Par ses termes mêmes, il est d'application restreinte. Les termes de l'article 13 sont tout à fait clairs et n'ont pas besoin d'être précisés davantage.
- ii) La charge de la preuve incombe à la personne (ou à l'institution ou autre organe) qui s'oppose au retour. C'est à cette personne de produire des preuves à l'appui de l'une des exceptions. Le degré de preuve est la prépondérance des probabilités, mais en évaluant la preuve, le tribunal tiendra compte des limites inhérentes au caractère sommaire de la procédure de la Convention.

- iii) Le risque pour l'enfant doit être « grave ». Il ne suffit pas que le risque soit « réel ». Il doit avoir atteint un degré de gravité tel qu'il peut être qualifié de « grave ». Bien que le terme « grave » caractérise le risque plutôt que le dommage, il existe en langage courant un lien entre les deux.
- iv) Les termes « danger physique ou psychologique » ne sont pas qualifiés mais prennent tout leur sens avec l'alternative « ou autrement » placée « dans une situation intolérable ». « Intolérable » est un terme fort, mais lorsqu'il est appliqué à un enfant, il doit signifier « une situation que cet enfant dans ces circonstances particulières ne devrait pas être censé tolérer ».
- v) L'article 13(1)(b) se tourne vers l'avenir : la situation telle qu'elle serait si l'enfant était retourné immédiatement dans son pays d'origine. La situation à laquelle l'enfant sera confronté lors de son retour dépend essentiellement des mesures de protection qui peuvent être mises en place pour s'assurer qu'il n'aura pas à faire face à une situation intolérable lorsqu'il ou elle rentrera chez lui. Lorsque le risque est suffisamment grave, le tribunal ne s'intéresse pas seulement à l'avenir immédiat de l'enfant, car le besoin de protection peut persister.
- vi) Lorsque l'exception prévue à l'article 13(1)(b) se fonde sur les inquiétudes d'une mère défenderesse au sujet d'un retour avec l'enfant qui ne sont pas fondées sur un risque objectif pour elle, mais qui sont néanmoins d'une intensité telle qu'en cas de retour, il est probable que son rôle parental sera déstabilisé au point que la situation de l'enfant devienne intolérable, le tribunal se penchera sur cette présomption avec beaucoup de sérieux, notamment pour savoir si celle-ci peut être écartée. Toutefois, en principe, ces inquiétudes peuvent permettre d'invoquer l'exception prévue à l'article 13(1)(b).

En vertu de l'article 11(4), du règlement Bruxelles II *bis*, le tribunal ne peut pas refuser le retour de l'enfant dans son lieu de résidence habituelle pour les motifs énoncés à l'article 13(1)(b) de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 lorsque le tribunal estime que des dispositions adéquates peuvent être prises pour assurer la protection de l'enfant après son retour.

Compte tenu des dispositions qui précèdent, la question essentielle est de savoir si l'enfant et le parent ayant emmené l'enfant bénéficieront d'une protection suffisante s'ils retournent dans l'État de résidence habituelle de l'enfant. L'approche à adopter en ce qui concerne l'exception relative au danger n'exige pas que le tribunal procède à un exercice de collecte des faits pour déterminer la véracité des éléments présumés comme fondement de l'exception en vertu de l'article 13(1)(b). Le tribunal devrait plutôt assumer le risque de danger à son niveau le plus élevé d'après la preuve et, s'il satisfait au critère énoncé à l'article 13(1)(b), examiner si des mesures de protection suffisantes

pour atténuer le danger sont identifiées. Il ne s'agit pas d'un test en deux étapes. La question de savoir si l'article 13(b) a été établi nécessite plutôt un examen de toutes les questions pertinentes, y compris des mesures de protection.

Opposition de l'enfant

Les tribunaux appliquent un test en deux étapes⁷. Tout d'abord, la première étape consiste à examiner si, en fait, l'enfant s'oppose à son retour et s'il a atteint un âge et un degré de maturité tels qu'il convient de tenir compte de son opinion. Deuxièmement, une étape de « pouvoir discrétionnaire », au cours de laquelle le tribunal doit tenir compte non seulement de la nature et de la valeur de l'opposition, mais aussi d'un éventail beaucoup plus large de considérations, notamment si elles sont authentiques ou si au contraire elles sont dues à l'influence du parent qui aurait enlevé l'enfant, et dans quelle mesure l'opposition coïncide ou est en contradiction avec l'intérêt de l'enfant. Dans ce contexte, le tribunal examinera les points clés suivants :

- i) L'enfant s'oppose-t-il au retour ? Cette question se limite à un examen simple et assez rigoureux de la question de savoir si les termes simples de la Convention sont satisfaits en ce que l'enfant s'oppose à son retour et a atteint un âge et un degré de maturité où il se révèle approprié de tenir compte de son opinion.
- ii) La question de savoir si un enfant s'oppose à son retour est une question de fait. L'opinion de l'enfant doit faire l'objet d'une opposition pour que l'article 13 soit respecté. Une opposition dans ce contexte doit être comparée à une préférence ou un souhait.
- iii) L'opposition de l'enfant n'est pas déterminante dans la décision, mais donne plutôt lieu à un pouvoir discrétionnaire. Une fois que ce pouvoir discrétionnaire est exercé, il est exercé de façon générale. L'opinion de l'enfant est l'un des facteurs à prendre en compte à l'étape de la discrétion.
- iv) Il y a un seuil relativement bas en ce qui concerne l'exception relative à l'opposition, l'obligation du tribunal est de « tenir compte » de l'opinion de l'enfant, rien de plus.
- v) Lors de la deuxième étape, celle du pouvoir discrétionnaire, il n'y a pas de liste exhaustive de facteurs à prendre en considération. Le tribunal devrait tenir compte des considérations de bien-être, dans la mesure où il est possible de se prononcer à leur sujet sur le peu de preuves disponibles. Le tribunal doit tenir compte des considérations de la Convention et, à tout moment, garder à l'esprit que la Convention ne fonctionne que si, en général, les enfants qui ont été illicitement retenus ou déplacés de leur État de résidence habituelle sont renvoyés, et ce, rapidement.

En appliquant le test en deux étapes, la Cour d'appel or-

donne au juge de ne pas adopter une approche trop normative et trop intellectualisée lors de la première étape et de ne pas adopter une approche trop élaborée pendant l'étape de la « discrétion ».

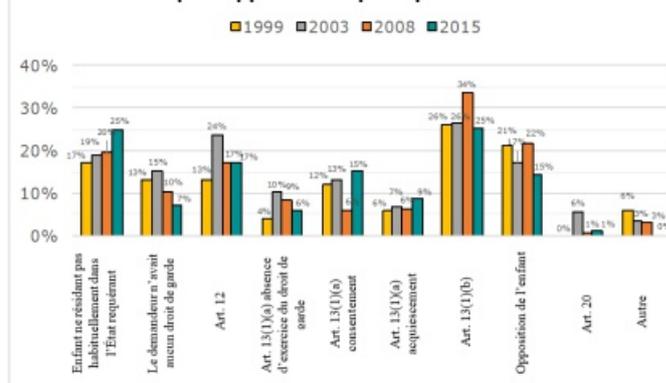
2 STATISTIQUES CONCERNANT L'ARTICLE 13 POUR L'ANGLETERRE ET LE PAYS DE GALLES

Les tableaux suivants présentent les statistiques relatives à l'utilisation de l'article 13 en Angleterre et au pays de Galles, classées d'abord dans le contexte des chiffres globaux de l'article 13, puis dans le contexte des affaires concernant le règlement Bruxelles II *bis* et, enfin, dans le contexte des chiffres concernant l'Angleterre et le pays de Galles. Je suis extrêmement reconnaissante au professeur Nigel Lowe de m'avoir fourni ces chiffres ainsi que l'analyse qui les accompagne. Je commence par les chiffres globaux sous forme de tableaux et de graphiques.

Tableau 1 - Motifs combinés des décisions refusant le retour (motifs uniques et multiples) dans les demandes reçues en 2015 et dans les enquêtes précédentes

	1999		2003		2008		2015	
Enfant ne résidant pas habituellement dans l'État requérant	17	17%	27	19%	53	20%	46	25%
Le demandeur n'avait aucun droit de garde	13	13%	22	15%	28	10%	13	7%
Art. 12	13	13%	34	24%	46	17%	32	17%
Art. 13(1)(a) absence d'exercice du droit de garde	4	4%	15	10%	23	9%	11	6%
Art. 13(1)(a) consentement	12	12%	19	13%	16	6%	28	15%
Art. 13(1)(a) acquiescement	6	6%	10	7%	17	6%	16	9%
Art. 13(1)(b)	26	26%	38	26%	91	34%	47	25%
Opposition de l'enfant	21	21%	26	18%	58	22%	27	15%
Art. 20	0	0%	8	6%	2	1%	2	1%
Autre	6	6%	5	3%	8	3%	0	0%
Nombre de raisons	118		204		342		222	
Nombre de demandes	99		144		269		185	

Graphique 4 : Motifs combinés des décisions refusant le retour par rapport à l'enquête précédente



Il est important de noter que ces renseignements n'ont été demandés que pour les motifs invoqués dans les demandes qui ont abouti à un refus. Ces statistiques ne révèlent pas la fréquence à laquelle les exceptions ont été

invoquées sans succès, pas plus qu'elles n'incluent les affaires dans lesquelles une exception a été soulevée mais où le tribunal a néanmoins exercé son pouvoir discrétionnaire pour rendre une décision de retour. L'analyse des refus est encore plus compliquée parce que certaines demandes sont refusées pour de multiples raisons.

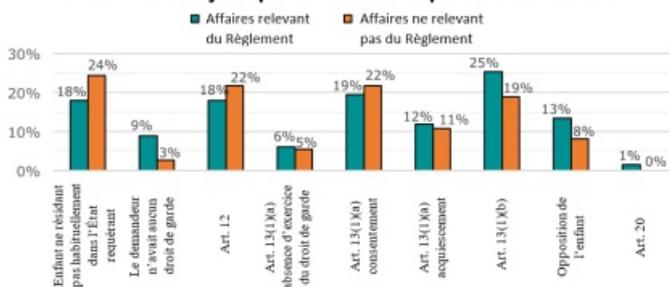
En ce qui concerne l'article 13, il convient de noter que, toutes proportions gardées, les renseignements de 2015 montrent, en particulier par rapport à 2008, un changement notable dans les motifs de refus, le recours à la résidence non habituelle dans l'État requérant s'étant accru et le recours à l'article 13(1)(b) (exception relative au risque grave de danger) et à l'opposition de l'enfant ayant diminué. Les 25 % de refus fondés sur l'article 13(1)(b), bien que nettement inférieurs aux 34 % de 2008, sont plus conformes aux 26 % de 2003 et 1999. En ce qui concerne l'exception relative à l'opposition des enfants, à 15 %, la statistique de 2015 est la proportion la plus faible jamais enregistrée et peut être comparée à 22 % en 2008, 18 % en 2003 et 21 % en 1999. Il y a également eu une augmentation de la proportion de refus fondés sur l'article 13(1)(a) en raison du consentement ou de l'acquiescement du parent délaissé. Dans l'ensemble, les conclusions témoignent du fait que les tribunaux du monde entier respectent l'esprit de la Convention et ne refusent les demandes de retour que dans des circonstances exceptionnelles.

En ce qui concerne les affaires relevant du Règlement Bruxelles II *bis*, le tableau et le graphique suivants présentent les motifs de refus dans les demandes reçues par les États liés par le Règlement Bruxelles II *bis*.

Tableau 2 - Motifs des décisions refusant le retour (motifs uniques et multiples) dans les demandes reçues en 2015 et dans les enquêtes précédentes

	Affaires relevant du Règlement		Affaires ne relevant pas du Règlement	
	Nombre	Pourcentage	Nombre	Pourcentage
Enfant ne résidant pas habituellement dans l'État requérant	11	16%	7	19%
Le demandeur n'avait aucun droit de garde	5	7%	1	3%
Art. 12	9	13%	5	14%
Art. 13(1)(a) absence d'exercice du droit de garde	0	0%	2	5%
Art. 13(1)(a) consentement	11	16%	6	16%
Art. 13(1)(a) acquiescement	2	3%	4	11%
Art. 13(1)(b)	11	16%	6	16%
Opposition de l'enfant	6	9%	1	3%
Art. 20	1	1%	0	0%
Plus d'une raison	11	16%	5	14%
Total	67		204	

Motifs combinés des décisions refusant le retour dans les demandes reçues par les États liés par Bruxelles II *bis*



En examinant la situation en ce qui concerne l'article 13, s'il convient de ne pas trop interpréter la comparaison entre les affaires relevant du Règlement et les affaires ne relevant pas du Règlement, étant donné le nombre relativement faible d'affaires ne relevant pas du Règlement, on constate qu'il existe une nette différence dans la proportion de refus fondés, en tout ou partie, sur l'article 13(1)(b) dans les affaires relevant et ne relevant pas du Règlement. Ce fut également le cas en 2008. Cette statistique est pertinente dans la mesure où, pour tenter de limiter les refus fondés sur l'article 13(1)(b), l'article 11(4) du Règlement prévoit qu'une juridiction « ne peut pas refuser le retour de l'enfant en vertu de l'article 13(1)(b) de la Convention s'il est établi que des dispositions adéquates ont été prises pour assurer la protection de l'enfant après son retour ».

Sur la base des conclusions qui précèdent, l'article 11(4) ne semble pas avoir réduit la proportion de demandes rejetées sur la base de l'article 13(1)(b), bien que le recours à ce motif ait diminué dans tous les États liés par le Règlement Bruxelles II *bis* et dans le monde entier. Enfin, ces statistiques soulignent que, dans les affaires relevant du Règlement, une proportion relativement élevée de refus n'est pas fondée sur l'article 13 de la Convention.

Enfin, il convient d'examiner la situation en ce qui concerne l'utilisation de l'article 13 dans les juridictions d'Angleterre et du pays de Galles.

Tableau 3 - Motifs des décisions refusant le retour dans les demandes reçues par l'Angleterre et le pays de Galles, et dans le monde en 2015

Enfant ne résidant pas habituellement dans l'État requérant	5 (29%)	46 (25%)
Le demandeur n'avait aucun droit de garde	0 (0%)	13 (7%)
Art. 12	0 (0%)	32 (17%)
Art. 13(1)(a) absence d'exercice du droit de garde	2 (12%)	28 (15%)
Art. 13(1)(a) consentement	4 (24%)	11 (6%)
Art. 13(1)(a) acquiescement	2 (12%)	16 (9%)
Art. 13(1)(b)	3 (18%)	47 (25%)
Opposition de l'enfant	1 (6%)	27 (15%)
Art. 20	0 (0%)	2 (1%)
Nombre de raisons	17	222
Nombre de demandes	14	185

Compte tenu, une fois de plus, du fait que les proportions sont fondées sur de faibles nombres, une proportion relativement élevée de demandes reçues par l'Angleterre et le pays de Galles ont été rejetées sur la base de l'article 13(1)(a), tant en ce qui concerne le consentement du parent délaissé que leur consentement ou le non exercice du droit de garde. Comme c'est le cas dans le monde entier, une forte proportion a été refusée parce que l'enfant n'avait pas sa résidence habituelle dans l'État requérant. En revanche, les chiffres pour l'Angleterre et le pays de Galles en ce qui concerne l'article 13(1)(b), et en particulier en ce qui concerne l'opposition de l'enfant, sont considérablement inférieurs aux proportions observées dans le monde pour ces exceptions.

3 RETOUR ET INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT

La Convention Enlèvement d'enfants de 1980 vise à assurer le retour rapide des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout État contractant, et de faire en sorte que les droits de garde et de visite prévus par la législation d'un État contractant soient effectivement respectés dans les autres États contractants. Dans ce contexte, la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 limite l'examen du bien-fondé de l'affaire, en ce sens qu'une décision prise en vertu de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 concernant le retour de l'enfant ne doit pas être considérée comme une décision sur le fond de toute question de garde. La Convention Enlèvement d'enfants de 1980 vise à rétablir le *statu quo* avant tout déplacement ou non-retour illicite et à dissuader les parents de chercher à dicter l'instance chargée de déterminer les questions de fond concernant le bien-être de l'enfant. L'examen détaillé de l'intérêt supérieur de l'enfant par l'État d'accueil va à l'encontre de ces objectifs fondamentaux.

Toutefois, l'application rigoureuse des politiques consacrées à cette fin par la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 est en contradiction avec le principe de l'intérêt supérieur. Cette contradiction est peut-être plus aiguë dans les affaires relevant de l'article 13(1)(b). La tentative de concilier la politique et l'objet de la Convention avec le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant continue donc de poser des problèmes. Dans ce contexte, une critique a été formulée à l'encontre du processus de décision du retour d'un enfant dans l'État de sa résidence habituelle. Il s'agit du fait qu'il ne tient pas dûment compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, principe international largement reconnu qui est généralement considéré comme un élément essentiel, ou l'élément essentiel de toute décision impliquant des enfants, et dont la Convention relative aux droits de l'enfant fait un critère primordial dans toute action impliquant des enfants.

Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas directement traité dans les articles de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, mais le préambule indique que l'intérêt supérieur de l'enfant est d'une importance

primordiale. Le considérant 12 du Règlement Bruxelles II *bis* prévoit que les compétences en matière de responsabilité parentale sont conçues en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Dans ce contexte, le mécanisme le plus courant par lequel on cherche à concilier le modèle de l'approche sommaire dans les procédures d'enlèvement d'enfants en vertu de la Convention avec le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est le déploiement d'une présomption (thème dominant de la Convention) selon laquelle l'intérêt supérieur de l'enfant est mieux servi par un retour immédiat devant le tribunal de la résidence habituelle de l'enfant. Cette présomption est étayée par le raisonnement selon lequel la compétence de la résidence habituelle de l'enfant est généralement le for le mieux à même de déterminer le bien-fondé de l'affaire et, comme condition préalable à cet exercice, le for le mieux à même de trancher tout litige factuel devant être réglé à cette fin.

Les tribunaux anglais et gallois ont reconnu la contradiction entre la nature sommaire de la procédure de la Convention et le principe de l'intérêt supérieur. La Cour suprême du Royaume-Uni a examiné la question dans les affaires *Re E (Children)*⁸ et *Re S (A Child)*⁹, après la décision de la CEDH dans l'affaire *Neulinger & Shuruk c. Suisse* (requête n° 41615/07).

La Cour suprême a reconnu que la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et le Règlement de Bruxelles II *bis* avaient tous deux été conçus en tenant compte de « l'intérêt supérieur de l'enfant en général et des enfants impliqués dans une telle procédure, comme considération primordiale » et que l'article 13 reconnaît qu'il existe des circonstances où un retour immédiat serait tellement contraire à l'intérêt de l'enfant concerné qu'il serait également contraire à l'objet à la Convention. Dans ce contexte, en ce qui concerne l'exception prévue à l'article 13(1)(b), la Cour suprême a souligné la nécessité, pour déterminer si un retour entraînerait un risque grave d'exposition à un danger physique ou psychologique ou placerait l'enfant dans une situation intolérable, de se concentrer non pas sur des faits litigieux qui ne peuvent faire l'objet ni d'un procès, ni d'un contrôle objectif dans le cadre d'une procédure sommaire, mais bien davantage sur la question concrète, souvent moins litigieuse, de savoir si des mesures de protection adéquates peuvent être mises en place afin d'atténuer le risque de danger présumé.

Par analogie, comme indiqué au paragraphe 1.10 ci-dessus, dans *Re E (Children)* et *Re S (A Child)*¹⁰, la Cour suprême du Royaume-Uni a approuvé une approche selon laquelle le tribunal examine le risque présumé dans toute la mesure du possible sur la base des preuves disponibles et demande si des mesures de protection peuvent être mises en place pour y remédier. Plus le besoin de protection sera clair, plus les mesures devront être efficaces. Si le tribunal décide que les mesures de protection répondent au

risque, les termes de l'article 13(1)(b) ne seront pas établis, ce qui est conforme aux termes de l'article 11(4), du règlement Bruxelles II *bis*. Dans les affaires, probablement peu nombreuses, où des mesures de protection ne peuvent être mises en place, le tribunal peut devoir procéder à une enquête pour résoudre les litiges factuels quant à la nature et à l'ampleur du risque présumé.

