

La Lettre des juges

sur la protection internationale de l'enfant

Dossier spécial

La Voix de l'enfant - 15 ans après

Publication de la Conférence de La Haye de droit international privé

www.hcch.net

Avant-propos

La Voix de l'enfant – 15 ans après

Le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé (ci-après, « Conférence de La Haye ») est heureux de publier le tome XXII de *La Lettre des juges* avec un dossier spécial consacré à « La voix de l'enfant – 15 ans après » en collaboration avec le Professeur Marilyn Freeman de l'Université de Westminster (Londres, Angleterre) et le Professeur agrégé Nicola Taylor de l'Université d'Otago (Dunedin, Nouvelle-Zélande), dans le cadre de leur bourse de recherche de l'Académie britannique portant 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, « Convention de 1980 »).

Le Bureau Permanent s'est montré d'un grand soutien lorsqu'il a été sollicité par les Professeurs Marilyn Freeman et Nicola Taylor il y a un peu plus d'un an pour les aider à financer leur candidature à l'Académie britannique. Compte tenu des contributions très riches et de haute qualité faites par des universitaires, des juges, des avocats, des médiateurs, des psychologues, des travailleurs sociaux et d'autres professionnels travaillant dans ce domaine au cours des trois ateliers organisés à l'issue du projet (Auckland (les 8 et 9 février 2018), Gênes (les 8 et 9 mars 2018) et Londres (les 22 et 23 mars 2018)), il a été décidé de porter le résultat de ce travail à la connaissance de la communauté internationale d'experts dans ce domaine par le biais de cette publication. Cette dernière a plusieurs objectifs. Ce sera tout d'abord l'occasion de partager les bonnes pratiques dans un domaine où la Conférence de La Haye n'a pas encore publié de Guide de bonnes pratiques. De plus, elle donne des exemples de lignes directrices et de travaux normatifs relatifs à la voix de l'enfant. Ce sera également l'occasion de renforcer la confiance entre les différents acteurs internationaux dans 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. Cela est de la plus haute importance, en particulier en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution transfrontières de mesures de protection des enfants en vertu de 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, « Convention de 1996 »). En vertu de la Convention de 1996, la reconnaissance des mesures de protection peut être refusée « si la mesure a été prise, hors le cas d'urgence, dans le cadre d'une procédure judiciaire ou administrative, sans qu'ait été donnée à l'enfant la possibilité d'être entendu, en violation des principes fonda-

mentaux de procédure de l'État requis » (art. 23(2)(b)). Les juges et les praticiens devront connaître et respecter les différentes façons dont l'enfant peut être entendu, notamment dans le cadre de la médiation, en vue de ne pas déclencher inutilement l'application de l'exception fondée sur le refus.

Alors que le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies a formulé une Observation générale sur cette question¹, la Conférence de La Haye n'a réalisé que très peu de travail sur « l'opposition de l'enfant », à l'exception de la publication en 2003 de *La Lettre des juges* sur le sujet, ce qui explique le titre de ce dossier spécial « La voix de l'enfant – 15 ans après ». Le dossier spécial de *La Lettre des juges* de 2003 était consacré à « La voix de l'enfant » dans les affaires de protection internationale des enfants, qui est un sujet plus vaste que la portée du projet de l'Académie britannique car il inclut l'audition de l'enfant en toutes circonstances et comprend également les Conventions Enlèvement d'enfants de 1980 et Protection des enfants de 1996. En 2011, la Sixième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions de 1980 et de 1996 a adopté une Conclusion et Recommandation à ce sujet (ci-après, « C&R No 50 ») sur laquelle nous reviendrons plus tard.

À la fin des années 70, la Conférence de La Haye et le Conseil de l'Europe ont élaboré des dispositions novatrices s'agissant de la voix de l'enfant dans les travaux qui ont abouti à la Convention de La Haye de 1980 et à la Convention en matière de garde des enfants de 1980². Une grande partie des travaux menés à l'époque par la Conférence de La Haye s'inspirait du travail du Conseil de l'Europe et inversement. Neuf ans plus tard, la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (ci-après, « CNUDE ») a suivi avec l'article 12.

À la fin des années 70, 27 Membres de l'Organisation³ (83 Membres aujourd'hui) ont participé activement aux négociations de la Convention de 1980. Par conséquent, comme pour toutes les Conventions de La Haye, le texte élaboré reflétait certaines des tendances que l'on retrouve dans le droit interne des États présents autour de la table des négociations.

Le droit de la famille était en pleine mutation à la fin des années 70. L'enfant, qui auparavant était un objet de droit devenait un sujet de droit. Progressivement, l'âge de la majorité est passé de 21 à 18 ans. On pouvait lire dans la législation néerlandaise que dans les affaires concernant

le droit de garde des enfants, ceux de plus de 14 ans devraient avoir la possibilité d'être entendus sur les questions relatives à la garde. En outre, dans la version précédente de l'*Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act* (UCCJEA) des États-Unis d'Amérique (loi uniforme des États-Unis d'Amérique relative à la compétence et à l'exécution en matière de garde des enfants), les décisions concernant la garde des enfants devaient être prises en tenant compte de l'intérêt supérieur de ces derniers. Cependant, une loi adoptée aux États-Unis d'Amérique prévoyait que les enfants de moins de 14 ans ne devaient pas être consultés.

Cette évolution a conduit à l'inclusion de l'article 15 dans la Convention en matière de garde des enfants de 1980. Dans les affaires concernant le droit de garde des enfants, à l'exception des affaires liées au déplacement, la reconnaissance et l'exécution de décisions de garde peuvent être refusées « s'il est constaté qu'en raison de changements de circonstances incluant l'écoulement du temps mais excluant le seul changement de résidence de l'enfant à la suite d'un déplacement sans droit, les effets de la décision d'origine ne sont manifestement plus conformes à l'intérêt de l'enfant. »⁴ Avant de statuer, « l'autorité relevant de l'État requis doit prendre connaissance du point de vue de l'enfant, à moins qu'il n'y ait une impossibilité pratique, eu égard notamment à l'âge et à la capacité de discernement de celui-ci » conformément à l'article 15.

Dans ce contexte, lors de la négociation de la Convention de 1980, il a donc été tout naturel d'inclure une disposition concernant le point de vue de l'enfant dans le cadre de l'exception relative au retour de celui-ci. Toutefois, les discussions ont été très discordantes car l'on craignait qu'en se fondant uniquement sur le point de vue de l'enfant, une autorité judiciaire puisse, en statuant sur le non-retour d'un enfant, statuer en fait indirectement sur des questions relatives à la garde. L'article 13(2) de la Convention de 1980 est libellé comme suit : « L'autorité judiciaire ou administrative peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion. »

Cette disposition a été négociée en fonction de l'âge limite d'application de la Convention qui est de 16 ans. Cela s'explique par les objectifs mêmes de la Convention. Les négociateurs ont en effet reconnu qu'une personne de plus de 16 ans a en général une volonté propre qui pourra difficilement être ignorée, soit par l'un ou l'autre de ses parents, soit par une autorité judiciaire ou administrative⁵. Par conséquent, étant donné que certains enfants de moins de 16 ans peuvent atteindre un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de leur opinion, il s'est avéré important de prévoir une disposition qui permette d'éviter les retours forcés. L'article 13(2) a été considéré comme une échappatoire pour les adolescents matures.

Dans le Rapport explicatif sur la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, Elisa Pérez-Vera explique qu'« une disposition de ce genre était indispensable étant donné que le domaine d'application de la Convention *ratione personae* s'étend aux enfants jusqu'à leur seizième anniversaire; il faut avouer que serait difficilement acceptable le retour d'un enfant, par exemple de quinze ans, contre sa volonté. D'ailleurs, sur ce point précis, les efforts faits pour se mettre d'accord sur un âge minimum à partir duquel l'opinion de l'enfant pourrait être prise en considération ont échoué, tous les chiffres ayant un caractère artificiel, voire arbitraire ; il est apparu préférable de laisser l'application de cette clause à la sagesse des autorités compétentes. »⁶ Mme Pérez-Vera poursuit en expliquant qu'« en termes généraux, il convient d'insister sur le fait que les exceptions visées dans les deux articles en question ne sont pas d'application automatique, en ce sens qu'elles ne déterminent pas inévitablement le non-retour de l'enfant ; par contre, la nature même de ces exceptions est de donner aux juges la possibilité — non pas de leur imposer l'obligation — de refuser le retour dans certaines circonstances. »⁷

De nos jours, dans toute procédure concernant l'enfant, les autorités judiciaires et administratives sont également tenues d'appliquer l'article 12 de la CNUDE qui prévoit :

1. Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.
2. A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.

En outre, le principe de l'article 12 de la CNUDE a été intégré dans le 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. Par conséquent, les enfants devraient avoir la possibilité d'être entendus dans toute procédure de retour conformément à la Convention de 1980, et pas seulement dans les procédures se limitant à une exception en vertu de l'article 13(2). Il est important de noter que dans sa dernière décision sur la Convention de 1980, *Bureau de l'avocat des enfants c. Balev*⁸, la Cour suprême du Canada a indiqué qu'il n'y a pas de conflit entre la Convention de 1980 et la CNUDE, et en particulier entre l'article 13(2) de la Convention de 1980 et l'article 12 de la CNUDE⁹. En juin 2011, la Première partie de la Six-

ième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions de 1980 et 1996 a adopté sur cette question la C&R No 50, qui se lit comme suit :

« La Commission spéciale se félicite de l'appui considérable pour donner aux enfants, eu égard à leur âge et à leur degré de maturité, la possibilité d'être entendu dans le cadre des procédures de retour en vertu de la Convention de 1980, indépendamment de savoir si une défense est soulevée en vertu de l'article 13(2). La Commission spéciale prend note du fait que les États suivent des approches différentes dans leur droit interne quant à la manière dont les opinions de l'enfant peuvent être recueillies et introduites dans la procédure. La Commission spéciale souligne également l'importance de veiller à ce que la personne qui s'entretient avec l'enfant, que ce soit le juge, un expert indépendant ou toute autre personne, soit dotée, dans la mesure du possible, d'une formation appropriée à cette tâche. La Commission spéciale reconnaît la nécessité pour l'enfant d'être informé, de manière appropriée selon l'âge et la maturité de l'enfant, du processus en cours et des conséquences possibles. »

Il est rassurant de lire dans les contributions à ce tome de *La Lettre des juges* que sept ans après la Première partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale et 15 ans après la publication de *La Lettre des juges* sur « La voix de l'enfant », de nombreux États et territoires suivent et appliquent la C&R No 50 de juin 2011. Nous espérons que les contributions suivantes inciteront d'autres États et territoires à en faire de même. Nous espérons que vous partagerez le plaisir qui a été le nôtre en lisant ce tome de *La Lettre des juges* avec un dossier spécial consacré à « La voix de l'enfant – 15 ans après ». Nous vous souhaitons une bonne lecture et un bel été (hémisphère nord) ou un bel hiver (hémisphère sud).

Philippe Lortie
Premier secrétaire

Frédéric Breger
Collaborateur juridique

- 1 Voir Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, Observation générale No 12 (2009) : Le droit de l'enfant d'être entendu, 20 juillet 2009, CRC/C/GC/12, disponible à l'adresse suivante : <<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=4ffd3a532>>.
- 2 Conseil de l'Europe, Convention européenne du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants.
- 3 Argentine, Allemagne, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Danemark, États-Unis d'Amérique, Égypte, Espagne, Finlande, France, Grèce, Irlande, Israël, Italie, Japon,

Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Suriname, Suède, Suisse, Turquie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Venezuela.

- 4 Convention en matière de garde des enfants de 1980, art. 10(1)(b).
- 5 Presque 40 ans après, on pourrait imaginer que cet âge est de 14 ans.
- 6 Voir E. Pérez-Vera, « Rapport explicatif sur la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 », in Actes et documents de la Quatorzième session (1980), tome III, Enlèvement d'enfants, La Haye, Imprimerie Nationale, 1982 (« Rapport explicatif »), para. 30.
- 7 Rapport explicatif, *ibid.*, para. 113.
- 8 2018 SCC 16, disponible à l'adresse suivante : <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/17064/index.do>>.
- 9 Voir para. 34 de la décision sur le conflit avec la CNUDE et les para. 75 à 81, plus précisément en lien avec l'art. 13(2) de la Convention de 1980.

Table des matières

Dossier spécial

La Voix de l'enfant - 15 ans après

- 1 Résultats de l'opposition de l'enfant à son retour en vertu de la Convention de 1980, *Professeur agrégé Nicola Taylor & Professeur Marilyn Freeman* 8
- 2 Analyse statistique de l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant, *Nigel Lowe QC (Hon) & Victoria Stephens* 13

Atelier d'Auckland (8-9 février 2018)

- 3 La voix de l'enfant dans les affaires d'enlèvement international d'enfants - Les juges ont-ils des troubles de l'audition ? *Professor Mark Henaghan* 15
- 4 Qu'arrive-t-il aux enfants impliqués dans des conflits graves entre les parents ? Comment devrions-nous prendre en compte leur « voix » ? *Dr Sarah Calvert, Doctorat* 18
- 5 Une meilleure place pour l'enfant dans les procédures de retour en vertu de la Convention de 1980 - Une perspective australienne, *l'Honorable juge Bennett AO* 21
- 6 L'opinion de l'enfant dans la procédure de retour - Pratique des tribunaux japonais, *Juge Tomoko Sawamura* 26
- 7 Rôle des enfants dans les procédures relevant de la Convention de La Haye de 1980 - L'expérience de Singapour, *Juge Wong Sheng Kwai* 28

Atelier de Gênes (8-9 mars 2018)

- 8 L'audition judiciaire des enfants victimes d'enlèvement - Un point de vue comparé de trois pays, *Sara Lembrechts* 30
- 9 L'audition de l'enfant dans les procédures civiles en Italie - Règles et pratiques, *Marzia Ghigliazza & Sara Luzzati* 34
- 10 La voix de l'enfant dans les procédures relevant de la Convention de La Haye en Grèce, *Karolina Zoi Andriakopoulou & Maria Louiza Andriakopoulou* 37
- 11 Écouter la voix de l'enfant en Espagne, *Christopher Lee* 40

Atelier de Londres (22-23 mars 2018)

- 12 Point de vue de l'enfant dans les affaires d'enlèvement, *Baroness Hale of Richmond* 43
- 13 Prise en considération de l'opposition de l'enfant - Perspectives d'un juge sur sa pratique en Angleterre et au pays de Galles, *l'Honorable juge MacDonald* 49
- 14 Vers une approche fondée sur les droits de l'enfant pour juger les affaires fondées sur l'opposition de l'enfant, *Helen Stalford & Kathryn Hollingsworth* 54
- 15 La voix de l'enfant dans les procédures de retour fondées sur la Convention de La Haye de 1980 aux Pays-Bas, *Judge Annette Olland* 58
- 16 Le rôle des enfants dans les procédures fondées sur la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants - Perspectives de l'Écosse et des États-Unis d'Amérique, *Stephen J. Cullen & Kelly A. Powers* 60
- 17 Exceptions relatives à l'enfant et représentation en Afrique du Sud, *Zenobia Du Toit* 64

- 18 Faire valoir l'opposition des enfants - Réflexions d'un avocat français,
Véronique Chauveau 68

Discours de clôture par le très honorable Sir Matthew Thorpe, Londres, le 23 mars 2018 70

Conférence sur la protection internationale de l'enfant

- 1 Atelier HCCH-UNICEF sur « le rôle des Conventions de La Haye en matière de protection transfrontière des enfants en Asie du Sud, Katmandu, Népal (du 29 au 31 mai 2018) 72
- 2 Conférence internationale sur le droit de la famille organisée par *Expatriate Law* (Dubai, Émirats arabes unis) 74

Actualités

- 1 Troisième réunion du Groupe d'experts sur le projet Filiation / Maternité de substitution 76
- 2 Nouvelle brochure - 25 ans de protection des enfants dans le cadre de l'adoption internationale 77

Actualités du Réseau international de juges de La Haye

- Hommage à l'Honorable juge Robyn M. Diamond (1952-2018) 79
- Membres du RIJH 80

Dossier spécial

La Voix de l'enfant - 15 ans après

Les articles de ce Dossier spécial proviennent de contributions reçues de plusieurs orateurs qui ont participé aux différents ateliers organisés à Auckland, Gênes et Londres dans le cadre de la subvention de recherche de l'Académie britannique portant sur l'exception fondée sur l'« opposition de l'enfant » prévue à l'article 13(2) de la Convention de 1980.

1. Résultats de l'opposition de l'enfant à son retour en vertu de la Convention de 1980

Par le Professeur agrégé Nicola Taylor (Université d'Otago, Dunedin, Nouvelle-Zélande) **et le Professeur Marilyn Freeman** (Université de Westminster, Londres, Angleterre)

Introduction

La question des enfants s'opposant à leur retour dans le cadre de procédures en vertu de la Convention de 1980 est une question très controversée, notamment dans le domaine de la justice familiale au niveau international, car une décision de retour vers l'État de résidence habituelle dans de telles circonstances méconnaît l'opposition exprimée par l'enfant. Étant donné l'absence de données empiriques systématiques sur le recours à cette exception, nous avons été heureux de recevoir une subvention de recherche de l'Académie britannique pour mener, entre le 27 mars 2017 et le 26 mars 2018, un projet transfrontière et interdisciplinaire en Angleterre et au pays de Galles, ainsi qu'en Nouvelle-Zélande. Ce projet reposant sur plusieurs méthodes nous a permis d'étudier, à l'échelle mondiale, les tensions et défis inhérents au recours à l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant en vertu de l'article 13(2) de la Convention de 1980. Cet article décrit les divers aspects du projet qui ont consisté en une étude de la littérature internationale, une analyse de la jurisprudence en Nouvelle-Zélande, en Angleterre et au pays de Galles, une enquête mondiale en ligne, des entretiens avec des professionnels du droit de la famille et des membres de la famille (parents et enfants/jeunes enlevés), ainsi qu'en l'organisation d'ateliers d'experts à Auckland, Gênes et Londres. Nous sommes très heureux que 22 des experts invités à faire des présentations lors de ces trois ateliers en février/mars 2018 ont accepté de contribuer à ce tome de *La Lettre des juges*. Cette initiative permet à l'ensemble de la communauté internationale de l'enlèvement d'enfants de bénéficier des résultats du projet et de contribuer à l'avenir à la mise en œuvre d'un nouveau projet toujours en attente de financement. La portée de ce nouveau projet ne se limitera pas à la stricte question de l'opposition de l'enfant dans les affaires relevant de la Convention de 1980, mais traitera de la question plus large de sa participation et de son audition dans les affaires relevant des Conventions de La Haye de façon plus générale (par ex., la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, la Convention Protection des enfants de 1996, et les

autres Conventions de La Haye pertinentes). Il est donc prévu de créer un groupe de travail international interdisciplinaire afin de faire avancer les questions soulevées par notre projet.

L'exception fondée sur l'opposition de l'enfant à son retour

L'article 13(2) de la Convention de 1980 dispose qu'un tribunal saisi d'une demande peut refuser d'ordonner le retour lorsqu'un enfant enlevé s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de son opinion.

Il s'agit d'une disposition complexe étant donné que la Convention de 1980 ne fixe pas d'âge minimum à partir duquel elle s'applique, ni de lignes directrices quant à l'évaluation de la maturité de l'enfant. L'opposition doit être plus qu'une préférence ; l'enfant doit s'opposer à son retour dans l'État de résidence habituelle et non pas s'opposer à son retour chez le parent ayant été privé de lui – nonobstant le fait que le lieu et la personne peuvent être les mêmes dans l'esprit de l'enfant, en particulier si le parent ravisseur (le plus souvent maintenant la mère, qui a la responsabilité principale ou partagée) refuse de revenir avec lui. La Convention de 1980 ne donne aucune ligne directrice sur la manière dont l'opposition des enfants à leur retour doit être déterminée ou sur la manière dont ces derniers doivent être entendus. Même s'il est établi que l'enfant s'y oppose et qu'il a atteint un âge et un degré de maturité où il se révèle approprié de tenir compte de son opinion, il peut néanmoins être renvoyé dans l'État de sa résidence habituelle contre sa volonté, étant donné que le respect de ces critères crée simplement pour le tribunal un pouvoir discrétionnaire dont il doit ensuite faire usage pour statuer sur la question.

Cette approche est quelque peu contradictoire avec i) *la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant* (CNUDE) qui comprend le droit de l'enfant d'exprimer son opinion et d'être entendu en vertu de l'article 12; et ii) l'article 11(2) du Règlement Bruxelles II *bis* (Règlement (CE) No 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003) (inspiré de l'art. 12 de la CNUDE) qui fournit des orientations sur la manière dont certains aspects de la Convention de 1980 devraient être interprétés dans les États membres de l'Union européenne (à l'exception du Danemark). La proposition de refonte de Bruxelles II *bis* va plus loin que le Règlement actuel, et est plus conforme aux dispositions

de la CNUDE, dès lors que son article 20 dispose que les 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, que cette opinion soit dûment prise en compte eu égard à l'âge et au degré de maturité de l'enfant, et que les autorités étayent leurs considérations dans la décision. Par conséquent, les tensions et défis avérés relatifs à l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant incluent la nécessité de maintenir le juste équilibre entre, d'une part, le respect des droits individuels de l'enfant tels que nous les comprenons actuellement et, d'autre part, le maintien de l'intérêt collectif dans la prévention et la dissuasion des enlèvements.

Projet de recherche

Notre projet de recherche financé par l'Académie britannique comprenait les cinq éléments suivants :

Étude de la littérature (Taylor, Freeman et Stephens, 2018) : cette étude a porté sur les données factuelles probantes à l'échelle internationale portant sur l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant, dont des analyses statistiques, des publications de recherche et des ouvrages professionnels. Les principales questions abordées couvraient : l'origine et l'historique de l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant ; les pratiques des États en matière d'audition de l'enfant ; l'interprétation de l'exception ; l'âge et le degré de maturité de l'enfant ; l'influence induite ; l'exception dans le cadre des évolutions intervenues dans le domaine des droits de l'enfant, la CNUDE, le Règlement Bruxelles II *bis* et la refonte proposée ; le fonctionnement pratique de l'exception ; le mode de participation des enfants aux procédures relevant de la Convention de La Haye de 1980 et des suggestions de réforme.

Analyse de la jurisprudence (Freeman, Taylor et Wright, 2018) : les décisions de justice relatives au recours de l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant à son retour ont été analysées pour l'Angleterre et le pays de Galles depuis 1985, et pour la Nouvelle-Zélande de 1991 à 2017. Les similitudes et différences d'approche entre ces deux États et territoires ont également été mises en évidence.

Enquête mondiale en ligne auprès de professionnels du droit de la famille : 97 professionnels du droit de la famille de 32 États ont répondu à une enquête en ligne visant à évaluer le recours à l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant à l'échelle mondiale et les expériences qui en ont été faites : Afrique du Sud, Allemagne (11), Australie (5), Belgique, Brésil, Canada (8), Chili, Croatie, Danemark, Estonie (2), États-Unis d'Amérique (4), France, Hong Kong, Hongrie, Israël (2), Italie, Kenya, Lettonie (2), Liban, Lituanie, Luxembourg, Malte, Norvège, Nouvelle-Zélande (16), Pologne, Portugal (2), Russie, Suède (2), Suisse (3), Pays-Bas (3), Royaume-Uni (16), et Venezuela. Un peu plus de la moitié de l'échantillon était composé d'avocats (*barristers*

et solicitors) (50,5 %) et 22,7 % de juges. Quant aux autres fonctions, nous pouvons mentionner les chercheurs et les universitaires (9,3 %), les médiateurs (8,2 %), les psychologues, les gestionnaires et les administrateurs/greffiers (représentant chacun 4,1 %), les travailleurs sociaux (3,1 %) et les autres (16,5 %), comme par exemple les responsables de dossiers, les travailleurs caritatifs, les fonctionnaires, les juristes et les agents de médiation. Près d'un tiers de l'échantillon (28,9 %) concernait des travailleurs indépendants, 22,7 % des personnes exerçaient dans des cabinets d'avocats, 24,7 % dans un tribunal, 22,7 % au sein d'une Autorité centrale, 14,4 % dans un ministère / organisme gouvernemental, 9,3 % dans une université / établissement supérieur, 6,2 % dans une ONG, et 3,1 % dans le secteur non marchand ou une OIG. Un tiers de l'échantillon (33 %) a consacré entre 0 et 9 % de son temps de travail actuel à des affaires/questions d'enlèvement international d'enfants, 17,5 % ont consacré entre 10 et 19 % de leur temps de travail et 17,5 % entre 20 et 29 % de leur temps de travail. Six personnes interrogées (6,2 %) ont consacré entre 90 et 100 % de leur temps de travail à des affaires d'enlèvement. Les personnes interrogées avaient travaillé dans le domaine de l'enlèvement international d'enfants entre trois mois et quarante ans (en moyenne 11,7 ans ; s.d. 9,1 ans), dont 60 % d'entre elles comptaient entre cinq et vingt ans d'expérience.

Entretiens de recherche avec des professionnels du droit de la famille et des membres de la famille disposant d'une expérience en ce qui concerne l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant : des entretiens de recherche ont été menés avec huit professionnels du droit de la famille de Suisse (5), d'Israël (2) et d'Angleterre (1), ainsi qu'avec 13 membres de la famille ayant été impliqués dans des procédures relevant de la Convention de 1980. L'échantillon des membres de la famille comprenait 10 parents (neuf mères ayant emmené leur enfant ; un père ayant été privé de son enfant) et trois enfants / jeunes enlevés (de deux familles) âgés de 19, 15 et 8 ans. Cinq entretiens ont été menés en personne, sept par Skype et un par téléphone. Les membres de la famille ont été choisis par le biais de l'Association d'avocats en matière d'enlèvement d'enfants (*Child Abduction Lawyers' Association* - CALA - Royaume-Uni), de GlobalAARK (*Global Action on Relocation and Return with Kids*) et d'avocats indépendants qui ont accepté de transmettre les informations de la recherche à leurs clients qui ont ensuite directement contacté les chercheurs. Les États et territoires impliqués dans ces enlèvements étaient : Hongrie / Angleterre ; Nouvelle-Zélande / Angleterre (2) ; France / Angleterre ; États-Unis d'Amérique / Angleterre (2) ; Espagne / pays de Galles ; États-Unis d'Amérique / Écosse ; Australie / Nouvelle-Zélande ; et France / Israël.

Ateliers d'experts : nous avons organisé trois ateliers interdisciplinaires et transfrontières à Auckland (les 8 et 9 février 2018), Gênes (les 8 et 9 mars 2018) et Londres (les 22 et 23 mars 2018) à l'intention d'experts des 19 États

et territoires suivants : Afrique du Sud, Allemagne, Angleterre et pays de Galles, Australie, Belgique, Croatie, Écosse, Espagne, États-Unis d'Amérique, France, Grèce, Italie, Japon, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Pologne, République tchèque, Russie et Singapour. À l'origine, nous avions prévu d'organiser des événements régionaux de diffusion à Auckland, Gênes et Londres afin de faire connaître les conclusions préliminaires de notre projet dans la région Asie Pacifique, dans les diverses régions d'Europe et dans les États et territoires où nous avons les coordonnées d'experts susceptibles de vouloir y participer. Néanmoins, le niveau élevé d'intérêt suscité à l'échelle mondiale par notre projet en 2017 nous a conduits à reconnaître l'opportunité unique qu'offriraient des ateliers au lieu de simples événements de diffusion. C'est donc par le biais de ces trois ateliers que nous avons invité des experts de l'enlèvement à se réunir, afin de partager les conclusions préliminaires de nos recherches, de recueillir les précieux avis d'experts supplémentaires sur l'opposition des enfants et leur participation dans de nombreuses juridictions des États parties à la Convention de 1980, et enfin, en vue de déterminer et discuter d'autres questions pertinentes, notamment la meilleure manière de faire progresser cette importante recherche. Ces ateliers sont ainsi devenus partie intégrante du projet ; ils ont contribué à la richesse de la matière que ce projet a produite et ont permis à la réflexion internationale actuelle sur l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant et le rôle des enfants dans les procédures relevant de la Convention de 1980 d'être partagée à l'échelle mondiale dans ce tome de *La Lettre des juges*.