La décision de la Cour suprême dans l'affaire *Re E* représente une tentative d'équilibrer le modèle de l'approche sommaire des procédures en vertu de la Convention et les exigences du principe de l'intérêt supérieur dans le contexte dans lequel la Convention a été conçue, en cherchant à résoudre la contradiction entre l'incapacité d'un tribunal à déployer un processus sommaire pour déterminer les litiges factuels entre les parties et les risques auxquels l'enfant sera exposé si les allégations contestées sont en fait fondées. Cet équilibre est atteint en se concentrant sur les protections disponibles pour faire face à tout risque grave de danger, plutôt que sur les questions de fait contestées concernant la nature et l'étendue d'un tel risque. La décision vise à répondre à la double intention des États contractants à la Convention et des États liés par le Règlement Bruxelles II *bis* d'assurer une procédure sommaire et de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour suprême conclut dans *Re E (Children)* que cette approche, correctement appliquée, est compatible avec les exigences de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 3(1) de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant.

Depuis les décisions *Re E (Children)* et *Re S (A Child)* de la Cour suprême, les tribunaux d'Angleterre et du pays de Galles ont utilisé cette approche comme le moyen le plus approprié pour établir le juste équilibre entre la nature sommaire de la procédure de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et le principe de l'intérêt supérieur.

1 Ce document a été initialement présenté lors de la Conférence anglo-germanophone sur le droit de la famille qui s'est tenue à Vienne du 27 au 29 juin 2018. Le document a également été mis à la disposition des délégués qui ont participé à la Conférence des juges du Réseau international de juges de La Haye qui s'est tenue au sein de la *Florida International University* à Miami du 24 au 26 octobre 2018 pour éclairer le débat sur le thème de la conférence « *Projet de Guide de bonnes pratiques sur l'article 13(b)* ».

2 voir *Hunter c. Murrow* [2005] 2 FLR 1119 et *Kennedy c. Kennedy* [2010] 1 FLR 728

3 [2007] 1 AC 619 at [26]

4 [1998] AC 72

5 [2011] UKSC 27, [2012] 1 AC 144

6 [2012] UKSC 10

7 voir *Re M (République d'Irlande) (Child's Objections) (Joinder of Children to Appeal)* [2015] EWCA Civ 36

8 [2011] UKSC 27

9 [2012] UKSC 10

10 [2012] UKSC 10

5. Gestion active des affaires et médiation judiciaire dans les procédures d'enlèvement d'enfants en Angleterre et au pays de Galles¹

Par l'Honorable juge MacDonald, Chef Adjoint du Droit International de la Famille en Angleterre et au pays de Galles

1 INTRODUCTION

Dans l'affaire *Re E (Children)*² l'honorable juge Black (aujourd'hui l'honorable juge Black de Derwent) a observé ce qui suit au sujet de la question du retard dans les affaires d'enlèvement international d'enfants :

« Il est difficile dans ce pays de régler le problème des retards étant donné le grand nombre de demandes présentées au titre de la Convention de La Haye adressées aux tribunaux et le manque de ressources facilement disponibles. Cependant, nous devons faire tout notre possible pour traiter ces demandes de toute urgence. Les troubles occasionnés par un déplacement illégitime et par un retour imposé dans le pays de résidence habituelle sont moindres si cet incident est résolu en quelques semaines. Si cela prend plus de temps, la vie dans le nouveau pays peut commencer à sembler aux yeux des enfants comme étant leur mode de vie habituel, les conflits avec l'autre parent peuvent se renforcer, le risque de dommages devenant bien plus élevé. » [traduction du Bureau Permanent]

En Angleterre et au pays de Galles, il a été démontré, dans le contexte de la phase judiciaire des procédures de droit public relatives aux enfants, que l'identification rigoureuse et structurée des questions, la gestion des affaires et l'établissement d'un calendrier dès la première occasion constituent un puissant moyen de réduire les retards lorsque les ressources sont limitées et que celles-ci sont soumises à une pression accrue.

Dans ce contexte, le ressort de l'Angleterre et du pays de Galles a élaboré et introduit un Guide pratique intitulé « *Gestion des affaires et médiation judiciaire dans les procédures d'enlèvement d'enfants* ». Ce guide vise à garantir l'utilisation pendant la phase judiciaire des procédures d'enlèvement d'enfants d'une gestion rigoureuse des affaires et d'un calendrier précis. Par ailleurs, ce guide comprend, dans le cadre des efforts visant à éviter les retards, un programme de médiation judiciaire destiné à faire éviter aux parents d'avoir recours à des procédures contestées et à les orienter vers des règlements par voie de médiation.

2 SYNTHÈSE

Le Guide pratique se concentre sur la phase judiciaire ; il a été élaboré en consultation avec toutes les organisations

et personnes clés impliquées dans le domaine de l'enlèvement international d'enfants comme suit :

- (a) les avocats spécialisés dans le domaine de l'enlèvement d'enfants ;
- (b) les officiers de la Haute Cour (l'officier de justice chargé de l'exécution des ordonnances d'enlèvement d'enfants) ;
- (c) l'Association des avocats spécialisés dans les affaires d'enlèvement d'enfants ;
- (d) le juge du Réseau de La Haye pour l'Angleterre et le pays de Galles ;
- (e) le Chef de la justice familiale internationale pour l'Angleterre et le pays de Galles ;
- (f) le directeur de *Reunite International* ;
- (g) l'Autorité centrale d'Angleterre et du pays de Galles (ICACU) ;
- (h) le ministère de la Justice.

Le Guide pratique a été introduit en février 2018 dans la chambre familiale de la Haute Cour (la chambre de la Cour chargée d'entendre et de juger les affaires d'enlèvement présumé d'enfants en Angleterre et au pays de Galles). Ce guide est donc en vigueur depuis environ huit mois.

3 LE NOUVEAU GUIDE PRATIQUE

Principaux objectifs

Une copie du Guide pratique du Président sur la gestion des affaires et la médiation dans les procédures d'enlèvement international d'enfants peut être consultée en ligne à l'adresse suivante :

www.judiciary.uk/publications

Le Guide pratique et les documents connexes présentent quatre objectifs principaux, à savoir :

- (a) Préciser les circonstances très limitées dans lesquelles une procédure d'enlèvement international d'enfant peut être engagée sans préavis ;
- (b) Réduire au minimum les retards dans l'élaboration des orientations de gestion de l'instance dans le cas des demandes qui sont introduites sur avis ;
- (c) Veiller à ce que les parties aient accès à un programme de médiation judiciaire en parallèle à la procédure ;
- (d) Codifier les principes fondamentaux de la gestion des affaires applicables aux procédures d'enlèvement international d'enfants.

Demandes sans préavis

Des paragraphes 2.1 à 2.7, le Guide pratique traite des principes applicables à l'introduction d'une demande sans préavis. Il cherche à mettre l'accent sur les circonstances étroites dans lesquelles il est permis d'introduire une demande sans préavis dans une procédure d'enlèvement

d'enfant. Le paragraphe 2.5 énonce les orientations du tribunal qui seront habituellement données lors de la première audience qui a lieu sans préavis. Une demande introduite sans préavis sera toujours suivie d'une audience sur avis très peu de temps après que l'ordonnance sans avis aura été rendue.

« 2.4. Les ordonnances relatives aux passeports, à la localisation et au recouvrement constituent une ingérence dans les droits fondamentaux de l'enfant et de l'intimé. Dans le cas d'une demande sans préavis, les parties ne devraient demander que les ordonnances qui sont nécessaires et proportionnées compte tenu des risques évalués en fonction des éléments de preuve, et le tribunal ne peut être tenu de les accorder que si elles le sont. » [traduction du Bureau Permanent]

Demandes sur préavis

Des paragraphes 2.8 à 2.11, le Guide vise à éviter tout retard en donnant des orientations standard rendues par écrit par le juge des demandes (le juge qui traitera de la première audience de la requête dans une liste de courtes audiences de première instance (*directions hearings*)). Lorsqu'une demande est introduite sur avis, le dossier du tribunal est remis au juge saisi de la demande dans le cadre de son travail, accompagné d'un formulaire pro forma et d'une liste d'instructions (voir **annexe B**). Le greffier de la Cour (l'officier de justice chargé d'enregistrer les affaires) a mis en place un système afin de s'assurer que les ordonnances qui en résultent et l'avis de la première audience sont rédigés et signifiés rapidement.

« 2.9. Lorsque la demande est introduite sur avis (et que, par conséquent il n'y a pas d'audience sans avis immédiatement après l'introduction de la demande), du temps précieux risque d'être perdu entre l'émission de la demande et la première audience sur avis. Afin de réduire ce risque, le tribunal qui émet une demande de mise en demeure doit, de sa propre initiative, donner des orientations standard au moment de l'émission de la demande conformément à l'article 12.5(1)(b) du FPR [...] » [traduction du Bureau Permanent]

Les parents défendeurs entament souvent les procédures en tant que « parties au litige en personne » sans être représentés par un avocat. En ce qui concerne les demandes sans préavis et les demandes de notification, l'ordonnance qui en résulte est signifiée au défendeur avec une « fiche de renseignements » résumant comment le défendeur peut obtenir des conseils juridiques, un financement public de l'Agence d'aide juridique (*Legal Aid Agency*) et, si nécessaire, une aide *pro bono* et une copie du Programme de médiation en cas d'enlèvement d'enfants.

« 2.6. Il est important que toute demande introduite sans préavis soit préparée de manière à maximiser les chances que l'audience sur avis soit fructueuse. À cette

fin, la demande sans préavis et les éléments de preuve à l'appui doivent contenir tous les renseignements en la possession du demandeur qui contribueront ou pourraient contribuer à l'exécution rapide de toute ordonnance rendue. Afin de faciliter davantage la tenue d'une audience sur avis, l'ordonnance relative aux orientations résultant de l'audience sans avis sera signifiée accompagnée d'un feuillet d'information expliquant comment le défendeur peut obtenir des conseils juridiques, un financement public de l'organisme d'aide juridique et, au besoin, une aide *pro bono*, et une copie du Programme de médiation en cas d'enlèvement d'enfants. » [traduction du Bureau Permanent]

Médiation

Le Guide pratique comprend un Programme de médiation en cas d'enlèvement d'enfants. Ce programme vise à faire en sorte que les parties engagées dans une procédure d'enlèvement d'enfant puissent, dans un cas approprié, avoir accès à un service de médiation dans le cadre de la procédure judiciaire et en parallèle à celle-ci.

La base de ce programme de médiation est un accord de *Reunite* qui vise à mettre à la disposition du tribunal deux médiateurs par jour auxquels le juge des demandes peut référer les parties qui expriment un intérêt à participer à la médiation. L'application du programme de médiation est traitée aux paragraphes 2.5(a), 2.9(a) et 3.1 à 3.3 du Guide pratique. Le Programme de médiation en cas d'enlèvement d'enfants lui-même est présenté à l'annexe 1 du Guide.

Le fonctionnement du programme sera soumis à un examen au bout de douze mois afin d'en évaluer son efficacité. *Reunite* sera responsable de la tenue des documents nécessaires à la réalisation de ces évaluations. Afin de permettre d'identifier toute tendance ou obstacle spécifique à la médiation, et ce dans le cadre du processus d'évaluation, *Reunite* tiendra un registre des affaires dans lesquelles l'un des parents ou les deux ne souhaitent pas faire appel au médiateur du tribunal, des affaires n'aboutissent pas à la médiation, ainsi que les raisons qui sous-tendent les ordonnances des parents ou même celles des médiateurs.

« 3.3. Le Programme de médiation en cas d'enlèvement d'enfants fonctionnera parallèlement à la procédure mais indépendamment de celle-ci. Lorsque les parties conviennent de recourir à la médiation, le tribunal donne toutes les orientations nécessaires pour faciliter la médiation. Les parties ou leurs représentants doivent être en mesure de s'adresser au tribunal sur la question de la médiation lors de l'audience afin de lui permettre d'examiner la pertinence de ces orientations. La médiation se poursuivra dans le but d'être achevée dans les délais applicables. Si la médiation aboutit, le protocole d'accord qui en résulte sera rédigé sous la forme d'une

ordonnance sur consentement qui sera soumise à l'approbation du tribunal. Si la médiation n'aboutit pas, le tribunal procédera à l'examen de la demande. » [traduction du Bureau Permanent]

Principes fondamentaux de gestion des affaires

Enfin, la section 3 du Guide pratique rassemble et énonce les principes *fondamentaux* de la gestion des affaires d'enlèvement international d'enfants que le juge doit appliquer au stade de la gestion des affaires afin de s'assurer que celle-ci est traitée rapidement et équitablement.

« 3.4. Pour s'assurer que l'audience finale est traitée d'une manière proportionnelle à la nature sommaire de la plupart des audiences sur l'enlèvement international d'enfants, il est essentiel de déterminer, lors de l'étape de la gestion de l'affaire, les questions qui sont réellement en litige entre les parties. Il est particulièrement important que les orientations de l'audience ou des audiences précédant l'audience finale servent à cerner les véritables questions en litige dans l'affaire afin que le juge puisse donner des orientations fermes et précises sur la gestion de l'affaire, y compris sur la forme que prendra l'audience. Les parties peuvent s'attendre à ce que le tribunal soit rigoureux et ferme à l'étape de la gestion de l'instance en exigeant des parties qu'elles examinent et identifient les questions qu'il est tenu de trancher et qu'elles fassent des concessions à l'égard des questions qui peuvent faire l'objet d'un accord. » [traduction du Bureau Permanent]"

La section 3 du Guide résume les bonnes pratiques en ce qui concerne les aspects de gestion des affaires suivants qui se posent fréquemment dans les affaires d'enlèvement international d'enfants :

- (a) l'identification des problèmes ;
- (b) la participation de l'enfant ;
- (c) les déclarations de témoins ;
- (d) le témoignage oral ;
- (e) les dossiers contenant les documents pertinents pour l'affaire ;
- (f) l'estimation du calendrier ;
- (g) les liaisons internationales entre autorités judiciaires ;
- (h) l'audience finale ;
- (i) les ordonnances ;
- (j) les appels et demandes de sursis.

4 APPELS

Le Guide pratique s'applique aux décisions de première instance. Une décision de la Haute Cour peut faire l'objet d'un appel devant la Cour d'appel, et cet appel peut ensuite faire l'objet d'un recours devant la Cour suprême (bien qu'il existe des dispositions pour les rares appels interjetés devant la Cour suprême par la Haute Cour).

L'autorisation d'interjeter appel est requise pour chaque appel d'une décision relative à une Convention de La Haye. La permission peut être accordée par le juge de première instance, mais elle est généralement refusée et une demande de permission est présentée à la Cour d'appel.

Sur le plan administratif, la Cour d'appel applique un système selon lequel chaque demande d'autorisation d'appel est renvoyée à un juge de la Cour d'appel (à l'honorable juge Moylan, si celui-ci est disponible, ou à l'un des juges d'appel de la chambre familiale) le même jour que les documents sont déposés à la Cour d'appel. Une décision sur l'autorisation sera habituellement rendue dans un délai d'une semaine et si cette autorisation est accordée, l'appel sera alors entendu dans un délai d'environ trois à quatre semaines. Cet objectif n'est pas toujours atteint.

Dans ce contexte, les appels peuvent être à l'origine de retards importants dans les procédures conçues pour être procédées de façon sommaire et avec célérité. Le Guide pratique prévoit que toute demande de sursis en attendant une demande d'autorisation d'appel et la demande d'autorisation d'appel doivent être présentées rapidement. La juridiction peut raccourcir le délai de procédure pour introduire un recours (actuellement 21 jours à compter de la date de la décision).

« 3.17. Toute demande de sursis en attendant une demande d'autorisation d'appel et la demande d'autorisation d'appel devraient être présentées rapidement. Toute demande d'autorisation d'interjeter appel et de suspension doit être présentée au juge si possible et, si ce n'est pas possible ou si elle est refusée, à la Cour d'appel. Le dépôt de l'avis d'appel ne devrait pas être retardé jusqu'à ce que l'appelant ait reçu une copie de la transcription approuvée du jugement porté en appel. » [traduction du Bureau Permanent]

5 CONCLUSIONS

Les affaires d'enlèvement international d'enfants traitées en vertu de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 doivent avoir abouties dans les six semaines qui suivent la date de la demande. En Angleterre et au pays de Galles, les règles de procédure appliquent le même délai aux affaires non conventionnelles relevant de la compétence inhérente, sauf lorsque des circonstances exceptionnelles le rendent impossible.

En appliquant les principes d'identification rigoureuse et structurée des questions, de gestion des affaires et d'établissement du calendrier dès que possible dans les procédures d'enlèvement d'enfants, le Guide pratique actuellement utilisé dans le ressort de l'Angleterre et du pays de Galles vise à réduire les retards inutiles dans la résolution des procédures d'enlèvement et, si possible, à orienter les parents vers une médiation afin d'atteindre un éventuel accord.

- 1 Cet article est basé sur un article qui a été présenté sur le thème « Éviter les retards : Révision des procédures internes applicables aux affaires d'enlèvement d'enfants, dans les phases administrative, judiciaire et d'exécution » pendant la conférence du Réseau international de juges de La Haye qui s'est tenue à la *Florida International University* à Miami du 24 au 26 octobre 2018.
- 2 [2016] EWCA Civ 1253

6. La voix de l'enfant d'un point de vue continental-espagnol

Par Francisco Javier Forcada Miranda, Représentant espagnol du RIJH

Lors de la récente conférence du RIJH à Miami¹, j'ai eu l'occasion de rappeler que la voix de l'enfant est un élément de plus faisant partie d'un mécanisme judiciaire complexe dans lequel l'enfant devrait faire l'objet d'une attention particulière lorsqu'il est impliqué dans une procédure judiciaire.

Ce n'est que dans le cadre juridique d'une justice adaptée et accessible aux enfants que ces derniers peuvent, par exemple, avoir accès à l'aide juridictionnelle, engager une procédure, directement ou par l'intermédiaire d'un représentant, ou être exemptés du paiement des frais judiciaires. Ces cadres juridiques empêchent également les enfants d'être conditionnés par le congé parental et contournent les obstacles qui les empêchent d'engager une procédure judiciaire.

De la même manière, ce n'est que dans un environnement judiciaire adapté aux enfants que leur voix peut être entendue et développée de manière appropriée, l'enfant étant au centre de la procédure et étant la personne nécessitant une attention et des soins primaires.

Les États qui ne disposent pas de juridiction familiale ou spécialisée ne peuvent pas fournir de cadre adéquat pour que les enfants soient entendus, et l'intérêt supérieur de l'enfant, en tant que concept juridique indéterminé, est plus difficile à établir. Dans ces environnements, il n'existe pas de garanties suffisantes pour protéger la voix de l'enfant.

Je suis tout à fait d'accord avec l'un des spécialistes les plus renommés du droit international de la famille lorsqu'il a affirmé que : « *Il la spécialisation permet de relever les normes professionnelles. Les familles englues dans un différend transfrontière ont droit à un accès à la justice, une représentation juridique et une justice exemplaire. Il incombe aux gouvernements d'allouer les fonds nécessaires à l'application de ces normes. C'est une contre-vérité de dire*

« regardez les chiffres, il n'y a pas tant de cas que cela ». Cela n'a rien à voir avec les chiffres ; il n'y a rien de plus perturbant pour un enfant que être confronté au tumulte et aux déplacements d'une situation transfrontière, souvent intercontinentale. Ils doivent bénéficier de services juridiques de qualité de la part des avocats, des greffiers et des juges de sorte à garantir la priorité, l'absence de retard et la justice »².

Sur la base des prémisses ou des fondements décrits, ces lignes visent à fournir une vision personnelle de la voix de l'enfant dans un environnement de tradition juridique continentale et dans le cadre juridique espagnol actuel après une réforme juridique pertinente en 2015, en ajoutant le point de vue particulier de celui qui a été juge familial pendant plus de 12 années et au cours desquelles j'ai pu entendre des centaines d'enfants.

Comme indiqué plus haut, les enfants doivent faire l'objet d'une attention particulière dans tout processus judiciaire les concernant. Cette tendance appropriée de considérer l'enfant comme le centre de toute approche des questions familiales peut être observée, par exemple, dans la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne à Luxembourg lorsque celle-ci aborde le concept de résidence habituelle autonome au sens du Règlement Bruxelles II bis³.

Dans deux jugements récents, l'enfant a été considéré comme le centre de l'affaire lorsqu'il s'agit de déterminer sa résidence habituelle. Il a été déterminé que leur présence physique est absolument nécessaire pour établir la résidence habituelle quel que soit l'objectif des parties⁴.