La conception des trois ateliers était identique en ce sens que chacun des ateliers a débuté par une présentation d'un expert international reconnu dans le domaine afin de dresser le contexte général de l'atelier du jour suivant. Nous avons également fait une présentation d'une heure sur les principales conclusions de notre projet intitulé « Résultats de l'opposition de l'enfant à son retour en vertu de la Convention de 1980 » lors de chaque atelier.

i) Auckland, les 8 et 9 février 2018

Ce premier atelier a réuni 39 délégués de cinq États et territoires : Angleterre & pays de Galles, Australie, Japon, Nouvelle-Zélande et Singapour. L'atelier était de nature interdisciplinaire du fait de la participation de juges, d'avocats, de juristes, d'universitaires, d'Autorités centrales, de psychologues, de représentants gouvernementaux, de rédacteurs de rapports, de médiateurs et de conseillers. Le Professeur Mark Henaghan, Doyen de la faculté de droit de l'Université d'Ottago (Nouvelle-Zélande), a ouvert l'atelier par une présentation intitulée « La voix de l'enfant dans les affaires d'enlèvement international d'enfants ? Les juges ont-ils des problèmes auditifs ? » (*The voice of the child in international child abduction cases - Do judges have a hearing problem?*). Il a principalement insisté sur le fait que nous devons agir en collaboration avec les enfants, et non sur

eux, dans le respect de la dignité de la personne faisant l'objet de la décision. Il a fait valoir que la Convention de 1980 est « en désaccord total avec le cadre juridique des droits de l'enfant ». Cette déclaration a été faite dans le contexte du soutien général qu'il a exprimé en faveur des accomplissements de la Convention et de la poursuite de son fonctionnement. La question était de savoir comment améliorer son fonctionnement. Le programme comprenait également des articles présentés par: Dr. Sarah Calvert, psychologue clinicienne et rédactrice de rapports d'expert, qui a parlé des enfants et des conflits parentaux très conflictuels, de l'éloignement, de l'aliénation, du déménagement, de l'enlèvement et des conflits enracinés ; l'Honorable juge Victoria Bennett, juge du Réseau de La Haye, juge aux affaires familiales australienne, et Caroline Smith, *Victoria Legal Aid*, qui ont discuté ensemble du rôle des enfants dans les procédures d'enlèvement international d'enfants. Le juge Wong Sheng Kwai, Tribunaux des affaires familiales à Singapour, et le juge Tomoko Sawamura, Directeur, Première Division, Bureau de la Famille, Secrétariat Général, Cour suprême du Japon, qui ont tous deux rejoint un panel de praticiens et de juges pour parler du rôle des enfants dans les procédures relevant de la Convention de La Haye de 1980, en collaboration avec le juge Lex de Jong de Nouvelle-Zélande et un avocat (*bar-rister*) d'Australie.

ii) Gênes, les 8 et 9 mars 2018

Ce deuxième atelier était également de nature très interdisciplinaire du fait de la participation de 31 universitaires, avocats, médiateurs, juges, chercheurs, psychologues et représentants gouvernementaux de 12 États et territoires : Angleterre & pays de Galles, Allemagne, Belgique, Croatie, Espagne, France, Grèce, Italie, Nouvelle-Zélande, Pologne, Pays-Bas et République tchèque. Le Professeur Thalia Kruger, de l'Université d'Anvers (Belgique), a ouvert l'atelier en présentant *La refonte de Bruxelles II bis : améliorer l'intérêt supérieur de l'enfant ?* Elle a souligné les modifications proposées pour le Règlement Bruxelles II bis qui est entré en vigueur dans tous les États membres de l'Union européenne, à l'exception du Danemark, depuis le 1er mars 2005. Bien qu'il ne soit pas certain que la refonte soit finalisée lorsque le Royaume-Uni quittera l'Union européenne en mars 2019, ce départ, s'il a lieu, sera source de défis pour les enfants enlevés qu'il faudra reconnaître et traiter. En effet, les enfants qui feront l'objet d'un enlèvement entre le Royaume-Uni et des États de l'Union européenne ne seront plus soumis à la réciprocité actuellement en vigueur entre ces États et territoires en vertu du présent Règlement. Nonobstant le maintien prévu des conditions du Règlement par le biais du *European Union (Withdrawal) Bill 2017-19*, le Royaume-Uni ne sera reconnu à ces fins qu'en tant qu'État tiers. Ces questions ont constitué d'importants points de réflexion pour les délégués invités. Le programme de l'atelier comprenait également des présentations : de Victoria Stephens sur les résultats de son étude statistique menée avec le Professeur Nigel

Lowe sur toutes les demandes de retour et de visite en 2015 en vertu de la Convention de 1980 ; de Sara Lembrechts, Université d'Anvers (Belgique), qui a parlé du projet d'analyse de la jurisprudence *Ewell* sur l'opposition des enfants ; et d'avocats italiens, grecs, anglais & gallois, espagnols et polonais qui ont participé au panel international de praticiens dédié à l'opposition des enfants et leur rôle dans les procédures engagées dans leurs États et territoires respectifs relatives à la Convention de 1980. Une table ronde italienne a permis à la juge Guiliana Tondina du Tribunal des mineurs de Gênes, à un avocat local ainsi qu'à un psychologue milanais de partager leurs travaux dans le cadre des enlèvements internationaux d'enfants.

iii) Londres, les 22 et 23 mars 2018

Le dernier atelier a débuté par une présentation très attendue de la Baronne Brenda Hale, Présidente de la Cour suprême du Royaume-Uni, sur *L'enlèvement d'enfants du point de vue de l'enfant*. La Baronne Hale a confirmé son soutien à la participation des enfants telle qu'énoncée dans les affaires *Re D* [2007] 1 AC 619 et *Re M and Another (Children) (Abduction: Rights of Custody)* [2008] AC 1288 et a posé la question de savoir comment y parvenir de la meilleure manière dans les procédures relevant de la Convention de La Haye. Les 67 participants invités qui ont assisté à la présentation et / ou à l'atelier venaient de 11 États et territoires : Afrique du Sud, Allemagne, Angleterre & pays de Galles, Écosse, États-Unis d'Amérique, France, Italie, Japon, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas et Russie. Cet atelier était également de nature interdisciplinaire du fait de la participation de juges, d'avocats, de médiateurs, d'organisations non gouvernementales, d'universitaires, de chercheurs, de psychologues, de représentants gouvernementaux et de responsables politiques. Le programme de l'atelier comprenait des articles : du juge MacDonald, Chef adjoint du droit international de la famille pour l'Angleterre & le pays de Galles, et de l'un de ses deux magistrats de liaison, qui se sont exprimés sur le point de vue du juge instruisant des affaires d'enlèvement d'enfants en Angleterre & au pays de Galles, et qui ont reconnu les défis non seulement pour le juge mais aussi pour l'enfant concerné ; de Philippe Lortie, Premier secrétaire, Bureau Permanent, Conférence de La Haye de droit international privé (Pays-Bas), dont l'article portait sur la voix de l'enfant (y compris son opposition) dans les procédures d'enlèvement d'enfants ; du Professeur Nigel Lowe, Université de Cardiff, qui a présenté les conclusions de l'analyse statistique de 2015 des demandes présentées en vertu de la Convention de 1980 ; du Professeur Helen Stalford, Faculté de droit de Liverpool, qui s'est penchée sur une analyse de la jurisprudence concernant l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant en vertu de la Convention de 1980 et de Bruxelles II *bis* ; d'Angela Adams, Responsable de la pratique au sein de l'équipe du CAF/CASS près la Haute Cour, qui a parlé de la pratique du CAF/CASS dans les affaires relevant de la Convention de 1980 ; et de la juge Annette Olland, juge de la famille du

Bureau de liaison, juge à la protection internationale des enfants, tribunal du district de La Haye et d'Annelies Hendriks, tutrice *ad litem*, qui ont parlé du système pilote aux Pays-Bas ayant recours à un tuteur *ad litem* dans les affaires d'enlèvement d'enfants. Le panel international de praticiens comprenait des avocats d'Angleterre & du pays de Galles, des États-Unis d'Amérique, d'Afrique du Sud et de France. M. Mathew Thorpe a fait part de quelques remarques finales pour conclure la série d'ateliers qui a connu un grand succès.

Principales conclusions du projet

Nous avons constaté un écart considérable dans les attitudes des professionnels du droit de la famille à l'égard de l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant, allant d'une minorité croyant que l'exception était utilisée à outrance à une majorité considérant qu'il était judicieux d'écouter les points de vue de l'enfant dans le cadre de cette exception. La Convention de 1980 étant fondée sur la volonté de protéger les enfants au niveau international contre les effets néfastes de leur enlèvement, les experts du dernier atelier se sont demandé si le retour d'un enfant contre son gré, conformément au respect de la Convention, pouvait être considéré comme le protéger d'un préjudice. Ils ont également discuté de la sensibilisation des enfants à cette exception étant donné que les familles ignorent souvent qu'un enfant enlevé peut faire appel à son propre avocat ou faire entendre sa voix. Il a été préconisé de publier des informations adaptées aux enfants sur le fonctionnement du système, ainsi que de fournir des conseils et un soutien spécialisé pour aider les enfants à mieux faire face à ce genre de situation. Dans la pratique, il a été observé que l'approche restrictive de la représentation séparée en Angleterre & au pays de Galles pouvait aboutir à des demandes de représentation séparées de dernière minute au stade de l'appel ou de l'exécution. Il s'agit d'une grande source d'angoisse et de tension pour toutes les personnes concernées, et il a été suggéré qu'il serait préférable que les enfants soient représentés séparément dès le début, comme c'est le cas dans certains autres États et territoires.

Nous avons également constaté que les pratiques des États contractants en ce qui concerne l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant varie considérablement selon les lois et procédures internes. Ces pratiques comprennent parfois le recours à des experts / intermédiaires indépendants entre l'enfant et le tribunal, la représentation juridique distincte des enfants, la participation des enfants en tant que parties à la procédure, des entretiens judiciaires avec des enfants. L'une de nos conclusions les plus frappantes concerne le large éventail d'experts intervenant auprès de l'enfant ou de la famille afin de les informer sur la procédure juridique lorsque l'opposition d'un enfant est soulevée - 17 types différents d'experts ont été recensés dans notre enquête mondiale, notamment des psychologues, des consultants familiaux, des conseillers, des travailleurs sociaux, des tuteurs *ad litem*, des responsables

de l'enfance, des responsables de la protection des enfants et des travailleurs des services à la jeunesse. Bien que les rapports en sciences sociales aient été jugés très utiles pour aider les parties à comprendre ou faire entendre le point de vue de leur enfant par une personne indépendante ainsi que pour aider les parents à s'entendre sur des dispositions adéquates à prendre lorsqu'un enfant doit rentrer chez lui, la différence de qualité de ces rapports en ce qui concerne les cas d'enlèvement a particulièrement inquiété certaines personnes interrogées pendant l'enquête. Elles ont insisté sur le fait qu'il convient que quiconque parle à l'enfant soit spécialement formé afin d'évaluer l'opposition de celui-ci. Des préoccupations spécifiques ont également été soulevées au sujet des enfants qui sont timides et manquent de confiance en eux ou montrent des difficultés d'apprentissage ou autres, et de leur besoin d'être interrogés par une personne compétente. Dans certains États et territoires, les juges n'ont bénéficié d'aucune formation pour entendre les enfants et il n'était pas certain que l'objectif d'un entretien judiciaire avec l'enfant était de fournir des éléments de preuve pour l'audience ultérieure. Les enfants peuvent probablement penser qu'ils voient le juge pour exprimer leur point de vue directement à celui à qui il reviendra de prendre la décision, cependant, le juge pourra se sentir limité quant à l'utilisation qu'il pourra faire de ce qu'il aura observé et entendu de l'enfant.

Les mères ayant emmené ou retenu leur(s) enfant(s) que nous avons interrogées ont estimé qu'il conviendrait de tenir davantage compte du point de vue des enfants, lesquels devraient disposer de leur propre avocat et être parties à la procédure car les parents voient leur affaire selon leur propre point de vue. Elles ont souligné l'importance que jouent les enfants dans la conduite de la procédure eu égard au manque d'objectivité des parents dans ces circonstances. Les mères ont également suggéré la présence d'une personne lorsque le psychologue ou un autre expert s'entretient avec l'enfant, la mise à disposition d'un procès-verbal, ou la mise en place d'une autre façon afin de savoir ce qui s'est passé et ce en vue de protéger l'enfant et de s'assurer que ses dires ont été bien compris. Les enfants que nous avons interrogés étaient heureux de pouvoir parler au juge sans être interrompus et d'utiliser leur propre voix plutôt que de laisser quelqu'un d'autre transmettre ce qu'ils avaient dit. Ils ont estimé que les professionnels devaient comprendre que les enfants ont leur propre point de vue et opinions et qu'il n'est pas normal qu'on leur accorde moins d'importance parce que ce sont des enfants qui les expriment. Ils ont clairement expliqué comment les tribunaux devraient comprendre que les procédures relevant de la Convention de La Haye de 1980 sont un moment déterminant dans la vie d'un enfant.

Conclusions et perspectives d'avenir

Le projet, bien que centré sur l'Angleterre et le pays de Galles et la Nouvelle-Zélande, a fait appel à un éventail

très varié de professionnels du droit de la famille et à un plus petit nombre de membres de la famille :

- 97 professionnels du droit de la famille de 32 États ont répondu à l'enquête mondiale en ligne ;
- 137 experts de 19 États et territoires ont participé aux trois ateliers d'experts ;
- huit professionnels du droit de la famille de Suisse, d'Israël et d'Angleterre ont participé à un entretien de recherche, ainsi que 13 membres de la famille (10 parents et trois enfants/jeunes enlevés) qui avaient été impliqués dans une procédure relevant de la Convention de 1980.

En utilisant une approche reposant sur plusieurs méthodes, le projet a recueilli des informations clés à partir de publications de recherche et de jurisprudences anglaises et néo-zélandaises sur les réflexions actuelles concernant l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant à son retour ainsi que sur son utilisation. De plus, l'enquête mondiale en ligne et les entretiens de recherche avec des professionnels du droit de la famille et des membres de la famille ont fourni de nouvelles conclusions sur l'exception n'ayant pas fait l'objet d'études antérieures. Le projet a permis d'identifier d'importantes divergences dans la pratique participative de l'enfant entre les États contractants, ce qui a conduit à notre recommandation qu'une plus grande attention soit accordée à la manière la plus appropriée de prendre en compte l'article 12 de la CNUDE de 1989 au sein de la Convention de 1980.

Nous recommandons également que le mot « cette » soit supprimé du libellé de l'article 13(2) de la Convention de 1980 afin que la dignité de l'enfant soit dûment respectée. Cela conduirait à la reformulation suivante :

L'autorité judiciaire ou administrative peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de **son** opinion. (gras ajouté)

Les participants se sont montrés très favorables à l'idée de donner aux enfants la possibilité d'être entendus dans les procédures d'enlèvement, les travaux futurs devant être axés sur la manière dont l'enfant est entendu, quand et par qui. Les participants aux ateliers d'Auckland, de Gênes et de Londres ont convenu à l'unanimité qu'un Groupe de travail international (GTI) devrait être créé pour élargir la portée du projet actuel et ne pas se limiter à la question étroite de l'opposition des enfants dans les affaires relevant de la Convention de 1980 mais de traiter de la question plus large de la voix et du rôle des enfants dans les affaires relevant de la Convention de La Haye de façon plus générale (par ex., les Conventions de 1980 et 1996). Nous nous interrogeons actuellement sur la création du GTI et sur la meilleure façon de financer ses réunions et ses travaux. Sa composition sera essentielle pour refléter véritablement les différents États contractants ainsi que

l'expertise interdisciplinaire requise. Il est probable que la première réunion ait lieu à Londres le 2 juillet 2019, juste avant la 4^e Conférence de l'ICFLPP (du 3 au 5 juillet), au cours de laquelle de nombreuses personnalités internationales emblématiques seront en Angleterre. Le GTI ne fonctionnera pas sous l'égide du Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé bien que celui-ci ait évidemment été invité à contribuer à ses travaux. Pour encourager les bonnes pratiques au sein des États parties, le GTI considérera l'élaboration, par exemple, de lignes directrices, d'orientations, de normes ou d'orientations pratiques.

Bien qu'il y ait eu un mouvement important en faveur d'une plus grande reconnaissance du droit des enfants à participer aux décisions affectant leur vie, cela a été plus lent à se réaliser en pratique dans le cadre du fonctionnement de la Convention de 1980 au niveau mondial. Notre projet a conduit à un début de consensus international selon lequel la voix et le rôle des enfants dans les procédures relevant de la Convention de 1980, ainsi que la diversité des pratiques entre les États et territoires, méritent un examen plus approfondi. La réalisation des droits de participation des enfants dans ce domaine, tout en préservant les principes de la Convention de 1980, sera au cœur des futurs travaux du GTI.

2. Analyse statistique de l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant

Par Nigel Lowe QC (Hon) (Professeur émérite à la Faculté de droit de l'Université de Cardiff) et Victoria Stephens (Consultante indépendante pour la recherche, Lyon (France))

Introduction et contexte

Comme mentionné dans l'édition hiver-printemps 2018 de *La Lettre des juges* (« L'analyse statistique de 2015 », t. XXI, p.6), les auteurs du présent article ont mené à bien, en consultation avec le Bureau Permanent et l'*International Centre for Missing and Exploited Children* (ICMEC), une quatrième analyse statistique concernant le fonctionnement de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* (ci-après, la « Convention Enlèvement d'enfants de 1980 »). Cet article se concentre sur l'application de l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant à l'obligation faite aux tribunaux d'ordonner son retour en cas de déplacement ou de non-retour illicites (obligation visée à l'art. 12). Il compare les résultats de l'analyse de 2015 à ceux des précédentes analyses menées en 2008, 2003 et 1999.

À titre d'information générale, il convient de préciser que l'analyse portait sur les demandes présentées aux Autorités centrales en vertu de la Convention reçues entre le premier janvier et le 31 décembre 2015. Des données ont

été recueillies auprès de 76 États contractants concernant environ 2 270 demandes de retour ; selon nos estimations, ces informations rendent compte de 97 % du total des demandes déposées par l'intermédiaire d'une Autorité centrale en 2015. L'issue des demandes a été prise en compte jusqu'à 18 mois après la date limite à laquelle les demandes pouvaient être déposées, à savoir le 30 juin 2017. Les demandes non résolues après cette date ont été tout simplement classées dans la catégorie « en cours ».

Globalement, 12 % des demandes se sont soldées par une décision judiciaire refusant le retour (taux inférieur aux 15 % de 2008 et aux 13 % de 2003, mais plus élevé que les 11 % de 1999). Sur le total des demandes réglées en justice, le retour a été refusé dans 28 % des cas (renversant une tendance à l'augmentation constatée jusqu'alors avec 34 % en 2008, 29 % en 2003 et 26 % en 1999). Quant au nombre, l'analyse fait état de 243 retours refusés ; on dispose d'informations concernant les motifs de refus pour 185 d'entre eux. Le fait qu'ils puissent se fonder sur plusieurs motifs complique l'analyse des refus. En 2015, 16 % des retours ont été refusés pour plus d'un motif ; au total, 222 motifs ont été invoqués pour justifier les 185 décisions judiciaires refusant le retour. Si l'on en tient compte, comme le fait le Tableau 1 ci-dessous, le nombre et la part des refus se répartissent comme suit :

Tableau 1 - Décisions judiciaires refusant le retour en 2015

	Nombre	Pourcentage
Enfant ne résidant pas habituellement dans l'État requérant	46	25%
Le demandeur n'a aucun droit de garde	13	7%
Art. 12	32	17%
Art. 13(1)(a) droit de garde non exercé	11	6%
Art. 13(1)(a) consentement	28	15%
Art. 13(1)(a) acquiescement	16	9%
Art. 13(1)(b)	47	25%
Opposition de l'enfant	27	15%
Art. 20	2	1%
Autre	0	0%
Nombre de motifs	222	120%
Nombre de demandes	185	

Constats en matière d'exception fondée sur l'opposition de l'enfant

Nous allons désormais examiner l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant. Les résultats de 2015 font état du taux le plus faible jamais consigné pour cette exception, avec 15 % des décisions judiciaires refusant le retour. En

2008, 22 % (58 demandes) des décisions judiciaires refusant le retour se fondaient sur l'opposition de l'enfant, contre 18 % (26 demandes) en 2003 et 21 % (21 demandes) en 1999. Une autre différence que l'on constate entre les résultats de 2015 et ceux des précédentes analyses tient au fait qu'en 2015, 67 % des décisions judiciaires refusant le retour se fondaient exclusivement sur l'opposition de l'enfant, contre seulement 46 % en 2008, 50 % en 2003 et 62 % en 1999.

On constate également d'intéressantes différences au niveau régional ; 31 % des décisions judiciaires refusant le retour rendues dans des États d'Amérique latine et des Caraïbes se fondaient sur l'opposition de l'enfant contre 13 % dans les États régis par le Règlement Bruxelles II bis. Toutefois, le nombre de retours refusés (neuf) était le même dans les deux cas. Pour ce qui est des États pris individuellement, le Mexique avait la plus grande part de retours refusés (45 %, soit cinq des 11 retours refusés) exclusivement ou en partie en raison de l'opposition de l'enfant, suivi de l'Allemagne (quatre), mais cela ne représentait que 19 % des refus. Dans de nombreux États, aucun retour n'a été refusé au motif de l'opposition de l'enfant, qu'il soit invoqué seul ou en conjonction avec d'autres motifs.

Si l'on tient compte d'autres éléments, on constate qu'en 2015, une part plus élevée de demandes de retour a été refusée en raison de l'opposition de l'enfant lorsque c'est le père (19 %) plutôt que la mère (15 %) qui l'a emmené ou retenu. Néanmoins, cette tendance est moins prononcée que par le passé (31 % contre 13 % en 2008, 24 % contre 16 % en 2003 et 27 % contre 4 % en 1999).

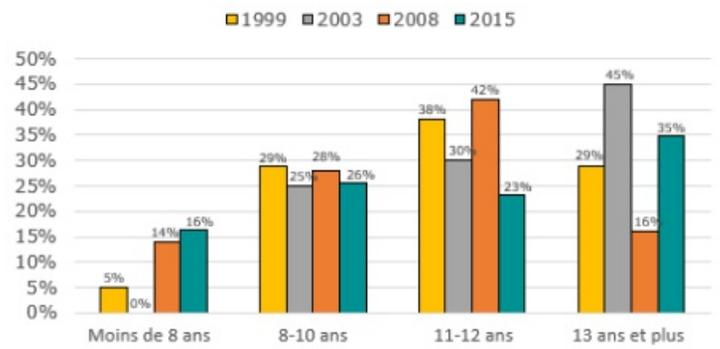
Proportionnellement, plus de demandes ont été refusées au motif de l'opposition de l'enfant lorsque la personne l'ayant emmené ou retenu n'en avait pas la garde à titre principal (30 % contre 15 % lorsque la personne ayant emmené ou retenu l'enfant en avait la garde à titre principal ou partagé). Le constat était le même en 2008, les proportions respectives étaient de 31 % contre 12 %.

Âge de l'enfant

Quant à l'âge de l'enfant concerné, l'analyse de 2015 remarque que la moyenne d'âge d'un enfant s'opposant à son retour était de 11 ans, avec un âge minimum de quatre ans (une demande qui impliquait également ses frères et sœurs de 10 et 12 ans). En 2008, l'âge moyen des enfants qui s'opposaient à leur retour s'élevait à 10,7 ans et 11,3 ans en 2003.

Comme le montre le graphique 1 ci-dessous, en 2015, on a constaté une augmentation du nombre d'enfants de moins de huit ans s'opposant à leur retour ; toutefois, tous ces cas impliquaient également leurs frères et sœurs plus âgés. En revanche, il y a eu une forte augmentation de la proportion

Graphique 1: Âge des enfants s'opposant au retour par rapport aux analyses précédentes



d'enfants âgés de plus de 13 ans s'opposant à leur retour par rapport à 2008, mais ce taux est néanmoins resté moindre qu'en 2003.

Conclusion

L'ensemble des résultats des quatre analyses dissipe clairement les craintes (exprimées au moment de la rédaction de la Convention) selon lesquelles l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant risquait d'offrir un mécanisme de contournement de l'obligation de retour. Comme pour l'ensemble des retours refusés, la part fondée exclusivement ou en partie sur l'opposition de l'enfant reste particulièrement faible (27 en 2015) et comme indiqué précédemment, le taux de 15 % de 2015 est le plus faible jamais enregistré. Cependant, ces résultats ne renvoient qu'à des demandes dans lesquelles la décision judiciaire a effectivement refusé le retour. Ils ne comprennent pas le nombre de demandes pour lesquelles l'opposition de l'enfant a été invoquée ou établie mais pour lesquelles un retour a néanmoins été prononcé. On ne dispose en outre d'aucune information concernant le nombre de demandes dans lesquelles l'enfant a été entendu.

Il convient donc de garder à l'esprit que même si le nombre de refus est faible, *tout* enlèvement constitue un événement traumatisant pour l'enfant.

Atelier d'Auckland (8-9 février 2018)

3. La voix de l'enfant dans les affaires d'enlèvement international d'enfants - Les juges ont-ils des troubles de l'audition ?

Par le Professeur Mark Henaghan, Professeur de droit, Université d'Otago¹

Introduction

L'article 13 de la Convention de 1980 permet à une autorité de faire valoir l'opposition de l'enfant à son retour. Cet article est transposé dans la législation néo-zélandaise à l'article 106(1)(d) de la Loi de 2004 sur la garde des enfants (*Care of Children Act 2004*). L'exception fondée sur « l'opposition de l'enfant » devrait donner une voix à l'enfant dans les affaires d'enlèvement international. Nous devons écouter les enfants. Ils comprennent leur vie mieux que quiconque, et leur contribution mènera nécessairement à de meilleurs résultats. Écouter les enfants favorise également leur autonomie et leur procure dignité et respect.

Malheureusement, l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant ne tient pas dûment compte de l'opinion de l'enfant. Elle ne permet notamment pas aux enfants d'exprimer leur opinion au sens large, elle donne trop de pouvoir discrétionnaire aux juges pour ne pas prendre en compte l'opinion des enfants, et elle n'exige pas que des avocats soient désignés pour représenter les enfants.

L'exception fondée sur l'opposition de l'enfant

L'exception fondée sur l'opposition de l'enfant se trouve à l'article 13 de la Convention de 1980, lequel prévoit que :

L'autorité judiciaire ou administrative peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que *celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion*².

Les États de l'Union européenne sont tenus de donner à l'enfant la possibilité d'être entendu, à moins que cela ne soit jugé « inapproprié ». Le Règlement pertinent prévoit que :

Lors de l'application des articles 12 et 13 de la Convention de La Haye de 1980, il y a lieu de veiller à ce que l'enfant ait la possibilité d'être entendu au cours de la procédure, à moins que cela n'apparaisse inapproprié eu égard à son âge ou à son degré de maturité³.

Il s'agit d'un petit pas en avant dans la reconnaissance du fait que les enfants devraient être entendus dans les affaires relevant de la Convention de 1980. Toutefois, des progrès restent nécessaires.

L'incidence actuelle de l'exception et de la Convention

Le pourcentage de refus judiciaires de retour fondés uniquement sur l'opposition de l'enfant était de 13 % en 1999⁴, 9 % en 2003⁵, 10 % en 2008⁶ et 10 % en 2015⁷. En 1999, 74 % des décisions relevant de la Convention de 1980 ont donné lieu à des décisions de retour⁸ et, en 2015, 65 % des demandes traitées par les tribunaux ont donné lieu à des décisions de retours⁹.

Comment est appliquée l'exception en Nouvelle-Zélande ?

La législation néo-zélandaise ne suit pas le libellé exact de la Convention. L'article 106(1)(d) de la Loi de 2004 sur la garde des enfants (*Care of Children Act 2004*) est libellé comme suit :

[...] l'enfant s'oppose à son retour et a atteint un âge et un degré de maturité suffisants *pour qu'il convienne*, en plus d'en tenir compte conformément à l'article 6(2)(b), de tenir également compte de l'opinion de l'enfant¹⁰.

L'affaire phare en Nouvelle-Zélande est l'affaire *White c. Northumberland*, qui a été tranchée par la Cour d'appel¹¹. La Cour a estimé que l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant ne donnait pas lieu à une présomption contre son retour. La Cour a renoncé à l'approche « blanc ou noir » du juge Millet dans l'affaire *Re R (Child Abduction : Acquiescence)*¹², qui prévoit que lorsqu'un enfant est suffisamment mature, il ne sera pas retourné à moins qu'il y ait des éléments contraires¹³. Dans l'affaire *White c. Northumberland*, la Cour a préféré suivre l'approche plus nuancée du juge Balcombe, à savoir que l'importance à accorder à l'opinion de l'enfant doit être mise en balance avec les objectifs de la Convention¹⁴. John Caldwell, un estimé universitaire néo-zélandais spécialisé en droit de la famille, estime que l'approche plus nuancée signifie que « le risque est donc bien réel de voir les considérations de la Convention l'emporter sur celles axées sur l'enfant qui sous-tendent les conclusions de l'exception »¹⁵.

Pourquoi écouter les enfants ?

Il est essentiel que nous écoutions les enfants. Ceux-ci comprennent leur propre monde mieux que quiconque. Chaque enfant est unique et voit son monde à sa façon. Lui donner l'occasion d'exprimer son opinion lui permet donc de prendre les dispositions nécessaires en ce qui concerne sa responsabilité.

De plus, écouter les enfants favorise leur autonomie. Pour reprendre les mots de Michael Freeman :

Si les droits des enfants doivent être plus qu'un slogan politique, il convient alors que les enfants revendiquent ces droits et qu'ils soient encouragés et sensibilisés à le faire. Le contact avec des gens, des avocats et d'autres personnes ayant une expertise et étant engagées permettra aux jeunes de développer le sens de la revendication qui fait partie d'une autonomie rationnelle¹⁶.

Par ailleurs, il est important de respecter la dignité de la personne faisant l'objet de la décision. Permettre à l'enfant d'exprimer son opinion est démocratique et inclusif. La plupart des enfants veulent avoir leur mot à dire. Les recherches menées avec Nicola Taylor et Megan Gollop dans le cadre de notre étude sur le déménagement montrent que les enfants veulent être entendus¹⁷. Adam, 11 ans, a dit que les professionnels devraient « s'occuper des enfants, pas prendre leurs propres décisions. Ils doivent écouter »¹⁸. Louise, 13 ans, a dit : « Je pense que [les enfants] méritent d'avoir une voix »¹⁹. Brett, 13 ans, a dit : « Faites-en sorte que les enfants aient leur mot à dire ».

Le fait que les enfants expriment leur opinion aide aussi le tribunal à les considérer comme des personnes. Lady Brenda Hale a déclaré que lorsqu'un enfant a la possibilité d'être entendu dans le cadre d'une procédure judiciaire, « le tribunal considérera l'enfant comme une personne réelle, plutôt que comme l'objet des différends ou des préoccupations d'autres personnes »²¹. Dans l'affaire *Hollins c. Crozier*, la juge Jan Doogue a souligné l'importance de voir l'enfant de cette façon dans le contexte de l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant :

La Cour a le devoir de ne pas se contenter de belles paroles sur cette exigence. La Cour a le devoir d'écouter Joshua, de tenir compte de son opposition catégorique à son retour. La Cour a le devoir de le considérer comme une personne à part entière [...] Il serait extrêmement draconien de faire autre chose que de respecter son opinion ardemment exprimée à ce moment-là. Cela reviendrait à faire passer indûment les objectifs correctifs et normatifs de la Convention de La Haye avant l'opposition prévue à l'article 13(1)(b) et les obligations de cette Cour dans l'administration des principes et des articles de la Convention relative aux droits de l'enfant des Nations Unies. Cela reviendrait à traiter Joshua

comme un « objet de préoccupation » et non comme une personne à part entière²².

Il s'agit ici d'un exemple remarquable de l'application de l'exception du point de vue des droits des enfants.

Nous devons agir avec les enfants pour connaître leur opinion

Les adultes devraient fournir le soutien nécessaire pour que les enfants puissent s'exprimer avec leurs propres mots. Ils devraient agir *avec* les enfants, et non *en leur nom*. Le travail de Laura Lundy sur la façon d'écouter et de comprendre les enfants comprend quatre piliers pour la participation des enfants²³ :

- l'espace;
- la voix;
- le public;
- l'influence.

L'espace exige que les enfants soient dans un environnement où ils se sentent à l'aise pour dire les choses avec leurs propres mots²⁴. La voix souligne la nécessité d'écouter les enfants et de leur poser des questions de façon telle qu'ils puissent y répondre avec leur propre voix²⁵. Le troisième pilier est l'audience. La personne qui écoute l'enfant doit être en mesure d'être un public adéquat pour l'enfant en question. Les enfants réagiront à un public qui, selon eux, les comprend et les écoute pleinement²⁶. Enfin, l'influence est importante. Les enfants doivent savoir que ce qu'ils disent aura de l'influence et sera utilisé de manière respectueuse²⁷.

Les limites de l'opinion de l'enfant dans le cadre de l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant

Il est nécessaire de réviser l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant. Il est regrettable que les enfants ne puissent pas exprimer leur opinion à une plus grande échelle. Comme Claire Fenton-Glynn l'explique :

Limiter la participation de l'enfant aux seules oppositions concernant son retour plutôt que de reconnaître le droit d'exprimer plus largement son opinion, compromet [les objectifs de s'assurer que l'opinion de l'enfant a été sollicitée et dûment prise en compte] et limite la participation à une question trop étroite²⁸.

Cela compromet la force potentielle de recourir en premier lieu à l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant. Elle limite également les informations dont un tribunal pourrait avoir besoin afin de prendre la meilleure décision possible par rapport à la nature et au contexte d'une opposition.

En outre, la limite relative à l'âge et au degré de maturité laisse une grande marge de manœuvre à de nombreux enfants de ne pas être entendus. De plus, cette limite est d'autant plus problématique que, comme le note Rhona Schuz, la jurisprudence « montre que l'interprétation de

l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant dépend de la manière dont le juge interprète l'âge, la maturité et la capacité »²⁹.

En outre, il n'existe aucune obligation de désigner un avocat pour représenter l'enfant. Par exemple, l'affaire *RCB c. Forrest* concernait quatre enfants (âgés de huit, neuf, 12 et 14 ans) qui n'étaient pas représentés par un avocat et n'avaient pas eu la possibilité d'exprimer leur opinion devant le tribunal ou de participer directement à la procédure³⁰. La Haute Cour d'Australie a estimé que « le règlement des questions relatives à l'opposition d'un enfant à son retour n'exige pas dans tous les cas que l'enfant ou les enfants concernés soient représentés séparément par un avocat »³⁰.