La théorie est une chose mais la dure réalité en est une autre. Ainsi, l'une des études empiriques les plus récentes dans ce domaine⁵ a montré que les pratiques des États parties à la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 en ce qui concerne l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant varient selon les lois et procédures nationales, et qu'il existe un large éventail de spécialistes impliqués dans le processus juridique lorsque l'opposition de l'enfant est soulevée (17 spécialistes différents ont été identifiés) et qu'enfin, dans certains États et territoires, les juges ne reçoivent aucune formation pour s'entretenir avec des enfants.

Les résultats d'un projet de recherche en trois parties mené dans le cadre du projet intitulé « *Enhancing the Well-being of Children in Cases of International Child Abduction (EWELL)* », notamment en ce qui concerne l'âge et la maturité des enfants et leur évaluation dans le contexte des décisions judiciaires sur l'enlèvement international d'enfants et de l'application de l'article 13(2) de la Convention en Belgique, en France et aux Pays-Bas sont également très pertinents⁶.

Outre les études empiriques, il est également utile de passer en revue les tendances législatives les plus récentes

dans ce domaine. Par exemple, les récents développements en Espagne en ce qui concerne la voix de l'enfant et dans l'Union européenne avec la refonte en cours de Bruxelles II bis.

Au sein de l'Union européenne, les articles 11, 23, 41, 42 et les considérants (19, 20) du Règlement Bruxelles II bis sont consacrés à ce sujet. Dans cet instrument juridique, la pertinence de la voix de l'enfant n'est consacrée que pour les procédures de retour. Par conséquent, elle n'a pas été soulignée dans tous les cas de responsabilité parentale, bien qu'il ne faille pas nécessairement s'y opposer. À l'article 11(2), lors de l'application des articles 12 et 13 de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, il a été établi qu'il « y a lieu de veiller à ce que l'enfant ait la possibilité d'être entendu au cours de la procédure, à moins que cela n'apparaisse inapproprié eu égard à son âge ou à son degré de maturité. »

Il existe également des motifs de non-reconnaissance dans les affaires de responsabilité parentale liés à des auditions d'enfants et de tiers menées de manière non appropriée, la voix de l'enfant étant également considérée comme une condition préalable à la suppression de l'exequatur dans les décisions ordonnant le retour (art. 42(2)(a) du Règlement Bruxelles II bis).

Le Règlement Bruxelles II bis n'a pas modifié les règles juridiques nationales régissant la voix de l'enfant. Toutefois, au cours des 13 dernières années, lorsque le Règlement a été appliqué, une tendance claire s'est dessinée. En l'occurrence, les États ayant des règles nationales restrictives sur la voix de l'enfant ont été, d'une certaine manière, encouragés à refuser l'exequatur si l'audition ayant eu lieu dans un autre État (l'État d'origine dans les procédures de retour dans les cas de l'article 11.8 du Règlement Bruxelles II bis) ne s'est pas déroulée ou n'a pas été menée selon leurs règles nationales concernant l'audition de l'enfant⁷.

Dans la récente proposition de nouveau Règlement Bruxelles II bis lancée par la Commission européenne le 30 juin 2016⁸, l'article 20 consacré au droit de l'enfant d'exprimer son opinion dispose que « *Idans l'exercice de leur compétence en application de la section 2 du présent chapitre, les autorités des États membres veillent à ce qu'un enfant qui est capable de discernement ait la possibilité réelle et effective d'exprimer librement son opinion pendant la procédure. L'autorité prend dûment en compte l'opinion de l'enfant eu égard à son âge et à son degré de maturité et étaye ses considérations dans la décision.* »

Dans le cadre de cette proposition de 2016, la Commission européenne n'avait pas l'intention de modifier les règles nationales harmonisant la réglementation de la voix de l'enfant, mais plutôt d'établir une nouvelle réglementation plus approfondie, au-delà des cas d'enlèvement international d'enfants. Par exemple, en vertu de cette proposition, la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement ne peut

être refusée au motif que la voix de l'enfant a été obtenue d'une manière différente selon les règles nationales. En outre, et conformément à l'article 20.2 susmentionné, il devrait être obligatoire d'accorder le poids et la considération qui conviennent à la voix de l'enfant selon son âge et de son degré de maturité, en prenant en compte ses considérations dans la décision qui sera adoptée.

Quoi qu'il en soit, et après plus de deux années de négociations intensives au cours desquelles il a été question de la proposition de nouveau Règlement Bruxelles II *bis* a été impliquée, la solution définitive n'est pas encore claire pour le moment sous la présidence autrichienne. Nous risquons d'être confrontés à une certaine tendance du législateur européen à un processus d'harmonisation maximale par rapport aux règles nationales, par exemple en décrivant des situations dans lesquelles une juridiction peut décider de ne pas donner à l'enfant la possibilité d'exprimer ses opinions.

Il s'agit d'une approche problématique qui ne respecte pas les normes minimales relatives à la voix de l'enfant consacrées par la *Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant* ou la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*.

Dans de nombreux États, il y a même des discussions en ce qui concerne la nature procédurale de la voix de l'enfant. Il est clair que les enfants exercent un droit, et non une obligation, et qu'ils ne sont pas des témoins, mais il n'est pas certain qu'il s'agisse d'une simple procédure judiciaire pour exercer un droit ou une preuve réelle. Si elle est considérée comme un élément de preuve, elle sera liée à des principes procéduraux contradictoires et, dans le cas contraire, la procédure judiciaire visera à satisfaire le droit de l'enfant.

En ce qui concerne ce qui a été développé récemment en Espagne au sujet de la voix de l'enfant, nous pouvons nous référer à une réforme juridique très récente qui a eu lieu en 2015⁹.

La manière de procéder aux auditions en Espagne après la réforme juridique nationale de 2015 (nouvel art. 9 de la loi organique 1/1996 suite aux amendements de la loi organique 8/2015) peut être décrite comme suit : les auditions de l'enfant auront un caractère préférentiel et se dérouleront d'une manière adaptée à sa situation et à son évolution, avec l'assistance, si nécessaire, de professionnels ou d'experts qualifiés, en prenant soin de préserver sa vie privée et en utilisant un langage qui lui soit accessible et qui soit adapté à sa situation, en lui faisant part à la fois des demandes et des conséquences de ses opinions, et en respectant pleinement les garanties du procès. Toutefois, lorsque cela n'est pas possible ou ne correspond pas à l'intérêt de l'enfant, son opinion peut être communiquée par l'intermédiaire de ses représentants légaux, à condition qu'ils n'aient pas d'intérêts opposés, ou par d'autres per-

sonnes qui, par leur profession ou leur relation de confiance spéciale avec lui, peuvent transmettre l'opinion de l'enfant de manière objective. Lorsque l'audition des enfants est refusée directement ou par l'intermédiaire d'une personne les représentant, la décision est motivée dans l'intérêt supérieur de l'enfant et communiquée au Procureur général, à l'enfant et, le cas échéant, à son représentant, en indiquant explicitement les voies de recours possibles contre cette décision¹⁰.

Plus précisément et pour les cas spécifiques d'enlèvement d'enfants, un nouvel article 778 *quinquies* 8 (Règle de procédure civile), établi en 2015, dispose que le procureur de la République doit toujours être présent lors des audiences pour enfants, que ces audiences doivent se dérouler séparément, en tenant compte des autres preuves et avec la possibilité, si nécessaire, d'utiliser la vidéoconférence. Dans le cas où une audition ne devrait pas être admise pour des raisons de maturité de l'enfant, une motivation spécifique est toujours nécessaire. Même la circulaire No 6/2015 du ministère public encourage les procureurs dans ces affaires à promouvoir l'enregistrement ou la transcription de la manière la plus complète et la plus exacte possible, afin d'éviter, dans un deuxième temps, un nouvel examen qui pourrait potentiellement victimiser à nouveau les enfants.

Dans ce nouveau cadre juridique espagnol, la maturité et les expertises ont atteint une importance ou une pertinence considérable. En ce qui concerne la voix de l'enfant, la maturité sera évaluée par un personnel spécialisé, en tenant compte à la fois du développement évolutif de l'enfant et de sa capacité à comprendre et à évaluer la question spécifique à traiter dans chaque cas, considérant que, dans tous les cas, l'enfant est suffisamment mature lorsqu'il a 12 ans.

Ainsi, dans le cadre juridique espagnol récent, la preuve d'experts semble avoir atteint un statut presque obligatoire lorsqu'il s'agit de l'adoption d'une décision judiciaire pertinente et impliquant des enfants. Conformément à l'article 2.5.b de la loi organique 1/1996, modifiée par la loi organique 8/2015, un rapport collégial d'un groupe technique et multidisciplinaire spécialisé dans les domaines appropriés est nécessaire dans les décisions particulièrement pertinentes concernant l'enfant. Même en vertu de l'article 92.9 du Code civil espagnol, il est possible de demander l'avis d'un expert.

En Espagne, les preuves d'experts dans les affaires liées à l'article 13(1)(b) de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 devraient être privilégiées, urgentes et concises, le juge pouvant, à titre exceptionnel, faire appel à des spécialistes lorsque cela est nécessaire en vertu de l'article 778 *quinquies* 8 du Code de procédure civile espagnol. Le juge peut demander d'office, à la demande d'une partie ou du ministère public, les rapports qu'il juge pertinents (art. 778 *quinquies* 7 du Code de procédure civile espagnol) et il

faut considérer que dans les affaires d'enlèvement international d'enfants, il ne dispose que de six jours pour produire les moyens de preuve ordonnés pendant l'audience principale dans le processus national de retour interne.

La question de la maturité est toujours liée à l'hypothèse selon laquelle, après un certain âge (par ex., l'âge de 12 ans), un enfant doit toujours être considéré comme mature. Cela soulève la question de savoir si ces présomptions sont ou non *iuris tantum*, et si un enfant de moins de 12 ans peut être privé de son droit d'être entendu uniquement parce qu'il n'a pas atteint cet âge. Sur cette base, nous pourrions finir par dénigrer les points de vue exprimés par le jeu, le dessin, le langage corporel, les gestes, etc.

Nous ne devons pas oublier qu'en vertu de la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*, la clé est la capacité de comprendre et d'évaluer les conséquences et d'exprimer des opinions sur des questions d'une manière raisonnable et indépendante. Autrement dit, toute opinion d'un enfant qui est autonome, ferme et décisive devrait être pertinente si elle est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. C'est pourquoi l'évaluation appropriée de la voix de l'enfant est d'une grande importance.

Dans le cadre de l'article 13(2) de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, la pertinence pour les points de vue des enfants matures devrait être accordée en tenant compte de la maturité et des influences extérieures, tandis que dans les mêmes circonstances, une pertinence incertaine pour les points de vue des enfants non matures devrait être accordée.

En vertu de l'article 13(1)(b) de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, il convient d'accorder moins d'importance aux points de vue des enfants matures lorsqu'il s'agit d'examiner des situations dans lesquelles il existe un risque grave et de violence factuelle du fait que d'autres preuves sont demandées dans la grande majorité des cas. Dans les situations d'abus sexuel / violence domestique dans le contexte familial, les possibilités de communication, d'expression d'opinions et d'entretien peuvent être très limitées pour les enfants qui ne sont pas en mesure de rendre compte des expériences qu'ils ont subies, bien que cela ne signifie pas que les enfants ne doivent pas être écoutés, mais toujours avec certaines garanties.

À l'avenir, la voix de l'enfant continuera à faire l'objet d'une attention privilégiée si nous voulons sauvegarder les droits des enfants dans les procédures familiales transfrontières nationales et internationales, d'une manière qui nous rapproche de plus en plus des normes déjà élaborées en 2010 par les Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants.

À cette fin, le coordinateur du Parlement européen pour les droits de l'enfant, anciennement Médiateur enlèvement

parental, a convoqué le 19 novembre 2018 à Bruxelles une conférence sur « la sauvegarde des droits de l'enfant dans les conflits familiaux transfrontières ». Par ailleurs, nous espérons tous que le Groupe de travail chargé d'élaborer un Guide de bonnes pratiques sur l'article 13(1)(b) de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, après sa sixième réunion (du 18 au 21 septembre 2018), nous fournira des orientations pratiques utiles sur ce sujet. De plus, un tel développement pourrait conduire à l'évolution des discussions sur la « maturité de l'enfant », de sorte que ce sujet aussi aura un jour son propre ensemble de lignes directrices.

- 1 Conférence du Réseau de juges de La Haye, Miami, Floride, du 24 au 26 octobre 2018, FIU Modesto Maidique Campus, célébrant le 20e anniversaire du Réseau international des juges de La Haye (RIJH).
- 2 Discours de clôture du très honorable Sir Mathew Thorpe lors de l'atelier de Londres du 23 mars 2018, *Lettre des juges* (Tome XXII – Été-Automne 2018, Dossier spécial, La voix de l'enfant – 15 ans après), p. 65.
- 3 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, Journal officiel L 338 du 23/12/2003 p. 0001 - 0029.
- 4 C-111/17, arrêt du 8 juin 2017, ECLI:EU:C:2017:436 et C-393/18 PPU, arrêt du 17 octobre 2018, ECLI:EU:C:2018:835.
- 5 Bourse de recherche de la *British Academy* sur l'exception fondée sur l'« opposition de l'enfant » prévue à l'article 13(2) de la *Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* (ci-après, la « Convention de 1980 ») et ateliers organisés à la fin du projet (Auckland (du 7 au 8 février 2018), Gênes (du 7 au 8 mars 2018) et Londres (du 22 au 23 mars 2018)) selon la *Lettre des juges* (Tome XXII – Été-Automne 2018, Dossier spécial, La voix de l'enfant – 15 ans après) p. 11.
- 6 Le projet de recherche EWELL sur l'amélioration du bien-être des enfants en cas d'enlèvement international d'enfants s'est déroulé entre janvier 2016 et décembre 2017, cofinancé par la Commission européenne, avec des partenaires en Belgique, aux Pays-Bas et en France. Le rapport de recherche complet est disponible sur Internet, à l'adresse <http://missingchildreneurope.eu/Portals/1/Docs/Compiled_research_report_report_final.pdf>.
- 7 C-491/10 PPU, arrêt du 22 décembre 2010 (Joseba Andoni Aguirre Zarraga contre Simone Pelz), ECLI:EU:C:2010:828.
- 8 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, et à l'enlèvement international d'enfants (refonte), Bruxelles, XXX COM (2016) 411/2, 2016/0190 (CNS).
- 9 Le cœur de la réforme juridique de 2015 est un nouvel art. 9 de la Loi organique 1/1996 après amendement par la loi organique 8/2015, plus une réglementation spécifique de la voix de l'enfant qui se trouve dans les art. 92.2 92.6 du Code civil espagnol et dans les art. 700.4, 777.5 et 778 *quinquies* 8 Règle de procédure civile. Le lien entre l'âge de 12 ans et l'âge de la maturité apparaît, par ex., dans les art. 156, 159, 161, 172, 172 *ter*, 176 *bis*, 177, 178, 231 et 273 du Code civil espagnol, et des conseils pratiques pour la tenue d'audiences pour enfants sont également disponibles dans les circulaires

du ministère public No 6/2015 sur les aspects civils des enlèvements internationaux et No 3/2009 sur la protection des mineurs victimes et témoins.

- 10 Un bref aperçu de ce sujet a été fourni récemment dans « Écouter la voix de l'enfant en Espagne », par Christopher Lee (avocat anglais et avocat espagnol (*Abogado*)), *Lettre des juges* (Tome XXII – Été-Automne 2018, Dossier spécial, La voix de l'enfant – 15 ans après), p. 37 à 39.

7. Quelle est la valeur probante de la voix de l'enfant¹ ?

Par l'Honorable juge MacDonald, Chef Adjoint du Droit International de la Famille, en Angleterre et au pays de Galles)

Introduction

Le Tome XXII de la Lettre des juges de l'Été-Automne 2018 se concentrait sur la « voix de l'enfant ». La Lettre des juges a été l'occasion de partager les bonnes pratiques dans un domaine où la HCCH n'a pas encore publié de Guide de bonnes pratiques. L'avant-propos de la Lettre des juges, rédigé par Philippe Lortie et Frédéric Breger, énonce que la voix de l'enfant est « un domaine où il existe autant de pratiques sur la façon dont la voix de l'enfant doit être entendue qu'il existe de cultures et de traditions juridiques. »

L'un des points communs que l'on peut peut-être dégager de la diversité des approches est l'importance de veiller à ce que les enfants aient leur mot à dire dans les procédures qui détermineront leur avenir. Dans l'affaire *Re D*², la Baronne Hale présente la vision novatrice suivante quant à l'importance d'entendre les enfants dans le cadre de différends qui les touchent et affectent leur vie :

« Il y a une prise de conscience grandissante de l'importance d'entendre les enfants impliqués dans des affaires les concernant. C'est l'enfant, plus que quiconque, qui devra vivre avec la décision du tribunal. Ceux qui auditionnent régulièrement les enfants savent qu'ils ont souvent un point de vue divergent de celui de la personne qui prend soin d'eux. Ils sont tout à fait capables d'être des acteurs à part entière de leurs propres droits. Tout comme les adultes, ils peuvent être contraints de faire ce qu'ordonne le tribunal, que cela leur plaise ou non. Ce n'est toutefois pas une raison pour ne pas écouter ce qu'ils ont à dire, pas plus que pour refuser d'entendre le point de vue des parents. » [traduction du Bureau Permanent]

Les dispositions de la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant* (CNUDE) éclairent et renforcent cette

position. Dans l'affaire *Re M and Another (Children)(Abduction: Rights of Custody)*³, la Baronne Hale a souligné qu'il convenait d'insister sur les objectifs de l'article 12 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (CNUDE) dans les cas d'opposition de l'enfant à son retour en vertu de l'article 13 de la Convention de La Haye de 1980. L'article 12 de la CNUDE exige des États parties qu'ils garantissent à l'enfant qui est capable de discernerment le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.

L'un des grands atouts du travail de Marilyn [Freeman, NDLR] et du Tome XXII de la Lettre des juges est que ces efforts permettent aux différents États et territoires d'analyser leurs propres pratiques à la lumière de l'expérience de leurs collègues et d'identifier les domaines où des changements ou des évolutions sont possibles. Pour démontrer cela, je vais prendre comme point de départ le cadre juridique dans lequel je travaille, à savoir celui applicable dans le ressort de l'Angleterre et du pays de Galles.

Le cadre juridique

Que dit la loi de cet État sur la manière dont le juge doit traiter l'opposition de l'enfant dans le cadre d'une affaire d'enlèvement ? Le jugement de Black LJ dans *Re M (Republic of Ireland)(Child's Objections)(Joinder of Children to Appeal)*⁴, constitue l'exposé de droit le plus clair.

Black LJ a énoncé clairement un test en deux étapes. Une première phase d'examen des faits visant à établir si l'enfant s'oppose à son retour et s'il a atteint l'âge et le degré de maturité suffisant pour que son point de vue soit pris en considération. Ensuite, une phase « d'appréciation » qui consiste, pour le tribunal, à analyser non seulement la nature et la force de l'opposition, mais aussi d'autres éléments, notamment si elle est authentique ou si elle est le produit de l'influence du parent soupçonné d'avoir enlevé l'enfant, et dans quelle mesure elle correspond au bien-être de celui-ci. Dans ce contexte, dans l'affaire *Re M*, Black LJ a énuméré les points clés suivants :

- i) L'enfant s'oppose-t-il à son retour ? La réponse à cette question doit découler d'un examen clair et solide visant à établir si les critères de la Convention sont remplis, autrement dit, si l'enfant s'oppose à son retour et s'il a atteint l'âge et le degré de maturité suffisant pour que son point de vue soit pris en considération de manière appropriée.
- ii) L'opposition de l'enfant est une question de fait. Le point de vue de l'enfant doit s'apparenter à une opposition au retour afin que les conditions de l'article 13 soient remplies. Dans ce contexte, il convient de faire la distinction entre une opposition et une simple préférence ou un souhait.

- iii) L'opposition de l'enfant n'est pas déterminante pour l'issue de l'affaire, elle offre plutôt une liberté d'appréciation. Une fois que cette liberté d'appréciation intervient, elle ne connaît pas de limite. Le point de vue de l'enfant constitue un élément parmi d'autres à prendre en considération lors de la phase d'appréciation.
- iv) Le seuil d'exigence en matière de moyen tiré de l'opposition de l'enfant est relativement faible ; l'obligation qui pèse sur le tribunal consiste à « prendre en considération » son opinion, rien de plus.
- v) Lors de la phase d'appréciation, il n'existe aucune liste exhaustive d'éléments à prendre en considération. Le tribunal doit s'intéresser au bien-être de l'enfant dans la mesure où il est possible de se forger une opinion de celui-ci en fonction du peu de preuves disponibles. Le tribunal doit attacher de l'importance aux éléments de la Convention et toujours garder à l'esprit que celle-ci n'est, en principe, effective que lorsque les enfants emmenés ou retenus illicitement retournent rapidement dans leur État d'origine.