Conclusion :

L'exception fondée sur l'opposition de l'enfant est totalement en désaccord avec le cadre juridique des droits des enfants. Cela montre un manque de compréhension des points de vue des enfants et de l'importance d'intégrer le point de vue général de l'enfant plutôt que de se concentrer uniquement sur la question de savoir s'ils veulent rester ou partir. De plus, elle ne place pas le point de vue de l'enfant dans le contexte de sa vie quotidienne. Ce qui est en jeu ici, c'est de veiller à ce que les tribunaux soient pleinement informés de ce qui arrive à l'enfant, de la façon dont il le vit et de ce qui est vraiment important pour lui dans sa vie quotidienne. Les juges ont un problème d'audition lorsqu'il s'agit de jeunes enfants et, compte tenu de la portée étroite de l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant, cela diminue leur capacité à entendre ce qui se passe pour l'enfant en question. Le temps de la réforme est venu.

1 J'aimerais remercier Jonathon Yeldon pour son aide dans la rédaction de cet article.

2 *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* 1342 UNTS 89 (ouverte pour signature le 25 décembre 1980, entrée en vigueur le premier décembre 1983), art. 13 (italique ajouté).

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, JO No L 338, art. 11(2).

4 Voir « Analyse statistique des demandes déposées en 2003 en application de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* », Doc. pré. No. 3, Partie I, préparé à l'intention de la Cinquième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants et de 1996 sur la protection des enfants (octobre 2006) (disponible sur le site web de la Conférence de La Haye à < www.hcch.net > sous

« Enlèvement d'enfants », p. 37.

5 *Ibid.*, p. 37.

6 Voir « Analyse statistique des demandes déposées en 2008 en application de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* : Partie I - Rapport global », Doc. pré. No. 8 A (révisé), préparé à l'attention de la Sixième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants et de 1996 sur la protection des enfants (novembre 2011) (disponible sur le site web de la Conférence de La Haye à < www.hcch.net > sous « Enlèvement d'enfants », p. 28.

7 Voir « Partie I - Analyse statistique des demandes déposées en 2015 en application de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* - Rapport global », Doc. pré. No 11 A de février 2018 (révisé), préparé à l'attention de la Septième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants et de 1996 sur la protection des enfants (octobre 2017) (disponible sur le site web de la Conférence de La Haye à < www.hcch.net > sous « Enlèvement d'enfants », p. 84.

8 *Ibid.*, p. 67.

9 *Ibid.*, p. 66.

10 Traduction du Bureau Permanent. Loi de 2004 sur la garde des enfants (*Care of Children Act 2004*) art. 106(1)(d) (italique ajouté).

11 *White c. Northumberland* [2006] NZFLR 1105 (CA) [INCADAT Ref: HC/E/NZ 902].

12 La Cour d'appel du Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles), *Re R (Child Abduction: Acquiescence)* [1995] 1 FLR 716 (CA) [INCADAT Réf: HC/E/UK 60].

13 *Re R (Child Abduction: Acquiescence)*, *ibid.*, p. 734, tel que cité dans *White c. Northumberland*, op.cit. note 10, p. 27.

14 *White c. Northumberland*, op.cit. note 10, p. 44 et 47.

15 Traduction du Bureau Permanent. J. Caldwell, « The Hague Convention and the 'Child Objection' Defence », *New Zealand Family Journal*, vol. 6, 2008, p. 90.

16 Traduction du Bureau Permanent. M.D.A. Freeman, *The Rights and Wrongs of Children*, Londres, Frances Pinter, 1983, p. 281.

17 N. Taylor, M. Gollop et M. Henaghan, *Relocation Following Parental Separation: The Welfare and Best Interests of Children*, Centre for Research on Children and Families et Faculté de droit, Université d'Otago, juin 2010.

18 *Ibid.*, p. 140.

19 *Ibid.*, p. 133.

20 *Ibid.*, p. 138.

21 Lady B. Hale, « Children's Participation in Family Law Decision-Making: Lessons From Abroad », *Australian Journal of Family Law*, vol. 20, 2006, p. 124.

22 Traduction du Bureau Permanent. Cour de district de Nouvelle-Zélande, *Hollins c. Crozier* [2000] NZFLR 775 (DC), p. 797.

23 L. Lundy, « 'Voice' is Not Enough: Conceptualising Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of the Child », *British Educational Research Journal*, vol. 33 No. 6, 2013, p. 932. Bien que Lundy parle de l'art. 12, sa méthodologie peut facilement être adaptée à d'autres contextes.

24 *Ibid.*, p. 933-935.

25 *Ibid.*, p. 935-936.

26 *Ibid.*, p. 936-937.

27 *Ibid.*, at p. 937-938.

28 Traduction du Bureau Permanent. C. Fenton-Glynn, « Participation and Natural Justice: Children's Rights and Interests in Hague Abduction Proceedings », *Journal de droit comparé*, vol. 9, No 1, 2014, p. 134.

- 29 Traduction du Bureau Permanent. R. Schuz, *The Hague Child Abduction Convention: A Critical Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 349.
- 30 *RCB c. Forrest* [2012] HCA 47, (2012) 247 CLR 304 [INCADAT Ref: HC/E/AU 1181].
- 31 Traduction du Bureau Permanent. *RCB c. Forrest, ibid.*, p. 46 par les juges Hayne, Crennan, Kiefel et Bell JJ; p. 53 et 60 et par le juge Heydon.

4. Qu'arrive-t-il aux enfants impliqués dans des conflits graves entre les parents ? Comment devrions-nous prendre en compte leur « voix » ?

Par le Dr Sarah Calvert, Doctorat (Rédactrice spécialisée de rapports pour le tribunal de la famille, Nouvelle-Zélande)

Au fur et à mesure que les études font progresser notre compréhension de l'impact des procédures judiciaires familiales et domestiques sur les enfants et les jeunes et que nous réfléchissons systématiquement plus à la « voix » de l'enfant¹, l'impact sur les enfants et les jeunes de toutes formes de différends graves portés devant les tribunaux devient claire. Il est évident que, quelle que soit la procédure judiciaire concernée (procédures fondées sur des Conventions de La Haye, cas d'aliénation, de violence domestique, d'abus contre l'enfant ou entre jeunes), les expériences des enfants et des jeunes sont souvent remarquablement similaires et leurs déclarations en tant qu'adultes le sont encore plus.

Une discussion s'est donc engagée pour savoir si ces genres d'affaires, impliquant un conflit grave entre les parents qui semble inextricable, sont en fait des affaires qui devraient être considérées comme relevant du « bien-être de l'enfant », et non comme étant simplement un conflit entre les parents (ou entre les parents et la famille). Toutes ces situations sont des situations dans lesquelles la vie des enfants (leur quotidien) est perturbée, compromise et parfois changée bien plus que ce que l'enfant ne peut comprendre en raison des perspectives et des décisions des adultes. Ces affaires concernent une incapacité des parents à mettre de côté leurs propres sentiments (aussi justifiés soient-ils) et leurs convictions et à se concentrer sur certains des besoins les plus fondamentaux des êtres humains ; de connaître nos parents, frères et sœurs et parents proches et d'être capable de communiquer avec eux.

Dans de nombreux domaines, les études ne cessent de démontrer que nos relations avec nos parents biologiques sont plus qu'une simple politesse sociale, elles jouent un rôle important dans notre bon développement. Elles peuvent être partiellement remplacées par d'autres relations (en particulier lorsqu'un parent décède), mais pas entièrement. Certains des mécanismes qui interviennent ici opèrent à des niveaux biophysiques du développement humain. Les relations parents-enfants peuvent durer

très longtemps au cours de la vie. De même, nos relations avec nos frères et sœurs sont souvent les relations les plus durables de toutes les relations humaines.

Les relations ont besoin d'un « lien » pour être maintenues. Elles existent dans les interactions quotidiennes qui changent notre comportement et notre cerveau afin de pouvoir s'adapter aux autres. Lorsque cela n'est pas possible, les éléments constitutifs de base de l'être humain (étant un animal social) peuvent être perturbés. Cela peut ne pas toujours être immédiatement perceptible, et l'on peut également penser que les relations pourront être renouées dans le futur.

Il est donc important d'examiner attentivement les conséquences probables (et avérées) de la perturbation ou de la cessation de ces relations sur le développement à long terme de l'enfant. Certains choix faits par un parent, comme dans les affaires d'enlèvement international d'enfants, peuvent avoir pour effet de mettre fin, parfois définitivement, à la relation entre l'enfant et un parent et la famille de ce parent.

Les autorités de l'État interviennent dans la vie des enfants lorsque l'État estime que le bien-être de l'enfant est menacé d'une manière ou d'une autre. Cette intervention a lieu lorsque l'enfant a été victime de violences sexuelles ou physiques ou lorsque les parents sont incapables (pour quelque raison que ce soit) de subvenir convenablement aux besoins de leur(s) enfant(s). Les cliniciens et les chercheurs commencent à se demander pourquoi nous n'appliquons pas le même point de vue sur les affaires de conflits graves dans les tribunaux de la famille, y compris les affaires d'enlèvement international d'enfants². Les études (et l'expérience clinique) commencent à produire des données qui suggèrent que les enfants impliqués dans des conflits très importants font état de séquelles encore plus graves que la plupart des enfants confiés aux services publics de protection de l'enfance, y compris ceux dont la garde a finalement été retirée aux parents en raison de préoccupations concernant leur bien-être.

Heureusement, nous disposons d'un ensemble de recherches qui commencent à fournir des informations qui devraient nous éclairer dans notre prise de décision au sein du Tribunal de la famille.

Que savons-nous de ces enfants, aussi bien en tant qu'enfants mais surtout en tant qu'adultes ?

Le sujet est bien documenté, ce qui peut nous aider à comprendre les conséquences pour les enfants dont la vie est perturbée par le conflit qui oppose leurs parents. Il existe un certain nombre de rapports de recherche importants (environ 700), deux ensembles de données de récits et quelques commentaires qui nous permettent de nous faire une idée à ce sujet. En particulier, les travaux du

Professeuse Marilyn Freeman³ sur l'impact de l'enlèvement international d'enfants et l'ensemble des travaux menés par le Dr Amy Baker et ses collaborateurs⁴ sur l'aliénation parentale ont produit des ensembles de données riches en récits de ces enfants à l'âge adulte. De même, les travaux de J.B. Kelly⁵, J.B. Kelly et M.E. Lamb⁶ et B. Fiddler, N. Bala et M.A. Saini⁷ ont fourni un aperçu des conséquences d'une perspective fondée davantage sur la recherche.

Ces études sont particulièrement importantes afin de nous permettre d'entendre la voix de ceux qui sont victimes d'enlèvements internationaux d'enfants et d'aliénation et d'examiner les différences qu'engendrent (ou non) chaque type d'expérience conflictuelle. Entendre la voix de ceux qui sont victimes d'enlèvement nous permet par exemple de constater que le conflit parental et la perte d'une relation avec un parent et sa famille peuvent créer, et créent souvent, un traumatisme important que l'enfant, puis l'adulte qu'il devient, ressent comme un aspect du conflit parental, comme le ressentent les enfants aliénés d'un parent.

Il s'agit souvent de petits échantillons qui ne sont généralement pas représentatifs bien que les résultats soient très cohérents. Cependant, les données sont également importantes car dans les travaux de A.J.L. Baker (et collaborateurs) et ceux de M. Freeman, il existe deux ensembles de données recueillies dans différentes parties du monde qui analysent des effets légèrement différents dans chaque affaire. En examinant les études, on constate que les conséquences pour les enfants (analysant leur propre expérience en tant qu'adultes) sont très semblables.

De plus, les résultats reflètent le point de vue des cliniciens qui travaillent à la fois avec les enfants qui font actuellement face à ces situations et avec les adultes qui, plus tard dans leur vie, recherchent de l'aide. Ces résultats sont cohérents avec ce que les théories psychologiques et sociologiques indiquent sur les impacts des aspects du fonctionnement et du développement humain, étant donné les problèmes qui se posent dans de telles situations. Les résultats des travaux de M. Freeman⁸ et de A.J.L. Baker⁹ sont étayés par des recherches sur les adultes éloignés de leurs parents, même lorsqu'il n'y a pas de conflit grave et que les tribunaux ne sont pas impliqués, lorsqu'il existe des difficultés familiales ou parfois tout simplement une forme d'inadéquation ou de circonstances malencontreuses¹⁰.

A.J.L. Baker et ses collaborateurs ont entrepris des recherches auprès d'adultes ayant vécu un processus d'aliénation lorsqu'ils étaient enfants ou jeunes. Leurs échantillons proviennent d'un certain nombre d'États et comprennent des adultes dont la situation ne présentait pas nécessairement des difficultés apparentes après la séparation. Néanmoins, A.J.L. Baker et ses collaborateurs

n'ont cessé de constater que l'aliénation d'un parent peut avoir les conséquences négatives suivantes pour les enfants lorsqu'ils deviennent adultes :

- faible estime de soi,
- dépression,
- problèmes d'attachement et d'intimité avec les adultes,
- abus d'alcool,
- problèmes d'autonomie,
- difficultés en matière d'engagement social, de capacité à s'identifier aux autres et à communiquer avec les autres,
- craintes d'abandon,
- difficultés à devenir indépendant, ce que l'on appelle la compétence instrumentale¹¹.

A.J.L. Baker et ses collaborateurs notent que ces enfants peuvent finalement sentir qu'ils ne sont utiles que pour répondre aux besoins de quelqu'un d'autre. Ils font remarquer que l'aliénation exige que l'enfant renonce à certains aspects de sa propre autonomie afin d'accepter la perspective parentale sur laquelle il se retrouve aligné. Par conséquent, l'impact pour les enfants et les jeunes, peu importe ce qu'ils ressentent à l'époque, est susceptible de déboucher sur des effets négatifs et durables. Il est très important de réfléchir à ce qu'un enfant ou un jeune pourrait exprimer dans ce conflit et à ce qu'il pourrait dire de nombreuses années plus tard.

L'échantillon d'enfants enlevés par un parent de M. Freeman nous permet d'obtenir un résultat tragiquement similaire avec une population très différente. Ce qui est important ici, c'est que son échantillon comprenait ceux qui estimaient que l'enlèvement n'était jamais justifié et ceux qui considéraient qu'il l'était (c.-à-d. les enfants qui peuvent avoir été « éloignés de façon réaliste » d'une façon ou d'une autre du parent privé de son enfant). Encore une fois, ces enfants, devenus adultes, ont présenté des problèmes de santé mentale envahissants et très graves découlant de leurs expériences, notamment :

- engourdissement et blocage,
- problèmes d'estime de soi,
- problèmes en rapport avec leur identité personnelle,
- problèmes de santé mentale tels que la dépression et les idées suicidaires,
- difficultés dans les relations personnelles telles qu'une difficulté à laisser les gens nouer des relations avec eux et des difficultés avec l'intimité,
- changements dans les perceptions fondamentales du monde, comme la difficulté de croire que tout peut durer ou être maintenu, c'est-à-dire un sentiment envahissant d'insécurité et des difficultés de confiance¹².

Dans l'échantillon de M. Freeman, des effets très importants ont été rapportés par 25 personnes interrogées (73,53 %), y compris par celles qui, même en rapportant ces effets, ont dit qu'elles estimaient que l'enlèvement était justifié ou qu'elles soutenaient toujours le parent qui les avaient emmenées.

B.J. Fiddler, N. Bala et M.A. Saini¹³, ayant également effectué des recherches et écrit sur les conséquences pour les enfants qui sont aliénés, éloignés ou simplement séparés d'un parent, soulignent que les réactions des enfants dans ces situations impliquent souvent le développement de dysfonctionnements psychologiques causés par l'anxiété et par des conflits psychologiques intolérables entre l'expérience, la connaissance, la compréhension et le désir. Ils parlent d'un cycle de peur et d'anxiété qui s'accroît chez l'enfant, et plus tard chez l'adulte, dans ces situations.

Dans leurs travaux, B.J. Fiddler et N. Bala énumèrent les conséquences négatives potentielles suivantes pour ces enfants :

- mauvaise perception de la réalité,
- opérations cognitives illogiques,
- traitement simpliste et rigide de l'information,
- perceptions interpersonnelles inexactes ou déformées,
- fonctionnement interpersonnel compromis,
- perception faussée de soi (souvent une haine de soi très négative),
- faible estime de soi,
- pseudo-maturité,
- problème lié à l'identité de genre,
- difficulté à développer une identité de soi indépendante,
- comportements de type agressivité et trouble du comportement,
- mauvais contrôle des impulsions,
- constriction émotionnelle,
- psychopathologie franche.¹⁴

Ainsi, à partir de différents ensembles de données, recueillis dans différentes parties du monde, mais impliquant tous un conflit parental bien ancré dans lequel l'enfant ou les enfants se sont englués, il est évident que les enfants n'échappent pas au terrible impact d'un conflit parental grave lié à la séparation, à l'aliénation et à l'enlèvement. Les conséquences vont probablement durer toute la vie. Tragiquement, les impacts les plus significatifs concernent le développement à l'âge adulte, de perte de résilience et de capacité, d'incapacité à former un sentiment d'identité adulte sûr et de perte de confiance dans les adultes et dans leur manque de confiance en eux-mêmes à entretenir des relations adultes.

La littérature sur le développement et sur tout ce que nous connaissons sur l'espèce humaine en tant qu'animal social (sans doute l'une des expériences les plus réussies de

l'évolution) nous apprend que les relations avec les parents sont étroitement liées à cette réussite. Nous sommes une espèce pour laquelle notre engagement social est lié à tous les aspects de notre succès en tant qu'individu ; nous ne survivons pas bien seuls. Refuser aux enfants une relation avec un parent et/ou les impliquer dans une détresse liée à la fin de la relation d'adulte compromettra leur avenir.

et les parents...

La séparation des parents implique la gestion de la colère, de la déception, de la perte et de l'abandon des rêves. À ce mélange déjà toxique s'ajoute le processus complexe selon lequel chaque adulte (et les enfants) gère la rupture des liens d'attachement. Aucun d'entre nous ne le fait correctement. L'attachement est si fondamental à notre identité de soi et à tous les aspects de notre développement que la perte de ces liens crée une colère et une détresse profondes et parfois une psychopathologie. Smyth et Moloney appellent l'engagement des adultes dans des situations conflictuelles comme « Aimer la haine »¹⁵, où l'intensité de la détresse des adultes contient des états émotionnels extrêmes qui dirigent puissamment le comportement des adultes et ont un impact sur les enfants impliqués.

La voix des enfants ?

Bien entendu, les enfants ne peuvent pas connaître l'impact probable sur eux de la situation dans laquelle ils se trouvent. Nous ne pouvons pas prévoir l'avenir, leurs souhaits portent sur le « présent » ; le présent dans lequel un parent les maltraite, le présent dans lequel ils répondent aux besoins psychologiques et émotionnels d'un parent aimé perçu comme ayant été blessé, le présent dans lequel ils souffrent de la pression psychologique d'un parent souffrant de troubles mentaux.

Les adultes et les parents (ainsi que les professionnels, les avocats et les tribunaux) se servent de la voix des enfants et de la notion de leurs souhaits / points de vue pour se soustraire à notre responsabilité envers les enfants et l'enfance. Si nous pensions honnêtement que les enfants pouvaient faire des choix appropriés et responsables, nous n'aurions pas d'âge de consentement pour l'intimité sexuelle, nous ne nous opposerions pas au travail des enfants (si c'était par consentement) ou aux enfants soldats. Cependant, en tant qu'adultes, nous avons bel et bien un avis sur ces questions et nous, et non les enfants, avons le pouvoir de faire valoir notre avis, pas les leurs.

Notre devoir envers les enfants est de reconnaître la complexité des relations humaines et de la vie. Que la vie n'a pas de réponses ou de solutions faciles. Ce dont les enfants ont besoin, c'est d'être écoutés et traités avec respect, de savoir que nous allons réfléchir à ce qu'ils disent et y donner un véritable poids. C'est ce que nous

voulons en tant qu'adultes, savoir que nos propres avis ne prévalent pas toujours. Les enfants ont besoin d'informations précises et ont souvent besoin de temps pour penser par eux-mêmes et ne pas être traités avec condescendance. Nous pouvons être très respectueux envers les enfants en reconnaissant que, comme toutes les autres personnes que nos interventions et décisions touchent, seules elles (et non nous) vivent leur vie.

Un problème d'aide sociale ?

Si nous commençons à considérer ces situations comme concernant les enfants et leur bien-être, nous pourrions commencer à faire une véritable différence pour un groupe important (bien que restreint) d'enfants et de jeunes ayant été victimes d'enlèvements internationaux d'enfants. La difficulté et la complexité de ces affaires nous obligent à examiner de nombreuses questions et à réfléchir à la manière d'aller de l'avant en reconnaissant le passé, en protégeant les enfants et en prévoyant le renouement des liens familiaux à la fois dans le présent et dans leur vie ultérieure, lorsqu'ils deviendront les adultes de notre avenir. Si nous nous concentrons sur les préjudices causés aux enfants dans ces affaires, nous nous concentrerons sur leur bien-être et comprendrons que les conflits graves entre les parents qui mènent à l'aliénation, à l'enlèvement et aux problèmes d'accès sont en fait un problème d'abus.

- 1 Voir en particulier G.C. Calloway et S.M. Lee, « Using research to assess children and 'hear' their voices in Court proceedings », *American Journal of Family Law*, vol. 31, No 3, 2017, p. 140 à 157.
- 2 Voir C. Houston, N. Bala et M. Saini, « Crossover Cases of High Conflict Families Involving Child Protection Services: Ontario Research and Suggestions for Good Practice », *Family Court Review*, vol. 55 No 3, 2017, p. 362 à 374..
- 3 M. Freeman, *Parental Child Abductions: The Long-Term Effects*, Londres, International Centre for Family Law, Policy, and Practice, 2014.
- 4 Voir A.J.L. Baker, « Patterns of Parental Alienation Syndrome: a qualitative study of adults alienated as children », *American Journal of Family Therapy*, vol. 34, 2006, p. 63-78 ; A.J.L. Baker et J. Chambers, « Adult Recall of Childhood Exposure to Parental Conflict: Unpacking the Black Box of Parental Alienation », *Journal of Divorce and Remarriage*, vol. 52, 2011, p. 55-76 (DOI : 10.1080/10502556.2011.534396) ; A.J.L. Baker et M.C. Verrocchio, « Italian College Student-Reported Childhood Exposure to Parental Alienation : Correlates with Well-Being », *Journal of Divorce and Re-Marriage*, vol. 54, 2013, p. 609 à 628 (<https://doi.org/10.1080/10502556.2013.837714>) ; A.J.L. Baker et N. Ben-Ami, « To Turn a Child Against a Parent Is to Turn a Child Against Himself: The Direct and Indirect Effects of Exposure to Parental Alienation Strategies on Self-Esteem and Well-Being », *Journal of Divorce & Remarriage*, vol. 52 No 7, 2011, p. 472 à 489 (DOI:10.1080/1050252556.2011.609424).
- 5 J.B. Kelly, « Relocation of Children Following Separation and

Divorce: Challenges for Children and Considerations for Judicial Decision Making », document présenté lors du 5e Congrès mondial sur le droit de la famille et les droits de l'enfant, Halifax, Canada, du 23 au 26 août 2009.

- 6 J.B. Kelly et M.E. Lamb, « Developmental Issues In Relocation Cases Involving Young Children : When, Whether, & How », *Journal of Family Psychology*, vol. 17, No 2, 2003, p. 193 à 205.
- 7 B. Fiddler et N. Bala, « Children resisting post-separation contact with a parent: Concepts, controverses et énigmes », *Family Court Review*, vol. 48, 2010, p. 10 à 47.
- 8 *Op. cit.* note 3.
- 9 A.J.L. Baker, « Patterns of Parental Alienation Syndrome: a qualitative study of adults alienated as children », *op. cit.* note 4.
- 10 L. Blake, « Parents and Children Who Are Estranged in Adulthood: a review and discussion of the literature », *Journal of Family Theory and Review*, vol. 9, 2017, p. 521 à 536.
- 11 *Op. cit.* note 4.
- 12 *Op.cit.* note 3.
- 13 B.J. Fiddler, N. Bala et M.A. Saini, *Children who Resist Post Separation Parental Contact*, New York, Oxford University Press, 2013.
- 14 *Ibid.*
- 15 B. Smyth et L. Moloney, « Entrenched Post Separation Post Parenting Disputes: The role of interparental hatred? », *Family Court Review*, vol. 55, 2017, p. 404 à 417.

5. Une meilleure place pour l'enfant dans les procédures de retour en vertu de la convention de 1980 - Une perspective australienne

Par l'honorable juge Bennett AO (juge du Réseau international de La Haye, Tribunal de la famille d'Australie, Melbourne (Australie)¹ - Juin 2018

I INTRODUCTION

Les familles sont nettement mieux protégées par la Convention de 1980 qu'elles ne le seraient sans cette dernière dans les affaires internationales relatives à l'exercice des responsabilités parentales. Toutefois, comme on pouvait s'y attendre, des difficultés sont apparues dans l'application actuelle de cet instrument créé il y a plus de 35 ans, notamment en ce qui concerne le point de vue de l'enfant dont la perspective n'a pas suffisamment été prise en compte lorsque la Convention de 1980 a été négociée.

Il n'est pas possible de modifier la Convention de 1980, mais il est possible de répondre aux besoins immédiats des enfants victimes d'un enlèvement international par leur père ou leur mère sans pour autant compromettre l'intégrité de la Convention de 1980 en tant qu'instrument juridique ou mécanisme de retour rapide. Cela peut être fait en introduisant la voix de l'enfant au sein de la procédure de retour de La Haye par la représentation des intérêts de l'enfant, la médiation spécialisée de La Haye et, lorsque cela est justifié, l'imposition de conditions de retour². Les parents doivent également être encouragés dès le début

de la procédure à se préparer à l'issue de la décision, c'est-à-dire à ce qui arrivera si l'enfant est renvoyé ou non.

II LA PLACE DE L'ENFANT

Les parents et l'enfant vivront le retour ou le non-retour différemment. Le parent auquel l'enfant a été retiré peut s'attendre à ce que le retour de l'enfant corrige la grande injustice qu'il a subie et lui permette de retrouver celui-ci comme si le déplacement ou le non-retour n'avait jamais eu lieu. Le parent qui a soustrait l'enfant peut se sentir défavorisé, comme s'il avait tout perdu, et craindre d'être puni dans un système judiciaire qui selon lui est devenu hostile et étranger. L'enfant peut se sentir coupable de ne pas s'être battu pour maintenir une relation avec le parent auquel il a été retiré et s'inquiéter de ce qui arrivera au parent qui l'a soustrait. Des études récentes indiquent que 70 % des enlèvements concernent un seul enfant et que 78 % des enfants avaient moins de 10 ans (âgés en moyenne de 6, 8 ans)³. Par conséquent, dans la mesure où les deux parents sont troublés, inattentifs, centrés sur eux-mêmes, s'autojustifiant, en colère et mécontents, beaucoup d'enfants vivent cette situation sans le soutien de leurs frères et sœurs et avec une capacité limitée pour décoder et pour se protéger contre le comportement de leurs parents.

L'impératif juridique d'un retour rapide dans un cas non exceptionnel est évident. Cependant, un retour rapide place le parent qui a soustrait l'enfant et celui-ci dans une situation dans laquelle le parent ayant soustrait l'enfant considèrerait qu'il ne pouvait continuer à vivre et dans laquelle ils pourraient bien avoir couper les ponts. Un non-retour discrétionnaire ne sera pas préférable si l'enfant et le parent auquel il a été retiré ne savent pas quand ils se reverront ou si l'enfant peut retourner dans son État d'origine pendant sa minorité. Le fait que, dans l'État d'origine, le parent auquel l'enfant a été retiré tente d'obtenir des accords appropriés traitant des modalités applicables à l'exercice de l'autorité parentale dans l'État où se trouve l'enfant est, au mieux, problématique.

L'expérience d'un retour ou non-retour de l'enfant contredit le fait que d'un point de vue jurisprudentiel la plupart des juridictions saisies ont considéré que l'affaire avait été rendue car l'enfant est retourné chez lui ou a répondu correctement aux circonstances exceptionnelles qui ont justifié son non-retour. Bien que le mécanisme de retour rapide soit approprié et utile, il ne constitue pas une solution en soi.

III QU'EST-CE QU'UN RETOUR SANS DANGER ?

En 2015, le Service social international m'a demandé de parler d'un sujet d'une simplicité trompeuse : comment rendre les retours plus sûrs pour les enfants dans le cadre de la Convention de 1980. J'ai considéré que, du point de vue de l'enfant, le *retour* pouvait être très douloureux. Les

parents sont préoccupés par les sentiments de persécution ou de représailles et il est trompeur de parler du *retour* de l'enfant si celui-ci se dirige vers une situation radicalement différente de celle dans laquelle il vivait avant son déplacement ou son non-retour. La notion de « retour » implique le rétablissement du *statu quo* dans lequel se trouvait l'enfant. Il s'agit d'une conception d'adulte. Par conséquent, le retour qui est rendu plus facile grâce à la Convention de 1980 peut être vécu par l'enfant comme un phénomène géographique plutôt que psychologique, un retour qui est plus visible que réel.

Le danger le plus courant contre lequel l'enfant devrait être *mis à l'abri* est le conflit parental grave. Les systèmes juridiques avancés ont pour habitude de comprendre comment protéger les enfants contre les dangers physiques et psychologiques, mais il n'est pas toujours facile de faire face aux conflits parentaux graves, parmi lesquels l'enlèvement international d'enfants par un parent qui, je pense, en est un exemple flagrant. En effet, la structure familiale nucléaire classique, l'autorité parentale ainsi que le concept de la vie privée de l'individu ont permis de déguiser un conflit parental important en un malheur familial plutôt que de le laisser apparaître comme une dynamique corrosive et nuisible contre laquelle les enfants méritent d'être protégés.

IV QUE FAIRE POUR RENDRE LES RETOURS PLUS SÛRS ?

Les retours en vertu de la Convention de La Haye seraient émotionnellement plus sûrs pour les enfants en tenant compte de leur voix dans la procédure de retour, conformément au droit de l'enfant d'être informé du déroulement de la procédure qui le concerne. Il ne s'agit pas toujours d'une tâche facile. Je me souviens du message de cet enfant qui vivait avec son frère et son père en Angleterre depuis 18 mois. Pendant ce temps, la mère se remettait de graves problèmes de santé, dont la dépendance aux antidouleurs et à l'alcoolisme (elle était considérée comme une alcoolique fonctionnelle)⁴. La mère a demandé le retour des enfants en Australie en vertu de la Convention de 1980. Le père a fait valoir de manière exhaustive que les enfants avaient cessé d'avoir leur résidence habituelle en Australie, que la mère avait consenti à leur non-retour en Angleterre, que le retour exposerait les enfants à un risque grave de danger et que les deux enfants s'opposaient pertinemment à leur retour et avaient atteint un degré de maturité où il se révèle approprié de tenir compte de leurs opinions. Le tribunal a extrait un message envoyé par le garçon de 12 ans en Angleterre à sa mère en Australie en réponse à un message de celle-ci lui demandant si elle pouvait l'appeler. Il a écrit :

« Je ne peux plus téléphoner, le réseau est trop mauvais. Ne le dis pas à papa, mais peu importe ce que les gens disent (y compris ce que je dis), ramène-moi en Australie. Ne dis rien de tout ça à papa. Il veut que je parle devant

un juge. Et le plus important, ne lui dis pas ça. Il veut demander la garde exclusive. Ne dis pas à papa que je t'ai dit tout ça et fais comme si tu ne savais pas. »

De toute évidence, l'opinion de l'enfant ne sera pas déterminante, mais cela ne veut pas dire qu'elle ne doit pas être vérifiée. Celle-ci devrait être obtenue avec respect et transmise au tribunal dans les limites des considérations appropriées pour une affaire de retour relevant de la Convention de La Haye. Dans mon État, je procède en cinq étapes.