Du point de vue de l'enfant, il y a évidemment une corrélation entre ces deux phases. Le juge qui applique ce test en deux étapes est tenu par la Cour d'appel, de ne pas avoir une attitude trop prescriptive et trop intellectualisée quant à la première phase et de *ne pas* adopter une attitude trop mécanique dans la phase « d'appréciation ».

Nécessairement, pour être en mesure d'appliquer cette méthode en deux phases, le juge doit disposer d'un mécanisme lui permettant d'entendre l'opposition de l'enfant. En tant que juges, comment pouvons-nous réussir cela en Angleterre et au pays de Galles ?

Dans l'affaire *Re F (Abduction: Child's Wishes)*⁵, la Cour d'appel a clairement indiqué que dans chaque cas présumé d'enlèvement d'enfant, il doit y avoir, au cours de la première audience de mise en état, une enquête portant sur la manière dont les souhaits et sentiments de l'enfant seront présentés au tribunal. J'étais responsable de la rédaction d'une partie des nouvelles *Lignes directrices en matière de gestion des dossiers et de médiation dans les procédures d'enlèvement international d'enfants* publiées par le Président de la chambre des affaires familiales en avril cette année. Cette partie renforce cette démarche comme suit :

« Lorsqu'aucune indication n'a été donnée [lors d'une audience sans préavis], il convient, lors de la première audience précédée d'un avis, de déterminer si, et dans l'affirmative, l'enfant doit être entendu dans le cadre de la procédure, compte tenu de son âge et de son degré de maturité. On compte parmi les moyens d'entendre un enfant lors de la procédure : un rapport d'un agent de l'équipe du Service consultatif et de soutien des enfants et des tribunaux de la famille (CAFCASS) de la Haute cour

ou la reconnaissance d'un statut de partie sans représentation légale. » [traduction du Bureau Permanent]

Comme j'y reviendrai, cette dernière phrase souligne l'une des questions spécifiques que je souhaite mettre en exergue dans ce document. Il s'agit de la phrase suivante : « On compte parmi les moyens d'entendre un enfant lors de la procédure : un rapport d'un agent de l'équipe du Service consultatif et de soutien des enfants et des tribunaux de la famille (CAFCASS) de la Haute cour ou la reconnaissance d'un statut de partie sans représentation légale ». En revanche, dans *Re D* (para. 60), la Baronne Hale a déclaré, concernant les méthodes appropriées pour établir le point de vue de l'enfant dans des procédures en application de la Convention :

« Il existe trois moyens qui vont de la représentation légale complète de l'enfant au rapport d'un agent CAFCASS indépendant ou de tout autre professionnel, en passant par un entretien avec le juge ». [traduction du Bureau Permanent]

Si l'on en revient à la phrase des Lignes directrices que je vous ai demandée de retenir, on constate une méthode supplémentaire mentionnée dans *Re D*, à savoir « l'entretien avec le juge ». Il ne m'a pas échappé que Lady Hale a réitéré, dans son discours d'ouverture lors de la conférence sur le *rôle des enfants dans les procédures relevant de la Convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants* du 22 mars 2018, qu'il s'agissait d'une méthode valide⁶.

Dans ce contexte, il est également important de se pencher sur un autre instrument juridique, à savoir les *Directives à l'attention des juges rencontrant des enfants qui font l'objet de procédures familiales*⁷, publiées en 2010. Dans ce document, le paragraphe 5 se conclut par l'injonction suivante :

« On ne peut pas suffisamment insister sur le fait que la rencontre entre le juge et l'enfant n'a pas pour objet de recueillir des preuves ; cette tâche incombe à l'agent CAFCASS. L'objectif est de permettre à l'enfant de comprendre ce qu'il se passe et d'obtenir l'assurance que le juge le comprend. » [traduction du Bureau Permanent]

Rencontre avec les enfants

Dans le cas d'un enfant qui s'oppose à son retour, et dans lequel l'exception fondée sur son opposition, visée à l'article 13, est invoquée, la partie la plus difficile du travail de juge est de mener des entretiens avec cet enfant.

Les juges en Angleterre et au pays de Galles reçoivent de plus en plus souvent des demandes visant à s'entretenir avec l'enfant qui fait l'objet d'une procédure relevant de la Convention Enlèvement d'enfants. Dans ce contexte, la question que j'aimerais souligner, et qu'il reste à mon sens à résoudre, est celle de la manière dont nous traitons de

façon évidente les informations que les juges recueillent inévitablement lors de l'entrevue avec l'enfant. Dans certains États et territoires, la réponse peut être simple : il s'agit d'une preuve. Ce n'est pas la position actuelle dans notre ressort.

Ma décision dans l'affaire *B c. P (Children's objections)*⁸ illustre ce point. Cette affaire concernait une demande déposée en application de la Loi sur l'enlèvement et la garde d'enfants de 1985 et la Convention de La Haye de 1980 aux fins d'obtention d'une décision de retour de deux enfants en Hongrie. Ces enfants étaient âgés de 11 et 12 ans et avaient tous les deux été diagnostiqués autistes en Hongrie. Afin de ne pas se conformer à la décision ordonnant le retour, la mère invoquait les exceptions fondées sur le risque grave et l'opposition des enfants visées à l'article 13 de la Convention de La Haye de 1980.

Un agent CAF/CASS de la Haute Cour avait entendu les enfants ; ils avaient fait état de leurs souhaits et sentiments concernant leur retour en Hongrie. À la demande des enfants, avec l'accord des parties, sur recommandation de l'agent CAF/CASS et en présence de celui-ci, je me suis entretenu avec eux. Cette rencontre a eu lieu avant le début de la dernière audience, conformément aux dispositions des *Directives à l'attention des juges rencontrant des enfants qui font l'objet de procédures familiales*.

Comme le montre le procès-verbal complet de cette entrevue, tel que reproduit dans son intégralité dans ma décision, les enfants ont fait part, à plusieurs reprises et avec beaucoup d'émotion, de leur puissante opposition à leur retour en Hongrie. L'aîné tenait à m'expliquer toute l'affaire en détail et il a fallu l'arrêter plusieurs fois. Chacun des enfants a fait des déclarations qui se sont avérées d'importants éléments probants, non seulement dans le cadre de l'exception fondée sur leur opposition au retour visée à l'article 13, mais également eu égard à l'exception de risque grave visée à l'article 13(1)(b). Chaque enfant se comportait en outre d'une manière qui prouvait, en l'espèce, l'exception de risque grave. Au fur et à mesure de l'entrevue, les enfants en sont arrivés au point où ils me suppliaient de ne pas les renvoyer en Hongrie. À ce moment-là, l'agent CAF/CASS est intervenu, estimant qu'ils n'accepteraient pas de partir dans le cas contraire.

Après cette entrevue, un procès-verbal préparé par l'agent CAF/CASS a été distribué aux parties afin de les informer de la teneur de l'entrevue et de leur permettre, si elles le souhaitaient, de présenter des arguments concernant ce qu'il en ressortait. Le procès-verbal ne pouvait néanmoins pas mentionner l'état de nerfs des enfants, ni les comportements qui se sont révélés d'importants éléments de preuve quant au diagnostic d'autisme ; l'aîné avait un comportement insistant et répétitif qui semblait être un prérequis nécessaire à la formulation de ce qu'il souhaitait exprimer.

La valeur probante de la voix de l'enfant

C'est dans ce contexte déjà difficile que l'on introduit ensuite la question qui découle inévitablement de l'entrevue avec l'enfant. En d'autres termes, que peut *faire* le juge des informations recueillis au cours de cette entrevue ?

En Angleterre et au Pays de Galles, comme nous l'avons vu, les *Directives à l'attention des juges rencontrant des enfants qui font l'objet de procédures familiales* de 2010 contiennent une injonction claire et précise contre l'utilisation d'une telle rencontre pour recueillir des preuves. Afin de réitérer cette injonction : « On ne peut pas suffisamment insister sur le fait que l'entrevue entre le juge et l'enfant *n'a pas* pour objet de recueillir des preuves ». Toutefois, comme je l'ai constaté dans *Re D*, la Cour suprême a reconnu qu'en principe « une rencontre entre le juge et l'enfant » constitue un moyen valide d'informer le tribunal des souhaits et sentiments de ce dernier. Ainsi, comme il ressort des directives, dans le cadre d'une procédure d'enlèvement, une entrevue avec l'enfant ne devrait pas servir à recueillir des preuves qui seront ensuite utilisées dans l'analyse scientifique sous-tendant la décision finale du tribunal. Cependant, en l'espèce, la Cour suprême a suggéré qu'il peut s'agir d'un moyen légitime d'arriver à cette fin.

Au final, qu'est-ce qui est autorisé ? Il existe au moins un exemple de cette dernière démarche faisant autorité. Il s'agit d'une décision de l'ancien Président de la chambre des affaires familiales de la Haute Cour, Sir Mark Potter, dans l'affaire *De L v H*⁹. Dans sa décision, il a restreint l'objectif énoncé de la rencontre avec l'enfant à (a) le rassurer quant à la nature et la force des objections qu'il a exprimées, (b) lui expliquer la loi et (c) mettre fin à sa suspicion affichée envers les tribunaux portugais. Il ressort néanmoins clairement du jugement, selon moi à tout le moins, qu'au moment de prendre sa décision quant au fond de l'affaire, le Président de l'époque a également tenu compte d'informations recueillies lors de cette entrevue.

La position opposée est énoncée dans *Re KP*¹⁰ (qui cite *Re D*, notamment le passage qui comprend la référence à l'entretien) ; dans cette décision, Moore-Bick LJ affirme qu'il convient de distinguer clairement une procédure dans laquelle le juge et l'enfant se rencontrent et communiquent d'une manière qui ne vise pas à recueillir des preuves, d'une autre dans laquelle l'un des objectifs de la rencontre est de rassembler des preuves. Nonobstant ce qu'a affirmé la décision *Re D*, la Cour d'appel a abouti à la conclusion suivante :

« Aucune jurisprudence ne va au-delà de ce qui est énoncé dans les Directives en suggérant qu'il est possible d'utiliser une rencontre entre le juge et l'enfant afin de recueillir des preuves auprès de ce dernier ou d'aller au-delà de l'importante tâche qui consiste simplement à entendre ce qu'il peut avoir à dire au juge. » [traduction du Bureau Permanent]

La démarche mise en avant dans l'affaire *Re KP* a été confirmée dans le *Rapport du Groupe de travail sur les témoins vulnérables et les enfants* de février 2015. L'une des tâches de ce Groupe de travail était de « revoir les Directives, établies par le Conseil du droit de la famille en avril 2010, à l'attention des juges rencontrant des enfants qui font l'objet de procédures familiales¹¹, en particulier à la lumière de la récente décision de la Cour d'appel dans l'arrêt « *Re KP* » [traduction du Bureau Permanent]. Comme je l'ai fait remarquer, ce Groupe de travail a entériné la stricte injonction contre toute rencontre avec l'enfant dans l'optique de recueillir des preuves, en déclarant notamment : « rassembler des preuves ne relève pas de la fonction judiciaire, ainsi les souhaits et sentiments exprimés lors d'une entrevue entre le juge et l'enfant ne peuvent pas être pris en considération au moment de la décision finale » [traduction du Bureau Permanent]. Russell J et Hayden J, auteurs du Rapport du Groupe de travail, ont néanmoins reconnu (para. 24) :

« Il s'agit, au mieux, d'un concept difficile à cerner pour toute jeune personne, et d'un procédé fallacieux en ce qu'il laisse à croire que le juge est là pour vous écouter, mais qu'il ne peut tenir compte de ce que vous lui dites. Il ressort de la recherche Fortin que la démarche paternaliste et interprétative de la « preuve » ou des vues exprimées par les enfants leur a par le passé donné le sentiment qu'ils étaient effectivement exclus du processus de décision qui les concerne directement et aura un impact sur le reste de leur vie. » [traduction du Bureau Permanent]

Au vu de ce qui précède et comme je l'ai constaté dans l'affaire *B v P*, si l'injonction contre l'obtention de preuves dans le cadre d'une telle rencontre ne peut être infirmée dans les circonstances de l'espèce, et si l'on peut dire qu'elle se fonde sur une procédure entièrement légitime et un fondement scientifique en ce qu'elle assure l'équité entre les parties et garantit les principes élémentaires de justice, elle place néanmoins le juge qui rencontre un enfant lors d'une procédure relevant de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, et dans laquelle une exception fondée sur l'opposition de ce dernier ou sur le risque grave est invoquée, dans une situation délicate.

Cela s'explique par le fait qu'il est *inéluçtable* que le juge, après s'être entretenu avec l'enfant, se fasse une opinion sur ce dernier, observe comment cette opinion se distingue de la présentation faite par ses parents et, comme ce fut le cas dans l'affaire *B v P*, entende « ce que l'enfant peut avoir à lui dire ». Ce qu'il déclare au juge peut se révéler pertinent dans le cadre des exceptions prévues par la Convention sur lesquelles le juge doit statuer. Il s'agit d'une conséquence prévisible et inéluçtable de l'entrevue avec l'enfant. En effet, il s'agit d'une conséquence prévisible et inéluçtable de toute interaction humaine. Dans l'affaire *B v P*, lors de l'entretien, les enfants se sont directement opposés à leur retour en Hongrie – élément pertinent dans le cadre de l'exception visée à l'article 13

fondée sur l'opposition des enfants – et les émotions qu'ils exprimaient lorsqu'ils faisaient part de leur opposition m'ont convaincu de son fondement. J'ai entrevu l'impact potentiel qu'un tel retour pourrait avoir sur leur bien-être émotionnel – élément pertinent dans le cadre de l'exception de risque grave visée à l'article 13(1)(b).

Quant à savoir s'il convient, en conséquence, d'accepter de manière générale, comme l'a suggéré la Baronne Hale dans l'arrêt *Re D*, qu'une entrevue entre le juge et l'enfant représente un moyen valable de recueillir la preuve des souhaits et des sentiments de l'enfant, il s'agit là d'une question bien plus complexe.

L'approche adoptée dans d'autres États et territoires

Pour revenir au Tome XXII de la Lettre des juges, les informations contenues dans cette publication permettent au ressort de l'Angleterre et du pays de Galles d'examiner ces questions complexes en se référant à la procédure adoptée dans les autres États et territoires de la communauté de La Haye. Il existe bien sûr une grande variété de méthodes permettant de faire valoir l'opinion de l'enfant devant le tribunal. Dans ce contexte, les réunions judiciaires ou les entretiens avec les enfants ne sont pas inévitables. Il est toutefois clair qu'ils sont utilisés dans un certain nombre d'États et territoires.

En Italie, il semble que les enfants sont entendus, en règle générale, lors d'une « audience directe » conduite par le président du tribunal, avec un juge psychologue « honoraire » ou un psychologue ou psychiatre expert, où, sous certaines conditions, les preuves sont recueillies directement auprès de l'enfant. De même, en Grèce, le juge organise une réunion pour déterminer si l'enfant doit être entendu dans le cadre de la procédure, en interrogeant l'enfant seul en chambre. Bien que le contenu précis de la réunion ne soit pas communiqué aux parties, le juge rendra une décision exposant ses conclusions, y compris l'opinion de l'enfant quant à l'endroit où il souhaite vivre. En Espagne, un juge peut interroger directement un enfant, ce qu'il fait souvent, pour connaître sa position, bien que cela ne soit pas considéré comme un moyen « formel » de rassembler des preuves. Aux États-Unis, il y a eu des exemples de tribunaux qui ont entendu de nombreux témoignages en chambre hors la présence des parties ou des avocats sur des questions ayant trait à d'autres aspects de l'affaire¹², d'enfants qui ont témoigné sous serment devant un tribunal¹³, et de juges qui ont interrogé des enfants en chambre¹⁴. En Afrique du Sud, les enfants rencontrent les juges directement, bien que cela ne se produise pas très souvent. Bien qu'il n'en soit pas question dans le Tome XXII de la Lettre des juges, je suis conscient qu'il existe une pratique de longue date selon laquelle les juges rencontrent les enfants en Allemagne.

Toutefois, ce qui est remarquable en ce qui concerne les comptes-rendus fournis par les juridictions qui mettent en place des rencontres avec les enfants dans le cadre du

processus de recueil de leur voix, c'est la relative rareté d'informations provenant d'un certain nombre d'États et territoires où les juges rencontrent des enfants sur la valeur probante officielle accordé aux informations recueillies lors de ces entretiens judiciaires, si tant est que ces informations aient une valeur. Par exemple, comment, dans chaque État et territoires, les informations glanées lors d'un entretien judiciaire avec des enfants s'intègrent-elles dans les règles formelles de la preuve en vigueur dans ce ressort ? Par quels moyens, le cas échéant, les parents sont-ils autorisés à contester ces informations, tel qu'ils pourraient le faire en ce qui concerne les preuves admises conformément aux règles de procédure applicables, s'ils le souhaitent ? Ces informations provenant d'autres États et territoires seraient très utiles pour informer et affiner le développement dans chaque ressort, y compris en Angleterre et au pays de Galles, des processus d'écoute de la voix de l'enfant dans le paradigme de la garantie d'un procès équitable.

Conclusion

Ma propre expérience dans l'affaire *B c. P* était que les *enfants* pensaient venir me voir pour me donner des informations qui éclaireraient ma décision, quelle qu'ait été la qualification juridique de l'entrevue. En résumé, ils venaient dans le dessein de me persuader avec ce qu'ils considéraient comme étant leur *preuve*. Le récit de Sir Mark Potter dans l'affaire *De L. c. H. De L. c. H* selon lequel l'enfant en cause voulait voir le juge, montre clairement que c'est probablement le cas la plupart du temps, sinon dans tous les cas (non souligné dans l'exposé des motifs de l'enfant en cause):

« Si un juge dit que je dois rentrer au Portugal, je n'irai pas. J'essaierai de lui faire comprendre à quel point ce serait mauvais pour moi de me forcer à y retourner. Je suppose que j'obéirais s'il y avait une très bonne raison à mon retour, mais je n'en vois aucune. Si la seule raison c'est que c'est ce que la loi dit en raison de ce qui est arrivé à d'autres personnes, ce n'est pas une raison suffisante pour moi. Le juge doit comprendre que ce n'est pas seulement une question de droit mais qu'il s'agit de ma vie. Le juge doit comprendre à quel point les choses tourneraient mal si je devais retourner vivre avec ma mère. »

Comme le reconnaît le *Rapport du Groupe de travail sur les témoins et les enfants vulnérables*, on pourrait chercher à expliquer à un enfant que la collecte de preuves n'est pas le but de la rencontre. Cependant, en réalité, je soupçonne que cela ne parviendra pas *toujours* à dissuader l'enfant de sa vision arrêtée et tenace de la raison pour laquelle *il* vient voir le juge. Je doute qu'un enfant désespérément inquiet comprendra un juge qui cherche à expliquer que, même s'il a accepté de rencontrer l'enfant, ce juge ne tiendra aucunement compte de ce qu'il dit lorsqu'il prendra une décision qui le préoccupe tant, car ce qu'il dit ne constitue

pas une preuve. Dans ce contexte, je me demande ce qu'auraient ressenti les enfants dans l'affaire *B v P* si je leur avais annoncé à la fin de l'entrevue que, même si j'avais été ravi de les rencontrer et d'écouter leurs souhaits et émotions exprimés avec passion, je ne pouvais pas en tenir compte. Ou plutôt, s'ils avaient su en avance que ce serait ma position, est-ce qu'ils auraient pris la peine de venir me voir.

De plus, lorsque le juge, comme je l'ai fait dans l'affaire *B c. P*, estime que ce qu'il a vu lors de la rencontre avec les enfants peut avoir, ou a un rapport avec les questions à trancher au cours de la procédure, il est certainement artificiel et potentiellement injuste d'exclure ces questions car les règles ne nous permettent pas de les utiliser comme preuve, même si les juges sont formés pour et peuvent pratiquer cette gymnastique mentale si nécessaire.