A. Représentation des intérêts de l'enfants

Premièrement, il convient de veiller à ce que les intérêts de l'enfant soient représentés dès que possible par un avocat dûment formé et indépendant. Il faut comparer cela à la représentation directe d'un enfant par un avocat qui est tenu de suivre les indications de l'enfant. Comme l'a dit récemment le juge Black dans *Re M (Republic of Ireland) (Child's Objection) (Joinder of Children to Appeal)*⁵:

« *Les enfants ont besoin de savoir que leurs opinions sont entendues et que leurs préoccupations particulières ne sont pas noyées dans le différend entre leurs parents, mais il faut reconnaître que la participation directe aux procédures peut être néfaste pour les enfants.* »

Un avocat indépendant pour enfants est également nettement différent d'une personne formée en sciences sociales qui conseille un avocat pour enfants.

En Australie, l'intérêt de l'enfant est représenté par un avocat indépendant⁶ qui doit informer le tribunal de ce que l'enfant veut, mais qui doit néanmoins conduire l'affaire en tenant compte de l'intérêt supérieur de celui-ci. Un avocat indépendant pour enfants est désigné, généralement à titre gratuit, par un organisme d'aide juridique sur demande du tribunal. Il dispose de l'ensemble des droits et responsabilités d'une partie à la procédure. Sa mission consiste à veiller à ce que la procédure se déroule de la manière la plus rapide et la plus complète possible, notamment en s'assurant que toutes les informations pertinentes sont présentées au tribunal, ainsi que d'agir en tant que médiateur entre le parent auquel l'enfant a été retiré et le parent qui l'a soustrait⁷. En 2006, notre législation a été modifiée afin de prévoir qu'un avocat indépendant pour enfants ne peut être sollicité pour une procédure relevant de la Convention de La Haye que dans des « circonstances exceptionnelles ». Bien qu'il s'agisse à l'époque d'une réforme bien intentionnée, celle-ci est en contradiction avec les obligations qui incombent à l'Australie en vertu de la CNUDE et est incompatible avec le respect qu'il convient d'accorder à l'enfant. Je reste optimiste et espère que le pouvoir exécutif envisagera de supprimer l'exigence des circonstances exceptionnelles.

B. Un rapport sur la Convention de La Haye réalisé par un spécialiste indépendant en sciences sociales

Deuxièmement, il importe qu'une évaluation de l'enfant conduite par un conseiller familial employé par le tribunal soit organisée le plus tôt possible. Un conseiller familial est un psychologue ou un travailleur social disposant d'une grande expérience dans le domaine du développement de l'enfant et qui est employé directement et exclusivement par le tribunal pour se spécialiser dans les questions relatives aux enfants et à la famille après la survenue d'une séparation ou d'un divorce. En Australie, le rapport du conseiller familial est appelé Rapport sur la Convention de La Haye.

Bien évidemment, l'enfant peut se faire entendre par l'intermédiaire du témoignage de ses parents, d'autres témoins, d'un conseiller privé / d'un rédacteur de rapports financé par les parties et par celui de l'avocat indépendant pour enfants. Cependant, le rapport d'un conseiller familial est indépendant et fournit une opinion d'expert. Il s'agit donc là du meilleur moyen pour l'enfant de se faire entendre devant le tribunal. En Australie, il est rare qu'un juge interroge un enfant, mais cela n'est pas interdit.

Lorsqu'une demande de retour au titre de la Convention de La Haye peut être renvoyée pour la première fois devant un tribunal, je demande qu'un rapport sur la Convention de La Haye soit établi par un conseiller familial, qui a pour tâche :

- (i) D'expliquer la nature de la procédure de La Haye à l'enfant dépendamment de son âge et de sa maturité, en particulier, qu'il ne s'agit pas d'une décision définitive quant à la personne avec laquelle il va vivre ;
- (ii) D'évaluer le fonctionnement psychologique apparent de l'enfant et de signaler toute détresse aiguë ou tout signe indiquant qu'il a besoin d'un traitement immédiat ou à court terme ;
- (iii) D'évaluer le bien-fondé d'une communication par voie électronique avec le parent auquel il a été retiré et la mesure dans laquelle il est prêt à le faire, notamment en formulant des recommandations précises sur les moyens d'y parvenir, et être prêt à faciliter la première session ;
- (iv) De demander à l'enfant ce qui (s'il y a lieu) faciliterait son retour dans son État d'origine (si c'est ce qui est décidé), et ce en fonction de son âge et de sa maturité ;
- (v) De demander à l'enfant ce qui (s'il y a lieu) faciliterait son séjour en Australie (si c'est ce qui est décidé), et ce en fonction de son âge et de sa maturité ;
- (vi) D'enquêter sur l'existence de programmes axés sur l'enfant ou d'un soutien psychosocial pour l'enfant dans l'État d'origine.

L'évaluation ci-dessus donne à l'avocat indépendant pour enfants l'occasion de rencontrer l'enfant rapidement en présence du conseiller familial. Un rapport écrit de l'évaluation est remis au tribunal, aux parties et au parent auquel l'enfant a été retiré dans un délai d'environ deux semaines. Celui-ci permet aux parents de connaître le point de vue de l'enfant et de les aider (ainsi que ceux qui les conseillent) à mieux appréhender l'issue de la décision. Cette intervention du conseiller familial, qui intervient tôt dans la procédure, est également un excellent moment pour évaluer l'opposition de l'enfant à son retour aux fins de l'article 13. La prise en compte de l'opposition de l'enfant et l'analyse de ses motivations peuvent donc écourter le débat sur la nature de son opposition et son degré de maturité et lui épargner la situation peu enviable de devoir préférer un parent et un pays par rapport à un autre. Si un autre rapport est nécessaire, notamment en ce qui concerne la question du risque grave ou de l'intégration de l'enfant après un an, un rapport complémentaire peut être élaboré par le même conseiller familial.

Je me souviens d'une affaire de retour relevant de la Convention de La Haye dans laquelle un enfant avait été évalué par un conseiller familial très expérimenté (psychologue) et, sur recommandation de ce dernier, évalué ensuite par un pédopsychiatre. L'enfant avait fait part d'un plan bien pensé pour tuer son jeune frère, puis lui-même, au lieu d'être séparé de leur mère. Le rapport de l'expert indiquait que la détérioration de la santé mentale de l'enfant n'était pas le résultat de son déménagement mais celui d'un accord traitant des modalités applicables à l'exercice de l'autorité parentale inapproprié à son développement, qui avait été appliqué par les parents dans l'État de résidence avant son déménagement. Grâce à la coordination entre les professionnels de la santé mentale en Australie et aux États-Unis et à un degré remarquable de compréhension de la part des parents, l'enfant a suivi une thérapie en Australie et a finalement été renvoyé aux États-Unis avec son frère. Il convient de noter que la gravité de l'état de santé mentale de l'enfant a été déterminée par un conseiller familial plutôt que par l'un de ses parents. À la suite de cette intervention, le retour de l'enfant dans son État de résidence habituelle a été retardé jusqu'à ce qu'il jouisse à nouveau d'une bonne santé émotionnelle pour y retourner.

C. Rétablir la communication entre l'enfant et le parent auquel il a été retiré

Troisièmement, il convient de faciliter la communication immédiate entre l'enfant et le parent auquel il a été retiré, à condition que cette communication soit compatible avec son intérêt. Il est intéressant de noter que le dernier rapport sur la Convention de La Haye qui m'a été soumis contenait la description suivante, faite par un garçon de 10 ans, d'une récente communication Skype avec son père, le parent auquel il a été retiré :

Harry a déclaré que son père lui avait dit : « J'ai un problème cardiaque. Je mourrai si tu ne reviens pas. » À cet égard, Harry a émis des commentaires à l'auteur du rapport : « mais je ne pense pas que ce soit vrai. » Harry a aussi dit : « J'ai vu une arme dans sa main et [il dit qu'] il va se suicider. » Harry a dit : « mais je crois que c'est peut-être une fausse arme. »

Le parent qui a emmené l'enfant avait encouragé la communication par voie électronique, mais a cessé toute communication lorsque le parent privé de son enfant a commencé à parler de façon inappropriée. La demande de retour aurait été présentée en partie en réponse à l'interruption des communications par voie électronique.

D. Médiations spécialisées fondées sur les instruments de La Haye

Quatrièmement, il importe de prévoir une médiation spécialisée fondée sur les instruments de La Haye. Ces médiations se déroulent parallèlement à la procédure, ne retardent pas la décision finale, sont gratuites pour les parents et comprennent jusqu'à trois séances (électroniques ou en tête à tête) qui se tiennent en succession rapide et nécessairement autour de la date de l'audition finale. Ces médiations sont organisées par deux médiateurs et ont des caractéristiques communes avec le service de médiation en matière d'enlèvement international d'enfants fourni par Reunite International (Royaume-Uni), MiKK (Allemagne) et avec le Bureau de médiation du Centre pour l'enlèvement international d'enfants (Pays-Bas).

L'avantage de la médiation n'est pas d'essayer de parvenir à un règlement rapide de la demande de retour, qui sera de toute façon accélérée, mais d'encourager plutôt les parents à se préparer à l'issue de la décision. En particulier, il s'agit de négocier des accords immédiats traitant des modalités applicables à l'exercice de l'autorité parentale jusqu'à ce que le tribunal de l'État d'origine soit dûment saisi de l'affaire. Il s'agit également d'examiner quels accords traitant des modalités applicables à l'exercice de l'autorité parentale devraient être mis en place si le retour est refusé. Bien sûr, la médiation résout un certain nombre de situations mais le principal avantage de la médiation, en ce qui concerne l'enfant, réside dans le fait que le retour et le non-retour sont davantage axés sur l'enfant et sont plus sûrs, c'est-à-dire :

- i. donner l'opportunité aux médiateurs formés d'attirer l'attention des parents sur l'enfant plutôt que sur le conflit ;
- ii. encourager les parents à réfléchir après la demande de retour à la prochaine série d'accords traitant des modalités applicables à l'exercice de l'autorité parentale qui donneront à l'enfant une certitude pour les quelques semaines qui suivront la décision de retour ou de non-retour ;
- iii. formuler des conditions de retour du type de

- celles des ordonnances de sauf-conduit ;
- iv. veiller à ce que les conditions de retour dont il peut être convenu soient rendues exécutoires dans tous les États concernés avant le retour de l'enfant ;
 - v. examiner si des accords traitant des modalités applicables à l'exercice de l'autorité parentale sont dans l'intérêt supérieur de l'enfant à long terme et, s'ils sont acceptés, mettre un terme à la détérioration des relations entre les parents et l'enfant.

D'après mon expérience, les parents qui ont enlevé ou retenu leurs enfants et ceux auquel ils ont été retirés seront d'accord et prêts à faire presque tout pour atteindre le résultat qu'ils recherchent, mais, s'ils en ont la possibilité, ils changeront facilement d'idée après l'événement. Cette situation est déstabilisante pour les enfants et ne conduit pas à un rôle parental constructif dans le futur. La protection adéquate de l'enfant n'est pas garantie par des engagements pris à l'égard d'un tribunal d'un autre État ou territoire, par de simples promesses ou par des accords obligeant la personne pour le compte de laquelle la promesse est faite à saisir le tribunal pour qu'il procède à son exécution.

E. Conditions de retour

Cinquièmement, il importe d'envisager de rendre le retour conditionnel. Notre législation permet au tribunal d'imposer des conditions au retour, qu'une exception au retour soit invoquée ou non. Lorsque la procédure de retour est engagée par l'Autorité centrale (ou l'Autorité centrale du territoire), il est nécessaire que celle-ci informe le tribunal des conditions (le cas échéant) auxquelles le parent auquel l'enfant a été retiré acceptera de se conformer et fasse ensuite des observations sur le caractère raisonnable ou pratique de l'équilibre des conditions demandées.

Il convient de rappeler qu'une affaire de retour fondée sur la Convention de La Haye ne donne pas une idée précise de la dynamique familiale, en particulier lorsque, comme en Australie, le parent auquel l'enfant a été retiré ne poursuit pas la demande de retour et ne se présente généralement pas en personne au tribunal. Les éléments de preuve tendent à être fortement axés sur les motifs de l'intimé pour s'opposer au retour dans une mesure qui invite à l'incompréhension et peut donner lieu à des sympathies mal placées. Les conditions devraient viser à répondre aux besoins raisonnables du parent et de l'enfant qui retournent dans l'immédiat ou à court terme et seulement jusqu'à ce qu'un tribunal compétent de l'État d'origine soit dûment saisi de l'affaire et puisse rendre un jugement provisoire motivé.

Je suggère que les conditions :

- soient simples.
- soient respectées avant le retour de l'enfant, mais, si cela n'est pas possible, le respect de la décision doit faire l'objet d'une certaine sécurité.
- soient réalisables et respectables. Si une condition est impraticable et ne peut être remplie, l'inexécution peut faire échec à la décision de retour.
- ne devraient en général pas récompenser le parent qui a enlevé ou retenu l'enfant en le mettant dans une position plus avantageuse qu'avant l'enlèvement, à moins que cela ne soit indispensable pour faire face à un risque grave perçu de préjudice ou d'une situation intolérable qui, autrement, pourrait faire échec à une demande de retour.

Il est essentiel que les conditions ne soient pas de nature à empiéter sur les fonctions ordinaires des tribunaux ou des autorités de l'État de résidence habituelle de l'enfant. Cela est généralement respecté en faisant en sorte que les conditions ne s'appliquent que pour une courte période et certainement pas plus longues qu'il ne serait nécessaire pour qu'un tribunal de l'État d'origine soit saisi et rende un jugement intermédiaire motivé.

Dans le cadre de la préparation de l'issue de la décision, le parent qui a soustrait l'enfant devrait être encouragé à proposer les conditions qu'il souhaite obtenir et le parent auquel l'enfant a été retiré devrait répondre par écrit, avant la médiation fondée sur la Convention de La Haye. Cela permet aux parties d'orienter les négociations et, en définitive, de prouver la pertinence et la faisabilité des conditions de retour proposées.

V CONCLUSION

Nous devons permettre aux enfants d'être impliqués dans les procédures de La Haye, leur donner une voix, pas un choix. Nous devrions fournir des informations aux enfants qui sont capables de comprendre afin qu'ils puissent saisir le résultat qui leur est imposé.

Nous pouvons apporter un soutien et un appui en ce qui concerne le retour et le non-retour des enfants afin que l'expérience de la Convention de 1980 soit psychologiquement et physiquement sûre, sans modification du droit matériel ou modifications majeures à la procédure accélérée de La Haye. Nous pouvons identifier et prendre en compte le point de vue de l'enfant tout en préservant l'intégrité de la Convention de 1980, qui nous a si bien servi dans le domaine de l'enlèvement international d'enfants par le père ou la mère, ainsi que le recours rapide qu'elle prévoit.

¹ Les opinions exprimées dans le présent document sont les

miennes ; elles ne représentent pas celles du Tribunal de la famille de l'Australie ni celles d'autres juges. Ces opinions n'indiquent pas de quelle façon je trancherais une affaire après avoir eu l'avantage de l'argument. Je reconnais que toutes les affaires et toutes les familles sont différentes. J'ai formulé des déclarations générales dans un souci de concision et de promotion du dialogue mais aussi conformément aux thèmes et aux traits de personnalité que j'ai observés, ainsi qu'aux preuves sur le développement de l'enfant reçues au cours des 25 années de procédures de retour en vertu de la Convention de La Haye .

- 2 Une « condition de retour » est une condition qui, si elle n'est pas satisfaite, fera échec à la décision de retour. Par exemple, si le retour est subordonné à la condition que les décisions soient rendues exécutoires dans l'État d'origine avant le retour, l'enfant ne sera pas retourné à moins que les décisions ne soient rendues exécutoires.
- 3 Voir « Première partie - Analyse statistique des demandes déposées en 2015 en application de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* - Rapport global », Doc. pré. No 11A de février 2018 (révisé) préparé à l'intention de la Septième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions Enlèvement d'enfants de 1980 et Protection des enfants de 1996 (octobre 2017) (disponible sur le site web de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous la rubrique « Enlèvement d'enfants »), p. 9.
- 4 Cour d'appel du Royaume-Uni (Angleterre et pays de Galles), *BP et DP (Children : Habitual Residence)* [2016] EWCA 633 (Fam) [155].
- 5 Chambre des Lords du Royaume-Uni (Angleterre et pays de Galles), [2015] EWCA Civ 26 [INCADAT Réf : HC/E/UKe 937].
- 6 Loi sur le droit de la famille de 1975 (*Family Law Act 1975*) (Cth), art. 68LA.
- 7 En Australie, la procédure de retour prévue par la Convention de La Haye est engagée par l'Autorité centrale ou l'Autorité centrale du territoire pour lequel le parent auquel l'enfant a été retiré est un témoin. La procédure est gratuite pour ce parent. Une résolution négociée entre les parents est susceptible d'être respectée par l'Autorité centrale qui engage les poursuites.
- 8 Loi sur le droit de la famille de 1975 (*Family Law Act 1975*) (Cth), article 68L(3)(a).

6. L'opinion de l'enfant dans la procédure de retour - Pratique des tribunaux japonais

Par Tomoko Sawamura (*Directeur, Première Division, Bureau de la famille, Secrétariat général, Cour suprême du Japon, Juge du Réseau japonais*)

La Convention de 1980 est entrée en vigueur au Japon le 1er avril 2014. Au cours de son fonctionnement, les tribunaux japonais ont déployé des efforts concertés pour appliquer efficacement la Convention et contribuer au bien-être des enfants. Cet article fournit une brève explication sur les efforts déployés par les tribunaux japonais pour tenir compte de l'opinion de l'enfant dans le cadre de la procédure de retour fondée sur la Convention de La Haye.

Importance de l'opinion de l'enfant dans les procédures de retour

Il est important que le tribunal tienne compte de l'opinion de l'enfant dans les procédures de retour car ces procédures et leurs issues ont une influence significative sur le bien-être de l'enfant. L'opinion de l'enfant est particulièrement importante pour le tribunal dans les cas où des clauses d'exception telles que celle de l'article 13(2) (opposition de l'enfant) et de l'article 12(2) (intégration de l'enfant) sont soulevées car elles se focalisent sur la situation de l'enfant et la manière dont il se sent dans ce contexte.

Loi japonaise de mise en œuvre

Sur la base des considérations qui précèdent, l'article 88 de la loi japonaise de mise en œuvre de la Convention prévoit que « pendant la procédure de retour de l'enfant, le tribunal de la famille s'efforce de comprendre l'opinion de l'enfant en recevant ses déclarations, par l'intermédiaire d'un officier chargé de l'enquête du tribunal de la famille ou par d'autres moyens appropriés, et tient compte de l'opinion de l'enfant en fonction de son âge et de son degré de développement, au moment de rendre une décision définitive »¹. Pour se conformer à cet article, le tribunal est tenu d'obtenir les informations nécessaires sur l'opinion de l'enfant. Bien que la loi de mise en œuvre ne détermine pas la manière dont ces informations devraient être recueillies, le tribunal confie habituellement à l'officier chargé de l'enquête du tribunal de la famille le soin d'interroger l'enfant, de recueillir les informations pertinentes et de présenter un rapport sur l'opinion de celui-ci au tribunal.

Les officiers chargés de l'enquête du tribunal de la famille

Les officiers chargés de l'enquête du tribunal de la famille sont membres du personnel judiciaire affecté aux tribunaux de la famille et exercent des fonctions qui sont propres à ces tribunaux. Les tribunaux de la famille sont les tribunaux de première instance pour les affaires familiales et les affaires de délinquance juvénile. Les affaires de retour d'enfants sont classées comme affaires familiales et relèvent de la compétence des tribunaux de la famille².

Les officiers chargés de l'enquête du tribunal de la famille sont des experts dans le domaine des sciences du comportement telles que la psychologie, la sociologie, la pédagogie et le travail social. Grâce à leur expertise, ils enquêtent sur les faits pertinents, notamment en interrogeant les parties et les enfants et en rédigeant des rapports à l'intention des juges. Dans les procédures de retour d'enfants, les officiers chargés de l'enquête vérifient également les faits et les allégations concernant le ou les enfant(s).

Aperçu de la procédure de retour de l'enfant

Le tableau ci-dessous donne un aperçu de la procédure de retour au Japon fondée sur la Convention de La Haye. Sur réception d'une demande écrite, le tribunal désigne dès que possible la première date d'audience.



Lors de la première audience, le tribunal clarifie les arguments et les éléments de preuve présentés par les parties et établit le calendrier de la procédure. Le tribunal détermine s'il est nécessaire de mener une enquête sur l'opinion de l'enfant et, le cas échéant, rend une ordonnance d'enquête à l'intention des officiers chargés de l'enquête du tribunal de la famille.

Entre la première et la deuxième audience, les officiers désignés pour mener l'enquête procèdent à un examen des faits et présentent un rapport au tribunal sur la base des conclusions de l'enquête. Les parties peuvent prendre connaissance du rapport sur demande et, si nécessaire, présenter des arguments écrits à propos de ce dernier.

Lors de la deuxième audience, le tribunal procède à une audition des parties. Le tribunal rend ensuite une décision finale sans délai.

Activités des officiers chargés de l'enquête du tribunal de la famille dans le cadre des enquêtes

1. Préparation pour les entretiens

Afin d'obtenir des informations sur l'opinion de l'enfant, les officiers chargés de l'enquête mènent généralement un entretien avec celui-ci. L'entretien est soigneusement préparé afin de s'assurer qu'il permettra de bien recueillir l'opinion de l'enfant.

Les officiers chargés de l'enquête demandent généralement aux parties de soumettre par écrit les informations sur l'enfant nécessaires pour planifier un entretien avec celui-ci. À partir de ces informations, les officiers chargés de l'enquête réfléchissent à la façon de mener l'entretien, aux questions à poser, etc. Ils prêtent même attention au type de pièce dans laquelle l'entretien doit avoir lieu³ et aux vêtements qu'ils portent pendant l'entretien, par exemple, un costume ou une tenue plus décontractée.

2. Entretien de l'enfant

Après cette préparation, les officiers chargés de l'enquête mènent l'entretien avec l'enfant. Tout d'abord, ils expliquent leur rôle, la procédure menée par le tribunal et la question qui fait l'objet de la procédure dans un langage adapté à l'enfant. Ils posent ensuite des questions et en recueillent les réponses.

Pour encourager l'enfant à parler, les officiers chargés de l'enquête utilisent un ton sympathique et parlent avec une voix chaleureuse. Ils s'assurent également qu'ils font preuve de respect et d'attention envers l'enfant. Ils utilisent à la fois des questions fermées et des questions ouvertes, en tenant compte de l'âge et de la maturité de l'enfant. La reformulation de ce que l'enfant dit et l'utilisation de mots de soutien sont également des techniques d'entretien importantes.

De plus, pendant l'entretien, les officiers chargés de l'enquête ne se limitent pas seulement à recueillir les réponses de l'enfant. Ils veillent également aux expressions non verbales telles que le ton de la voix de l'enfant, le regard ou les expressions faciales. Par ailleurs, ils analysent ce que les mots de l'enfant signifient dans un contexte plus large, y compris son degré de développement, ses antécédents familiaux et ses expressions non verbales.

3. Présentation des rapports d'enquête

Après l'entretien, les officiers chargés de l'enquête produisent un rapport écrit qu'ils soumettent au juge. Le rapport ne comprend pas seulement ce que l'enfant a dit, il comprend également l'analyse de l'opinion de l'enfant faite par les officiers chargés de l'enquête sur la base des informations recueillies avant et pendant l'entretien.

Les parties ont la possibilité de prendre connaissance du rapport avant la tenue de la deuxième audience et peuvent présenter des arguments écrits au besoin. Des observations peuvent être présentées car les juges considèrent le rapport d'enquête comme faisant partie de la preuve au moment de prendre une décision finale.

Avantages de la pratique japonaise

Du point de vue du juge, les officiers chargés de l'enquête du tribunal de la famille sont plus neutres que les personnes ou institutions privées, puisqu'il s'agit de membres du personnel judiciaire. Leur neutralité renforce la crédibilité de leurs enquêtes, ainsi que les décisions prises par le juge qui sont fondées sur leurs conclusions. De plus, plutôt que d'avoir un juge qui entend directement l'enfant, la pratique employée au Japon est bénéfique dans le sens où les officiers chargés de l'enquête peuvent obtenir plus d'informations de l'enfant en raison de leur formation spécialisée sur l'interaction avec ces derniers.

En plus de communiquer des informations, les membres du personnel fournissent aussi une analyse fondée sur leur expertise en sciences du comportement. Cette analyse est particulièrement utile aux juges au moment de rendre une décision finale et précise. Ces avantages contribuent à la mise en œuvre appropriée et efficace de la Convention de 1980 au Japon.

- 1 *Loi de mise en œuvre de la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, Loi No 48 du 19 juin 2013. Une traduction anglaise de la loi de mise en œuvre est disponible à l'adresse < <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/> > [traduction française proposée par le Bureau Permanent].
- 2 La loi japonaise de mise en œuvre concentre la compétence en matière de retour des enfants dans deux tribunaux de la famille des 50 tribunaux de la famille au Japon, à savoir le tribunal de la famille de Tokyo et le tribunal de la famille d'Osaka.
- 3 Dans les tribunaux de la famille, il existe des pièces particulières pour les enquêtes, par ex., un bureau normal qui est utilisé pour les enquêtes sur les adolescents ou une salle de jeux pour les plus jeunes enfants.

7. Rôle des enfants dans les procédures relevant de la Convention de La Haye de 1980 - L'expérience de Singapour

*Par le juge de district Wong Sheng Kwai¹
(Tribunaux de la justice de la famille, Singapour,
Université d'Otago, Nouvelle-Zélande, février 2018)*

L'approche de Singapour à l'égard des conflits familiaux transfrontières impliquant des enfants

Singapour dispose de deux procédures pour gérer les affaires d'enlèvement transfrontière d'enfants. Lorsque l'État dans lequel l'enfant a été emmené a adhéré à la Convention de 1980, nous appliquons la Loi sur l'enlèvement international d'enfants (*International Child Abduction Act*), qui est conforme au cadre de la Convention. Les affaires qui ne relèvent pas de la Convention de La Haye sont traitées en vertu de la Loi sur la tutelle des mineurs (*Guardianship of Infants Act*), qui établit des règles de conflit de lois conçues pour déterminer le for approprié pour régler le litige.

Notre périple dans le cadre de la Convention de La Haye de 1980

Singapour a adhéré à la Convention de 1980 le 28 décembre 2010 ; celle-ci est entrée en vigueur le 1^{er} mars 2011. Sur les 98 États contractants à la Convention, 61 ont accepté l'adhésion de Singapour. Jusqu'à présent, les tribunaux de Singapour ont entendu 10 affaires relevant de

la Convention de La Haye, dont l'une a été portée devant la Cour d'appel et une autre devant trois juges de la Haute Cour.

L'un des défis que doit relever le tribunal dans les affaires relevant de la Convention de La Haye est de s'assurer que l'intérêt de l'enfant soit mieux servi dans le cadre de la Convention. Jusqu'à présent, l'exception prévue à l'article 13(2), à savoir l'opposition de l'enfant à son retour, n'a pas été soulevée dans le cadre de la procédure singapourienne. Cependant, nous avons mis en place des principes et des procédures afin de s'assurer que la voix de l'enfant dans toutes les procédures familiales le concernant soit entendue. Je présenterai brièvement la récente réforme de notre système de justice familiale qui vise à mieux répondre aux besoins des familles en détresse, et en particulier aux besoins des enfants pris dans le conflit.

Une nouvelle approche de la justice familiale

En 2013, le Comité pour la justice familiale a été créé pour examiner le système de justice familiale à Singapour². Le Comité a recommandé la mise en place d'un système national de soutien intégral afin de répondre aux besoins des jeunes et des familles en détresse, y compris la création d'une structure judiciaire spécialisée. Les recommandations du Comité ont été acceptées et les tribunaux de justice familiale (TJF) ont été établis le 1^{er} octobre 2014 en vertu de la Loi sur la justice familiale (*Family Justice Act*) de 2014.

L'honorable juge en chef Sundaresh Menon a déclaré lors de l'ouverture des tribunaux de justice familiale le 1^{er} octobre 2014 :

« La justice familiale est un domaine unique dans l'administration de la justice. D'une certaine façon, la tâche judiciaire peut être comparée à celle d'un médecin qui s'attache à diagnostiquer le problème, adoptant le comportement approprié envers les patients pour susciter la confiance et transmettre l'empathie et choisissant avec sagesse le bon traitement afin d'apporter la guérison. »³

En adoptant cette idée, les TJF, en collaboration avec des partenaires communautaires, a mis en place des interventions multidisciplinaires pour soutenir les familles et les jeunes en difficulté tout au long du cycle de vie d'un conflit⁴. Ces interventions comprennent un programme d'éducation parentale obligatoire⁵, la pratique du droit collaboratif⁶, le conseil, la médiation, des procédures décisionnelles menées par un juge⁷, la représentation des enfants⁸, les rapports d'évaluation de la garde et du droit de visite, les établissements de visite supervisée⁹ et la coordination de l'exercice des responsabilités parentales¹⁰. Dans tous ces programmes, les principes clés sont de réduire l'acrimonie entre les parties, de concentrer l'attention des parents sur l'avenir et sur la centralité des intérêts de leurs enfants, et de renforcer la résilience de la famille.

Dans le contexte des affaires transfrontières impliquant des enfants, ces programmes peuvent être facilement déployés. La désignation d'un représentant de l'enfant pour faire entendre sa voix ainsi que le recours à un médiateur pour réduire l'acrimonie sont particulièrement pertinents dans les affaires relevant de la Convention de La Haye. Ces représentants sont en mesure de résoudre la question complètement ou, à tout le moins, de préparer les parties à l'éventuelle décision du tribunal.

Les représentants d'enfants sont des professionnels qualifiés nommés par le tribunal pour présenter l'intérêt supérieur de l'enfant au tribunal. Le représentant de l'enfant fournit un point de vue indépendant sur les questions relatives à celui-ci et rassemble les informations pertinentes et / ou les documents nécessaires pour que le tribunal puisse prendre une décision. Compte tenu du délai très court prévu dans le cadre des affaires relevant de la Convention de La Haye, le représentant de l'enfant doit être désigné dès que possible afin de disposer de suffisamment de temps pour mener les travaux préparatoires nécessaires.

Singapour travaille avec l'organisation à but non lucratif allemande MiKKK e.V. pour former les médiateurs familiaux accrédités afin de répondre aux exigences et aux sensibilités particulières de la médiation transfrontière. Le 7 novembre 2017, un protocole a été élaboré dans le cadre d'un projet pilote entre MiKKK e.V. et le *Singapore Mediation Centre* (SMC) sur la co-médiation familiale internationale pour les litiges transfrontières impliquant des enfants. Les nationalités et lieux de résidence des parties ne sont pas limités à l'Allemagne ou à Singapour. À l'heure actuelle, nous n'avons pas encore activé ce protocole.

En conclusion, nous n'avons pas encore eu l'occasion de traiter toutes les questions qui pourraient se poser en rapport avec le rôle des enfants dans les procédures relevant de la Convention de La Haye. Néanmoins, avec notre nouveau système de justice familiale, l'accent est mis sur la résolution de problèmes et la centralité de l'enfant. Il existe des moyens spécifiques pour déterminer la voix de l'enfant ainsi que des processus de conseil et de médiation pour aider les parties à se reconcilier et à trouver des solutions pratiques, quelle que soit la décision du tribunal sur une demande de retour. Par conséquent, nous sommes bien placés pour répondre aux besoins des litiges transfrontières impliquant des enfants.

- 1 Cet article s'appuie sur la présentation de l'auteur lors de l'atelier sur le rôle des enfants dans les procédures relevant de la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants, les 8 et 9 février 2018 à Auckland (Nouvelle-Zélande). L'auteur tient à remercier le Professeur Nicola Taylor et le Professeur Marilyn Freeman de lui avoir donné l'occasion de participer à cet atelier.
- 2 Le Comité pour la justice familiale est dirigé par la Ministre

d'État de l'époque chargée du droit et de l'éducation, Mme Indrane Rajah, SC, par le Procureur général V.K. Rajah (jusqu'au 24 juin 2014), et par le juge Andrew Phang (à partir du 25 juin 2014), avec des représentants de la communauté juridique, des organismes de services sociaux, des universités, du ministère du Droit, du ministère du Développement social et de la famille, de la Cour suprême et des tribunaux d'État.

- 3 Une copie du discours est disponible sur le site web des tribunaux de justice familiale de Singapour à l'adresse suivante : < <http://www.familyjusticecourts.gov.sg> > sous la rubrique « News and Events ». Traduction du Bureau Permanent.
- 4 Aux TJF, nos interventions comprennent l'utilisation du conseil pour aborder les questions émotionnelles et relationnelles ainsi que la médiation pour trouver un consensus et un moyen pratique afin que la famille aille de l'avant. L'équipe multidisciplinaire est composée de professionnels des secteurs du droit et des sciences sociales.
- 5 Le Programme obligatoire d'éducation parentale est une procédure précontentieuse administrée par le ministère du Développement social et familial pour les couples en instance de divorce ayant des enfants de moins de 21 ans. Les parties auront besoin d'un certificat de présence avant d'entamer les procédures de divorce.
- 6 La pratique du droit collaboratif est un arrangement précontentieux selon lequel les parties qui s'engagent à négocier de bonne foi travaillent avec leurs avocats pour résoudre le différend dans sa globalité. Les avocats qui s'engagent dans cette procédure ne peuvent pas continuer à représenter leurs clients respectifs en cas d'échec des négociations et d'ouverture d'une procédure judiciaire.
- 7 L'adoption de l'approche dirigée par le juge par le biais des Règles de justice familiale, entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2015, habilite le juge à rendre un grand nombre d'ordonnances pour faciliter le règlement juste, rapide et économique des procédures familiales. Ces ordonnances obligent notamment les parties à participer à des programmes de médiation, de conseil ou de soutien familial. D'autres ordonnances relatives à la conduite des procédures, telles que la convocation de témoins, d'experts, l'admission de preuves et la durée des plaidoiries, sont également à la disposition du juge.
- 8 Le système de représentation des enfants s'inspire de l'expérience australienne en matière de nomination d'un avocat indépendant pour enfants.
- 9 Pour les citoyens singapouriens et les résidents permanents, le tribunal peut rendre jusqu'à trois ordonnances de huit séances gratuites de droit de visite pour chaque parent, sous la supervision d'un organisme de soutien spécialisé en matière de divorce. Par la suite, les services comprennent des frais. La CSRD offre un environnement sûr et neutre où les enfants peuvent passer du temps avec le parent visiteur afin de renforcer leur relation. Un conseiller est à la disposition des parents et des enfants pour les aider à résoudre les difficultés qu'ils rencontrent. Un rapport sera fourni par le conseiller pour que le tribunal l'examine avec les parties après l'exécution de chaque ordonnance afin de déterminer la prochaine étape à suivre.
- 10 Le système de coordination de l'exercice des responsabilités parentales est actuellement en phase pilote. Des coordinateurs formés sont nommés dans les affaires jugées appropriées par le tribunal pour aider les parents à mettre en œuvre les ordonnances relatives au droit de visite. Dans l'attente d'une loi qui définirait les pouvoirs du coordinateur de l'exercice des responsabilités parentales, ces derniers agissent actuellement comme des médiateurs sur le terrain pour aider les parties à régler les difficultés liées à la visite.

Atelier de Gênes (8-9 mars 2018)

8. L'audition judiciaire des enfants victimes d'enlèvement – Un point de vue comparé de trois pays

Par **Sara Lembrechts**, Sara Lembrechts, Université d'Anvers (Belgique)¹

Introduction

Le présent document résume les conclusions d'une étude juridique menée dans le cadre d'un projet de recherches pluridisciplinaire intitulé « EWELL - Améliorer le bien-être des enfants dans les cas d'enlèvements internationaux » (*Enhancing the Well-being of Children in Cases of International Child Abduction*)². Cette étude juridique se compose de deux éléments : un « scan rapide » de la législation nationale des 28 États de l'Union Européenne (UE) en matière de droit de l'enfant d'être entendu et une analyse approfondie de la jurisprudence belge, française et néerlandaise consacrée à l'audition de l'enfant dans des cas d'enlèvements internationaux relevant de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et du Règlement Bruxelles II *bis*. Ce document se focalise principalement sur l'analyse de la jurisprudence. Le cas échéant, des exemples du « scan rapide » seront fournis de sorte à replacer les conclusions dans le contexte européen.

Après un aperçu de la méthodologie de recherche, le présent document s'intéresse à quelques conclusions clés concernant la manière d'auditionner les enfants dans le cadre des procédures d'enlèvement. La deuxième partie du document se concentre plus avant sur deux questions qui attirent particulièrement notre attention : l'évaluation, par le tribunal, de l'opposition de l'enfant à son retour et des éléments ayant trait à son degré de maturité. Une brève réflexion critique conclut ce document.

Méthodologie de recherche dans le cadre de l'analyse de la jurisprudence

Pour ce qui est de l'analyse de la jurisprudence, nous avons examiné des décisions de justice portant sur l'audition des enfants dans le cadre de procédures relatives à l'enlèvement international d'enfants (tel que défini dans la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et le Règlement Bruxelles II *bis*). Il s'agit uniquement d'affaires réglées en première instance par des tribunaux spécialisés en matière familiale ou en appel par des cours d'appel régionales ou nationales ou la Cour suprême en Belgique, en France et aux Pays-Bas. Les cas étudiés dans le cadre du projet se limitent aux décisions rendues entre mars 2005, au moment de l'entrée en vigueur du Règlement Bruxelles II *bis* et mars 2016, date de lancement du projet EWELL. Cette

étude se concentre sur les cas dans lesquels les juges évoquaient de manière expresse ou décidaient de l'audition de l'enfant dans le cadre de procédures de retour, peu importe que ce dernier ait été effectivement entendu ou non.

L'échantillon analysé se compose de 176 cas, soumis à diverses questions de sorte à examiner la perception des juges de l'audition d'enfants enlevés et les implications de cette audition, à savoir :

- Sur quels motifs se fonde la décision du juge quant à savoir s'il convient ou non d'entendre l'enfant ?
- Le tribunal donne-t-il des informations sur le déroulement de l'audition ?
- La décision du tribunal fournit-elle des informations quant à la personnalité ou au comportement de l'enfant ?
- L'opinion de l'enfant s'est-elle avérée déterminante dans la décision du tribunal ? Pour quelles raisons ?
- Dans le cadre de l'établissement de la nécessité d'entendre l'enfant ou non, y a-t-il une différence d'approche entre les affaires relevant de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et celles relevant du Règlement Bruxelles II *bis* ?
- Y a-t-il d'autres éléments pertinents pour comprendre la procédure d'un tribunal en matière d'audition des enfants dans des cas d'enlèvements par les parents ?

Les bases de données utilisées pour trouver ces cas varient d'un État à l'autre ; INCADAT a été consulté de manière systématique pour ces trois États. Aux Pays-Bas, la plupart des affaires étaient publiées sur le site web suivant : www.rechtspraak.nl. Il s'est néanmoins avéré plus difficile d'accéder à la jurisprudence française et belge, considérant que de nombreux arrêts ne sont ni publiés en ligne ni rendus publics d'une quelconque autre manière. En conséquence, l'étude comprend également des renvois à des textes qui ne sont pas complets. Dans certains cas, les avocats et les juges spécialisés dans les affaires d'enlèvement d'enfants se sont montrés d'une grande aide en fournissant des versions rendues anonymes de décisions non publiées. Tous les cas recueillis ont été analysés au moyen d'Excel ou NVivo, un logiciel visant à l'analyse qualitative des données.

Âge et degré de maturité de l'enfant en Belgique, en France et aux Pays-Bas

Le nombre de cas de l'échantillon dans lesquels le juge a évoqué l'audition de l'enfant, peu importe que celle-ci ait

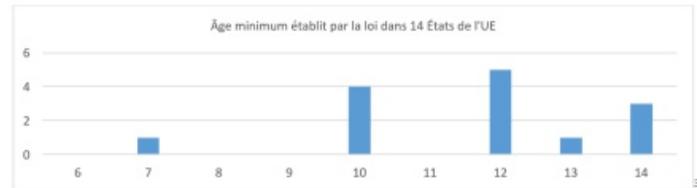
ou non eu lieu, varie grandement entre ces trois États. On recense 98 cas pour les Pays-Bas, 25 pour la Belgique et 53 pour la France. Aux Pays-Bas, les enfants ont pu être entendus dans 81 cas, soit environ 82 % des cas dans lesquels l'audition de l'enfant avait été évoquée ; en Belgique et en France, les enfants ont pu respectivement être entendus dans six (24 %) et 24 cas (45 %). Cependant, le nombre de cas dans lesquels l'opposition de l'enfant s'est révélée déterminante dans la décision de refus du retour (autrement dit, application de l'art. 13(2) de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980) est relativement similaire dans les trois États ; les chiffres varient entre 16 % aux Pays-Bas (16 cas), 12 % en Belgique (trois cas) et 11 % en France (six cas).

L'âge minimum à partir duquel le juge estime que l'enfant peut être entendu dans le cadre de telles procédures constitue la principale raison qui explique la disparité entre ces trois États quant au nombre de cas dans lesquels les enfants sont entendus. Aux Pays-Bas, à partir de six ans, on donne la possibilité aux enfants d'exprimer leur point de vue. En Belgique, les tribunaux autorisent généralement les enfants âgés de dix ans et plus à s'exprimer. En France, on constate que les enfants de moins de neuf ans ne sont pas entendus, à l'exception d'enfants âgés de six à huit ans lorsque leurs frères et sœurs plus âgés sont également concernés. Considérant que la plupart des enfants sont enlevés lorsqu'ils sont jeunes, la part des cas dans lesquels les enfants sont entendus est bien plus élevée devant les tribunaux néerlandais.

Ces trois États se distinguent encore davantage selon la manière dont leurs tribunaux respectifs évaluent le degré de maturité des enfants. Si le degré de maturité doit être examiné au cas par cas pour chaque enfant, les tribunaux belges et français ne définissent pas, dans leur jurisprudence, les concepts de maturité et de « discernement ». Dans ces deux États, les tribunaux s'abstiennent généralement de se livrer à une évaluation détaillée du degré de maturité de l'enfant et se fondent sur son âge biologique comme critère pour déterminer s'il convient ou non de l'entendre. Les juges néerlandais, quant à eux, débattent longuement, dans chaque cas, de leurs opinions concernant le degré de maturité de l'enfant. La jurisprudence néerlandaise établit une distinction entre plusieurs catégories d'âges. Les enfants de moins de neuf ans sont généralement jugés immatures ; ainsi, s'ils sont entendus, leurs points de vue ne sont pas jugés déterminants pour l'issue de l'affaire. Les enfants de 11 ans et plus sont jugés suffisamment matures, on peut donc donner un certain poids à leurs opinions. Toutefois, cela ne veut pas nécessairement dire que le tribunal se conformera aux souhaits de l'enfant. À titre d'exemple, lorsqu'on constate un conflit de loyauté, l'enfant peut être suffisamment mature pour être entendu (en ce qui concerne sa « capacité » à être entendu) mais son point de vue ne sera pas déterminant pour l'issue de l'affaire.

Âge minimum à partir duquel l'enfant est entendu dans le reste de l'Europe

Les résultats du « scan rapide » montrent qu'il existe, sous réserve d'un âge minimum variable, une obligation d'entendre les enfants dans tous les États de l'UE. Au total, 14 États énoncent un âge minimum pour pouvoir entendre l'enfant dans le cadre de procédures judiciaires (voir le graphique ci après), tandis que la loi de 15 autres États ne prévoit aucun âge minimum.



Il est à noter que le nombre total d'États est de 29 au lieu de 28 - cela s'explique du fait que l'Angleterre et le Pays de Galles n'établissent pas d'âge minimum, contrairement à l'Écosse.

Ces chiffres ont trait à l'audition des enfants dans le cadre de procédures judiciaires de manière générale. Pour ce qui est des procédures d'enlèvement, l'âge minimum à partir duquel l'enfant peut être entendu est parfois moins élevé. Aux Pays-Bas, si les enfants peuvent en principe être entendus à partir de 12 ans, dans les affaires d'enlèvement, les juges peuvent parfois les entendre dès l'âge de six ans. En Belgique, les enfants sont invités à s'exprimer dès l'âge de 12 ans, mais les enfants qui ont entre 10 et 11 ans sont parfois entendus dans les procédures d'enlèvement. Le droit français, en revanche, ne prévoit pas d'âge minimum à compter duquel l'enfant peut être entendu.

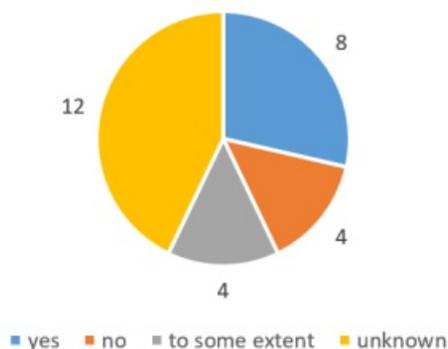
Concentration de la compétence

La concentration de la compétence représente une autre raison structurelle susceptible d'expliquer pourquoi les tribunaux néerlandais ont plus l'habitude d'entendre les enfants. Aux Pays-Bas, il existe un tribunal de première instance unique qui statue en matière d'enlèvement d'enfants ; il siège à La Haye. En conséquence, les juges qui connaissent des affaires d'enlèvement d'enfants sont moins nombreux, ce qui implique qu'ils disposent d'une certaine expérience et expertise en la matière. En Belgique, s'il existe des tribunaux de première instance spécialisés en matière familiale, six tribunaux, qui siègent à Anvers, Bruxelles, Gant, Liège et Eupen, traitent d'affaires d'enlèvement d'enfants. En France, il n'y a pas de concentration de la compétence en première instance, tout tribunal de première instance peut connaître d'affaires d'enlèvement d'enfants. Si les données recueillies montrent que la concentration de la compétence n'a pas nécessairement d'impact sur le nombre de demandes de retour refusées en application de l'article 13(2) de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, les juges des tribunaux qui concentrent la compétence peuvent se

montrer plus enclins à entendre les enfants ; ils le font en effet bien plus souvent.

Dans le reste de l'Europe, sur les 16 États pour lesquels on dispose d'informations à cet égard, huit concentrent la compétence, à l'instar des Pays-Bas, quatre États ont trouvé une sorte de compromis (par ex., la Belgique) et quatre autres ne concentrent pas la compétence en première instance (par ex., la France).

Concentration de la compétence (n = 28)



Stricte interprétation de l'opposition de l'enfant à son retour

Dans les trois États qui ont fait l'objet de l'étude, l'opposition de l'enfant à son retour a toujours été interprétée strictement. Les données quantitatives illustrent également cela ; l'article 13(2) de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 n'a été appliqué que dans 11 % à 16 % des cas dans lesquels l'enfant a été entendu. Un tel constat pose un énorme problème au juge. Si l'opinion de l'enfant constitue un élément parmi d'autres pris en considération par le tribunal dans le cadre d'une procédure de retour, il existe, dans la jurisprudence, un certain nombre d'exemples dans lesquels on lui a donné plus de poids.

À titre d'exemple, il est fort probable que les juges considèrent l'opposition de l'enfant comme un motif sérieux de non-retour si celle-ci est explicite (« ferme et constante », délibérée et indéfectible) (Pays-Bas, Belgique, France). L'opposition a parfois aussi justifié le non-retour lorsque les motifs sous jacents ne se limitaient pas à une préférence pour un État ou la personnalité d'un des parents, mais tenait compte des circonstances, du contexte et des conséquences potentielles du retour (Pays Bas, Belgique, France). Si l'opposition de l'enfant est confirmée par d'autres sources à disposition du tribunal (Pays-Bas, Belgique, France), notamment des informations tirées de l'audition d'autres parties ou des documents émanant des autorités de protection de l'enfance, il est possible qu'un poids plus important lui soit donné. On peut également lui donner plus de poids pour d'autres raisons, notamment lorsque : l'opposition a trait au développement équilibré de l'enfant (Pays-Bas) ; l'opposition va au-delà d'une simple

préférence pour le statu quo (Pays-Bas) ; l'enfant décide, de sa propre initiative, de rester en contact avec l'autre parent (Pays-Bas) ; l'opposition ne se fonde pas uniquement sur des circonstances factuelles qui font que l'État est plus « sûr » ou « agréable » (par ex., les embouteillages, une école agréable, etc.) (Pays-Bas) ; et lorsque l'enfant n'est pas confronté à un conflit de loyauté (France).

Si le fait de déterminer s'il convient ou non d'entendre l'enfant et quel poids doit être donné à son opinion constitue une tâche extrêmement difficile et périlleuse pour les juges, la jurisprudence met en évidence qu'ils cherchent à dépasser le côté superficiel et incohérent des oppositions et à déterminer, du mieux qu'ils peuvent, quelles seront, pour l'enfant concerné, les implications à long terme de leur décision.

Évaluer le degré de maturité des enfants

L'opinion de l'enfant peut être déterminante pour l'issue de l'affaire lorsque le tribunal estime qu'il a atteint un âge et un degré de maturité suffisants. La détermination de l'âge à compter duquel l'enfant devrait être entendu pose déjà des problèmes considérables aux tribunaux, mais ce n'est rien comparé au degré de maturité. À l'inverse des tribunaux belges et français, qui ne définissent pas, dans la jurisprudence dont on dispose (à l'exception d'une référence occasionnelle à l'authenticité), le degré de maturité et le discernement, les tribunaux néerlandais ont fait des efforts concertés pour préciser, dans la jurisprudence, les critères d'évaluation du degré de maturité des enfants enlevés.

Si l'on se penche sur les cas dont on dispose, on peut présenter un aperçu des divers critères pris en considération par les tribunaux néerlandais lorsqu'ils examinent le degré de maturité de l'enfant. Tous ces critères ne doivent pas nécessairement être satisfaits pour que l'opinion de l'enfant ait un impact sur l'issue de la procédure. En revanche, plus le comportement de l'enfant et sa manière de s'exprimer correspondent aux critères énumérés ci-après, plus il est probable que son opinion ait un impact sur l'issue de l'affaire. On compte parmi ces critères :

- Capacité suffisante à appréhender et comprendre la situation ainsi que les conséquences futures d'une décision ou d'une préférence quant au lieu de vie (critère évoqué dans 16 cas) ;
- Capacité à formuler ses vœux à l'oral (le cas échéant, avec l'aide d'un interprète) et à exprimer, de manière claire et complète, son opinion, ses sentiments et ses émotions (critère évoqué dans 10 cas) ;
- Capacité à faire preuve d'une certaine cohérence dans le récit (critère évoqué dans 10 cas) ;
- Authenticité, autoréflexion et indépendance correspondant à l'âge de l'enfant (critère évoqué dans neuf cas) ; ou capacité à prendre des

- décisions de manière indépendante (critère évoqué dans quatre cas) ;
- Capacité à s'exprimer d'une manière appropriée compte tenu de son âge (critère évoqué dans quatre cas), en utilisant ses propres mots (critère évoqué dans un cas) et des termes dont il comprend les implications (critère évoqué dans un cas : l'enfant parlait de « fugue » et de « suicide » alors que le juge avait l'impression qu'il ne comprenait pas les implications de tels actes) ;
 - Capacité à exprimer un certain sens des réalités, à faire preuve d'exhaustivité ou d'un certain sens du détail lorsqu'il exprime son opinion (critère évoqué dans quatre cas) ;
 - Capacité à s'exprimer librement, ouvertement et spontanément (critère évoqué dans trois cas) ;
 - Capacité à justifier certains choix ou préférences (critère évoqué dans trois cas) ;
 - Capacité à s'exprimer sans se montrer trop émotif (critère évoqué dans un cas dans lequel l'expression d'une forte colère a été jugée comme signe de maturité insuffisante) ;
 - Donner l'impression d'être mature, par exemple sembler plus mature que les autres enfants du même âge (critère évoqué dans trois cas). Il est important de préciser que le tribunal déclare expressément que la maturité n'a rien à voir avec la mesure dans laquelle l'enfant se sent responsable ou « prétend » être plus vieux qu'il ne l'est en réalité (critère évoqué dans un cas).

Si la majorité des critères pris en compte pour évaluer le degré de maturité a trait aux capacités d'expression, le comportement est également examiné (critère évoqué dans cinq cas), notamment dans les cas impliquant des enfants plus jeunes (entre cinq et sept ans) ou qui ont des antécédents médicaux particuliers (problèmes mentaux ou comportementaux). À titre d'exemple, dans un cas, le tribunal a insisté sur le fait qu'un enfant de six ans était mal à l'aise lorsque les gens parlaient espagnol autour de lui. L'intelligence (au sens du niveau scolaire) est rarement utilisée comme critère d'évaluation du degré de maturité (critère évoqué dans un cas). Il est plus difficile pour des enfants timides, qui ne sont pas particulièrement sûrs d'eux ni convaincants lorsqu'ils s'expriment, de persuader le tribunal qu'ils sont suffisamment matures (critère évoqué dans quatre cas).

Dans un cas qui impliquait un garçon âgé de 13,5 ans qui semblait en apparence particulièrement mature, le tribunal a énoncé clairement que, tant qu'il estime que la manière dont l'enfant *ressent* les choses est authentique et cohérente, il importe peu que celui-ci soit honnête lorsqu'il évoque la situation dans son État de résidence habituelle. Il s'ensuit que la vérité et l'objectivité ne sont importantes que dans les cas qui concernent des enfants : plus jeunes, confrontés à un conflit de loyauté, qui subissent une pression induite de l'un des parents ou dans des cas suscep-

tibles de susciter, pour toute autre raison, le doute quant à l'authenticité de l'opinion de l'enfant. Elles ne sont pas véritablement pertinentes lorsqu'il n'y a aucun doute quant au degré de maturité de l'enfant.

Les conflits de loyauté ou la pression induite de l'un des parents (en principe, la personne qui en prend soin, autrement dit le parent qui l'a emmené ou retenu) sont généralement des indicateurs pour le tribunal qu'il convient de ne pas tenir compte de l'opinion de l'enfant (critère évoqué dans cinq cas). Un conflit de loyauté est parfois jugé comme le signe d'un degré de maturité insuffisant (critère évoqué dans huit cas). Cependant, il existe des exceptions lorsque le tribunal est en mesure de constater la capacité de l'enfant à se forger sa propre opinion. Les enfants qui se trouvent dans des situations sociales ou émotionnelles difficiles peuvent néanmoins être considérés comme étant suffisamment matures, même lorsque leur point de vue n'est pas déterminant en raison d'un conflit de loyauté. À titre d'exemple, une fille de 15 ans qui insistait sur sa volonté de retourner vivre chez son autre parent depuis son enlèvement, mais qui avait changé d'avis quelques jours avant l'audience n'a pas été jugée immature mais sous l'emprise d'un conflit de loyauté. En outre, plus l'enfant dépeint la situation en termes extrêmes, plus il est probable que le tribunal ne tienne pas compte de son opinion.

Réflexion critique

Les critères du degré de maturité ont principalement trait aux capacités rationnelles et verbales, à la capacité à s'exprimer dans des termes et un langage clair. Toutefois, considérant l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant, le discernement ne se limite pas aux compétences rationnelles, mais implique également des capacités morales, émotionnelles et sociales. Les législateurs, praticiens du droit et universitaires font valoir que les enfants ne devraient pas être évalués en fonction d'indicateurs ou de critères que même la plupart des adultes ne comprendraient pas. L'on devrait en particulier être conscient que les enfants timides, peu sûrs d'eux ou dont le discours et le comportement ne sont pas très convaincants, sont confrontés à des difficultés plus importantes lorsqu'il s'agit de persuader le tribunal qu'ils sont suffisamment matures. Cela signifie-t-il qu'ils sont nécessairement moins capables d'examiner leur propre vie et de comprendre les conséquences d'une décision ? À cet égard, on peut estimer que l'aide ou les conseils d'autres professionnels peuvent s'avérer nécessaires pour explorer et développer son opinion, compte tenu des capacités et de la situation évolutives de l'enfant ; la charge de la preuve du degré de maturité doit toujours incomber à l'État, jamais à l'enfant.

- 1 Avec l'aide et le soutien de la Professeur Thalia Kruger, du Professeur Wouter Vandenhoele, de Mme Hilde Demarré et de Mme Kim Van Hoorde.
- 2 Avertissement : Les conclusions présentées dans ce document découlent du projet de recherches EWELL visant à améliorer le bien-être des enfants dans les cas d'enlèvements internationaux. Ce projet, financé par la Commission européenne et des partenaires belges, néerlandais et français, a été mené à bien entre janvier 2016 et décembre 2017. L'intégralité de la recherche et son résumé sont disponibles ici et ici.

9. L'audition de l'enfant dans les procédures civiles en Italie - Règles et pratiques

Par Marzia Ghigliazza (avocate, secrétaire ICALI (Avocats italiens spécialisés dans l'enlèvement d'enfants)) et **Sara Luzzati** (avocate)

L'audition de l'enfant dans les procédures civiles en Italie a fait l'objet de lignes directrices pratiques précises, à commencer par le Protocole préparé par l'Observatoire de la justice civile de Milan en 2006. Le Protocole vient compléter la loi No 54 du 8 février 2006, qui a introduit pour la première fois la possibilité pour le juge d'entendre l'enfant dans les procédures de séparation et de divorce (art. 155 *sexies* du Code civil italien)¹. Néanmoins, l'article 155 *sexies* ne fournit aucune règle précise en ce qui concerne l'audition.

À la suite des modifications apportées en 2012 et 2013,² le Code civil italien reconnaît aujourd'hui expressément le droit de l'enfant d'être entendu dans toute affaire ou procédure le concernant (art. 315 *bis*, alinéa 3). Une série de règles sont incorporées dans le Code pour l'audition judiciaire de l'enfant dans toute procédure où des décisions le concernant doivent être prises. Les règles figurant dans la loi No 54 depuis 2013 ont été adoptées et transposées à la suite des Protocoles du Tribunal établis dans tout le pays, à commencer par le Protocole de Milan.

Le « Protocole de Milan » a été élaboré entre février et juin 2016 par un groupe de travail composé de membres d'associations spécialisées en droit de la famille, à savoir *Camera Minorile* et *AIAF* (*Associazione Italiana degli Avvocati per la famiglia e per i minori*), avec le soutien d'experts psychologiques et pédagogiques. Le Protocole a ensuite été approuvé par le Tribunal de la famille, le Tribunal pour enfants et par la Cour d'appel.

À la suite de l'adoption du Protocole en 2006, d'autres institutions et autorités judiciaires locales ont élaboré des règles similaires,⁴ contribuant ainsi à l'élaboration de bonnes pratiques dans toute l'Italie. Cette tendance a créé un ensemble de règles pratiques et procédurales pour les juges, les parties et leurs avocats qui doivent être suivies

tout au long de l'audition et qui servent l'intérêt supérieur de l'enfant.

I. RÈGLES GÉNÉRALES SUR L'AUDITION DE L'ENFANT

a. À quel âge et dans quelles procédures l'enfant doit-il être entendu ?

En général, l'audition de l'enfant âgé d'au moins 12 ans n'est menée par le juge que dans le cadre d'une procédure contentieuse, à l'exception des décisions concernant des questions purement économiques. Dans une procédure non contentieuse, le juge ne peut entendre l'enfant que si les circonstances particulières de l'affaire indiquent qu'il s'agit de la meilleure solution.

Le juge a le devoir d'entendre l'enfant dans les procédures contentieuses qui ont une incidence sur son intérêt, à moins que les circonstances particulières de l'affaire ne laissent penser que cela ne serait pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans ce cas, le juge a le devoir de ne pas exiger l'audition de l'enfant⁵.

Si l'enfant a déjà été entendu dans le cadre d'une procédure antérieure, l'audition peut être évitée si : i) le juge estime qu'elle serait inutile ou préjudiciable pour l'enfant (puisque ses opinions ont déjà été exprimées) ; ii) l'enfant s'y oppose expressément ; ou iii) le juge estime que cela ne sert pas l'intérêt supérieur de l'enfant⁶.

Lorsque l'enfant est âgé de moins de 12 ans, le juge ne peut l'entendre que si : i) des raisons suffisamment graves l'exigent ; ii) les parties sont d'accord ; ou iii) en l'absence d'accord, le juge estime que l'enfant comprend suffisamment la procédure. Le juge doit évaluer si l'enfant est capable de discernement et s'il risque d'en subir les conséquences néfastes. Le juge peut demander l'assistance d'un expert pour cette évaluation. Conformément à l'article 68 du Code de procédure civile italien, le juge peut nommer un psychologue, un pédopsychiatre ou un agent des services sociaux⁷.

Cependant, nos tribunaux pour enfants, qui disposent d'un juge « honoraire » ou juge psychologue, entendent également les enfants à l'âge de 4-6 ans.

b. Par qui l'enfant doit-il être entendu ?

En règle générale, l'audition est une « audition directe » conduite par le président du tribunal accompagné d'un « juge honoraire », soit un juge psychologue siégeant en permanence dans les tribunaux pour enfants et les cours d'appel de la famille, sous réserve de sa présence au sein du tribunal⁸. Pour les tribunaux ne disposant pas de « juge honoraire », comme c'est le cas des tribunaux ordinaires de la famille, il est recommandé que le président du tribunal désigne un psychologue ou un psychiatre expert,

conformément à l'article 68 du Code de procédure civile italien, pour l'assister avec les « compétences complémentaires » nécessaires.

c. Quand et où l'enfant doit-il être entendu ?

L'enfant doit être entendu rapidement, afin d'éviter d'intensifier le conflit existant entre les parents ou entre un parent et son enfant. Une date devrait être fixée pour l'audience, en dehors des heures de classe (si possible l'après-midi) et dans un environnement approprié à huis clos. L'autorité judiciaire, le greffier ou tout autre fonctionnaire administratif compétent donne aux parties les instructions appropriées concernant la date et le lieu de l'audition. Ces audiences sont prioritaires et reçoivent une attention particulière.

L'audition doit se dérouler dans un environnement calme et sûr pour l'enfant. Le lieu de l'audition doit garantir une procédure régulière et préserver l'intérêt supérieur et le bien-être de l'enfant¹⁰. L'enfant doit de préférence être entendu dans une pièce privée dans laquelle sa disposition facilite la communication et l'interaction entre l'enfant et le juge. Dans la mesure du possible, il convient que cette pièce soit équipée pour l'enregistrement vidéo et audio¹¹.

II. RÈGLES DE PROCÉDURE À SUIVRE AVANT L'AUDITION

Avant l'audition de l'enfant, le juge donne des instructions adéquates aux parents, à leurs avocats et au tuteur sur la manière d'informer celui-ci des règles qui régissent sa comparution devant le tribunal ainsi que l'heure et le lieu de l'audition¹².

Tout contact entre les avocats des parents (dont la présence à l'audition est, en règle générale, exclue) et l'enfant est interdit pendant toute la durée de la procédure¹³. Les avocats sont également tenus de conseiller à leurs clients d'agir de manière responsable et d'éviter de tenter d'influencer l'enfant, et doivent expressément inviter les parents à s'abstenir de présenter à celui-ci tout document relatif à l'affaire¹⁴.