Si nous voulons que la « voix de l'enfant » soit entendue dans les procédures d'enlèvement d'enfants, celle-ci doit être plus qu'une notion intangible, conceptuelle ou abstraite. Bien que de grands progrès aient été accomplis dans ce sens, on peut soutenir que, pour renforcer ces progrès, il est nécessaire de parvenir à la parité de la valeur probante (par opposition, je le dis clairement, à la *parité* du poids de la preuve) entre la « voix » de l'adulte et la « voix » de l'enfant. Nous devons à tout le moins aux enfants et à leurs parents d'obtenir des *éclaircissements* sur la valeur probante de ce que les enfants disent aux juges lorsqu'ils les rencontrent, comme c'est le cas dans bon nombre de nos systèmes, afin de garantir que les procédures déjà sommaires respectent les principes d'équité et de justice naturelle, et continuent de satisfaire les exigences des instruments mondiaux et régionaux des droits humains qui garantissent le droit à un procès équitable aux personnes traduites devant nos tribunaux.

Comme je l'ai noté au début, l'avant-propos de la Lettre des juges, rédigé par Philippe Lortie et Frédéric Breger, note que la voix de l'enfant est « un domaine où il existe autant de pratiques sur la façon dont elle doit être entendue qu'il existe de cultures et de traditions juridiques ». Le Tome XXII de la Lettre des juges démontre que nous avons beaucoup à apprendre les uns des autres en ce qui concerne la manière dont nous veillons à ce que les enfants soient correctement entendus dans les décisions qui peuvent les toucher et qui les touchent pour le reste de leur vie. J'ose suggérer que l'un des domaines dans lesquels c'est le cas est la manière dont nos ressorts respectifs traitent la valeur probante de la « voix de l'enfant ».

1 Le présent document s'inspire en partie d'un exposé présenté par l'auteur le 23 mars 2018 lors de la conférence sur le Rôle des enfants dans les procédures relevant de la *Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants*, tenue à l'Université de Westminster à Londres les 22 et 23

mars 2018 et publiée ultérieurement dans le *Tome XXII de La Lettre des juges*.

- 2 [2007] 1 AC 619
- 3 [2008] AC 1288
- 4 [2015] EWCA Civ 26
- 5 [2007] 2 FLR 697
- 6 Le 22 mars 2018, la Baronne Hale a fait une présentation intitulée « Point de vue de l'enfant dans les affaires d'enlèvement » lors de la conférence consacrée au *Rôle des enfants dans le cadre des procédures relevant de la Convention Enlèvement d'enfants* de 1980 et publiée ultérieurement dans le *Tome XXII de La Lettre des juges*.
- 7 [2010] 2 FLR 1872
- 8 [2017] EWHC 3577 (Fam)
- 9 [2010] 1 FLR 1229
- 10 2014] EWCA 554
- 11 [2010] 2 FLR 1872
- 12 *Ischiu c Gomez Garcia* 43 FLR 1347 (2017)
- 13 *Angleterre c. Angleterre* 234 F.3d 268 (2000) and *Aranda c Serna* 911 F.Supp 2d 601 (2013)
- 14 *De Silva c Pitts* 481 F.3d 1279 (2007)

8. Le recours des tribunaux allemands à la médiation dans les procédures de retour en cas d'enlèvement d'enfants

Par la juge Martina Erb-Klünemann, Membre du RIJH en Allemagne

En Allemagne, le recours à la médiation est apparu comme un moyen de régler les conflits parentaux causés par l'enlèvement d'enfants. Bien que ce concept ait vu le jour il y a une dizaine ou une quinzaine d'années, il n'a commencé à se développer que des années plus tard, pour devenir une solution à part entière dans la lutte récente contre l'enlèvement d'enfants. Malgré son évolution, son application dans les procédures de retour en cas d'enlèvement d'enfants peut encore être améliorée.

Avantages de la mise en œuvre de la médiation

Pourquoi un juge devrait-il avoir recours à la médiation ? Le champ d'action du juge se limite à la procédure, tandis que la médiation se déroule en dehors de celle-ci. Toutefois, ceux qui traitent régulièrement des affaires relevant de la Convention de La Haye se rendent compte que les procédures de retour ne sont souvent pas toujours le meilleur forum pour protéger les intérêts de la famille concernée. La tâche ultime d'un juge est d'essayer de parvenir à une issue pacifique qui soit dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Par conséquent, cela inclut également l'intégration d'autres méthodes de résolution des conflits qui peuvent être utilisées parallèlement à la procédure de retour.

L'un des principaux avantages de la médiation pour régler les différends relatifs à l'enlèvement d'enfants est son effet sur la durée et le déroulement de la procédure. Les tribunaux doivent prendre rapidement des mesures pour respecter le délai de six semaines fixé à l'article 11 de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980. En conséquence, les tribunaux allemands tentent de conclure la procédure après une audience orale de quelques heures, qui a lieu environ quatre semaines après le début de la procédure. Pendant la médiation, cependant, les délais ne sont pas aussi courts, ce qui permet d'organiser plusieurs rencontres. Le processus de médiation se déroule sur une période de deux à trois jours, avec la possibilité de reconsidérer les résultats obtenus à chaque étape du processus. Cela contraste avec la nature spécifique des affaires relevant de la Convention de La Haye, où les juges disposent de peu de temps et d'informations pour les aider à prendre une décision. En outre, la médiation offre aux parties la possibilité d'identifier en profondeur les intérêts et les besoins individuels de la famille. Inversement, le tribunal ne dispose que d'un pouvoir discrétionnaire limité pour ordonner ou refuser le retour d'un enfant et une décision judiciaire de retour ou de non-retour ne répond souvent pas à l'intérêt supérieur de la famille concernée. Ceci est différent de la médiation qui donne aux parties la possibilité de s'entendre sur une solution individuelle et sur mesure. Par ailleurs, les procédures de retour risquent d'aggraver davantage le conflit avec les deux parents, qui parfois préfèrent camper sur leurs positions. Alternative-ment, la médiation offre aux parents une chance de trouver une solution permanente convenue, ou au moins de désamorcer le conflit.

Recours croissant à la médiation en tant que forum fiable

En octobre 1999, un groupe de parlementaires franco-allemands a commencé à servir de médiateur dans des affaires difficiles de retour. De février 2003 à mars 2006, un projet de co-médiation bi-professionnelle et binationale, y compris la recherche qui l'accompagne, a été entrepris. Ce projet a ensuite été suivi de divers projets sur la médiation : germano-britannique (2003), germano-américain (2006), germano-polonais (2007), germano-hispanique (2012), germano-japonais (2015).

Parallèlement, en 1999, le droit applicable allemand a changé, ce qui a conduit à la désignation de tribunaux spécialisés dans les procédures de retour des enfants. Seuls 22 des 660 tribunaux de la famille allemands sont compétents pour connaître des procédures de retour en tant que juridiction de première instance¹. En outre, depuis 2003, l'Autorité centrale allemande (« Bundesamt für Justiz »²) offre des sessions de formation semestrielles pour les juges spécialisés³ où le thème de l'intégration de la médiation dans les procédures judiciaires est toujours traité.

Depuis 2004, une formation avancée spéciale sur la médiation transfrontalière est proposée aux médiateurs. En 2006, un groupe de travail national a été créé pour mettre en œuvre la médiation dans les procédures de retour des enfants⁴. Ce groupe comprenait un juge spécialisé ainsi que des représentants du ministère de la Justice, de l'Autorité centrale ainsi qu'un médiateur. En 2008, l'ONG « MiKK e.V. »⁵ a été fondée par les associations « BAFM »⁶ et « BM »⁷, deux associations qui ont trait à la médiation. Par la suite, en 2009, un livre sur la médiation dans les conflits familiaux transfrontières a été publié pour la première fois en allemand⁸, suivi en 2011 de la publication en anglais de « Cross-Border Family Mediation » de Paul / Kieseewetter. De plus, plusieurs articles de différents auteurs ont été écrits sur ce sujet.

En parallèle, la reconnaissance de la médiation comme solution alternative pour le règlement des procédures de retour des enfants a continué à se développer. Le Groupe de travail du Réseau judiciaire européen sur la médiation familiale internationale a été créé en 2010⁹. La Directive 2008/52/CE sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, qui entrera en vigueur en 2011, impose aux États membres de l'Union européenne d'élaborer des mesures de mise en œuvre de la médiation, y compris les litiges familiaux. La même année, un projet de formation de l'UE pour la médiation familiale internationale intitulé « TIM » a été lancé grâce à la coopération entre MiKK e.V. et Child Focus, une ONG belge, avec le soutien du Centre néerlandais pour l'enlèvement international d'enfants (« IKO »), cofinancé par la Commission européenne. Ce projet comprenait une analyse du cadre international de la médiation en Europe, l'élaboration d'un programme de formation pour les médiateurs familiaux et des sessions de formation pour les futurs formateurs¹⁰. En 2012, la loi allemande sur la médiation est entrée en vigueur. Au niveau international, le Guide de bonnes pratiques sur la médiation de la Conférence de La Haye a également été publié en 2012¹¹.

Le Centre international de médiation pour les conflits familiaux et l'enlèvement d'enfants (MiKK e.V.)

MiKK e.V. est une organisation à but non lucratif qui offre un soutien multilingue et gratuit, des conseils et des services de médiation aux parents en cas de conflits familiaux transfrontières. Ses activités complémentaires comprennent la recherche, les relations publiques, les formations et les ateliers sur la médiation familiale transfrontière. Bien que situé à Berlin, le mandat de MiKK e.V. couvre l'Allemagne ainsi que les pays étrangers. MiKK e.V. offre son aide aux parents et aux autres personnes concernées, par exemple par l'intermédiaire d'avocats, de juges, de membres des Autorités centrales et d'autorités de la jeunesse. Des brochures d'information sur le travail de MiKK e.V. sont disponibles en plusieurs langues¹².

Le modèle MIKK de médiation

En s'appuyant sur l'expérience et les méthodes de travail du projet de médiation franco-allemand et d'autres projets de médiation, MiKK e.V. propose, le cas échéant, une co-médiation selon le modèle dit « MiKK ». La médiation est organisée par deux médiateurs bilingues, biculturels, bi-professionnels et représentant les deux sexes (« les 4 B »). Cela signifie que les médiateurs doivent être originaires du même État que celui des deux parents ; l'un doit être un homme, l'autre une femme ; l'un doit avoir une formation professionnelle ou une formation en psychologie, et l'autre une profession juridique. Lors de l'organisation de la médiation, MiKK e.V. réfère les parents à plus de 150 médiateurs MiKK spécialement formés, basés en Allemagne et dans 29 autres États et couvrant plus de 30 langues. En outre, MiKK e.V. a accès à un réseau informel de plus de 350 médiateurs dans le monde entier. MiKK e.V. est ainsi en mesure de proposer une co-médiation dans un délai très court, le plus souvent en quelques jours.

Coûts liés à la médiation

Le coût lié à la médiation transfrontière est élevé, ce qui la rend difficile d'accès. Une co-médiation transfrontière, qui se déroule sur deux jours, peut souvent coûter jusqu'à 4000 euros. Pour la plupart des parents impliqués dans des conflits familiaux transfrontières, il s'agit d'une somme d'argent considérable. La question qui se pose alors est de savoir qui supportera ces coûts. En Allemagne, les coûts liés à la médiation ne font pas partie des frais de procédure et ne peuvent donc pas être couverts par l'aide judiciaire. En général, les parties doivent prendre en charge leurs propres dépenses. Cela risque de conduire les parties à refuser la médiation dans un premier temps, en raison de sa charge financière. Il appartient donc à tous les professionnels concernés, en particulier au tribunal, d'informer les parties sur les possibilités et les moyens de résoudre la question des coûts. Les parties à des conflits transfrontières en matière familiale peuvent s'adresser aux Autorités centrales qui sont parfois en mesure de fournir un financement¹³. Des ambassades ou d'autres institutions pourraient également être en mesure d'apporter leur aide. Il est toujours important de s'assurer que les parents comprennent que la médiation vaut la peine d'être envisagée pour aider à assurer l'intérêt supérieur de l'enfant, mais aussi d'un point de vue économique. Les procédures de retour dans plusieurs cas, suivies de procédures sur la garde et le droit de visite dans plusieurs cas, coûtent beaucoup plus cher que les procédures de retour conclues dans le cadre d'un accord de médiation.

Intégrer la médiation dans les procédures de retour

Le groupe de travail allemand chargé de la question de l'intégration de la médiation dans les procédures recommande que la médiation ait lieu le plus tôt possible. La médiation devrait idéalement commencer avant le début

de la procédure, sinon avant l'audience orale, après l'audience orale, entre les instances ou avant l'exécution. Par ailleurs, les parents doivent être informés qu'ils peuvent accepter la poursuite de la médiation.

Les lignes directrices du groupe de travail sont d'évaluer les possibilités d'une solution mutuellement acceptable entre les parties tout en procédant avec le plus grand soin possible pour ne pas désavantager l'enfant ou l'un des parents. Parmi les inconvénients possibles, mentionnons la prolongation du délai de règlement de la question et le retard indu dans les procédures judiciaires.

D'autre part, les tribunaux sont en mesure de fournir un guide d'information judiciaire aux deux parties. Ces guides ont été élaborés par le groupe de travail et ont déjà été traduits en 11 langues¹⁴. La procédure est normalisée et des ressources établies sont mises à la disposition des tribunaux. En outre, le groupe de travail cherche des moyens de réduire les coûts importants décrits ci-dessus.

En vertu de la loi allemande, le requérant peut demander à être représenté par l'Autorité centrale, un avocat ou même demander à se représenter lui-même. Si l'Autorité centrale est impliquée, elle informe les parties de la médiation prévue à l'article 10 de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et à l'article 55(2)(e) du Règlement Bruxelles II *bis*¹⁵. Une fois qu'une demande est déposée auprès du tribunal, celui-ci fixera la date de l'audience dans un délai d'environ quatre semaines à compter de son dépôt, et ordonnera la signification immédiate des documents.

Les juges ont deux possibilités pour suggérer aux parties le recours à la médiation : a) un juge peut proposer la médiation par écrit lorsqu'il informe les parties de l'audience orale prévue ; ou b) un juge peut demander une audience préliminaire. Le juge peut, lorsqu'il informe les parties de la date de l'audience orale, suggérer aux parties le déroulement de la médiation en se référant aux guides d'information à l'intention des parties et des avocats élaborés par le groupe de travail¹⁶. L'expérience judiciaire passée suggère également qu'il est utile qu'un juge appelle l'avocat dix jours après la date du dépôt de l'affaire pour lui demander si les parties ont discuté du sujet de la médiation. Cela encourage souvent les avocats et les parties à s'engager dans la médiation. Ce modèle traditionnel de médiation avant l'audience présente l'avantage que les résultats de la médiation peuvent être directement intégrés à l'audience et à la discussion dans un accord judiciaire.

L'autre moyen, plus moderne, de recommander la médiation, s'inspire du processus néerlandais de pré-procès. En principe, il n'existe pas de pré-procès en vertu du droit allemand. Toutefois, le cadre allemand a incorporé la pratique des Pays-Bas d'informer les parties sur la médiation à un stade préalable au procès. Sabine Brieger, ancienne juge allemande nommée au Réseau international de juges de La Haye, a été la première à développer cette

idée. Lorsqu'une affaire est déposée, le juge fixe directement deux dates : a) une pour l'audience orale dans les quatre semaines, mais aussi b) une date pour l'audience préliminaire prévue environ dix jours avant l'audience orale ordinaire. Au cours de cette audience préliminaire, seuls les thèmes de la médiation et du droit de visite de l'enfant au cours de la procédure sont abordés. En collaboration avec le juge, un médiateur gratuit désigné par MiKK e.V. informe les parties sur la médiation. Cette séance d'information en personne s'avère plus efficace qu'un guide écrit, même si le contenu est le même dans les deux cas.

Exigences

La médiation ne peut avoir lieu qu'avec le consentement des deux parties. Le soutien des avocats joue un rôle important dans ce processus. Les autorités chargées de la protection des enfants et le tuteur désigné veillent aux intérêts de l'enfant en prenant des décisions éclairées en ce qui concerne les particularités de la procédure de retour et les avantages de la médiation.

Par ailleurs, il est important que toutes les mesures prises par le tribunal concernant la médiation soient transparentes. La médiation se déroule parallèlement à la procédure ; elle n'influence pas la procédure elle-même. Le tribunal n'est informé des résultats de la médiation que si les deux parties y consentent. Les actions judiciaires concernant la médiation se limitent à son initiation et à son soutien. Les tribunaux et les médiateurs n'échangent pas d'informations sur le contenu de la médiation. La médiation ne retarde pas la procédure.

Intégrer les résultats de la médiation dans les procédures judiciaires

Si les parties concluent un accord de médiation, elles en informeront le tribunal. Par la suite, une audience orale a lieu au cours de laquelle le tribunal examine si l'accord est complet et suffisamment concret. Le tribunal et les avocats évaluent ensuite la nécessité et les possibilités pour le tribunal d'émettre un titre exécutoire. En conséquence, une audience orale qui peut durer jusqu'à trois heures et qui met l'accent sur ces aspects a lieu. Ici, le tribunal doit examiner: a) s'il dispose d'une compétence internationale pour statuer sur la question ; b) si une telle décision est réellement requise ; et c) si la décision du tribunal est valable et exécutoire dans l'autre État et territoire. Dans certaines situations, une reconnaissance ou une ordonnance miroir peut être requise. L'assistance obtenue par l'intermédiaire du Réseau international de juges de La Haye est souvent essentielle pour recueillir des informations pertinentes auprès d'autres États à cet égard.

L'avenir

Les personnes impliquées dans la médiation familiale transfrontière en Allemagne s'efforcent de convaincre

davantage de parents de résoudre leurs conflits par la médiation. Toutefois, les obstacles causés par les coûts élevés associés à ce processus devraient continuer d'être pris en compte. Un autre obstacle est le manque d'expérience des avocats en matière de médiation dans ce type de cas, ce qui peut dissuader les avocats de recourir à la médiation comme moyen de règlement des conflits. En outre, il faut redoubler d'efforts pour informer et persuader les professionnels des avantages de la médiation en tant qu'alternative à la conciliation. L'un des moyens possibles d'y parvenir est d'encourager le nouveau système de médiateurs MiKK à assister à une première audience orale, une pratique qui devrait continuer à être approuvée. Par ailleurs, lorsqu'une médiation en personne n'est pas possible, la possibilité d'une médiation en ligne devrait être explorée, car une médiation utilisant les technologies modernes est préférable à l'absence totale de médiation. Enfin, il reste nécessaire de développer la médiation comme moyen de résolution des conflits dans les cas où un État non contractant est impliqué.

En bref, on espère que le recours à la médiation dans les procédures de retour en cas d'enlèvement d'enfants pourra être favorisé. L'élimination des obstacles susmentionnés faciliterait la délivrance par les tribunaux de titres exécutoires, ce qui refléterait le règlement des parties par la médiation et garantirait l'intérêt supérieur de l'enfant tout au long du processus.

- 1 §§ 11, 12 International Family Law Procedure Act ; version anglaise disponible : <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_intfamrvg/index.html>.
- 2 Pour plus d'informations en anglais : <https://www.bundesjustizamt.de/EN/Topics/citizen_services/HKUE/HKUE_node.html>.
- 3 Depuis de nombreuses années, l'auteur préside ces conférences.
- 4 L'auteur était le président.
- 5 *International Family Centre for Family Conflicts and Child Abduction*; for information in English see the website at <<https://www.mikk-ev.de/en/>>.
- 6 *Association fédérale pour la médiation familiale e.V. I* ; pour plus d'informations, voir le site web (uniquement en allemand) à <<https://www.bafm-mediation.de>> .
- 7 *Bundesverband Mediation e.V.* ; pour plus d'informations en allemand, voir le site web : <<https://www.bafm-mediation.de>>.
- 8 Paul / Kiesewetter, *Mediation bei internat. Kindschaftskonflikten*
- 9 <https://e-justice.europa.eu/fileDownload.do?id=6f759ddf-e78c-49d1-b918-92e2d930764b>
- 10 Pour plus d'informations en anglais : <<https://www.mikk-ev.de/en/project/tim-uebersetzung-englisch/>>.
- 11 Voir « Guide de bonnes pratiques en vertu de la Convention Enlèvements d'enfants – Médiation », disponible sur le site web de la Conférence de La Haye à <www.hcch.net> sous les rubriques « Publications » puis « Guides des bonnes pratiques ».
- 12 <<https://www.mikk-ev.de/en/informations/flyer/>>.

- 13 Cela est possible, par exemple, pour l'Autorité centrale allemande.
- 14 <<https://www.mikk-ev.de/informationen/informationen-fuer-richter/>>.
- 15 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; <<https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:338:0001:0029:FR:PDF>>.
- 16 <<https://www.mikk-ev.de/en/informations/court-information-about-mediation/>>.