Avant l'audition, les avocats peuvent soumettre au juge les questions ou les sujets qu'ils estiment appropriés et sur lesquels ils souhaitent entendre l'enfant¹⁵.

III. RÈGLES DE PROCÉDURE À SUIVRE PENDANT L'AUDITION

a. Informations communiquées à l'enfant

L'enfant doit être dûment informé de son droit d'être entendu, des raisons qui sous-tendent sa participation à la procédure et des résultats possibles de cette dernière avant le début de l'audition. Le juge doit également expliquer à l'enfant que la décision finale ne sera pas néces-

sairement conforme aux points de vue qu'il aura exprimés au cours de l'audition, mais que son opinion sera prise en compte¹⁶.

b. La présence des parents, de leurs avocats, du tuteur ou de la personne qui a la garde physique de l'enfant

Le Protocole de Milan prévoit que seuls le président du tribunal, l'expert désigné et, lorsqu'ils sont désignés, le tuteur de l'enfant ou toute autre personne ayant la garde physique de celui-ci peuvent assister à l'audition. La présence des autres parties et de leurs avocats n'est pas appropriée car elle pourrait influencer indûment l'opinion de l'enfant. Les parties et leurs avocats doivent donc quitter la salle d'audience avant le début de l'audition¹⁷.

D'autres protocoles contiennent des règles moins strictes et permettent aux avocats des parties d'assister à l'audition, à condition qu'ils respectent un ensemble de règles visant à assurer le bien-être de l'enfant. Les avocats doivent : i) s'abstenir de tout contact avec l'enfant avant, pendant ou après l'audition ; ii) garder le silence pendant l'audition (ils ne s'adresseront pas directement à l'enfant) ; et iii) s'abstenir de tout comportement qui pourrait nuire au bien-être de l'enfant et à sa liberté d'expression¹⁸.

Les parents ne peuvent assister personnellement à l'audition, sauf indication contraire du juge. Lorsque l'enfant demande à l'un de ses parents ou aux deux, ou à une personne extérieure à la famille, d'assister à l'audition, le juge a le devoir d'examiner la demande de l'enfant, en tenant compte de son âge et de son besoin probable de soutien psychologique pendant l'audition¹⁹.

Lorsque les frères et sœurs font l'objet d'une procédure, les enfants sont de préférence entendus séparément, à moins que le juge estime approprié de les entendre conjointement ou, alternativement, de les entendre seuls lors de la première audition et ensemble lors de la deuxième²⁰.

c. Enregistrement de l'audition

L'audition doit être enregistrée et l'enfant doit lire et signer le dossier. Alors que certains protocoles exigent une transcription sommaire de l'audition²¹, d'autres exigent un dossier complet de celle-ci, y compris une description du comportement de l'enfant pendant l'audition²².

IV. RÈGLES DE PROCÉDURE À SUIVRE APRÈS L'AUDITION

Une fois l'audition terminée, l'enfant quitte la salle d'audience et les parties peuvent, sur demande et, en cas de stricte nécessité, soumettre au tribunal d'autres questions pour lesquelles elles estiment que des réponses devraient être apportées par l'enfant. Si le juge l'estime nécessaire, il peut rappeler l'enfant dans la salle et terminer l'examen.

Les avocats doivent, en tout état de cause, éviter d'aborder les questions relatives aux litiges en présence de l'enfant²³.

V. L'AUDITION INDIRECTE DE L'ENFANT

Dans le cas d'une « audition indirecte », soit une audition avec l'expert désigné et non devant le tribunal, il est également souhaitable que les parties et leurs avocats n'y participent pas. L'audition peut, à la demande des parties, être enregistrée. Avant le début de l'audition, chaque expert désigné par les parties, qui peut participer à l'audition, peut soumettre les questions et sujets qu'il souhaite voir traités par l'expert désigné par le juge²⁴.

Conclusions

La pratique des tribunaux, qui découle des protocoles et des dispositions de la loi, garantit que l'enfant est protégé et que son audition est adaptée à ses besoins, même s'il est en bas âge.

- 1 Protocole sur l'interprétation et l'application de la loi No 54 du 8 février 2006 relative à l'audition des mineurs (*Protocollo sull'interpretazione e applicazione legge 8 febbraio 2006, n. 54 in tema di ascolto del minore*)
- 2 Loi No 219 du 10 décembre 2012 et décret législatif No 154 du 28 décembre 2013.
- 3 Art. 336 bis du Code civil italien :
« L'enfant âgé d'au moins 12 ans ou même de moins de 12 ans, s'il est capable de discernement, est entendu par le Président du Tribunal ou par le juge délégué dans les procédures lorsque des décisions le concernant doivent être prises. Si l'audition est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ou est manifestement inutile, le juge doit motiver sa décision de ne pas entendre l'enfant.
L'audition est conduite par le juge, avec l'assistance d'experts. Les parents (y compris lorsqu'ils sont parties à la procédure), les avocats, le tuteur de l'enfant (s'il est désigné) et le procureur peuvent participer à l'audition si le juge les y autorise, à qui ils peuvent soumettre les questions et les sujets qu'ils souhaitent voir traités avant le début de l'audition.
Avant de procéder à l'audition, le juge informe l'enfant de la nature de la procédure et des conséquences éventuelles de l'audition. Un procès-verbal de l'audience doit être tenu et doit comprendre le comportement de l'enfant pendant l'audience. Alternativement, un enregistrement audio-vidéo est effectué. » [traduction du Bureau Permanent]
- Art. 337 octies du Code civil italien :
« [...] le juge entend également l'enfant d'au moins 12 ans ou même de moins de 12 ans s'il est capable de discernement. En présence d'une entente de garde, l'enfant ne sera pas entendu si le juge estime que l'audition serait contraire à son intérêt supérieur ou manifestement injustifiée. »
- 4 Protocole de Rome du 7 mai 2007 ; Protocole de Venise du 28 novembre 2008 ; Protocole sur l'interprétation et l'application de la loi No 54 du 8 février 2006 relative à l'écoute des mineurs (Protocole pour le procès de la famille, ALL. B) (*Protocollo sull'interpretazione e applicazione legge 8 febbraio*

2006, n. 54 in tema di ascolto del minore (*Protocollo per il processo di famiglia, ALL. B*), Observatoire de Vérone sur le droit de la famille, 13 février 2009 et Protocole pour les procédures en matière pénale et familiale (*Protocollo per i procedimenti in materia minorile e di famiglia*), Observatoire de Salerne en justice, 7 mai 2009 ; Protocole du District de Campobasso sur l'écoute aux mineurs (*Protocollo del Distretto di Campobasso in tema di ascolto del minore*), Campobasso du 1 juin 2010 ; Protocole concernant les décisions de séparation, divorce et modifications connexes, 1 - L'écoute du mineur dans les procédures familiales (*Protocollo per i giudizi di separazione, divorzio e relative modifiche, All. 1 - Ascolto della persona minorene nei giudizio di famiglia*), Florence, 6 mai 2011 et Protocole relatif à l'audition des enfants dans les procédures judiciaires (*Protocollo per l'audizione dei minori nei procedimenti giurisdizionali*), Varèse, 30 avril 2011 ; Protocole relatif à l'écoute du mineur (*Protocollo per l'ascolto del minore*), Messine, 29 juin 2012 ; et « L'audition du mineur dans les procédures familiales » (*Ascolto della persona minorene nei giudizi di famiglia*), Turin, 13 mai 2013 ; Protocole relatif aux procédures en matière familiale et personnelle (*Protocollo per i procedimenti in materia di famiglia e persone*), Observatoire de Bologne pour la justice civile, 27 février 2014 ; Protocole relatif à l'audition des mineurs dans les procédures familiales (*Protocollo ascolto minore nei procedimenti di famiglia*), Observatoire de Palerme sur la justice civile.

- 5 Cf. Milan art. 1, Rome art. 1 et 8, Vérone p. 11, Salerne art. 5A, Campobasso art. 1, Florence p. 3, Varese art. 1, Turin art. 1, Palerme para. 2.
- 6 Cf. Rome art. 8, Campobasso art. 10 et Palerme, para. 2.
- 7 Cf. Milan art. 1, Rome art. 2, Vérone p. 11, Salerne art. 5A, Campobasso art. 2, Florence p. 3 et 4, Varese art. 2, Turin art. 2 et Palerme para. 1.
- 8 Cf. Milan art. 3, Rome art. 4, Vérone p. 11, Salerne art. 5C, Campobasso art. 3, Florence p. 5 et 8, Varese art. 5, Turin art. 3. Le Protocole de Florence prévoit expressément que les auditions directes et indirectes ne sont pas équivalentes et que la préférence doit être accordée aux auditions menées personnellement par le juge, p. 8.
- 9 Cf. Milan art. 2 et 4, Rome art. 3 et 6.1, Vérone p. 11, Salerne art. 5B, Campobasso art. 4 et 5, Florence p. 4, Varese art. 3 et 4, Turin art. 5, Palerme para. 3.
- 10 Cf. Rome art. 3.
- 11 Les Protocoles de Rome et de Florence prévoient en outre la création de salles d'audience dédiées, spécialement aménagées de manière à faciliter l'interaction et la communication entre le juge et les enfants et divisées en deux parties par un miroir sans tain. De cette façon, le juge peut conduire l'audition de l'enfant seul d'un côté de la salle, tandis que les autres parties peuvent assister en silence de l'autre côté (cf. Rome art. 3 et Florence p. 4).
- 12 Cf. Milan art. 6, Venise art. 6, Vérone p. 12, Salerne art. 5E, Florence p. 5, Messine art. 5.
- 13 Cf. Venise art. 6, Campobasso art. 11, Messine art. 6, Turin art. 8.
- 14 Cf. Milan art. 7, Rome art. 5, Vérone p. 12, Salerne art. 5F, Campobasso art. 11, Palerme para. 5.
- 15 Cf. Milan art. 5, Rome art. 5, Venise art. 6, Campobasso art. 6, Salerne art. 5D, Turin art. 7, Palerme para. 3. Le Protocole de Florence précise que les parties peuvent soumettre leurs sujets au cours d'une audition. De plus, le Protocole précise que lorsque l'enfant comparait volontairement devant le tribunal - sans avertissement préalable à ses parents - le juge doit immédiatement en informer les avocats et fixer une date d'audience pour discuter de la question de savoir s'il y a lieu de procéder à une audition. Il en va de même dans tout autre cas de communication ou de

- contact direct entre l'enfant et le juge.
- 16 Cf. Milan art. 6, Rome art. 6, Venise art. 6, Vérone p. 12, Salerne art. 5E, Florence p. 5, Messine art. 5, Palerme para. 4.
- 17 Cf. Milan art. 5, Venise art. 6, Salerne art. 5D, Campobasso art. 6, Turin art. 7, Palerme para. 4.
- 18 Cf. Rome art. 5, Varese art. 3.
- 19 Cf. Milan art. 5, Vérone p. 12, Salerne art. 5D.
- 20 Cf. Milan art. 5, Vérone p. 12, Salerne art. 5D, Campobasso art. 6, Florence p. 6, Turin art. 6, Palerme para. 4.
- 21 Cf. Milan art. 4, Vérone p. 11, Messine art. 3, Palerme para. 4.
- 22 Cf. Rome art. 7, Venise point 6), Varese art. 6 et 7, Campobasso art. 8, Turin art. 4, Florence, p. 5 et 6. Le Protocole de Florence prévoit en outre qu'un « rapport à quatre mains » de l'audition - rédigé par le juge et par l'enfant et, éventuellement, dans la langue de l'enfant - doit être lu aux parents dans la phase finale de l'audition et joint aux transcriptions de l'audition (p. 7 et 8).
- 23 Le Protocole de Florence (p. 8) souligne en outre que la phase finale de l'audition représente une occasion précieuse pour les parents de comprendre les besoins de leur enfant plutôt que de se concentrer sur leur conflit personnel. Le juge représentera le point de vue de l'enfant en lisant le rapport de l'audience et écoutera les observations des parents.
- 24 Cf. Milan art. 8, Salerne art. 5C, Campobasso art. 9, Varese art. 5, Messine art. 7, Palerme para. 6.

10. La voix de l'enfant dans les procédures relevant de la Convention de La Haye en Grèce

Par Karolina Zoi Andriakopoulou et Maria Louiza Andriakopoulou (Avocats à la Cour suprême, Membres du Barreau d'Athènes, Grèce)

Cet article vise à mettre en lumière la manière dont l'opinion de l'enfant est entendue et prise en considération dans les procédures relevant de la Convention de La Haye en Grèce et à évaluer si le droit procédural grec facilite la prise en compte de la voix de l'enfant dans le contenu de la décision judiciaire concernant son avenir.

Le droit procédural grec dans les affaires relevant de la Convention de La Haye

Tout d'abord, nous examinerons comment l'enfant peut être représenté devant un tribunal en Grèce. Conformément au Code de procédure civile grec (ci-après, le « CPCG »), l'enfant peut être représenté en justice par ses parents. L'article 62 du CPCG dispose que « toute personne ayant la capacité d'être un sujet de droits et d'obligations juridiques a le droit d'être partie à un litige » [traduction du Bureau Permanent] et l'article 64 paragraphe 1 du CPCG dispose que « toute personne incapable d'accomplir des actes juridiques en son propre nom est représentée dans un litige par son représentant légal » [traduction du Bureau Permanent]. En outre, comme l'ar-

ticle 1510, paragraphe 1, du Code civil grec (ci-après, le « CCG ») le prévoit, « la prise en charge de l'enfant mineur est un devoir et un droit des parents (prise en charge parentale) qui est exercée conjointement par les parents. La prise en charge comprend la garde de l'enfant, la gestion de ses biens et sa représentation dans toutes ses affaires ou actes juridiques et les comparutions en justice concernant sa personne ou ses biens » [traduction du Bureau Permanent].

Comme les dispositions de la loi ci-dessus l'indiquent clairement, les représentants légaux d'un enfant en Grèce sont ses parents. Un représentant spécial n'est désigné que lorsque l'intérêt de l'enfant entre en contradiction avec l'intérêt des parents exerçant la garde parentale, ou du conjoint du parent ou des membres de leur famille par le sang ou par alliance (art. 1517 du Code civil). En Grèce, il n'y a pas de placement sous tutelle du tribunal, de tuteur *ad litem* ou d'institution similaire disponible dans le cadre des procédures relevant de la Convention de La Haye. Ces mécanismes ne sont disponibles que lorsque l'enfant est représenté individuellement (c.-à-d. non par ses parents en vertu de la loi) dans un litige judiciaire. Une demande de retour en vertu de la Convention de 1980 est liée à la garde parentale, sauf dans les cas de l'article 1517 du CCG mentionné précédemment. Par conséquent, en règle générale, il n'y a pas de représentant spécial de l'enfant désigné par le tribunal et l'enfant n'est pas placé sous la tutelle du tribunal, comme c'est le cas dans certains autres États européens. Pour un enfant mineur (un enfant âgé de moins de 18 ans), la seule façon d'être représenté devant les tribunaux grecs est par ses parents.

Dans les affaires relevant de la Convention de 1980, la demande de retour de l'enfant est déposée par le parent demandant le retour de celui-ci (le demandeur). Le demandeur peut choisir de comparaître en son nom propre ou d'être représenté par le Ministre de la Justice, de la transparence et des droits de l'homme, qui est l'Autorité centrale désignée en Grèce en vertu de la Convention de 1980. Le défendeur est le parent qui a déplacé ou retenu illicitement l'enfant. Ce sont les deux seules parties au litige puisque, comme il a été dit plus haut, l'enfant n'a pas droit à une représentation juridique individuelle et ne devient pas pupille du tribunal pendant la procédure relevant de la Convention de 1980.

L'implication de l'enfant dans la procédure est prévue à l'article 13(2) de la Convention de 1980 : « L'autorité judiciaire ou administrative peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion. Dans l'appréciation des circonstances visées dans cet article, les autorités judiciaires ou administratives doivent tenir compte des informations fournies par l'Autorité centrale ou toute autre autorité compétente de l'État de la résidence habituelle de l'enfant [...]. »

Les procédures relevant de la Convention de 1980 en Grèce sont entendues par le juge unique du tribunal de première instance et sont régies par les articles 682 à 738 du CPCG. Ces articles régissent la procédure de référé, qui s'applique en cas d'urgence ou pour éviter un danger imminent en permettant au tribunal d'obtenir ou de maintenir un droit ou en régissant une situation. Ces dispositions garantissent une administration plus rapide de la procédure de retour que la procédure judiciaire ordinaire, qui est pleinement conforme aux exigences de l'article 11 de la Convention de 1980 selon lesquelles « les autorités judiciaires ou administratives de tout État contractant doivent procéder d'urgence en vue du retour de l'enfant ».

Toutefois, il existe deux différences fondamentales entre les règles de procédure de la Convention de 1980 et les règles régissant la procédure de référé. Tous les faits relatifs au fond de l'affaire doivent être entièrement (et non provisoirement) prouvés par tout moyen de preuve disponible, contrairement aux dispositions de l'article 690 du CPCG. Par ailleurs, la décision est susceptible de faire l'objet d'un appel et d'autres recours contrairement aux dispositions de l'article 699 du CPCG qui s'appliquent aux décisions rendues dans le cadre de la procédure de référé (et non à la Convention de 1980), où il est indiqué que « les décisions qui accueillent ou rejettent des demandes de mesures provisoires ou de révocation ou de modification de ces mesures ne sont pas susceptibles de recours » [traduction du Bureau Permanent]. Par conséquent, la procédure pourrait ressembler à la procédure de référé, mais elle n'est en aucun cas la même en substance puisque les dispositions des articles 690 et 699 du CPCG constituent des éléments importants au cœur de la procédure de référé.

Avant qu'un juge ne décide de permettre ou non à un enfant d'être entendu, la nécessité juridique et factuelle de le faire doit être prouvée par la preuve apportée par les parties. Les éléments de preuve pris en considération comprennent les arguments des parties présentés par leurs représentants légaux, les documents présentés par les parties, les témoignages oraux d'un témoin par partie au cours de l'audience et les déclarations écrites sous serment des autres témoins des parties qui n'ont pas comparu au tribunal. Il est intéressant de relever que les parties elles-mêmes ne font pas de déclarations. La requête du demandeur se substitue à la fonction de sa déclaration et les mémoires écrits du défendeur (ou « propositions » selon la procédure grecque) se substituent à la fonction de leur déclaration. Tant dans la demande que dans les mémoires écrits des parties, les aspects de fond et les aspects juridiques de la question sont abordés. Ces documents ne sont pas rédigés par les parties elles-mêmes mais par leurs représentants légaux, qui les signent également afin qu'ils soient recevables en justice.

Si la demande d'audition de l'enfant présentée par le demandeur vise à prouver que l'enfant souhaite être retourné

ou à soulever tout autre moyen de défense fondé sur l'article 13, le juge entendra très probablement l'enfant s'il est suffisamment âgé et mature et s'il ne souffre pas d'un trouble qui l'empêcherait de faire valoir librement son opinion au juge. Dans les décisions qui ont été analysées aux fins de cet article, les enfants âgés d'environ 6-7 ans sont considérés comme ayant l'âge requis. Dans certains cas exceptionnels, des enfants de moins de 6 ans ont également été entendus.

Entretien de l'enfant

Le juge s'entretient d'abord avec l'enfant dans son bureau afin de déterminer s'il doit être entendu dans le cadre d'une procédure qui aura éventuellement lieu à un moment où l'enfant dispose de temps, par exemple en dehors des heures scolaires. Le juge précise et annonce l'heure et le lieu de l'entretien devant toutes les parties pendant l'audience.

L'entretien est mené uniquement par le juge. Dans une affaire que les auteurs de cet article ont menée, l'enfant a été interrogé en présence de deux juges, ce qui n'avait jamais été le cas auparavant et qui ne s'est pas reproduit depuis lors. Le juge interroge l'enfant dans son bureau, au sein du palais de justice, pendant les heures de travail officiels du tribunal. Seul le juge s'entretient avec l'enfant ; aucune autre personne n'est autorisée à être présente dans la salle, sauf un interprète si cela est nécessaire pour l'enfant. Aucun psychiatre, psychologue ou travailleur social n'est autorisé à assister à cet entretien.

Comme indiqué précédemment, l'enfant est interrogé dans le bureau du juge ; il n'y a pas de salle spéciale prévue à cet effet dans les palais de justice en Grèce. Bien que des enfants aussi jeunes que six ans puissent être interrogés, les juges n'ont aucune formation préalable sur la façon de mener l'entretien avec un enfant de cet âge ou avec un adolescent. Il n'existe pas non plus de directives émises par le tribunal. Par conséquent, chaque juge mène l'entretien comme bon lui semble.

Au cours de l'entretien, le juge est seul dans son bureau avec un enfant qu'il ne connaît pas et qui est généralement effrayé. Il est d'usage que le juge pose d'abord à l'enfant des questions générales, telles que l'endroit où il va à l'école, l'équipe de football qu'il supporte, s'il a vu des films récemment ou quelle est sa nourriture ou sa couleur préférée, de manière à ce qu'il soit plus ouvert au dialogue. Pendant que le juge pose ces questions, il observe également l'apparence générale de l'enfant, c'est-à-dire s'il est bien habillé, propre, si ses cheveux sont peignés et si son visage est lavé, ou s'il semble négligé, mal nourri ou sale, ou s'il présente d'autres signes de négligence parentale éventuels. Si le juge observe une marque ou une lésion sur la peau de l'enfant, il peut lui demander plus tard au cours de l'entretien de lui expliquer comment cela lui est arrivé.

Le juge commencera alors à poser à l'enfant des questions relatives à son environnement actuel. Ces questions peuvent être les suivantes :

- Où habites-tu actuellement ?
- Avec qui vis-tu ?
- Est-ce que tu t'amuses bien là-bas ?
- Que fais-tu de tes journées ?
- À part papa et maman, vois-tu d'autres personnes de ta famille ? Passes-tu du temps avec eux ?
- À quelle fréquence communique-tu avec ton père ou ta mère ? De quelle façon ? Souhaites-tu ce type de communication ?
- Te sens-tu seul ? Te retrouves-tu seul ?
- Aimes-tu ton école ?
- Est-ce facile pour toi d'aller à l'école ?
- Comment t'en sors-tu avec la langue (au cas où l'enfant ne parle pas la langue de l'endroit où il a été enlevé) ?
- As-tu des amis à l'école ? Les autres enfants t'embêtent-ils ?
- Participes-tu à des activités extrascolaires ? Avec ou sans autres enfants ?
- Comment ta mère / ton père se comporte-t-il avec toi ? Est-ce qu'ils te punissent ? Pour quelle raison ?
- Aimes-tu ta mère / ton père ? Te sens-tu en sécurité avec eux ?
- Comment ton grand-père / ta grand-mère se comporte-t-il / elle avec toi ?
- Comment se comportent les autres membres de la famille avec toi ?

Le juge pose ensuite à l'enfant des questions portant sur le fond de l'affaire, par exemple :

- Te plais-tu davantage ici ou là où tu étais avant qu'on t'amène ici ?
- Préfères-tu retourner avec ton père / ta mère ou rester ici avec ton père / ta mère ?
- Est-ce que ton père / ta mère te manque assez pour que tu veuilles être avec lui / elle en permanence ?
- Te sentirais-tu plus heureux si tu y retournais ?
- Te sentirais-tu en sécurité si tu y retournais ? Penses-tu que tu serais en danger si tu y retournais ?
- Quel est le danger que tu éviterais si tu restais ici ?
- Quels aspects du comportement de (si une certaine personne est mentionnée) te fait peur ?
- Qu'est-ce qu'il / elle te fait ou fait aux personnes que tu aimes et qui t'effraie ?

Le juge doit poser toutes ces questions, car il doit établir les faits suivants :

- Si l'enfant a la maturité appropriée à son âge pour que son opinion puisse être prise en compte par le

tribunal.

- Si l'enfant a été indûment influencé ou s'il a donné une réponse préparée au juge.
- Si l'enfant peut comprendre quel est son intérêt supérieur.

Le contenu des décisions relevant de la Convention de 1980

L'intérêt supérieur de l'enfant est défini dans le préambule de la Convention de 1980. L'enfant devrait retourner au *statu quo ante*, ou à la situation dans laquelle il était avant d'être déplacé ou retenu illicitement, et l'enfant ne doit pas être exposé à des risques physiques ou psychologiques. Ces risques pourraient être causés par la perte soudaine de la stabilité de sa situation familiale et la perte traumatique du parent qui était jusqu'à présent son principal tuteur. Cependant, il faut également tenir compte du fait que l'enfant ne devrait pas être exposé à des risques similaires en ayant à s'adapter à un environnement nouveau et peu familier si le retour est ordonné.

Dans sa décision, le juge donne généralement une brève description de l'enfant. La description inclut certaines des caractéristiques de l'apparence ainsi que de la personnalité de l'enfant. Les enfants ont été décrits comme bien soignés, bien habillés, intelligents, sociables et mûrs dans leurs jugements. Si, au cours de la procédure, il est déterminé qu'un enfant n'est pas assez mature pour être interrogé par le juge, il en sera fait mention en termes simples et non dérogoratoires. Bien que le contenu précis de la conversation entre le juge et l'enfant ne soit pas rapporté, le juge doit mentionner spécifiquement les conclusions qu'il a faites pendant l'entretien avec l'enfant dans la décision. Il s'agit là de constatations relatives à l'affaire :

- L'apparence et l'état général de l'enfant ;
- L'intelligence de l'enfant ;
- Les aptitudes sociales de l'enfant ;
- Le caractère de l'enfant ;
- Les sentiments et la relation de l'enfant envers l'un ou l'autre de ses parents et leur comportement envers l'enfant ;
- Les sentiments et les relations de l'enfant envers ses proches et leur comportement envers l'enfant ;
- Dans quel État l'enfant se sent chez lui ;
- Si l'enfant s'est adapté à son nouvel environnement ;
- Ce que l'enfant aspire à faire de sa vie (et où) ;
- L'opinion de l'enfant sur l'endroit où il veut vivre.

En conclusion, il est important de souligner que cette procédure ne répond pas seulement aux critères fixés par la loi, mais qu'elle est également bénéfique pour l'enfant. L'enfant, qui est au centre de la procédure, puisqu'une décision sur son avenir sera rendue par le tribunal, dispose d'un espace privé sécurisé où il peut être entendu par un adulte compréhensif sur une base individuelle. L'enfant a la

possibilité d'exprimer son opinion sur une situation qui l'affecte profondément et qui a un impact considérable sur son avenir. Elle garantit également que l'enfant ne se sent pas obligé de prendre parti dans une salle d'audience devant ses parents avec lesquels il est en conflit. Ainsi, le droit procédural grec garantit que la voix de l'enfant est entendue et dûment prise en compte dans les procédures relevant de la Convention de La Haye.

11. Écouter la voix de l'enfant en Espagne

Par Christopher Lee (Solicitor anglais et avocat espagnol)

Cet article aborde la question de l'écoute et de l'évaluation de l'opinion de l'enfant dans les procédures judiciaires espagnoles, et plus particulièrement dans les affaires relevant de la Convention de 1980.

L'article 13 de la Convention de 1980 prévoit des exceptions lorsque le retour d'un enfant déplacé ou retenu illicitement hors de son État de résidence habituelle peut être refusé. L'une de ces exceptions est celle où l'enfant s'oppose lui-même à son retour, c'est-à-dire que l'enfant a atteint un âge et un degré de maturité où il se révèle approprié de tenir compte de son opinion. Toutefois, la Convention de 1980 ne précise pas l'âge auquel un enfant peut généralement être considéré comme ayant atteint, ou étant susceptible d'avoir atteint, cette maturité.

L'article 12 de la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant* prévoit que, lorsque des adultes prennent des décisions concernant un enfant, il convient que ce dernier puisse s'exprimer librement, être entendu et faire valoir son opinion s'il est capable de se forger sa propre opinion en fonction de son âge et de sa maturité. Il convient notamment de donner à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire le concernant « d'une manière compatible avec les règles de procédure du droit national ».

Par conséquent, il est nécessaire d'examiner la législation et la jurisprudence nationales espagnoles afin de savoir quand et comment la voix de l'enfant est entendue dans les procédures judiciaires en Espagne :

- La loi organique 1/1996 du 15 janvier 1996 sur la protection judiciaire des mineurs prévoit que pour apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant, il convient de tenir compte de ses souhaits et opinions en fonction de son âge et de sa maturité. L'article 9 de cette loi reconnaît le droit de l'enfant d'être entendu et écouté sans aucune discrimination fondée sur l'âge. Cette loi garantit que l'enfant ayant atteint un degré de maturité suffisant peut exercer lui-même ce droit. Cette matu-

rité doit être appréciée par un spécialiste. Dans les procédures judiciaires espagnoles, on considère qu'un enfant a atteint une maturité suffisante pour que ses opinions soient écoutées et prises en compte une fois qu'il a atteint l'âge de 12 ans, bien qu'il ne soit pas exclu qu'un enfant plus jeune ait aussi atteint la maturité requise.

- L'article 159 du Code civil espagnol dispose qu'un enfant doit être entendu par un juge lorsqu'il est âgé de 12 ans et plus ou lorsqu'il est établi qu'il fait suffisamment preuve de bon sens.

Bien entendu, il existe plusieurs manières pour le juge d'« entendre » un enfant. Nous verrons ci-dessous que, contrairement à la pratique d'autres États et territoires, en Espagne, les juges peuvent eux-mêmes interroger les enfants et ils le font dans de nombreux cas. Toutefois, dans d'autres cas, l'enfant peut (au lieu ou en plus de s'entretenir avec le juge) être interrogé par les services de psychologie rattachés au tribunal. Ces services cherchent à évaluer les conflits dans une perspective non judiciaire. Leurs rapports ne sont pas considérés comme des preuves d'experts en soi, mais plutôt comme un outil laissé à la disposition du tribunal pour lui permettre d'en apprendre davantage sur les circonstances ou les faits d'une affaire qui sont pertinents pour parvenir à rendre sa décision. Ainsi, même si l'un ou l'autre des avocats des parents ou les deux peuvent suggérer que ce rapport soit produit, la décision de procéder de la sorte ou non est laissée à la discrétion du juge. Le juge exercera ce pouvoir discrétionnaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

Quant à la jurisprudence espagnole, les décisions suivantes sont notables :

- **Cour d'appel (Audiencia Provincial) de Barcelone, 8 mars 2016, EDJ 2016/57417**

Il s'agissait ici d'un appel contre une décision selon laquelle un père devait retourner ses enfants en Belgique, où il alléguait que leur mère les avait maltraités. Les enfants (l'un âgé de 14 ans et l'autre de 9 ans seulement) se sont contredits dans leurs déclarations relatives aux prétendues mauvais traitements de la mère mais tous deux ont exprimé clairement leur volonté de rester vivre en Espagne avec leur père. La Cour a rejeté le pourvoi en maintenant le retour des enfants en Belgique. Elle a estimé que la déclaration de l'enfant de 9 ans n'était pas tout à fait sincère, que les frères et sœurs avaient fait des déclarations contradictoires et que les mauvais traitements infligés aux enfants par la mère n'étaient pas corroborés par leurs témoignages. La Cour a conclu que la décision de ne pas retourner les enfants ne devait pas être prise sur la seule base de l'opinion des enfants, aussi ferme et constante soit-elle, étant donné que l'un d'eux avait un âge inférieur à celui prévu par la loi (12 ans) et que le frère aîné

se contredisait, bien qu'il ait manifestement voulu rester en Espagne avec son père.

• **Cour d'appel (Audiencia Provincial) de Barcelone, 16 avril 2004, 555/2003**

Dans cette affaire, une mère a fait appel d'une décision lui ordonnant de retourner ses enfants au Chili, appel qui a été rejeté. Le tribunal n'a pas tenu compte de l'opinion des enfants (âgés respectivement de 11 et 9 ans) car ils n'avaient pas atteint le niveau de maturité prévu dans la Convention de 1980.

• **Cour d'appel (Audiencia Provincial) de Lugo, 18 juillet 2005, 270/2005**

Dans cette affaire, le tribunal a refusé de retourner un garçon au Brésil, comme l'avait demandé son père adoptif, bien que la demande ait été présentée moins d'un an après l'enlèvement. Le tribunal a fondé sa décision sur l'article 13 de la Convention de 1980, jugeant que même s'il ne pouvait déterminer la gravité de l'effet du retour de l'enfant au Brésil, l'enfant était émotionnellement stable en Espagne et que sa mère adoptive au Brésil était morte. Par conséquent, le tribunal ne pouvait écarter la possibilité que l'enfant subisse un grave préjudice psychologique s'il retournait au Brésil et quittait sa situation actuelle en Espagne où il vivait à nouveau avec sa mère biologique et ses deux frères et sœurs. Le psychologue qui a examiné l'enfant l'a trouvé capable et mature malgré son jeune âge et était convaincu du fait que l'enfant préférerait rester en Espagne.

• **Cour d'appel (Audiencia Provincial) de Saint-Sébastien, 31 décembre 2002, 3333/2002**

Dans cette affaire, le tribunal a rejeté l'appel formé par l'Avocat de l'État (*abogado del estado*) représentant un parent demandant le retour de deux enfants en Argentine, contre une décision de la juridiction inférieure de ne pas retourner les enfants dans leur État de résidence habituelle. Le tribunal de première instance avait conclu que, bien qu'il y ait eu non-retour illicite, une procédure avait été engagée plus d'un an après le non-retour. Par conséquent, le retour en vertu de l'article 12 de la Convention de 1980 n'était pas obligatoire et il a été démontré que les enfants s'étaient intégrés dans leur nouveau milieu. De plus, les souhaits de l'un des enfants (âgé de 12 ans) devaient être respectés étant donné son âge et son degré de maturité. Son frère cadet a également exprimé le désir de rester en Espagne et, dans l'intérêt supérieur des enfants et pour éviter de les séparer, une décision de retour a été refusée pour les deux enfants.

• **Cour d'appel (Audiencia Provincial) de Séville, 12 septembre 2008, 5400/2008**

Dans cette décision d'appel, l'opinion d'un très jeune

enfant (âgé de 5 ans) a été prise en compte, ainsi que d'autres facteurs, afin de confirmer un refus de la juridiction inférieure d'ordonner le retour au Paraguay. La mère, ayant obtenu l'autorisation du père et du tribunal paraguayen d'emmener l'enfant en Espagne, n'a pas retourné l'enfant au terme d'un séjour de trois mois comme convenu. Le garçon a déclaré ne pas vouloir retourner au Paraguay car son père le frapperait et parce qu'il était bien installé en Espagne avec sa mère et ses amis espagnols. À cela s'ajoutait le fait que la mère avait dénoncé le père pour violences domestiques au Panama et que le père avait lui-même l'intention de partir aux États-Unis avec sa nouvelle partenaire.

• **Cour d'appel (Audiencia Provincial) de Caceres, 3 juin 2003, 22/2003**

Contrairement à l'affaire précédente, cette cour d'appel a jugé qu'elle n'avait pas à écouter l'opinion d'un enfant d'un an plus jeune (âgé de quatre ans) malgré le fait que le père ait fait valoir que la cour avait refusé de prendre en compte l'opinion de son fils et que cela constituait selon lui un abus de procédure. Le retour de l'enfant fut ordonné car le père ne s'était pas conformé à une décision du tribunal français qui avait jugé que la résidence de l'enfant se trouvait en France avec la mère et avait interdit le déplacement de l'enfant de France sans le consentement écrit de l'autre époux. Dans sa décision, la cour a estimé également qu'il n'y avait aucun risque de danger physique ou psychologique pour l'enfant en cas de retour dans son État d'origine.

En plus de la législation et la jurisprudence susmentionnées, il convient également de mentionner le paragraphe 4.6.7 de la circulaire 6/20158 du ministère public espagnol sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants¹:

- L'opinion de l'enfant doit être appréciée en tenant compte de sa maturité. Cela dit, l'opposition d'un enfant ne présuppose pas un refus automatique de son retour mais entraîne l'obligation de tenir compte de son opinion lorsqu'il s'agit de prendre une décision de retour.
- Il n'y a pas d'âge spécifique à partir duquel l'opinion de l'enfant doit être prise en compte étant donné que le degré de maturité peut varier d'un enfant à l'autre et que, par conséquent, la décision de le faire ou non doit être examinée au cas par cas.
- Afin de déterminer le degré de maturité de l'enfant, le juge doit l'entendre, sauf lorsque son âge implique un manque de maturité minimale.
- En tout état de cause, la loi sur la protection judiciaire des mineurs prévoit qu'à l'âge de 12 ans, une maturité suffisante a été atteinte.

- Les opinions des enfants doivent être prises en compte sur la base de deux critères, à savoir leur âge (plus ils sont âgés, plus leurs opinions doivent avoir de poids) et leur niveau de maturité.
- Les arguments justifiant leur choix sont également essentiels puisqu'ils peuvent révéler des motifs raisonnables solides ou indiquer une manipulation ou l'utilisation de critères insatisfaisants.
- Le Code civil espagnol établit des lignes directrices en ce qui concerne l'âge, fixant un minimum de 12 ans. Toutefois, les enfants plus jeunes peuvent également être entendus s'ils font preuve d'un « jugement suffisant », le Comité des droits de l'enfant a fait observer que la « maturité » fait référence à la capacité de comprendre et d'évaluer les conséquences d'un problème spécifique.
- La maturité s'entend de la capacité de l'enfant à exprimer ses opinions sur des questions d'une manière raisonnable et indépendante. Elle repose sur trois concepts :
 - o Il convient que la capacité de l'enfant soit examinée pour tenir compte de ses opinions ou pour lui dire quelle influence ses opinions ont eu sur les résultats d'un processus judiciaire. Un niveau de rationalité de base doit être vérifié, c'est-à-dire que le désir exprimé doit être en adéquation avec les résultats escomptés.
 - o L'âge de l'enfant ne peut déterminer en soi l'importance des opinions que celui-ci peut avoir. Les niveaux de compréhension ne sont pas uniformément liés à l'âge biologique. Par conséquent, un examen doit être effectué au cas par cas.
 - o Les effets de la situation doivent également être pris en compte : plus l'impact potentiel sur la vie de l'enfant est important, plus une évaluation correcte de son degré de maturité sera importante.
- Une attention particulière doit être portée aux auditions afin de ne pas faire peser la charge de la décision sur l'enfant. Il faut éviter de placer un enfant dans une « situation de loyauté partagée ». L'enfant ne doit pas avoir l'impression qu'il trahit l'un ou l'autre de ses parents, ou qu'il doit choisir entre les deux. Dans certains cas, il sera nécessaire de recourir à l'avis de spécialistes afin d'obtenir une véritable compréhension de la volonté de l'enfant, avis qui peut être demandé par le juge ou par le procureur général.

En ce qui concerne les audiences des tribunaux espagnols impliquant des enfants, il convient également de tenir compte des lignes directrices contenues dans la section 11 de la circulaire 3/2009 du 10 novembre 2009 sur la protection judiciaire des mineurs victimes et témoins :

- Bien que l'article 770 du Code de procédure civile espagnol (non modifié) continue d'énoncer impérativement qu'un enfant ayant atteint l'âge de 12 ans doit être entendu, cela n'est pas obligatoire ; au lieu de cela l'enfant doit être entendu lorsque le juge l'estime nécessaire.
- Dans chaque cas, il faut tenir compte des circonstances environnantes pour décider de la nécessité ou non d'entendre l'enfant (qu'il y ait ou non un différend entre les parents, l'âge de l'enfant, la nature précise des mesures demandées à l'égard de l'enfant, etc.).
- S'ils sont jugés nécessaires, les entretiens avec les enfants doivent être menés de manière qu'ils se sentent aussi détendus que possible et ne doivent avoir lieu qu'en présence du juge, du secrétaire du tribunal et du procureur général. De même, si les circonstances l'exigent, il convient de demander l'aide de psychologues ou de membres de l'équipe de spécialistes rattachés au tribunal.
- L'enfant doit être entendu dans le respect des conditions nécessaires de discrétion et d'intimité, en lui donnant confiance et en protégeant au maximum sa dignité et sa personnalité.
- En règle générale, il faut éviter de poser directement des questions à l'enfant sur le parent avec lequel il aimerait vivre ou sur le régime de contact qui serait le plus efficace ; dès lors, il est donc préférable de poser des questions indirectes qui permettent de savoir avec quel parent l'enfant a une relation plus forte, avec qui il s'entend le mieux ou lequel prend plus de responsabilités à son égard.
- Aucun principe n'est violé lorsqu'il n'est pas permis aux avocats des parties d'intervenir pendant l'entretien d'un enfant, étant donné qu'il ne s'agit pas d'un moyen formel de recueillir des preuves. L'enfant ne devrait pas être submergé d'un trop grand nombre de questions et de contre-interrogatoires. Dans l'intérêt supérieur de l'enfant, l'enfant devrait être isolé des interventions contre-productives autres qu'un entretien personnel et individuel avec le juge et, le cas échéant, avec le procureur général.

1 Le ministère public est partie à une procédure espagnole impliquant des enfants, qui examine l'affaire du point de vue de l'enfant et, en ce sens, représente l'enfant.

Atelier de Londres (22-23 mars 2018)

12. Point de vue de l'enfant dans les affaires d'enlèvement

Par la Baronne Hale of Richmond (Présidente de la Cour suprême du Royaume-Uni)

La loi sur l'enlèvement d'enfant prétend porter sur tout ce qui touche aux enfants. Mais pendant bien trop longtemps, elle ne leur a pas donné la parole. Elle leur a refusé la possibilité de participer à la procédure : portant en apparence exclusivement sur les enfants, elle ne concerne en pratique que les adultes - le parent soupçonné d'avoir emmené ou retenu l'enfant et celui qui en prétendument privé. Les tribunaux ont établi plusieurs hypothèses contestables : premièrement, les enfants concernés ne seraient pas capables d'avoir leur propre point de vue sur la situation, mais seraient condamnés à intérioriser celui du parent qui les a emmenés ou retenus ; deuxièmement, leur point de vue ne serait pas important puisque leur marge d'influence sur la décision du tribunal est extrêmement limitée en vertu de la Convention ; et troisièmement, il pourrait même s'avérer dangereux de les interroger sur ce point. Il existe des cas dans lesquels ces hypothèses se traduisent dans les faits et d'autres dans lesquels elles se révèlent totalement fausses. Il convient donc d'anticiper ces deux possibilités.

Cependant, on n'entendra l'enfant que si le parent qui en est privé (ou tout autre personne, institution ou organe qui estime que l'enfant a été emmené en violation du droit de garde) entame une procédure en vue de son retour. La plupart ne le font pas - le nombre de cas relevant de la Convention est relativement faible par rapport au volume probable des enlèvements et non retours illicites. Il peut y avoir plusieurs raisons à cela : le manque de ressources ou l'absence d'accès à des conseils, un sentiment que cela ne servira à rien, le manque d'engagement auprès de l'enfant ou même une certaine compréhension des raisons qui ont poussé le parent ayant emmené ou retenu l'enfant à le faire.

L'enfant peut souhaiter rentrer dans son État d'origine mais n'a aucun moyen de le faire. Rhona Schuz¹ insiste sur le fait que la Convention n'exige pas que ce soit la personne dont le droit de garde a été violé qui entame la procédure. Pourquoi, se demande-t-elle, l'enfant ne serait-il pas en mesure de le faire ? L'article 12 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (ci-après, la « CNUDE ») exige des États parties qu'ils « garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en

considération eu égard à son âge et à son degré de maturité ». Notre propre Loi sur les enfants de 1989 (*Children Act 1989*) prévoit, de manière expresse, la possibilité pour un enfant de déposer une demande concernant son éducation, sous réserve d'une compréhension suffisante et d'obtenir l'autorisation du tribunal (art. 8(1)(a)(ii), (2)(b) et (8)). Devrions-nous envisager d'autoriser les enfants à invoquer la Convention ?

Supposons néanmoins que la Convention est invoquée. Les objectifs de la Convention se veulent centrés sur l'enfant : comme l'énonce le Préambule, les États signataires sont « [p]rofondément convaincus que l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde » et « [d]ésire[nt] protéger l'enfant, sur le plan international, contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites ». Il convient de concilier ces aspirations avec l'autre objectif de la Convention : « établir des procédures en vue de garantir le retour immédiat de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle, ainsi que d'assurer la protection du droit de visite ». Cet objectif se traduit par l'obligation visée à l'article 12 d'ordonner le retour « immédiat » d'un enfant enlevé ou retenu illicitement en violation du droit de garde.

Ainsi, la Convention tend principalement à garantir le retour de l'enfant, peu importe que cela corresponde à son intérêt supérieur ou non. L'examen du bien être de l'enfant doit avoir lieu dans son État de résidence habituelle. Néanmoins, l'article 3 de la CNUDE exige que l'intérêt supérieur de l'enfant constitue la considération primordiale de tout acte officiel le concernant. L'intérêt supérieur de l'enfant ne correspond pas nécessairement à son bien-être ; le bien-être correspond à une vision paternaliste - ou maternaliste - de ce qui est le mieux pour l'enfant. Toutefois, l'examen de l'intérêt supérieur de l'enfant peut aller plus loin et s'interroger sur la manière de concilier et de renforcer ses droits.

La CNUDE déclare que les enfants disposent d'un large éventail d'autres droits de l'homme, semblables à ceux des adultes mais adaptés à leur statut d'enfant. L'affaire *Castle*² en est une illustration parfaite. Trois adolescents se plaignaient d'avoir été retenus pendant plusieurs heures alors qu'ils participaient de manière pacifique à une manifestation étudiante. Ils invoquaient une violation de l'obligation de la police, visée à la section 11(2) de la Loi sur les enfants de 2004 (*Children Act 2004*), de « prendre des dispositions de sorte à s'assurer [...] qu'elle exerce ses fonctions compte tenu de la nécessité de garantir et de promouvoir le bien-être des enfants » [traduction du Bureau Permanent]. Le tribunal de division a conclu que la police était effectivement soumise à cette obligation

lorsqu'elle surveillait la manifestation, mais qu'il était néanmoins raisonnable qu'elle n'ait pas anticipé la nécessité de contenir les manifestants, la possibilité que des enfants se trouvent parmi les manifestants et qu'elle ne prenne donc aucune disposition spécifique à leur égard. Pourtant, l'on peut interpréter la section 11(2) comme reconnaissant la nécessité pour les enfants de se forger leur propre personnalité et leurs propres expériences. Participer à des manifestations ou toute autre activité politique représente une part cruciale de ce développement. La promotion de l'intérêt supérieur de l'enfant inclut de promouvoir ses droits en vertu de la CNUDE, ses droits politiques, ses libertés d'association et d'expression, d'encourager son développement en tant que citoyen actif de la démocratie ; cela n'implique pas uniquement de protéger sa sécurité physique et son bien-être au sens traditionnel.

Il serait peut-être bon d'appliquer le même raisonnement à l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant visée à l'article 13 de la Convention Enlèvement d'enfants. L'application de cette exception semble avoir été guidée par la préoccupation pragmatique selon laquelle il serait extrêmement difficile de rapatrier des adolescents contre leur volonté³, plutôt que par la reconnaissance du droit de l'enfant à l'autonomie. Ainsi :

« L'autorité judiciaire ou administrative peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion. »

Il convient de relever trois points à cet égard, outre le fait, d'une violence inouïe, que la version anglaise utilise le pronom « it » pour parler de l'enfant, le considérant ainsi plutôt comme un objet qu'une personne. Premièrement, l'opposition de l'enfant n'est pas déterminante : le tribunal « peut » refuser d'ordonner le retour si l'enfant s'y oppose. Deuxièmement, l'« âge et le degré de maturité » ne sont pas déterminés, laissant libre cours à une grande diversité dans la manière de les juger. Troisièmement, aucune obligation n'impose au tribunal de s'enquérir de l'opinion de l'enfant si elle n'est pas connue ; celui-ci ne dispose en outre d'aucun conseil quant à la manière de la recueillir. Le Professeur Pérez-Vera fait écho à ce ton permissif lorsqu'elle décrit l'objet de l'article 13 dans son Rapport explicatif : « Par ce biais, la Convention donne aux enfants la possibilité de se faire l'interprète de leur propre intérêt⁴ ».

Depuis lors, l'article 12 de la CNUDE a été adopté. Notre propre loi, la Loi sur les enfants de 1989, impose plusieurs obligations aux tribunaux et aux autorités publiques de sorte à prendre en considération les souhaits et sentiments constatés de l'enfant concerné quant à une variété de décisions le concernant. Il est d'ailleurs devenu obligatoire pour un tribunal de recueillir le point de vue de l'enfant dans une affaire d'enlèvement relevant du Règlement

Bruxelles II *bis* ; son article 11(2) énonce.

« Lors de l'application des articles 12 et 13 de la convention de La Haye de 1980, il y a lieu de veiller à ce que l'enfant ait la possibilité d'être entendu au cours de la procédure, à moins que cela n'apparaisse inapproprié eu égard à son âge ou à son degré de maturité. »

Tout cela vise à garantir à l'enfant le droit de participer à toute procédure le concernant directement et d'être entendu dans le cadre de celle-ci.

En réalité, les décisions refusant le retour d'enfants enlevés vers leur État de résidence habituelle sur le fondement de leur opposition sont relativement rares. Dans l'analyse la plus récente menée par Lowe et Stephens, sur les demandes déposées en 2015 seuls 15 % des refus se fondaient sur l'opposition de l'enfant, soit une baisse par rapport aux années précédentes. Les tribunaux d'Angleterre et du Pays de Galles ont rendu 14 décisions judiciaires refusant le retour ; l'opposition de l'enfant était le motif unique de refus dans deux de ces cas et invoqué en conjonction avec d'autres motifs dans trois autres cas. On ne dispose d'aucune information quant à la fréquence à laquelle cette opposition a été invoquée sans succès.

L'une des raisons de cette rareté est que les enfants sont généralement trop jeunes. La moyenne d'âge des enfants impliqués dans des affaires d'enlèvement en 2015 était de 6,8 ans. Seuls 23 % des enfants enlevés ou retenus illicitement avaient entre 10 et 15 ans, âge où cette exception est la plus susceptible de s'appliquer. Dans les faits, l'âge moyen d'un enfant s'opposant à son retour était de 11 ans.

Une autre raison qui explique la rareté des retours refusés sur le fondement de l'opposition de l'enfant est que l'obligation de tenir compte de son opinion ne signifie pas nécessairement qu'elle est déterminante ni même présumée comme telle. Le tribunal est autorisé à concilier les objectifs politiques sous jacents de la Convention et l'intérêt supérieur de l'enfant dans un cas donné. Ces objectifs politiques impliquent non seulement le retour immédiat de l'enfant enlevé, mais également la courtoisie entre les États contractants, le respect de leurs procédures judiciaires respectives ainsi que des considérations d'ordre plus général concernant les droits et le bien-être de l'enfant⁵.

L'on peut néanmoins raisonnablement s'attendre à ce que le nombre de refus fondés sur l'opposition de l'enfant augmente, considérant que les demandes de retour ne cessent d'augmenter et compte tenu de la prise de conscience progressive de l'importance d'entendre le point de vue de l'enfant. La reconnaissance, telle qu'elle apparaît dans l'arrêt *In re D*⁶, du rôle positif en vue de meilleures solutions pour les enfants, peu importe que le tribunal se conforme à leur opposition ou non, est bienvenue :

« 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]

La Convention ne donne aucune indication quant à la manière de recueillir le point de vue de l'enfant. Au sein des tribunaux d'Angleterre et du Pays de Galles, il existe trois manières de le faire :

1. reconnaître l'enfant comme une partie à la procédure en lui accordant une représentation juridique distincte ;
2. un entretien en face à face avec le juge ;
3. un rapport d'un agent CAF/CASS indépendant ou de tout autre professionnel compétent et expérimenté pour s'entretenir avec des enfants.

Dans l'affaire *In Re D*⁷, j'ai émis l'avis que, dans la plupart des cas, le rapport de l'agent CAF/CASS suffit ; c'est désormais la pratique acceptée. Mais cela n'autorise pas l'enfant à entamer une procédure de sa propre initiative. L'agent ne peut défendre le point de vue de l'enfant ni répondre aux éléments de preuve ou allégations. Toutefois, l'implication de l'agent et l'éloignement de l'enfant de la procédure judiciaire peuvent le protéger contre le risque d'aggravation de relations déjà difficiles au sein du foyer.

Les entretiens entre les enfants et les juges connaissant de l'affaire les concernant étaient monnaie courante, mais la pratique s'est essoufflée. Au sein de notre système accusatoire, le juge n'est pas en mesure de garantir la confidentialité à l'enfant : les parties doivent être informées de tout ce qui est susceptible d'avoir un impact sur la décision afin qu'elles aient la possibilité de contrer tout élément au moyen de preuves ou d'un argumentaire⁸. Certains juges peuvent se montrer réticents à s'acquitter d'une tâche pour laquelle ils ne se sentent pas bien préparés. Cependant, l'émergence, dans le Règlement Bruxelles II *bis*, de l'obligation d'entendre les enfants a exigé de porter un œil neuf sur la question. Le Président de la chambre des affaires familiales de la Haute Cour de l'époque, Sir Mark Potter, s'entretenait fréquemment avec les enfants. L'objectif double était de donner à l'enfant la chance de dire tout ce qu'il souhaitait au juge et à ce dernier de lui expliquer la nature de la décision et que celle-ci était susceptible d'ordonner son retour malgré son opposition.

Les pressions visant à augmenter le nombre d'entretiens entre les juges et les enfants en matière familiale ont poussé le Conseil du droit de la famille à adopter les *Directives à l'attention des juges rencontrant des enfants qui font l'objet de procédures familiales*⁹ de 2010. Ces directives énonçaient clairement leur objectif :

« 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 [...]. 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 »¹⁰.

Il serait contre-productif que l'enfant souhaite s'entretenir avec le juge à des fins précises (lui énoncer son point de vue) et que le tribunal l'organise à d'autres fins (lui expliquer la procédure devant lui). Depuis l'adoption des Directives de 2010, les puristes ont établi une stricte distinction entre (a) ce que les juges doivent savoir pour pouvoir répondre à la question qui leur est soumise, y compris la preuve des souhaits et sentiments de l'enfant et (b) un exercice de relations publiques permettant à l'enfant de voir le tribunal et de rencontrer le juge qui décidera de son sort, lui permettant ainsi de comprendre le processus de prise de décision mais pas d'y participer activement. Des projets pilotes menés dans le nord de l'Angleterre n'ont pas établi une distinction aussi claire. Il sont partis du postulat que l'objet de la rencontre avec le juge est de communiquer les souhaits et sentiments de l'enfant¹¹.

Dans l'arrêt *In re KP*¹², la Cour d'appel s'est penchée sur le rôle du juge dans le cadre d'une procédure d'enlèvement. Une adolescente de 13 ans s'opposait à son retour à Malte (tant au retour dans l'État qu'à son placement sous la garde de son père). L'agent CAF/CASS avait été impressionné par la force et la clarté de son opposition et s'était prononcé en faveur d'une décision de non-retour. Il avait recommandé que le juge rencontre l'adolescente qui avait l'impression « de ne pas être entendue ». Cet entretien a duré plus d'une heure, au cours de laquelle le juge a cherché à éclaircir les raisons de son opposition grâce à une série de 87 questions. Le juge a conclu que l'adolescente était en réalité perdue et n'invoquait aucun motif convaincant ou rationnel justifiant son opposition au retour. La Cour d'appel a insisté sur le fait que les juges devaient être de simples destinataires passifs de ce que l'enfant souhaite leur communiquer. Si l'enfant fournit des preuves pertinentes, il incombe au juge d'en faire état aux parties et d'établir si, et de quelle manière, elles doivent être produites. Considérant que les informations glanées lors de l'entretien ont joué un rôle déterminant dans l'examen du juge, l'affaire a été renvoyée devant un autre juge. L'autorisation de faire appel auprès de la Cour suprême a été refusée, peut-être assez logiquement, mais la confusion demeure.

Il me semble que le problème posé par la rencontre en privé entre le juge et l'enfant se pose tout autant dans le cadre d'entretiens avec d'autres professionnels. L'avocat de l'enfant est la seule personne qui puisse lui assurer une garantie de confidentialité. Aucun autre professionnel, pas plus que le tribunal, ne peut lui assurer une telle garantie. Certaines compétences sont nécessaires tant en matière de recueil de l'opinion de l'enfant que de l'interprétation de celle-ci. Il convient de porter une attention particulière à la

préservation des règles élémentaires de justice tout en permettant à l'enfant de s'exprimer librement. On ne peut pas nier l'existence de ces problèmes en déléguant cette tâche à des professionnels dont on ne voit jamais le travail direct auprès des enfants.

Une autre solution consiste à reconnaître l'enfant en qualité de partie à la procédure. Dans l'affaire *Re LC (Children)*¹³, quatre enfants nés en Angleterre et qui y avaient vécu toute leur vie avaient déménagé en Espagne avec leur mère quelques mois auparavant. Après avoir passé Noël avec leur père, les enfants ont déclaré ne pas vouloir rentrer en Espagne et deux des garçons ont caché leur passeport de sorte à s'assurer qu'ils rateraient leur avion. La mère a intenté une procédure relevant de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980. L'enfant de 12 ans, T, a sollicité une représentation distincte que le juge lui a refusée. Il se fondait sur les preuves recueillies par l'agent CAF/CASS, qui s'était entretenu deux fois avec les trois autres enfants. L'agent CAF/CASS indiquait que T était confiante et intelligente et faisait montre d'un degré de maturité qui dépassait celui des enfants de son âge. Son frère de 10 ans semblait également réfléchi et mature pour son âge et son frère de huit ans semblait également réfléchi bien que moins confiant. Le juge a ordonné le retour de tous les enfants. Il a reconnu que T s'était opposée au retour, mais a conclu que la volonté exprimée par ses frères de ne pas retourner en Espagne ne traduisait qu'une simple préférence plutôt qu'une véritable opposition. La Cour d'appel a conclu qu'il n'aurait pas dû ordonner le retour de T et a renvoyé la question de savoir s'il serait intolérable pour ses frères d'être séparés d'elle.

La Cour suprême a autorisé l'appel de T sur la question de sa reconnaissance en qualité de partie. L'intérêt supérieur de l'enfant est le seul critère. Si cela s'inscrit dans l'intérêt supérieur de l'enfant, le tribunal dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire pour prendre sa décision ; ce pouvoir reste néanmoins plus théorique que pratique étant donné que la question du seuil déterminera invariablement l'exercice de cette discrétion. Lord Wilson s'est inquiété du fait que « l'intrusion des enfants dans l'arène médico-légale, qui permet à certains d'entre eux d'adopter une position hostile au parent demandeur, peut avoir un impact extrêmement dommageable sur les relations familiales, même à long terme, et assurément affecter leurs intérêts »¹⁴. Il a insisté sur le fait que le statut de partie ne devrait jamais être reconnu de manière automatique aux enfants plus âgés qui s'opposent à leur retour dans l'État requérant. Toutefois, en l'espèce, T avait une position qu'aucun des adultes parties à la procédure n'était en mesure de représenter et aurait donc dû être reconnue comme partie. Cependant, cela n'aurait pas nécessairement répondu à ses attentes considérant ce que Lord Wilson a ensuite déclaré.

« L'octroi du statut de partie à un enfant offre au tribunal un large pouvoir discrétionnaire pour déterminer le

rôle qu'il jouera dans la procédure [...] il aurait certainement été inapproprié [pour le juge] de recueillir des preuves orales fournies par T en audience, même si elle avait été reconnue partie à la procédure. Il est concevable que, s'il avait estimé que de telles preuves pouvaient s'avérer déterminantes, mais devaient néanmoins faire l'objet d'un examen plus approfondi [le juge] aurait pu inviter le conseil, en particulier celui de la mère, à poser à T des questions adaptées à son âge en dehors du prétoire et dans le cadre d'un entretien filmé. Cependant, selon toute vraisemblance, le choix raisonnable aurait consisté à restreindre la participation de T à la procédure (i) à une déclaration de témoin ou un rapport de la personne qui en avait la garde... (ii) au contre-interrogatoire, par son avocat, de sa mère ; et (iii) au dépôt par son avocat, en son nom, de ses conclusions finales. Je ne peux pas me prononcer quant à savoir s'il aurait été raisonnable [pour le juge] d'autoriser T à assister aux audiences. Il aurait appartenu à la personne qui en avait la garde de déterminer quels documents de procédure pouvaient lui être communiqués.¹⁵ »

Je renvoie à cette longue citation en ce qu'elle illustre à quel point cette démarche est loin de reconnaître l'autonomie de l'enfant, même, par définition, un enfant suffisamment âgé et mature pour être entendu. S'il souhaite véritablement participer de manière pleine et entière à la procédure concernant son avenir, l'enfant sera malheureusement déçu de sa reconnaissance en qualité de partie. Si son opinion demeure filtrée par ses représentants et qu'il n'est pas en mesure de donner des instructions quant à la manière dont les éléments de preuve et les observations sont présentés au tribunal, le risque est qu'il continue d'avoir le sentiment de « ne pas être entendu ».

La question de la reconnaissance du statut de partie s'est également posée dans l'affaire *In re M*¹⁶. Quatre enfants, âgés de 16, 12, 10 et cinq ans avaient quitté l'Irlande avec leur mère, qui se disait victime de violences domestiques. Les enfants n'avaient pas la qualité de parties à la procédure mais avaient témoigné par l'intermédiaire de l'agent CAF/CASS ; ils faisaient part de leur volonté de ne pas retourner en Irlande et indiquaient avoir peur de leur père. Le juge a ordonné le retour ; les deux enfants les plus âgés et leur mère ont interjeté appel. Les deux enfants souhaitaient être reconnus comme parties à la procédure ; ce statut leur a été accordé et la décision ordonnant le retour a été infirmée. Black LJ a néanmoins insisté sur le fait qu'il convenait de s'interroger, le plus tôt possible, quant à savoir si les parties appropriées comparaissaient bien devant le tribunal. Au moment où l'affaire atteint la Cour d'appel, il est généralement trop tard.

Où en sommes-nous ? La réticence à reconnaître les enfants comme parties à la procédure est bien plus ancrée que les préoccupations concernant les retards et les contraintes financières. Cela traduit une volonté bien établie et à de nombreux égards naturelle de protéger l'enfant afin qu'il ne commette pas d'« erreur » quant à son intérêt

supérieur. Le fait de passer du recours traditionnel à la preuve indirecte et fournie par des professionnels à l'implication directe des enfants représente un véritable bouleversement culturel pour les tribunaux spécialisés en matière familiale. Il y a encore beaucoup à faire pour s'assurer que les enfants se sentent véritablement au centre du processus de décision lorsque celle-ci porte sur leur propre avenir.