9. Leçons tirées des États-Unis pour rendre la médiation plus accessible aux familles du monde entier

Par Melissa Kucinski⁷

En 2001, l'*Uniform Law Commission* (ULC) des États-Unis a finalisé sa Loi uniforme sur la médiation (*Uniform Mediation Act* (UMA)), définissant la médiation comme « un processus par lequel un médiateur facilite la communication et la négociation entre les parties pour les aider à conclure une entente volontaire concernant leur différend »² [traduction du Bureau Permanent]. Cette définition rend compte du consensus qui émane des médiateurs américains et, bien que différents modèles aient vu le jour au fil des ans, la pratique prédominante de la médiation aux États-Unis continue de reposer sur une personne neutre³ qui agit comme facilitateur entre les parties en litige dans le cadre d'un processus véritablement volontaire⁴. La Loi uniforme sur la médiation confirme aussi sans ambiguïté que les communications dans le cadre de la médiation sont privilégiées et ne doivent être utilisées dans aucune procédure formelle⁵, à quelques exceptions près⁶, et qu'il est interdit aux médiateurs de faire un rapport, une évaluation ou une recommandation concernant la médiation⁷.

Alors que l'ULC codifiait certains principes fondamentaux de la médiation aux États-Unis, l'*Association for Family and Conciliation Courts* (AFCC) et l'*American Bar Association* (ABA) élaboraient de leur côté conjointement des normes à l'intention des médiateurs familiaux. Ces règles types à l'intention des médiateurs familiaux mettent l'accent sur le besoin de médiateurs qualifiés et d'un public informé⁸. Non seulement les médiateurs doivent-ils être qualifiés de par leur éducation et formation pour assumer leur rôle, mais encore ont-ils l'obligation de veiller à ce que les parties à la médiation soient informées de la même manière, afin qu'elles puissent choisir la médiation sur base volontaire, mettre fin à la médiation lorsqu'elle ne répond plus à leurs besoins et comprendre ce qui se passe pendant la médiation pour prendre des décisions appropriées et éclairées.

Fin 2018, onze territoires américains ont adopté la Loi uniforme sur la médiation⁹. D'autres états américains disposent peut-être déjà de lois régissant la pratique de la médiation, rendant ainsi la Loi uniforme sur la médiation redondante pour ces états. Bien que les règles types de l'AFCC et de l'ABA ne soient que de portée pédagogique, la plupart des médiateurs familiaux américains se conforment à ses principes de base. La médiation elle-même est pratiquée comme une seconde peau, et chaque médiateur a son propre style et sa propre façon d'interagir avec les parties. Sans système d'accréditation des médiateurs aux États-Unis, chaque médiateur a des antécédents différents et est libre de montrer ses propres traits de personnalité uniques. Aux États-Unis, par conséquent, la médiation peut être pratiquée différemment selon le choix du médiateur, ce qui donne aux familles la possibilité de rechercher un médiateur dont le style et la personnalité correspondent à leurs besoins. Les médiateurs familiaux américains ont également une formation et une éducation différentes. Les normes modèles de l'ABA et de l'AFCC exhortent les médiateurs à s'assurer qu'ils sont compétents pour traiter chaque cas qu'ils entreprennent, mais il n'existe aucune définition de ce qui rend un médiateur familial « compétent ». Toute personne peut pratiquer la médiation aux États-Unis, et les consommateurs sont libres de choisir un médiateur en fonction de leurs propres recherches et besoins. Aux États-Unis, la seule restriction pour se présenter comme médiateur concerne les médiateurs qui acceptent des cas inscrits sur une liste, généralement associés à des cas référés par les tribunaux ou à des renvois par des organismes sans but lucratif ou de médiation. Cette absence de définition de la formation du médiateur a perpétué l'idée que la médiation est une compétence et non une profession. Par conséquent, la plupart des « médiateurs » aux États-Unis sont des professionnels du règlement des différends, comme des avocats ou des conseillers, qui apportent chacun leur style professionnel unique au processus de médiation.

Difficultés à assurer un accès généralisé à la médiation familiale transfrontières aux États-Unis

Lorsqu'il s'agit de définir des normes cohérentes pour la médiation transfrontalière et de créer un bassin de médiateurs transfrontaliers formés aux États-Unis, il existe des obstacles importants. Premièrement, en l'absence d'une définition nationale cohérente du contexte idéal pour les médiateurs familiaux, il est difficile de définir le contexte optimal pour un médiateur familial transfrontières. En fait, certains aux États-Unis s'inquiètent de la rigidité de l'accréditation des médiateurs, craignant qu'en créant des exigences de formation et une évaluation du rendement, certains médiateurs hautement qualifiés et compétents puissent être exclus de la pratique. Néanmoins, les affaires familiales transfrontières comportent des questions distinctes et complexes que la plupart des médiateurs ont rarement l'occasion d'aborder dans leur pratique courante, de sorte qu'une formation ou une expérience approfondie

devrait être encouragée, et les médiateurs qui ne sont pas compétents pour traiter une affaire devraient refuser d'accepter cette affaire. La conception d'un programme de formation comporte également des difficultés. Étant donné qu'il n'existe pas aux États-Unis d'accréditation des médiateurs à l'échelle nationale, chaque médiateur familial abordera le sujet de la médiation familiale transfrontières à partir d'un point de départ différent, ce qui rendra difficile la conception d'une formation avancée unique et adaptée à tous. La formation transfrontières des médiateurs familiaux devrait être conçue au cas par cas, en fonction du public visé par la formation.

En plus de la formation des médiateurs, il devrait y avoir une formation distincte pour les « gardiens » (ceux qui interagissent d'abord avec une famille et qui la renvoient ensuite à la médiation) sur ce qui constitue une affaire familiale transfrontières. Les « gardiens » (comme les bureaux gouvernementaux, les tribunaux, les juges, les avocats ou les conseillers), et le médiateur doivent être en mesure de déterminer si une famille en particulier a des problèmes transfrontières uniques, afin que la famille puisse être référée au médiateur approprié. Malheureusement, beaucoup de gens négligent des questions qui exigent des compétences avancées pour diverses raisons, parfois parce que la famille n'a qu'une seule nationalité, une seule religion ou une seule culture. Beaucoup de médiateurs s'attendent à ce que si une famille n'a pas de problème évident d'enlèvement international d'enfants, alors l'affaire peut être traitée comme « toute autre » affaire familiale. C'est trompeur et dangereux. Cela exclut les cas où il peut être nécessaire de discuter de la prévention des enlèvements, des voyages internationaux, du déménagement des enfants, de la garde relevant de plusieurs administrations et des coûts associés à ce mode de vie transfrontalier. Sans pouvoir déterminer d'emblée quelles sont les questions complexes qui se posent dans la vie d'une famille, l'affaire peut être renvoyée à un médiateur qui n'a ni la formation ni l'expérience nécessaires. Il est donc nécessaire de mettre en place un protocole complet de dépistage et d'admission. La sélection et l'admission des cas doivent être cohérentes, exhaustives et adaptées à la culture, en tenant compte de nombreuses variables qui ne sont pas nécessairement prises en compte dans un processus d'admission des cas typique. Les juridictions américaines qui ont déjà des procédures nationales d'accueil pour leurs dossiers doivent réévaluer ces processus, car il est par ailleurs facile de faire passer des dossiers transfrontaliers complexes dans des programmes de médiation familiale de base dans des tribunaux, et des organisations qui peuvent mal gérer les dossiers et les confier à tort à des médiateurs qui ne possèdent pas les connaissances nécessaires pour remplir leurs obligations professionnelles et éthiques envers la famille.

Grâce à un examen plus complet des cas, les médiateurs peuvent également évaluer si la famille peut tirer profit de la médiation, en tout ou en partie, à distance. La médiation

à distance peut comprendre le recours à la vidéoconférence, à la médiation téléphonique ou à d'autres moyens de communication électroniques pour contrer les difficultés que les familles aux États-Unis peuvent rencontrer dans ces affaires transfrontalières. Étant donné l'étendue du pays, le coût élevé des déplacements, la difficulté d'obtenir des visas de voyage pour assister à la médiation en personne, et les problématiques autour des mandats d'arrestation des criminels liés à un enlèvement d'enfant, les médiateurs doivent faire preuve de souplesse et de créativité dans la mise en place de processus qui rendent la médiation plus accessible et moins exclusive. La médiation à distance peut également contribuer à corriger les déséquilibres de pouvoir qui peuvent exister entre les parties à un différend qui, autrement, ont peur des contacts en personne. Cette souplesse s'accompagne toutefois de considérations éthiques supplémentaires. Il peut être facile de définir les obligations d'un médiateur si la famille se réunit dans une juridiction. Il n'est pas aussi facile d'évaluer les obligations qui existent lorsqu'un médiateur et les parents se trouvent chacun dans une ville différente, ce qui crée de la confusion quant à la loi qui peut s'appliquer au processus de médiation.

Par-dessus tout, l'élément le plus important à toute médiation réussie aux États-Unis est sans doute la formation d'avocats hautement qualifiés. Il y a en effet un manque de formation juridique dans les affaires de droit international de la famille dans ce pays, notamment en ce qui concerne les résultats juridiques et pratiques pour ces familles. Avec un avocat très instruit qui guide un parent tout au long du processus de médiation, le médiateur peut généralement surmonter beaucoup plus facilement certains obstacles. Étant donné qu'un médiateur n'est pas en mesure de conseiller un parent lorsque ce dernier adopte une approche contraire à la loi, un avocat peut, lui, jouer un rôle clé dans le processus de médiation en fournissant aux parties les vérifications nécessaires des faits, et en l'aidant à trouver des solutions créatives dans des structures juridiques complexes, notamment en permettant à un accord de devenir exécutoire dans plusieurs juridictions. Certains programmes de médiation américains gérés par les tribunaux ont commencé à mettre en place des listes d'avocats qui représenteront les parties dans un cadre limité pour la seule médiation, ce qui peut s'avérer beaucoup plus rentable et gérable pour certains procureurs.

Envisager des modèles européens aux États-Unis

L'Europe dispose de plusieurs programmes de médiation familiale transfrontière réussis¹⁰. Les programmes européens présentent certaines similitudes importantes. Les séances de médiation ont tendance à être condensées sur une courte période (deux ou trois jours complets) et se tiennent en personne dans la ville où se trouve l'enfant. L'affaire a tendance à faire l'objet d'une prise en charge par deux médiateurs dans un modèle de co-médiation. Il peut y avoir des coûts pour la médiation, mais ils sont assez

minimes afin de faciliter la médiation en personne. Dans le cadre de certains programmes, les parents peuvent même obtenir le remboursement des frais de déplacement pour effectuer la médiation en personne.

Malheureusement, ces structures de médiation ont tendance à ne pas fonctionner aux États-Unis. Les États-Unis n'ont pas de tribunal unifié, et une demande de retour pour enlèvement d'enfant au titre de la Convention de La Haye peut être déposée devant n'importe quel tribunal de l'ensemble des États-Unis. Dans un pays où un vol de six heures est nécessaire pour se rendre d'un côté à l'autre, même les parents impliqués dans des cas transfrontaliers internes doivent faire face à des coûts insurmontables, avec du temps sans être au travail, loin de leur domicile, et des frais de transport aérien, d'hôtel et autres. Le nombre de dossiers aux États-Unis comprend également un grand nombre de familles indigentes qui n'ont pas les moyens de payer les services de médiation, et l'affaire elle-même est généralement assez coûteuse pour qu'il n'y ait pas suffisamment de fonds pour indemniser ou rembourser un médiateur, ce qui rend difficile le recours à un modèle de co-médiation. La plupart des juges et des avocats verront relativement peu, voire pas du tout, d'affaires de droit international de la famille au cours de leur carrière. Il en va de même pour les médiateurs. La plupart des médiateurs familiaux américains ne voient pas l'utilité d'assister à des formations coûteuses, souvent en dehors de la ville, pour un ensemble de compétences qu'ils ne sont pas susceptibles d'utiliser à d'autres moments de leur carrière. Par conséquent, les médiateurs familiaux doivent avoir accès à des formations économiques en ligne et mieux comprendre que les familles internationales ont des problèmes beaucoup plus complexes que les enlèvements d'enfants en vertu de la Convention de 1980 sur l'enlèvement d'enfants. Cela exige également une certaine souplesse dans la conception du processus de médiation, y compris le recours au règlement des différends en ligne ou à la médiation à distance.

Il y a des structures existantes aux États-Unis. Presque tous les tribunaux de la famille de chaque état des États-Unis ont un programme de médiation. Les programmes diffèrent, parfois de façon considérable, allant des services privés rémunérés d'aiguillage de médiateurs à des séances de médiation gratuites en interne. Il peut y avoir des limites quant au nombre de séances ou d'heures que les parents peuvent utiliser dans le cadre d'un programme judiciaire. Toutefois, les programmes judiciaires exigent généralement de leurs médiateurs familiaux qu'ils aient au moins une formation de base. Il serait peut-être prudent d'examiner si une organisation nationale aux États-Unis, comme le *National Center for State Courts*¹¹, pourrait envisager de collaborer avec les tribunaux de la famille américains pour s'assurer qu'au moins un médiateur de la famille par programme judiciaire ou comté possède une formation transfrontière avancée et que les tribunaux examinent de façon adéquate les cas pour s'assurer que le

médiateur de la famille transfrontière est renvoyé à ces affaires. De plus, les programmes judiciaires annexes peuvent envisager d'utiliser la technologie pour faciliter les séances de médiation, en particulier lorsque les programmes judiciaires à petit budget ont déjà refusé la médiation aux familles dont l'un des parents est à l'étranger, à moins que ce parent ne voyage à ses propres frais.

Les États-Unis sont aussi un mélange de cultures, d'héritages, de religions et d'origines. Vous pouvez trouver presque tous les groupes culturels du monde aux États-Unis. Il est difficile de s'assurer d'avoir un médiateur familial transfrontalier expérimenté et suffisamment compétent dans toutes les cultures et toutes les langues. Il peut être avantageux de veiller à ce que les médiateurs reçoivent plutôt une formation adéquate pour filtrer les cas, se renseigner sur leurs cas particuliers et refuser les cas pour lesquels ils ne sont pas compétents. Cela exige souvent un travail préliminaire de pré-médiation de la part du médiateur, et la nécessité de renvoyer les cas au début du conflit familial, afin que le médiateur puisse organiser le processus en plusieurs séances sur une période donnée, et non en courtes périodes, permettant de consulter, au besoin, des experts ou médiateurs pendant le processus de médiation.

Ressources actuelles pour les familles internationales qui ont recours à la médiation aux États-Unis

Malgré les défis quelque peu importants auxquels font face les États-Unis, des progrès ont été réalisés en vue d'offrir des services de médiation de grande qualité aux familles internationales.

Le Département d'État des États-Unis, qui fait office d'Autorité centrale des États-Unis en vertu des Conventions de 1980 sur l'enlèvement d'enfants et de 1993 sur l'adoption internationale, est en mesure de faciliter l'accès à la médiation gratuite avec l'une des trois facultés de droit américaines si une famille internationale exprime un intérêt et a un dossier ouvert avec l'Autorité centrale. Les facultés de droit prennent généralement les demandes de droit de visite, bien qu'une faculté de droit ait accepté de prendre certains cas où un parent délaissé demande le retour de son enfant. Les causes sont traitées par la médiation dans le cadre des programmes de formation clinique de la faculté de droit, où des étudiants en droit, qui acquièrent des compétences en médiation, agissent à titre de médiateurs, aux côtés d'un professeur de droit. Bien que ce programme comporte certaines limites, notamment l'ensemble des compétences du médiateur étudiant, la sélection limitée et les restrictions en matière de charge de travail, il offre des services gratuits aux familles lorsqu'une affaire d'enlèvement de La Haye est ouverte avec l'Autorité centrale américaine.

De même, le Bureau du Procureur général de la Californie travaille également à la conception d'un programme pilote de médiation pour les affaires d'enlèvement de La Haye qu'il traite entre la Californie et le Mexique. Le programme

pilote en est encore à ses balbutiements, le Bureau du procureur général évaluant les critères de base pour ses médiateurs du programme pilote et déterminant comment rendre la formation, les exigences de base et le processus uniformes entre la Californie et le Mexique afin que les cas puissent être traités conjointement par un médiateur californien et un médiateur mexicain.

Comme nous l'avons déjà mentionné, presque tous les tribunaux de la famille aux États-Unis ont un programme de médiation familiale établi. Les médiateurs de ces programmes répondent déjà aux exigences de base et sont des médiateurs familiaux expérimentés. Si un protocole de sélection et d'admission plus rigoureux était conçu pour ces programmes rattachés aux tribunaux, ainsi qu'un programme de formation peu coûteux et largement accessible, ces tribunaux pourraient plus facilement acheminer les cas appropriés aux médiateurs de leurs propres programmes qui ont les antécédents nécessaires pour traiter les questions communes aux familles internationales.

La plupart des médiations aux États-Unis, cependant, demeurent entre les mains de médiateurs familiaux privés. Ces médiateurs familiaux privés établissent leurs propres barèmes d'honoraires, et bon nombre d'entre eux acceptent d'utiliser une échelle mobile (c.-à-d., d'accepter des honoraires différents en fonction de la capacité de payer de la famille) ou d'accepter des recommandations à titre bénévole. L'ABA, la plus grande organisation d'avocats des États-Unis, a exploré la question de la médiation familiale internationale par le biais d'un groupe de travail dans les années 2010 à 2015. Le groupe de travail a créé des normes de base internes pour les médiateurs familiaux internationaux et, sur la base de ces normes, a conçu une formation avancée de 40 heures en médiation familiale, qui s'est tenue en novembre 2013, puis en novembre 2015, à laquelle a participé une trentaine de médiateurs familiaux privés des États-Unis entre les deux offres. Ces médiateurs ont été formés dans des domaines tels que le droit, les compétences culturelles, les questions criminelles et d'immigration, le règlement des différends en ligne, l'éthique et la rédaction d'accords transfrontaliers, entre autres choses. Certains médiateurs qui ont participé à la formation ont commencé à créer un consortium de leurs propres cabinets privés afin de tirer parti de leurs propres expériences, et de créer un réseau américain de médiateurs familiaux transfrontières compétents dans différentes régions du pays¹².

Enfin, le Service social international, avec sa branche américaine à Baltimore (Maryland), a organisé une conférence en juin 2018 à la faculté de droit de l'Université George Washington, réunissant une variété de professionnels, allant des avocats aux travailleurs sociaux en passant par le gouvernement, pour discuter des structures qui pourraient fonctionner aux États-Unis et pour semer les graines de la construction de ces structures dans les régions et collectivités du pays.

Conclusion : Veiller à ce que les États-Unis fassent partie du débat mondial

Par-dessus tout, la variété des services de médiation offerts aux États-Unis nous enseigne que la médiation est un processus souple. Il n'y a pas deux médiations qui se ressemblent. En fait, chaque famille peut avoir besoin de médiateurs différents ayant des compétences et des antécédents différents et des processus structurés différemment. Compte tenu des défis que doivent relever les États-Unis dans la conception d'une structure de médiation familiale transfrontières à l'échelle nationale, nous pouvons apprendre beaucoup de choses sur de nouvelles pistes créatives pour offrir la médiation comme option aux familles internationales. Que nous intégrions la médiation à distance, la technologie ou les structures existantes, comme les programmes de médiation rattachés aux tribunaux, dans la discussion plus large sur ce à quoi ressembleront les futurs processus internationaux de médiation familiale, il y a beaucoup à apprendre en examinant les défis auxquels les États-Unis sont confrontés et la façon dont ils ont fait preuve de créativité pour y faire face, rendant la médiation largement accessible aux familles sur son vaste territoire. Grâce à des recherches supplémentaires sur des protocoles complets de filtrage et d'accueil, un plus grand nombre de cas peuvent être dirigés vers un nombre restreint de médiateurs, et les processus peuvent être mieux structurés pour répondre aux besoins des familles transfrontières. Il se peut qu'un pays n'ait besoin que d'un petit nombre de médiateurs familiaux transfrontières hautement qualifiés, mais avec la technologie et l'innovation que l'on trouve à différents endroits aux États-Unis, cela peut être plus que suffisant pour servir le nombre de familles. Avec l'identification plus précoce de ces familles internationales par les tribunaux, les avocats et le gouvernement, les médiateurs auront la flexibilité de concevoir un processus de médiation qui incorpore la médiation à distance, sur plusieurs fuseaux horaires, et qui utilise différentes méthodes de communication qui pourraient être plus appropriées pour la famille. Les nombreux défis à relever aux États-Unis pourraient s'avérer un terrain fertile pour des processus plus créatifs que jamais afin d'aider un plus grand nombre de familles.

1 Melissa A. Kucinski est avocate et médiatrice à Washington, D.C. Elle a présidé le groupe de travail de l'ABA sur la médiation familiale internationale pour ses cinq années d'existence. Elle a dirigé la conception et l'offre de deux formations avancées en médiation familiale transfrontalière aux États-Unis, a formé des médiateurs familiaux à Tokyo, au Japon, et deux formations avancées en médiation familiale transfrontalière en 2019, une sur chaque côte des États-Unis. Elle est auteure et conférencière, enseignant le cours de droit international de la famille à la *George Washington University School of Law*. Elle est membre de l'Académie in-

ternationale des avocats de la famille et a présidé un groupe de travail international pour le Service social international sur la création d'un réseau mondial de médiateurs familiaux.

- 2 La Loi uniforme sur la médiation, Section 2(1), <http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Mediation%20Act>, dernier accès 11/22/18
- 3 Id. at Section 9
- 4 Id. at Section 10
- 5 Id. at Section 5
- 6 Id. at Section 6
- 7 Id. at Section 7
- 8 <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/family/reports/mediation.pdf> dernier accès 11/22/18
- 9 Ibid. at FN 2
- 10 Parmi les programmes les plus réussis figurent les structures de médiation de *Reunite* au Royaume-Uni (www.reunite.org), MiKK en Allemagne (<http://www.kinderontvoering.org>) et IKO aux Pays-Bas (www.mikk-ev.de).
- 11 <https://www.ncsc.org> (dernier accès 11/22/18)
- 12 www.globalfamilymediation.com (dernier accès 11/22/18)

10. Conditions au retour

Par l'Honorable juge Victoria Bennett AO¹

Imposer des conditions au retour peut faciliter une transition sûre et appropriée pour un enfant vers son lieu de résidence habituelle, mais si elles sont utilisées de manière abusive ou sont dépourvues de fondement probant et motivé, ces conditions peuvent aller à l'encontre des objectifs même de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 concernant les enfants déplacés ou retenus illicitement. Cet article examine les principes généraux concernant l'imposition de conditions au retour des enfants depuis l'Australie vers d'autres États parties à la Convention.

Une condition au retour est une obligation qui doit être remplie avant le retour de l'enfant. Le non-respect de cette condition peut entraîner le non-retour de l'enfant. Ces conditions sont différentes des engagements qui, dans les États de *common law*, sont des promesses faites par une partie au tribunal qui peut ou non être en mesure d'imposer des sanctions pour le non-respect de ceux-ci. La Convention Enlèvement d'enfants de 1980 est transposée en droit australien afin que des conditions au retour puissent être imposées lorsqu'elles sont jugées nécessaires au bon fonctionnement de cette Convention, et que l'une des cinq exceptions au retour est invoquée. Le préambule de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 indique clairement que l'un des objectifs de cet instrument est d'éliminer les effets néfastes du déplacement ou du non-

retour illicite d'un enfant, de sorte que la portée potentielle des conditions est très large à condition que le pouvoir d'imposer des conditions soit toujours exercé judiciairement et de manière conforme aux principes.

Un certain nombre de caractéristiques a une incidence sur l'imposition de conditions au retour dans les affaires australiennes. Premièrement, l'Australie² dispose d'une compétence très concentrée en matière d'enlèvement international d'enfants et d'établissement dans un autre État. Ces affaires sont entendues par le tribunal des affaires familiales de l'Australie (et non de l'Australie occidentale)³ composé de dix-huit juges⁴ qui siègent principalement à la section de première instance, et sept juges qui siègent principalement à titre de cour d'appel intermédiaire. L'un de ces vingt-cinq juges tranchera la demande en première instance et, en cas d'appel, trois autres juges statueront sur l'appel⁵. Tous les juges du tribunal des affaires familiales connaissent bien le droit international en matière d'enlèvement d'enfants par un des parents. La concentration des compétences facilite une approche cohérente de la jurisprudence.

Deuxièmement, les tribunaux des affaires familiales emploient des spécialistes en sciences sociales au sein de chaque greffe afin d'évaluer et de rédiger des rapports sur les familles. Il s'agit de psychologues ou de travailleurs sociaux spécialisés dans l'évaluation des familles après la rupture d'une relation. Toutefois, ils comprennent la différence entre la portée limitée d'un rapport dans une affaire relevant de la Convention de La Haye et l'évaluation générale de l'intérêt supérieur de l'enfant dans un conflit familial. Dans une affaire de retour relevant de la Convention de La Haye, un conseiller familial peut être tenu de présenter un rapport sur une ou plusieurs des questions suivantes afin d'aider le juge à prendre une décision :

- la résidence habituelle du point de vue de l'enfant⁶ ;
- lorsque la demande est présentée plus de 12 mois après le non-retour ou le déplacement illicite, si l'enfant est intégré⁷ ;
- si l'enfant s'oppose au retour au sens pertinent du terme et si l'enfant est suffisamment mûr pour prendre en compte cette opposition⁸ ;
- un élément de risque grave posé à l'enfant par le retour⁹ ; et
- un aspect du bien-être de l'enfant dans le but d'éclairer l'exercice de tout pouvoir discrétionnaire de refuser le retour qui se présente lorsqu'une exception au retour est faite.

Nous avons également une évaluation préliminaire de l'enfant par le conseiller familial afin d'évaluer diverses questions, notamment si l'enfant est en sécurité et s'il serait disposé à communiquer par voie électronique avec le parent délaissé. Tous les témoignages du conseiller familial peuvent être vérifiés par l'intermédiaire d'un contre-interrogatoire. Par conséquent, les conditions au retour seront imposées sur la base d'une preuve d'expert.

Troisièmement, conformément au système de gouvernement fédéral australien, les demandes de retour sont généralement poursuivies par l'Autorité centrale par l'intermédiaire de l'Autorité centrale de l'État dans lequel l'enfant se trouve, qui est l'Autorité centrale de l'État délégué. Le parent délaissé n'est qu'un témoin dans l'affaire de l'Autorité centrale de l'État. L'Autorité centrale prend en charge tous les frais de procédure. Elle ne paie pas les billets d'avion ni les frais d'hébergement du parent qui en fait la demande ni ceux de l'enfant. En Australie, les parents délaissés assistent rarement en personne aux audiences de retour relevant de la Convention de La Haye en raison de l'éloignement géographique de la plupart des autres États parties à la Convention. Leur participation réelle peut se limiter à un contre-interrogatoire par liaison vidéo ou par communication électronique.

Quatrièmement, la *Convention 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 sur la protection des enfants ») est entrée en vigueur en Australie en 2003.

Enfin, étant donné que la procédure de retour en vertu de la Convention de La Haye est poursuivie par l'Autorité centrale (ou plus généralement par l'intermédiaire d'une Autorité centrale d'État) en Australie, il est nécessaire que l'Autorité centrale compétente informe notre tribunal des conditions (le cas échéant) que le parent requérant acceptera de respecter, puis qu'elle fasse des observations sur le caractère raisonnable ou pratique de l'équilibre des conditions demandées. Dans la majorité des cas, les informations et les instructions pendant le déroulement de l'affaire doivent passer par l'Autorité centrale de l'État à l'Autorité centrale australienne, à l'Autorité centrale de l'État requérant, puis au parent délaissé et vice versa. La dynamique d'autorités centrales multiples ou la chaîne de communication peut contribuer à ce que le parent délaissé se sente à l'écart de la procédure. Une source d'inquiétude pour le tribunal est que le parent délaissé n'a peut-être pas été suffisamment consulté sur les conditions proposées au cours de la procédure australienne ou, même s'il avait été consulté, aurait pu accepter les conditions dans la conviction qu'en refusant de les accepter, l'enfant ne serait pas renvoyé. Même si le parent requérant témoigne oralement ou est contre-interrogé en personne ou par vidéoconférence, il ne sera pas représenté par un avocat ou n'aura pas le droit de présenter des observations sur le caractère raisonnable des conditions à imposer. Il incombe à l'Autorité centrale de l'État qui engage les poursuites de présenter des éléments de preuve pertinents pour s'opposer aux conditions recherchées ou les faire respecter.

Si l'on laisse de côté les autorités intervenant dans les procédures de retour australiennes, d'après mon expérience, les parents acceptent volontiers les propositions dans le cadre d'un litige mais veulent par la suite mettre fin à cet

accord. En bref, ils sont d'accord sur n'importe quoi et changent ensuite d'avis. Deux exemples types sont le parent qui cherche à déplacer la résidence d'un enfant à l'étranger et le parent qui demande le retour de son enfant en vertu de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980. Les deux parties semblent considérer que la mesure qu'elles cherchent à obtenir est concluante, avec la possibilité que les conditions auxquelles la mesure a pu être accordée soient moins que certaines, d'où le fait qu'il faut s'assurer que les conditions au retour sont exécutoires.

J'ai récemment présenté un exposé sur les Conventions de La Haye relatives aux enfants en Jamaïque et j'ai entendu le proverbe local : « Quand les éléphants se battent, c'est l'herbe qui souffre ». De même, lorsque les parents n'agissent pas conformément à leurs promesses ou à leurs attentes, c'est généralement l'enfant qui souffre le premier et le plus. C'est pourquoi les juges qui statuent sur les demandes de retour fondées sur la Convention de La Haye doivent rédiger les conditions avec soin, de manière traditionnelle, et de manière à ce qu'elles soient exécutoires.

Les conditions au retour sont le plus souvent satisfaites lorsque les parents ont été tenus de se préparer à l'issue de la demande fondée sur la Convention de La Haye. Les conséquences se limitent au retour de l'enfant ou au refus de retour de l'enfant. La préparation de l'issue des procédures est facilitée par :

- l'articulation précoce par le parent ayant soustrait l'enfant des conditions recherchées par ce parent en cas de retour de l'enfant,
- la médiation spécialisée dans les cas relevant de la convention de La Haye.

Si l'Autorité centrale de l'État poursuit la demande de retour, elle facilitera l'engagement du parent délaissé dans une médiation spécialisée avec le parent ayant emmené l'enfant en même temps que la demande de retour et ne fera pas obstacle à une résolution du litige entre les parents et l'avocat qui représente l'intérêt de l'enfant.

La coordination entre les tribunaux des deux États par le biais de communications judiciaires directes est d'une aide considérable pour garantir le caractère exécutoire des conditions relatives aux modalités applicables à l'exercice de l'autorité parentale dès le retour de l'enfant. Bien entendu, les questions relatives à l'exercice de l'autorité parentale doivent être résolues dans l'État de résidence habituelle, mais l'enfant est susceptible d'être le plus vulnérable dans les jours ou quelques semaines après le retour et avant que le tribunal de l'État d'origine ne soit saisi de l'affaire et que le parent ayant enlevé l'enfant ait eu la possibilité de préparer adéquatement sa défense. La condition au retour la plus courante concerne le paiement des billets d'avion pour le retour de l'enfant et du parent qui l'accompagne. La deuxième série de conditions la plus courante concerne le fait que l'enfant ne soit pas retiré du

parent qui l'emmène à l'aéroport, où il vivra et ira à l'école, et la fréquence à laquelle le parent délaissé aura un droit de visite à l'égard de l'enfant qu'il a quitté au cours de la période précédant la première procédure judiciaire dans l'État d'origine. Ces modalités exigent l'abstention de la part des parents, en particulier des parents délaissés, mais il est généralement dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'assurer des modalités prévisibles et stables à l'enfant immédiatement après son retour.

L'imposition de conditions au retour peut éviter à l'État requis d'avoir à examiner les allégations et à les réfuter en mettant en œuvre des mesures préventives qui atténuent le préjudice allégué à l'enfant. La Baronne Hale et Lord Wilson, rendant l'arrêt de la Cour suprême dans *Re E (Children) (FC)*¹⁰, ont fait l'observation suivante concernant les conditions au retour en cas de risque grave (article 13(b)) :

« Il y a évidemment un conflit entre l'incapacité du tribunal à résoudre les litiges factuels entre les parties et les risques auxquels l'enfant sera confronté si les allégations sont vraies, [cependant] il existe une solution raisonnable et pragmatique. Lorsque des allégations de violence familiale sont formulées, le tribunal devrait d'abord se demander si, si elles sont fondées, il y aurait un risque grave que l'enfant soit exposé à un préjudice physique ou psychologique ou placé dans une situation intolérable. Si tel est le cas, le tribunal doit alors se demander comment l'enfant peut être protégé contre ce risque. Les mesures de protection appropriées et leur efficacité varieront évidemment d'un cas à l'autre et d'un État à l'autre. C'est là que les dispositions relatives à la coopération internationale entre les juges de liaison sont si utiles. En l'absence de telles mesures de protection, le tribunal n'aura peut-être pas d'autre choix que de faire de son mieux pour résoudre les questions litigieuses. » [Traduction du Bureau Permanent]

Au sens entendu ci-dessus, j'interprète les « mesures de protection » comme incluant, mais sans s'y limiter, les mesures de protection prévues par la Convention Protection des enfants de 1996. Par conséquent, une mesure de protection peut être une décision d'urgence conformément à l'article 11 de la Convention Protection des enfants de 1996, mais cela concerne également les mesures n'impliquant pas d'étapes comme par exemple le paiement d'une somme d'argent (billets d'avion ou loyer) avant le retour de l'enfant, ou l'engagement à suivre un traitement spécialisé après le retour de l'enfant.

En ce qui concerne l'imposition de conditions, il est reconnu que :

- Les conditions au retour doivent être simples.
- Les conditions doivent être remplies avant le retour de l'enfant et, en l'absence d'une autre décision du tribunal, l'enfant ne doit pas être renvoyé si les conditions ne sont pas remplies.

- Nous devons veiller à ce que le parent qui rentre chez lui n'obtienne pas des conditions qui ne peuvent être remplies, ce qui aurait pour conséquence qu'une décision de retour serait frustrée. Si une condition est irréalisable ou ne peut être remplie, elle ne devrait pas être imposée. Si l'objet de la condition est considéré comme impératif mais ne peut être atteint, quelle que soit la circonstance à laquelle on cherche à remédier, la condition peut donner lieu à l'une des cinq exceptions au retour.
- Les conditions au retour qui sont trop onéreuses pour être remplies ne doivent jamais être utilisées comme un moyen détourné de faire échec à une demande de retour. Il s'agit là d'une utilisation sans principes du pouvoir judiciaire discrétionnaire qui créera de l'incertitude, tant pour l'enfant que pour les adultes. Cela empêchera l'enfant de renouer avec le parent délaissé et d'autres éléments dans son État d'origine. Par conséquent, le tribunal devrait s'assurer que les conditions sont réalisables avant de les établir ou prévoir des moyens de contrôle pour les parties s'il s'avère que les conditions ne sont pas réalisables. Si l'on cherche à modifier ces conditions, le tribunal devra décider si la condition était mécanique (et donc susceptible d'être modifiée) ou substantiel (non susceptible d'être modifiée).
- En particulier, il est préférable d'envoyer l'enfant rapidement après qu'une décision de retour a été rendue plutôt que de permettre aux parties, dans l'État requis, d'ergoter sur les questions qui peuvent être réglées par les tribunaux et les autorités de l'État d'origine après le retour. Cela comprendrait le paiement d'un billet d'avion aller-retour pour le parent ravisseur et l'enfant, ou la fourniture d'une modeste somme d'argent pour couvrir les besoins immédiats de logement et de nourriture au retour. Elle comprend également des ordonnances de protection personnelle ou des mesures de protection contre les violences familiales qui peuvent être imposées, mais qui peuvent ensuite être réexaminées sur la base d'un examen des éléments de preuve dans l'État d'origine, après le retour.
- Les conditions ne devraient pas avoir pour effet de placer le parent qui rentre chez lui dans une situation plus avantageuse que celle dont il bénéficiait avant l'enlèvement, à moins que cette amélioration ne fasse partie intégrante du traitement d'un risque grave perçu de préjudice ou d'une situation intolérable qui, si elle n'est pas modifiée, pourrait faire échec à une demande de retour.
- Il est très important que les conditions ne doivent pas usurper les fonctions habituelles des tribunaux ou des autorités de l'État de résidence régulière de l'enfant. Ceci est généralement observé en faisant en sorte que toutes les conditions ne s'appliquent que pour une courte période de temps.

Je ne saurais trop recommander les avantages d'une mé-

diation spécialisée dans les questions relevant de la Convention de La Haye. Elle ne retardera ni ne compromettra la procédure de retour. Elle donnera aux parents l'occasion de tenir compte du point de vue de l'enfant et de se préparer aux résultats. Certains États contractants évitent la médiation comme étant incompatible avec les principes « purs et simples » de La Haye. Toutefois, le Bureau Permanent de la HCCH soutient et a publié un guide sur la médiation, et des États expérimentés tels que le Royaume-Uni, les Pays-Bas et l'Allemagne considèrent que la médiation spécialisée relevant de la Convention de La Haye est tout à fait appropriée.

Le tribunal devrait indiquer clairement à chaque partie que sa position principale dans une affaire de retour n'est pas affaiblie par la formulation de plans d'urgence pour les dispositions qu'elle souhaiterait prendre si sa position principale sur la demande de retour fondée sur la Convention de La Haye échoue. Par exemple, le parent demandeur devrait envisager le droit de visite qu'il demanderait à l'avenir si le retour était refusé, et le défendeur devrait examiner comment le retour pourrait être facilité pour l'enfant, sans tenir compte de ce que le parent ne souhaite pas.

Il est essentiel que la personne qui accompagne le parent, ou l'avocat de l'enfant, énonce clairement les conditions qu'il souhaite obtenir, et que le parent demandeur réponde par écrit, au début de la procédure et avant toute médiation. Des éléments de preuve pertinents peuvent ensuite être produits et vérifiés par les parties dans le cadre de l'instruction de l'affaire. La formulation des conditions ne devrait pas être laissée en suspens avant que les éléments de preuve ne soient clos ou qu'une décision de retour n'ait été prise.

L'enlèvement international d'enfants par le père ou la mère est un processus dynamique qui a un impact énorme sur la vie d'un enfant. Il serait naïf de la part d'un juge de supposer que l'enfant peut simplement retourner à la vie qu'il avait avant d'être enlevé de l'État de résidence régulière. Des conditions bien réfléchies et exécutoires peuvent offrir à l'enfant une protection nécessaire contre les effets néfastes de son déplacement ou de son non-retour illicite dans l'État de sa résidence habituelle, et de son retour éventuel dans cet État en vertu de la Convention de 1980 sur l'enlèvement d'enfants.

- 1 Le juge en chef William Alstergren et moi-même sommes désignés au Réseau international de juges de La Haye pour l'Australie. Ces opinions sont les miennes et ne coïncident pas nécessairement avec celles d'autres juges du tribunal des affaires familiales de l'Australie et ne représentent pas non plus la façon dont je trancherais une affaire après avoir entendu la preuve et avec l'avantage de l'argument juridique.
- 2 En Australie-Occidentale, les affaires sont jugées par le

- tribunal des affaires familiales de l'Australie occidentale.
- 3 Le tribunal des affaires familiales de l'Australie est une cour supérieure d'archives. Le tribunal de première instance est la Cour d'appel fédérale d'Australie, qui se trouve au niveau du district ou du comté, et qui tranche environ 85 % des affaires relevant du droit de la famille en Australie.
 - 4 Le nombre de juges commissionnés peut varier selon le moment où les juges qui prennent leur retraite sont remplacés.
 - 5 Notre cour suprême est la Haute Cour de l'Australie, à laquelle un droit d'appel final n'est accordé qu'avec autorisation.
 - 6 Voir *LK & Director-General, Department of Community Services (2009) 237 CLR 582* ; *P v. Secretary for Justice [2007] NZLR 40* ; *A v. A and Another (Children: Habitual Residence) (Reunite International Child Abduction Centre and Others Intervening) [2013] UKSC 60* ; *Re B (A Child) [2016] UKSC 4*.
 - 7 Voir Directeur général, ministère des Services communautaires et représentant en matière de M & C et d'enfants (1998) FLC 92-829
 - 8 Voir *De L v. Director General Department of Community Services NSW [1996] HCA 5* ; *Re M (République d'Irlande) (Child's Objections) (Joinder of Children to Appeal) [2015] EWCA Civ 26* ; *Re T (Abduction : Child's Objections to Return) [2000] 2 FLR 192*.
 - 9 Voir *DP v. Commonwealth Central Authority; JLM v. Director-General NZW Department of Community Services (2001) 180 ALR 402* ; [2001] HCA 39 ; *Re D (A Child) (Abduction : Rights of custody) [2006] UKHL 51* ; *Re E (Children) (FC) [2011] UKSC 27* ; [2011] UKSC 27

11. Conférence des juges du réseau des Conventions de La Haye célébrant le 20^e anniversaire du réseau international de juges de La Haye. (Miami, Floride, États-Unis d'Amérique, du 24 au 26 octobre 2018) Conclusions et Recommandations

Du 24 au 26 octobre 2018, des juges d'Afrique du Sud, d'Allemagne, d'Argentine, d'Australie, des Bahamas, de Belgique, du Brésil, du Canada, de Colombie, d'El Salvador, d'Équateur, d'Espagne, des États-Unis d'Amérique, des Îles Caïmans, du Guatemala, de Guyane, du Japon, du Mexique, de Norvège, de Nouvelle-Zélande, du Pakistan, du Panama, des Pays-Bas, du Portugal, de République dominicaine, de Roumanie, du Royaume-Uni (Angleterre, pays de Galles et Écosse), de Singapour, de Suisse et du Venezuela, ainsi que des experts de l'Autorité centrale des États-Unis d'Amérique, de *Reunite*, de la pratique privée et du Bureau Permanent de la HCCH, se sont réunis au sein de la *Florida International University* (Miami), pour discuter du Réseau international de juges de La Haye (« RIJH »), des communications judiciaires directes en matière de droit international de la famille et du fonctionnement de la *Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* (ci-après, la « Convention

de 1980 ») dans une perspective judiciaire.

Les discussions ont également porté sur d'autres Conventions de La Haye relatives aux enfants, à savoir la *Convention 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 Protection des enfants de 1996 ») et la *Convention du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille* (ci-après, la « Convention Recouvrement des aliments de 2007 »).

CONSIDÉRANT QUE la réunion du RIJH reconnaît la contribution extraordinaire de feu Madame la juge Robyn Mogglove Diamond au RIJH, ainsi que ses efforts indéfectibles au service du droit international de la famille.

La conférence a adopté les Conclusions et Recommandations suivantes :

Le RIJH et le recours aux communications judiciaires directes

1. La conférence se félicite de l'expansion du RIJH, qui compte désormais 133 juges dans 84 États. Notamment sur le continent américain, tous les États et territoires sont maintenant couverts par le RIJH, à l'exception de la Bolivie, de Cuba, d'Haïti et des Îles Turques et Caïques.

2. La conférence insiste sur la valeur ajoutée établie du RIJH et des communications judiciaires directes dans les affaires d'enlèvements internationaux d'enfants.

3. La conférence appelle les États qui n'ont pas encore nommé de juges au sein du RIJH, qu'ils soient ou non Parties à la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 ou à la Convention Protection des enfants de 1996, à le faire immédiatement.

4. La conférence encourage les membres actuels du RIJH et le Bureau Permanent de la HCCH à travailler main dans la main afin de susciter de nouvelles nominations au sein du réseau.

5. La conférence encourage les membres du RIJH des États parties à la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 à s'associer avec un juge d'un État partie qui n'a pas encore désigné de juge au sein du RIJH (en particulier, en cas de liens étroits), afin d'encourager une telle nomination.

6. La conférence rappelle que les juges désignés au sein du RIJH doivent être des juges du siège disposant de l'autorité et de l'expérience présente dans le domaine du droit international de la famille.

7. La conférence reconnaît les réalisations du Bureau régional pour l'Amérique latine et les Caraïbes de la Con-

férence et du Bureau régional pour l'Asie et le Pacifique qui ont facilité l'expansion du RIJH.

Aperçu du fonctionnement de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 à l'échelle mondiale et régionale (thème 1)

8. Depuis la dernière réunion du RIJH, qui s'est tenue du 11 au 13 novembre 2015 à Hong Kong (Région administrative spéciale, Chine), la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 a attiré six Parties contractantes (à savoir les Philippines (2016), la Bolivie (2016), le Pakistan (2017), la Jamaïque (2017), la Tunisie (2017) et Cuba (2018)). En outre, depuis sa dernière réunion, le RIJH a accueilli 33 membres supplémentaires et neuf nouveaux États membres.

9. Les participants à la conférence ont pris note des résultats de l'enquête statistique de Nigel Lowe et de Victoria Stephens de 2015, qui montrent que les demandes sont généralement réglées plus rapidement que dans l'enquête de 2008. Le délai moyen pour parvenir à une décision de retour judiciaire était de 158 jours (contre 166 jours en 2008), et un refus judiciaire prenait en moyenne 245 jours (contre 286 jours en 2008). Pour les demandes donnant lieu à un retour volontaire, le délai moyen était de 108 jours, contre 121 jours en 2008. Étant donné qu'il existe toujours un sérieux problème de retards, la conférence reconnaît que des améliorations sont encore nécessaires (voir les C&R Nos 16 à 18 ci-dessous).

Promouvoir les communications judiciaires directes et le partage d'expériences pour vérifier le droit étranger (art. 14), déterminer le déplacement illicite (art. 15) et organiser le retour de l'enfant en toute sécurité (thème 2)

10. La conférence reconnaît que le champ d'application des communications judiciaires directes peut être large et pas nécessairement limité à la Convention Enlèvement d'enfants de 1980.

11. Sur la base de l'expérience de plusieurs juges du Réseau, la conférence reconnaît les avantages de l'utilisation des communications judiciaires directes pour vérifier le droit étranger afin de prendre rapidement des décisions sur le déplacement ou le non-retour illicite, ainsi que pour explorer la mise en œuvre possible de dispositions ou de mesures de protection qui pourraient être nécessaires pour assurer le retour de l'enfant en toute sécurité.

12. Dans la mesure du possible, et afin d'éviter des retards dans la procédure, la conférence suggère aux juges de recourir à l'article 14 au lieu de l'article 15 pour déterminer si le déplacement ou le non-retour était illicite.

13. La conférence souligne l'importance pour les membres du RIJH de faire de leur mieux pour répondre rapidement aux demandes de communications judiciaires directes.

Lorsque le juge saisi prévoit un retard dans la réponse, il doit à tout le moins accuser réception de la demande et indiquer à quel moment une réponse sera fournie.

14. La conférence fait état de la possibilité, pour les organismes de formation judiciaire et d'autres organismes dans chaque État, de promouvoir le recours aux communications judiciaires directes et de sensibiliser et de former les juges, praticiens et autres acteurs du système concernant les Conventions de La Haye relatives aux enfants et au RIJH. L'objectif est de développer l'expertise et d'encourager la confiance mutuelle.

15. La conférence se dit consciente des avantages :

- de rapporter de la jurisprudence eu égard aux communications judiciaires directes aux fins d'adjonction dans la base de données INCADAT (Base de données sur l'enlèvement international d'enfants, à l'adresse : < www.incadat.com >);
- d'identifier suivi des expériences des communications judiciaires directes sur la future section spécialisée du site web de la HCCH dédiée au RIJH et dans *La Lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant*.

Éviter les retards : Révision des procédures internes applicables aux affaires d'enlèvement d'enfants, dans les phases administratives, judiciaires et d'exécution (thème 3)

16. La conférence constate que plusieurs États et territoires ont élaboré des lignes directrices et / ou des procédures spéciales qui prévoient des délais stricts tant en première instance qu'en appel et qui ont permis de réduire considérablement les délais de jugement des affaires relevant de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980.

17. La conférence encourage les juges à revoir les procédures judiciaires internes applicables aux affaires d'enlèvement d'enfants (y compris, le cas échéant, aux phases d'exécution) afin d'identifier les sources possibles de retard et de mettre en œuvre les ajustements nécessaires pour réduire les délais conformément aux articles 2 et 11 de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980. En particulier, les juges devraient se demander si la concentration de la compétence, si possible, aidera à résoudre les affaires d'enlèvement d'enfants dans leur État et territoire et, le cas échéant, à promouvoir cette compétence comme il convient.

18. La conférence reconnaît l'importance d'être créatif et flexible afin de faciliter l'accès des parents à la procédure, notamment en ce qui concerne le calendrier des audiences et l'acceptation de l'utilisation de moyens de communication audio-vidéo sécurisés lorsqu'un parent ne peut pas comparaître en personne devant le tribunal.

Coopération entre les juges du Réseau de La Haye et entre les juges du Réseau de La Haye et les Autorités centrales - Échange d'expériences (thème 4)

19. La conférence se félicite de la coopération croissante au sein des États entre le(s) membre(s) du RIJH et les Autorités centrales compétentes qui a permis de renforcer le fonctionnement des Conventions de 1980 et 1996.

20. La conférence relève que de nombreux membres du RIJH ont développé d'excellentes relations de travail avec leurs Autorités centrales. Certains se réunissent régulièrement afin de discuter du fonctionnement de la Convention, des formations et de la mise en œuvre des bonnes pratiques.

Médiation dans les affaires relevant de la Convention de La Haye (thème 5)

21. La conférence se félicite du recours approprié à la médiation dans les affaires d'enlèvement international d'enfants. Des indications sur l'utilisation appropriée de la médiation figurent notamment dans le Guide de bonnes pratiques en matière de médiation.

22. La conférence prend note que certaines administrations ont fait état de résultats positifs en ce qui a trait à l'inclusion de la médiation dans la procédure judiciaire (médiation judiciaire). Les parties sont renvoyées à la médiation au début de la procédure d'une manière qui n'entraîne pas de retard dans la procédure. Dans ce contexte, la médiation facilite également la préparation des parents à l'issue de la procédure de retour.

23. Sous réserve des limites imposées par le droit interne, la conférence encourage l'utilisation de moyens technologiques modernes afin de permettre la médiation à distance, le cas échéant, lorsque la médiation en personne n'est pas possible.

Rapport sur le dernier projet de recherche des Professeurs Marilyn Freeman et Nicola Taylor sur « La voix de l'enfant » - Tome XXII de La Lettre des juges (thème 6)

24. La conférence se félicite du dernier projet de recherche des Professeurs Marilyn Freeman et Nicola Taylor sur la voix de l'enfant en relation avec l'article 13(2) de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, et se félicite de l'extension possible du projet de recherche à la voix de l'enfant en général dans le cadre des Conventions Enlèvement d'enfants de 1980 et Protection des enfants de 1996, y compris la médiation dans le cadre desdites Conventions.

25. La conférence reconnaît qu'il existe dans tous les États et territoires un large éventail d'approches et de méthodes pour connaître le point de vue de l'enfant. Certains États et

territoires ont élaboré des lignes directrices sur l'audition des enfants.

26. La conférence prend note que dans certains États et territoires, la voix de l'enfant est considérée comme une preuve alors que ce n'est pas le cas dans d'autres États et territoires.

27. La conférence souligne en outre que la personne qui entend l'enfant, qu'il s'agisse d'un juge ou d'un autre professionnel, dans une affaire relevant de la Convention de La Haye devrait recevoir une formation adéquate. Les psychologues ou autres professionnels qui entendent les enfants devraient également recevoir une formation sur la Convention Enlèvement d'enfants de 1980.

Projet de Guide de bonnes pratiques sur l'article 13(1)(b) (thème 7)

28. La conférence se félicite des progrès réalisés dans l'élaboration d'un projet de Guide de bonnes pratiques sur l'article 13(1)(b).

Stratégies pratiques de mise en œuvre de la Convention et d'exécution des décisions judiciaires (thème 8)

29. La conférence reconnaît qu'il est important que les décisions de retour soient rédigées de manière à pouvoir être exécutées rapidement et efficacement. En particulier, les décisions de retour devraient, dans la mesure du possible et de manière appropriée, inclure des détails concernant les personnes concernées et les mesures à prendre pour faciliter le retour en toute sécurité de l'enfant dans son État de résidence habituelle. Les Autorités centrales des deux États devraient également se coordonner, le cas échéant, pour faciliter le retour de l'enfant en toute sécurité.

30. Le cas échéant, la conférence encourage les juges à rétablir le contact entre le parent privé de l'enfant et l'enfant dès que possible au cours de la procédure.

31. La conférence relève que de nombreux membres du RIJH ont joué un rôle déterminant dans la mise en œuvre de changements de pratiques ou de procédures dans leur État et territoire, en vue d'assurer un fonctionnement efficace de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, et encourage tous les juges du Réseau de La Haye à envisager la nécessité éventuelle d'ajustements, en consultation avec leur Autorité centrale, le cas échéant, dans leurs États et territoires respectifs.

Le rôle du juge du réseau de La Haye dans le cadre de la Convention de 1996 et son interaction avec la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 dans les affaires de retour, de déplacement et de visite (y compris les mesures urgentes de protection et de reconnaissance préalable) (thème 9)

32. La conférence prend note des nombreux avantages et

de l'utilisation de la Convention Protection des enfants de 1996 par rapport à l'utilisation de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, y compris du rôle primordial joué par les autorités de l'État de résidence habituelle de l'enfant, des règles de compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution et de la coopération en matière d'organisation et d'exécution du droit de garde, de visite / contact, des mesures de protection d'urgence, d'aide éventuelle après retour et de déménagement.

33. Lorsqu'ils prennent des mesures de protection conformément à la Convention Protection des enfants de 1996 dans une affaire d'enlèvement d'enfants (par ex., pour faciliter le droit de visite provisoire ou assurer un retour en toute sécurité), les juges sont invités, de préférence par l'intermédiaire des Autorités centrales ou des membres du RIJH par le biais des communications judiciaires directes, à obtenir des informations sur les mesures de protection disponibles dans l'autre État afin d'assurer l'application effective de ces mesures.

La Lettre des juges et le développement d'outils informatiques de communication par le Bureau Permanent (thème 10)

34. La conférence souligne l'utilité de *La Lettre des juges*, en particulier lorsqu'elle est publiée selon une approche thématique. Tenant compte des Conclusions et Recommandations Nos 71 et 72 de la Septième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions de 1980 et 1996, la conférence soutient la poursuite de la publication de *La Lettre des juges*, sous réserve des ressources disponibles.

35. La conférence recommande la préparation d'une édition spéciale de *La Lettre des juges* (tome XXIII) afin de célébrer le 20^e anniversaire du RIJH et de *La Lettre des juges*.

36. La conférence invite les juges à faire part au Bureau Permanent tout sujet spécial relatif à la protection internationale des enfants en vue de futurs tomes de *La Lettre des juges*.

37. La conférence se félicite du développement futur d'une plate-forme sécurisée du RIJH sur le site web de la HCCH, financée par une contribution volontaire du ministère fédéral allemand de la Justice et de la Protection du consommateur.

38. La conférence invite les juges intéressés qui souhaiteraient participer au développement de la plate-forme sécurisée du RIJH à contacter le Bureau Permanent.

39. La conférence recommande que les membres du RIJH publient sur la future plate-forme sécurisée du RIJH du site web de la HCCH des informations relatives au droit international de la famille, telles que les prochaines con-

férences internationales et régionales importantes consacrées au droit international de la famille, les « Conclusions et Recommandations » subséquentes et autres documents ultérieurs. Dans la mesure du possible, ces ressources devraient être partagées avec les Autorités centrales afin de s'assurer que les États parties aux Conventions Enlèvement d'enfants de 1980 et Protection des enfants de 1996 soient informés des derniers développements et événements.

Poursuites pénales éventuelles contre le parent ayant emmené l'enfant et les personnes ayant facilité l'enlèvement : effets sur les cas d'enlèvement d'enfants et sur le retour en toute sécurité (thème 11)

40. La Conférence a pris note de la Conclusion et de la Recommandation No 1.8.4 de la Commission spéciale de 2006 sur le fonctionnement des Conventions de La Haye de 1980 et 1996 :

« La Commission spéciale réaffirme la Recommandation 5.2 adoptée lors de sa réunion de 2001 : « L'incidence de poursuites pénales pour enlèvement d'enfant sur la possibilité de procéder à son retour est une question qui devrait pouvoir être prise en considération par les autorités de poursuite, dans le cadre de leur pouvoir discrétionnaire d'initier, de suspendre ou d'abandonner des charges pénales. » La Commission spéciale souligne que les Autorités centrales devraient informer le parent privé de son enfant des conséquences de l'ouverture de poursuites pénales ainsi que de leurs éventuels effets négatifs sur le retour de l'enfant. En cas de retour volontaire de l'enfant dans le pays de sa résidence habituelle, les Autorités centrales devraient coopérer, dans la mesure permise par la législation nationale, afin d'abandonner les accusations portées à l'encontre du parent. Les Autorités centrales doivent aussi informer le parent demandeur des méthodes alternatives afin de régler le différend à l'amiable. »

Futures réunions des membres du RIJH

41. La conférence fait état de l'intérêt de la présente réunion et de son dénouement positif. Elle prend note de la volonté de convoquer des réunions des membres du RIJH et des fonctionnaires des Autorités centrales.

Remerciements

42. La conférence exprime ses sincères remerciements à :

- La Florida International University (FIU), la Florida Conference of Circuit Judges, The Mertz Law Group, Kluger Kaplan Silverman Katzen & Levine, P.L., Alan et Jayusia Bernstein, Deborah S. Chames, Miles & Stockbridge, Alan et Vivian Dimond, Peter Messitte et Judith et Julian Kreeger pour avoir financé cette conférence ;

- Brian Schriener, doyen de la Faculté de Communication, Architecture et des Arts de l'Université internationale de Floride (FIU) pour nous avoir accueilli et soutenu dans le cadre de cette conférence; et à
- Judith Kreeger et aux quatre membres du RIJH pour les États-Unis d'Amérique pour avoir organisé cette conférence.

Actualités du Bureau Permanent

1. Changement de responsabilité de portefeuille

Le Bureau Permanent annonce qu'à partir de novembre 2018, le Premier secrétaire Dr Gérardine Goh Escolar se voit principalement chargée, entre autres, de la *Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* et la *Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants*.

Le Premier secrétaire Philippe Lortie reste principalement chargé de la *Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes*, de la *Convention du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille* et du *Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires*, ainsi que du Réseau international des juges de La Haye, y compris les communications judiciaires directes et la Lettre des juges.

2. La plateforme sécurisée pour le RIJH en cours de développement

Grâce à une contribution volontaire du ministère fédéral allemand de la Justice et de la Protection des consommateurs, le Bureau Permanent a pu donner suite à la Conclusion et à la Recommandation No 74 de la Septième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions de Enlèvement d'enfants de 1980 et Protection des enfants de 1996 en ce qui concerne la création d'une plate-forme sécurisée permettant un dialogue et une communication protégés entre les membres du Réseau international des juges de La Haye (RIJH).

Le développement d'une plate-forme sécurisée dédiée répond à une demande de longue date du RIJH. Dès 2006, à l'occasion de la Cinquième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement des Conventions Enlèvement d'enfants de 1980 et Protection des enfants de 1996, le Bureau Permanent a été invité à étudier la possibilité de développer un système de communication sécurisé pour les membres du RIJH (voir Conclusion et Recommandation No 1.6.7 (f)). Par ailleurs, lors de la réunion mondiale du RIJH en 2015 à Hong Kong, le RIJH a accueilli favorablement, dans sa Conclusion et sa Recommandation No 24, le développement d'un outil de communication électronique sécurisé par le Bureau Permanent.

Le projet comprend deux phases, visant respectivement à développer une partie « publique » et une partie « privée »

de la plate-forme sécurisée. La création de la section « publique », qui est actuellement en cours, adopte une approche de type « forum », permettant aux seuls membres du RIJH de publier des informations générales pertinentes pour le travail du Réseau, de discuter de sujets spécifiques, de s'abonner à des fils de discussion et de recevoir des notifications. Il comportera également un annuaire avec les noms, les coordonnées et une photo des membres du Réseau. L'accès à la Plate-forme sécurisée sera sécurisé par un login individuel et un mot de passe. La Plate-forme est « publique » en ce sens que tout ce qui y est posté est accessible à tous les membres du RIJH mais à eux seuls.

La deuxième phase, l'élaboration de la section « privée », permettra aux membres de communiquer de façon bilatérale et sécurisée entre eux afin de discuter d'informations confidentielles, par exemple sur une affaire spécifique d'enlèvement international d'enfants. Le contenu d'une communication bilatérale ne sera accessible qu'aux deux juges concernés par cette communication. Le développement de cette phase du projet est toujours sujet à l'obtention de fonds supplémentaires.