Le rôle de l'expert judiciaire, du tuteur légal, de l'avocat agissant comme représentant des intérêts de l'enfant ou du juge dans sa rencontre avec l'enfant implique de lui expliquer la nature (et les limites) de son droit de s'opposer au retour dans le cadre d'une procédure relevant de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980. Tout adulte conscient du seuil en matière de critères présentera ses éléments de preuve en conséquence. S'il ne souhaite pas rentrer dans l'État de résidence habituelle, il est fort probable qu'il présente cette volonté sous forme d'opposition au retour. Néanmoins, l'objectif est d'entendre la volonté et les sentiments de l'enfant formulés avec ses propres mots et sans influence. Les enfants n'utiliseront pas nécessairement le langage de l'opposition, de la préférence ou du simple malheur avec la précision exigée par les tribunaux lorsqu'ils interprètent l'article 13. Toutefois, le plus souvent, le refus du juge d'ordonner le retour d'un enfant se fondera sur une stricte analyse du langage utilisé.

La démarche normale pour appréhender l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant dans une procédure relevant de la Convention consiste à distinguer entre une première phase et une phase d'appréciation. La première phase se divise en deux interrogations : (1) l'enfant s'oppose-t-il à son retour ? (2) a-t-il atteint l'âge et le degré de maturité appropriés pour pouvoir prendre son opinion en considération ? Ensuite, le tribunal passe à la phase d'appréciation, au cours de laquelle il détermine s'il convient ou non d'ordonner le retour de l'enfant. Ce que l'enfant a à dire est évidemment pertinent dans l'examen de ces trois éléments. Ce qui est difficile pour les enfants, c'est que lorsqu'ils s'expriment en des termes tranchés, énonçant clairement une opposition, celle-ci peut répondre aux exigences de la première phase et avoir plus de poids lors de la phase d'appréciation, mais la puissance des émotions peut également être perçue comme un manque de maturité. C'est particulièrement difficile pour les adolescents, qui peuvent souhaiter exprimer une opinion très tranchée. Mais plus l'opposition au retour est réfléchie et posée, démontrant une attitude mature par rapport à la situation qui n'est ni toute noire, ni toute blanche, court le risque d'être perçue comme l'expression d'une simple préférence plutôt que d'une véritable opposition ; les critères de la première phase ne seraient donc pas satisfaits.

De même, on constate une tendance à passer outre l'opposition de l'enfant lorsque celle-ci fait écho à celle du parent l'ayant emmené ou retenu ou semble servir ses intérêts. Il peut y avoir des cas dans lesquels l'opposition de

l'enfant n'est pas authentique ou indépendante et le tribunal doit alors s'intéresser à la mesure dans laquelle elle est véritable. Ward LJ a décrit cette analyse dans l'arrêt *Re T*⁷, dans lequel il affirme que l'évaluation du poids et de la validité de l'opposition doit tenir compte des éléments suivants :

« (a) quel est le point de vue de l'enfant sur son intérêt à court, moyen et long termes ? La perception de l'enfant est importante puisque c'est son opinion qui doit être jugée appropriée ; (b) dans quelle mesure, le cas échéant, les raisons de l'opposition sont-elles ancrées dans la réalité ou peuvent-elles raisonnablement sembler justifiées aux yeux de l'enfant ? (c) dans quelle mesure ces opinions ont-elles subi l'influence ou la pression indue, directe ou indirecte, du parent l'ayant emmené ou retenu ? (d) dans quelle mesure l'opposition s'apaisera au moment du retour et, si tel est le cas, au moment du retrait de toute influence pernicieuse de la part du parent ayant emmené ou retenu l'enfant ? » [traduction du Bureau Permanent]

Le terme « indue » représente ici le mot clé. Il peut sembler rationnel qu'un enfant se rallie au parent qui l'a emmené ou retenu, pas uniquement en raison des événements qui ont précédé et provoqué l'enlèvement, mais tout simplement, car il ne veut pas être de nouveau déraciné. Le contrecoup de tout enlèvement et les délais générés par la procédure, y compris les appels, peuvent s'étaler sur une longue période de la vie de l'enfant. Et l'on peut raisonnablement s'attendre à ce que le point de vue de l'enfant évolue, au fur et à mesure de la procédure. L'affaire *In re M*⁵ concernait deux filles nées au Zimbabwe de parents zimbabwéens qui avaient vécu avec leur père après la séparation de leurs parents en 2001. En mars 2005, elles ont été enlevées et emmenées en Angleterre par leur mère. Au début, elles n'étaient pas heureuses et en septembre 2005, elles ont demandé à leur père de les ramener à la maison. Cependant, il n'a intenté une action en vertu de la Convention en Angleterre qu'en 2007 ; ses filles étaient alors âgées de 13 et 10 ans et s'étaient habituées à leur nouvel environnement. Elles ne souhaitaient plus rentrer au Zimbabwe. Le juge a ordonné leur retour ; il estimait que l'affaire devait être exceptionnelle pour que l'opposition de l'enfant l'emporte sur la politique générale de la Convention. La Chambre des Lords a conclu qu'une fois qu'intervenait la marge de discrétion, il n'existait aucun test concernant le caractère exceptionnel de l'affaire.

Si l'on se place du point de vue de l'enfant, les deux filles « avaient eu à subir les bouleversements impliqués par leur déplacement secret dans cet État. Elles étaient perturbées au début [mais une longue période s'est écoulée avant que le père n'engage une procédure relevant de la Convention]. Qu'étaient-elles censées faire pendant ce temps ? Elles se sont installées et sont allées de l'avant ici, où elles sont heureuses et se sont pleinement intégrées dans leurs écoles et église locales. Peu importe l'opinion

du tribunal, elles se sentent pleinement intégrées ici. Leur point de vue a évolué, elles voulaient rentrer dans leur État de résidence habituelle et s'opposent désormais à un nouveau bouleversement de leurs courtes vies [...]. En résumé, victimes d'un déménagement international contraire à leurs souhaits, elles sont vouées à être victimes d'un autre bouleversement du même genre si le père obtient gain de cause »¹⁹.

Au moment où l'on commence à prendre conscience que l'enfant a son propre point de vue dans les affaires où il s'oppose à son retour, l'on reconnaît également que ce point de vue peut jouer un rôle dans la détermination de son État de résidence habituelle. La résidence habituelle est une question de fait. Le vieux test²⁰ qui s'intéressait à l'intention des parents n'est plus d'actualité. L'on recherche désormais « le lieu qui traduit un certain degré d'intégration de l'enfant dans son environnement familial et social »²¹. Certains éléments importants pour déterminer la résidence habituelle sont objectifs, notamment combien de temps l'enfant a-t-il vécu dans l'État duquel il a été enlevé ? ses conditions de vie, son inscription à l'école, etc. D'autres éléments sont plutôt subjectifs : pour quelles raisons se trouve-t-il dans cet État et quelle est son opinion sur la situation ?

Je reviens maintenant sur la « grande sœur autoritaire », T, dans l'affaire *In re LC*. Le tribunal s'est penché dans le détail sur les preuves recueillies par l'agent CAFCASS afin d'évaluer l'état d'esprit des enfants au moment de leur déménagement en Espagne et sur place, dans leurs nouvelles écoles. Ils avaient été retirés de manière brutale de leurs écoles anglaises. L'agent avait conclu que T continuait à considérer l'Angleterre comme sa maison ; cela avait été son État de résidence pendant presque toute sa vie et elle estimait que ses racines et celles de sa famille proche se trouvaient là-bas. Ces enfants estimaient que la décision de partir en Espagne avait été prise par leur mère, sans tenir compte de leurs souhaits et sentiments. Tous ces éléments se sont révélés extrêmement pertinents afin d'établir si leur résidence habituelle avait effectivement été transférée en Espagne :

« La perception des enfants est au moins toute aussi importante que celle des parents lorsqu'il s'agit d'aboutir à une conclusion correcte quant au degré d'intégration et à sa stabilité. La réalité pertinente est celle de l'enfant, et non celle des parents. » [traduction du Bureau Permanent]

La question qu'il faut désormais se poser n'est pas s'il convient ou non d'entendre les enfants impliqués dans des affaires d'enlèvement. Mais plutôt comment peut-on le faire au mieux, d'une manière qui reconnaît l'enfant comme étant au centre de la procédure, sans placer une charge trop importante sur ses épaules qu'il n'a pas vocation à supporter.

- 1 R. Schuz, *The Hague Child Abduction Convention, A Critical Analysis*, Hart Publishing, 2013, p. 404.
- 2 Haute Cour, Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles), *R (Castle) v Commissioner of Police for the Metropolis* [2011] EWHC 2317 (Admin), [2012] 1 All ER 953.
- 3 E. Pérez-Vera, « Rapport explicatif sur la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 », in Actes et Documents de la Quatorzième session (1980), Tome III, *Enlèvement d'enfants*, La Haye, Imprimerie Nationale, 1982, para. 30.
- 4 *Ibid.*
- 5 Chambre des Lords, *In re M (Children) (Abduction: Rights of Custody)* [2007] UKHL 55, [2018] 1 AC 1288, para. 42 et 43, 46 [INCADAT Ref: HC/E/Uke 936].
- 6 Chambre des Lords, *In re D (A Child) (Abduction: Rights of Custody)* [2007] 1 AC 619, [INCADAT Ref: HC/E/Uke 262].
- 7 *In re D, ibid.*, para. 60.
- 8 Cour suprême d'appel, Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles), *Mabon v Mabon* [2005] EWCA Civ 634, [2005] 2 FLR 1011.
- 9 [2010] 2 FLR 1872
- 10 Para. 5, [traduction du Bureau Permanent].
- 11 H Barrett, HHJ Hillier, A Johal, *Children and Young People Meeting Judges and Magistrates, Evaluation Report of the West Yorkshire Project*; HHJ Finnerty, M Gittims, P Scatcherd, *Children and Young People Meeting Judges and Magistrates, Evaluation Report of the York and North Yorkshire Project*; mai 2015, FJYPB, CAFCASS, HMCTS.
- 12 Cour d'appel, Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles), *In re KP (A Child) (Abduction: Rights of Custody)* [2014] EWCA Civ 554, [2014] 1 WLR 4326 [INCADAT Ref: HC/E/Uke 1258].
- 13 Cour suprême d'appel, Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles), [2014] UKSC 1, [2014] AC 1038, [INCADAT Ref: HC/E/Uke 1256].
- 14 Para. 48, [traduction du Bureau Permanent].
- 15 Para. 55, [traduction du Bureau Permanent].
- 16 *Op. cit.* note 4.
- 17 Cour d'appel, Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles), *In re T (Abduction: Child's Objections to Return)* [2000] 2 FLR 192 [INCADAT Ref: HC/E/Uke 270].
- 18 *Op. cit.* note 4.
- 19 Para. 52, [traduction du Bureau Permanent].
- 20 Chambre des Lords, *R v Barnet London Borough Council, ex p Nilish Shah* [1983] 2 AC 309.
- 21 Cour suprême, Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles) *A v A (Children: Custody: Habitual Residence) (Reunite International Child Abduction Centre intervening)* [2013] UKSC 60, [2014] AC 1 [INCADAT Ref: HC/E/PK 1233]. [traduction du Bureau Permanent].

13. Prise en considération de l'opposition de l'enfant¹

Perspectives d'un juge sur sa pratique en Angleterre et au pays de Galles

Par l'Honorable juge MacDonald (Chef adjoint du droit international de la famille pour l'Angleterre et le pays de Galles)

Introduction

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]

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 discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.

Il est incontestable qu'en tant que juges, nous pouvons apprendre beaucoup en écoutant les enfants. J'ai récemment appris d'un enfant présent en audience que je travaillais peut-être trop. Dans le cadre d'une procédure de droit public, un jeune garçon avait décidé, à la dernière minute, qu'il ne souhaitait finalement pas me rencontrer. Il avait pourtant, comme j'avais pu le constater lors de précédentes audiences, passé la tête par la petite fenêtre de la porte pour observer ce qu'il se passait dans la salle d'audience. Lorsqu'il m'exposait la décision de l'enfant de ne pas me rencontrer, j'ai demandé à l'avocat si l'enfant avait néanmoins un message qu'il souhaitait me faire passer. La réponse ne se fit pas attendre : « il s'inquiète du

fait que votre honneur a l'air épuisé ».

Cette histoire présente en réalité une image déformée de la tâche plus sérieuse qui m'incombe dans le cadre de ce discours. Cette tâche consiste à vous offrir quelques réflexions fondées sur l'expérience d'un juge qui fait régulièrement face à l'opposition des enfants dans des cas d'enlèvement supposés relevant de la Convention de La Haye de 1980. Avant d'évoquer quelques-unes de ces expériences et, puisque je suis le premier intervenant de la journée, il est peut-être utile d'examiner brièvement le cadre juridique au sein duquel un juge travaille en Angleterre et au pays de Galles.

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 quant à l'exception fondée sur 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 de 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, comment 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]

Je vous demande simplement de retenir cette dernière phrase au fur et à mesure que nous avançons. Elle met en exergue l'une des questions sur lesquelles je souhaite me pencher aujourd'hui. 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 demandé 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 hier soir 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].

Point de vue judiciaire

Quels sont les défis qu'implique l'application du cadre juridique susmentionné et quels sont les moyens de mise en œuvre lorsque la personne qui connaît de ces affaires est un juge responsable d'un rôle relativement chargé ?

À l'instar de l'observation d'Alan Bennett selon laquelle l'auteur d'un hommage en devient plus souvent le centre d'attention que la personne à laquelle il s'adresse, lorsqu'un juge cite ses propres décisions, il peut légitimement être taxé d'être trop égocentrique. Cependant, considérant que ce discours porte sur *mon* point de vue, je me sens moins coupable d'utiliser l'une de mes propres décisions afin d'illustrer quelques-unes des difficultés auxquelles les juges doivent faire face lorsqu'ils écoutent les objections de l'enfant. Lors de l'exposé de mon point de vue, je tiens en particulier à insister sur ce que j'estime être la partie la plus difficile du travail de juge dans le cas d'un enfant qui s'oppose à son retour : il s'agit de la tâche de mener des entretiens avec l'enfant dans une affaire dans laquelle l'exception fondée sur son opposition, visée

à l'article 13, est invoquée.

On reçoit 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, il y a deux domaines que j'aimerais mettre en exergue dans le cadre de cette brève présentation du point de vue judiciaire. Premièrement, une question qui selon moi reste à résoudre : comment devons-nous traiter les informations nécessairement recueillies lors de l'entrevue avec l'enfant ? Ensuite et brièvement, dans quelle mesure les juges sont-ils effectivement formés pour rencontrer les enfants ?

Sur ces deux points, ma décision dans l'affaire *B v P (Children's Objections)*⁸ (Fam) offre un bon exemple des questions et des défis que ces affaires peuvent susciter dans le travail quotidien qui consiste à statuer sur des procédures relatives à des enlèvements supposés d'enfants hors des frontières nationales. Je tiens à préciser que lorsque j'évoque ce jugement, je m'en tiens uniquement aux informations contenues dans la partie rendue publique.

L'affaire *B v P* 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 en présence de l'agent CAF/CASS. 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 intégral 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.

Informations tirées de la rencontre avec les enfants

Je tiens à mettre en avant et à vous laisser réfléchir à une première question soulevée par cette affaire difficile : que peut *faire* le juge des informations recueillies au cours d'une telle rencontre ?

Pour ceux qui ont assisté à l'intervention de la Baronne Hale hier soir, vous serez pardonnés si vous éprouvez dès à présent un certain sentiment de déjà-vu. Lors d'une conférence, il est toujours difficile de vous rendre compte que vous allez évoquer, voire empiéter sur, la thèse d'un intervenant qui est passé avant vous. D'autant plus lorsqu'elle est si auguste. Cela me pousse, à tout le moins, à vous promettre que je ne copierai pas sur elle. Plus sérieusement, il peut être bénéfique, lorsque l'on cherche à évaluer la réalité et l'importance des difficultés évoquées, que deux intervenants mentionnent indépendamment les mêmes problématiques précises.

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* [2014] EWCA 554 (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 entre une procédure dans laquelle le juge et l'enfant se rencontrent et communiquent d'une manière qui ne vise pas le recueil de preuves d'une procédure dans laquelle l'un des objectifs d'une telle 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 familiales [2010] 2 FLR 1872, 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 proces-

sus 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, 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 du 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).

Ainsi, comment un juge doit-il traiter les informations recueillies lors d'une rencontre avec l'enfant dans le cas où ce dernier s'oppose à son retour ? En application des *Directives à l'attention des juges rencontrant des enfants qui font l'objet de procédures familiales* de 2010 et de la jurisprudence subséquente, le juge ne peut en aucun cas, au cours de la procédure, s'appuyer sur ces informations au titre d'éléments de preuve. Toutefois, dans ce contexte, lorsque le juge estime, comme je l'ai fait, que ce dont il a été témoin lors de l'entrevue avec l'enfant peut s'avérer pertinent par rapport aux questions à trancher lors de la procédure, il est certainement artificiel et potentiellement injuste de ne pas en tenir compte. En l'espèce, l'on peut dire que cette injonction contre l'utilisation de toute rencontre avec l'enfant dans l'optique de recueillir des preuves, telle qu'énoncée dans les *Directives à l'attention des juges rencontrant des enfants qui font l'objet de procédures familiales*, est bien plus facile à formuler en théorie qu'à mettre en pratique.

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 des preuves des souhaits et des sentiments de l'enfant, il s'agit là d'une question bien plus complexe. Cependant, il est clair qu'il importe, pour les enfants impliqués dans de telles procédures, de remédier au manque constant de clarté dans ce domaine.

Dans l'affaire *B v P*, mon ressenti était que les *enfants* pensaient venir me voir pour me donner des informations qui m'aideraient à prendre ma décision, peu importe la qualification juridique d'une telle rencontre. En résumé, ils venaient dans le dessein de me persuader. Comme le reconnaît le *Rapport du Groupe de travail sur les témoins vulnérables et les enfants*, on pourrait tenter d'expliquer à l'enfant que ce n'est pas l'objet d'une telle entrevue. Cependant, en réalité, je pense qu'il serait souvent **complètement** vain d'essayer de dissuader un enfant de sa vision tenace et arrêtée de la raison pour laquelle il vient voir le juge. Je doute qu'un enfant désespérément inquiet comprenne qu'un juge tente de lui expliquer que, s'il a accepté de le rencontrer, il ne tiendra néanmoins pas compte de ce qu'il lui dit au moment de prendre une décision qui l'affectera si profondément.

Il ressort également clairement, dans l'arrêt *De L v H*, de l'analyse faite par Sir Mark Potter du motif rationnel exposé par l'enfant dans l'optique de voir le juge, que cette position est susceptible d'être la bonne (non souligné dans l'original) :

« 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. » [traduction du Bureau Permanent]

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. Il est difficile, du moins selon moi, de concilier cette âpre conséquence des Directives et les exigences de l'article 12 de la CNUDE. Avec cette règle, le risque consiste à mettre en œuvre les droits des enfants en théorie mais pas en pratique.

Formation judiciaire

La deuxième question du même ordre que je souhaite aborder très brièvement a trait à la mesure dans laquelle les juges sont effectivement formés pour s'entretenir avec les enfants. Dans l'affaire *Re KP*, Moore-Bick LJ a insisté sur le fait que la manière dont un juge s'acquittera de la tâche de s'entretenir avec un enfant dépendra avant tout des compétences et de l'empathie dont lui et les autres professionnels impliqués font preuve. Cela soulève la question de savoir d'où le juge qui s'entretient avec des enfants tire ces compétences et cette empathie dont il doit faire preuve dans le cadre de cas d'enlèvements internationaux d'enfants complexes et acrimonieux. À l'heure actuelle, nous ne sommes pas formés pour nous entretenir avec les enfants.

Dans ce contexte, je n'ai pas peur de vous avouer que la tâche qui m'incombait dans l'affaire *B v P* était ardue. Vous vous demandez peut-être comment un juge se prépare-t-il à une rencontre avec deux enfants autistes, dans le cadre toujours très émouvant d'une procédure relevant de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et dans des circonstances dans lesquelles une telle entrevue vise non seulement à écouter ce qu'ils ont à dire mais également à s'assurer que ce qui est dit n'est pas pris en considération dans le processus de décision, nonobstant les attentes claires des enfants qui se trouvent face à lui. J'ai bien peur que la réponse soit encore aujourd'hui insatisfaisante.

Certains juges, mais bien entendu pas tous, peuvent s'inspirer de leur expérience avec leurs propres enfants. Autrement, nous sommes largement tributaires de nos instincts et du bon sens. Quant à savoir s'il s'agit, dans les faits, de la démarche appropriée pour s'acquitter d'une tâche potentiellement aussi sensible et importante, je pense que cette question requiert une réflexion plus approfondie. Il semblerait approprié de s'interroger, au minimum, sur la possibilité d'offrir aux juges des formations et de leur fournir les ressources nécessaires de sorte à s'assurer que les enfants tirent tout le profit qu'ils sont en droit d'attendre d'une telle rencontre. C'est particulièrement vrai considérant que le juge doit manœuvrer une situation délicate en ce que l'objet d'une telle entrevue est actuellement circonscrit.

Conclusion

J'espère que ces courtes réflexions auront été utiles. Comme c'est souvent le cas, les systèmes sont plus difficiles à appréhender que les principes. Lady Hale a montré avec éloquence, hier soir lors de son intervention, que les principes sont clairs. Ce qu'il manque, c'est un système pleinement opérationnel pour les mettre en œuvre. On dispose encore d'une certaine marge de manœuvre à cet égard. Comme l'a dit clairement Moore Bick LJ dans l'affaire *Re KP* : « L'objet n'est pas de dire quoi que ce soit qui grave dans le marbre les pratiques actuelles ou qui inter-

dise le débat, les réflexions et l'élaboration de bonnes pratiques à l'avenir » [traduction du Bureau Permanent]. Il est rassurant de se dire qu'en la matière, des événements comme celui-ci se consacrent à cette question.

- 1 Cet article reprend un discours de l'auteur, présenté le 23 mars 2018 lors d'une conférence consacrée au *Rôle des enfants dans le cadre des procédures relevant de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980*, qui s'est tenue à l'Université de Westminster, à Londres, les 22 et 23 mars 2018.
- 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*.
- 7 [2010] 2 FLR 1872.
- 8 [2017] EWHC 3577.
- 9 [2010] 1 FLR 1229.

14. Vers une approche fondée sur les droits de l'enfant pour juger les cas d'opposition de l'enfant¹

Par Helen Stalford (Professeur de droit, Unité européenne des droits de l'enfant, Université de Liverpool) et Kathryn Hollingsworth (Professeur de droit, Université de Newcastle)*

Qu'entendons-nous par une approche du jugement fondée sur les droits de l'enfant ?

Ce bref article a pour objet d'examiner dans quelle mesure les évaluations judiciaires des oppositions des enfants en vertu de l'article 13(2) de la Convention de 1980 et de l'article 11(2) du Règlement Bruxelles II *bis* sont menées conformément à une approche fondée sur les droits de l'enfant. Le projet que nous avons mené pendant deux ans, intitulé *Jugements sur les droits de l'enfant : De la conception académique à la nouvelle pratique*, visait à définir avec précision ce qu'est une approche fondée sur les droits de l'enfant en matière de jugement². Ce projet a impliqué plus de 50 spécialistes et praticiens des droits de l'enfant qui ont réexaminé 28 jugements impliquant des enfants, rendus dans des États et territoires et contextes juridiques différents, et les ont réécrits sous le prisme des droits de l'enfant. Parmi ces affaires, deux affaires familiales transfrontières.³

Dans le cadre de la réécriture de ces jugements, nous avons procédé à un examen approfondi de la littérature académique sur les droits de l'enfant et les tribunaux et

avons identifié cinq méthodes pour rendre un jugement qui soit plus fidèle à une approche fondée sur les droits de l'enfant. **Premièrement**, il est possible pour les juges d'utiliser plus efficacement les outils juridiques formels qui donnent effet aux droits de l'enfant, notamment (mais pas uniquement) la Convention des Nations Unies de 1989 relative aux droits de l'enfant (« CNUDE »)⁴. **Deuxièmement**, un jugement relatif aux droits de l'enfant doit se fonder sur des preuves appropriées et fiables. Il peut s'agir de connaissances académiques afin d'aider les juges à faire face aux tensions théoriques, aux défis conceptuels et aux présomptions dominantes qui entravent le règlement des affaires en protégeant les droits de l'enfant de la meilleure façon qui soit. **Troisièmement**, il est essentiel d'adopter une approche du jugement fondée sur les droits de l'enfant qui tienne compte de la mesure dans laquelle les procédures juridiques conduisant au jugement sont conformes aux procédures participatives appropriées et adaptées aux enfants. Le **quatrième** élément concerne la façon *dont* les jugements sont rédigés (« l'art et le métier » de rédiger des jugements)⁵. Tous les jugements sont des narrations ; ils racontent une histoire au moyen de faits, d'une structure et d'un langage et c'est par cette méthode de narration que les juges cherchent à convaincre leur audience que leur décision est la bonne. Étant donné que les affaires concernant des enfants (en particulier les affaires d'enlèvement) peuvent être parmi les plus litigieuses, les plus chargées sur le plan émotionnel, les plus importantes et les plus bouleversantes des affaires dont les tribunaux doivent traiter, l'impératif de convaincre par la narration est fort. La narration employée (qu'elle soit intentionnelle ou non de la part du juge) véhicule également des messages sur le contexte culturel et social des droits de l'enfant et sur la mesure dans laquelle la loi reflète et peut amplifier les « craintes et les fantasmes » des adultes concernant l'enfance. Le **cinquième** et dernier élément d'un jugement relatif aux droits de l'enfant est un jugement qui vient reconnaître l'enfant comme l'un des destinataires des décisions judiciaires, en utilisant un langage, une structure et un style adaptés aux enfants, soit dans le jugement principal lui-même, soit dans une version supplémentaire « adaptée aux enfants ».

Dans la discussion qui suit, ces méthodes sont testées sur un échantillon de 30 affaires récentes d'enlèvement (décisions de première instance et d'appel en Angleterre et au pays de Galles) concernant des oppositions d'enfants à leur retour en vertu de la Convention de 1980 et du Règlement Bruxelles II *bis*. Nous avons délibérément choisi des affaires ayant été rendues depuis l'arrêt de la Cour suprême *Re E (Children) (Abduction: Custody Appeal)*⁶ et nous nous concentrons plus particulièrement sur les méthodes 3, 4 et 5 ; à savoir la qualité et la pertinence de la participation des enfants dans le processus décisionnel, ainsi que la forme et la narration utilisées dans les jugements relatifs aux oppositions des enfants.

La voix de l'enfant

Nous soutenons, comme d'autres l'ont fait, que le cadre de l'enlèvement offre une bien plus grande marge de manœuvre pour traiter ces affaires en tenant compte davantage des principes et des procédures relatifs aux droits de l'enfant. Les affaires fondées sur l'opposition de l'enfant, qui sont essentiellement liées aux souhaits et aux sentiments exprimés par l'enfant (conformément à l'art. 12 de la CNUDE), offrent un terrain d'essai fertile à cet égard. En effet, il existe une jurisprudence constante soulignant l'importance de la participation des enfants dans les procédures de la Convention de 1980, qui est citée de manière récurrente dans les affaires que nous avons analysées⁸.

Le plus remarquable, peut-être, est le conseil de Lady Hale dans l'affaire *Re D (A Child) (Abduction: Rights of Custody)*, une affaire concernant un garçon âgé de huit ans qui était resté en Angleterre pendant près de quatre ans après le renvoi de sa mère de Roumanie :

« Lors de l'application des articles 12 et 13 de la Convention de La Haye de 1980, il faut veiller à ce que l'enfant ait la possibilité d'être entendu au cours de la procédure, à moins que cela ne semble inapproprié eu égard à son âge ou à son degré de maturité... Le principe est à mon avis d'application universelle et conforme à nos obligations internationales découlant de l'article 12 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant... **Cet article établit une présomption selon laquelle l'enfant sera entendu à moins que cela ne semble inapproprié.** » [Traduction du Bureau Permanent]

Dans le même ordre d'idées, le juge Thorpe LJ dans l'affaire *Re G (Abduction: Children's Objections)* a souligné que l'audition des enfants dans les procédures familiales internationales devrait s'étendre à des rencontres directes avec le juge de première instance « dans des conditions soigneusement organisées »¹⁰ [traduction du Bureau Permanent].

Notre analyse des affaires fondées sur l'opposition révèle une variété d'approches différentes de l'engagement judiciaire envers l'enfant (certaines plus significatives et directes que d'autres) mais ce n'est que dans une petite proportion d'affaires (8 sur 30) que ces approches ont influencé la décision en ce qui concerne l'enfant. Plutôt que de trop s'attarder sur *la façon dont* les opinions des enfants sont recueillies et présentées au tribunal dans ces affaires, il convient de se demander quel est *l'impact* des opinions des enfants sur la décision finale du juge.

L'opposition de l'enfant compte-t-elle vraiment ?

Étant donné l'importance primordiale accordée à la rapidité du retour des enfants enlevés à leur lieu de résidence habituelle, il n'est peut-être pas surprenant que les affaires fondées sur l'opposition imposent un degré élevé de per-

suasion et de clarté pour que les oppositions des enfants soient pondérées en faveur du non-retour. Plus précisément, depuis l'arrêt de la Cour d'appel *Re M (Abduction: Child's Objections)*¹¹, il est courant de traiter ces affaires en procédant à une série d'interrogatoires, chaque étape mettant l'enfant dans une position désavantageuse en matière de preuve.

La première étape consiste à déterminer si les opinions exprimées par l'enfant constituent réellement une opposition à son retour plutôt qu'une simple préférence. La jurisprudence que nous avons analysée divergeait quant au seuil à atteindre pour établir une opposition convaincante. Dans l'affaire *F c. M, B (by his Litigation Friend)*¹², le juge Cobb a laissé entendre que le seuil est relativement bas, alors que dans d'autres affaires dont les faits étaient similaires, les juges devaient exprimer sans équivoque leur désaccord¹³.

De manière significative, certains juges de l'échantillon ont reconnu que la propension des enfants à exprimer leur opposition en termes persuasifs dépend en grande partie de la manière dont ces opinions sont obtenues, à savoir comment l'enfant est interrogé par les médiateurs, et des circonstances qui entourent ces réunions. En effet, dans quatre des affaires analysées, les agents du CAF/CASS ont été sévèrement critiqués car ils n'avaient pas cherché à savoir si l'enfant s'opposait ou s'il exprimait simplement une préférence, ni à l'informer de l'importance d'exprimer son opinion dans des termes non équivoques exigés pour une opposition¹⁴.

Un deuxième obstacle en matière de preuve que les enfants doivent surmonter est l'exigence selon laquelle ils font preuve d'un degré élevé d'indépendance par rapport aux opinions des parents. Dans l'affaire *Re F*, par exemple, le juge a refusé d'accorder la moindre importance aux opinions de l'enfant, laissant entendre qu'elles avaient été « nuancées » par celles du père¹⁵. Dans l'affaire *RB c. DB*¹⁶, le juge a rejeté sans hésitation l'authenticité des opinions des enfants au motif qu'elles étaient tout simplement trop mûres.

Bien entendu, les juges doivent être attentifs aux situations dans lesquelles l'enfant ne se forge une opinion que sur la base de « faits » partiels communiqués par un seul parent qui dénigre délibérément et injustement l'autre parent ou qui répond aux besoins égoïstes de l'un des deux parents. De même, les tribunaux veulent éviter les situations dans lesquelles l'enfant est incapable d'exprimer ses propres opinions (divergentes) par crainte de représailles de la part de ses parents ou, plus probablement, par crainte de blesser un parent qu'il aime. Mais les préoccupations relatives à l'influence parentale doivent être abordées avec une certaine prudence ; plutôt que d'aspirer à une expression artificielle d'une pensée indépendante, les tribunaux devraient indiquer des moyens de démêler les souhaits des diverses parties et d'interroger davantage l'enfant, si

nécessaire par l'intervention et l'évaluation appropriées de spécialistes. Certains autres jugements y sont parvenus grâce à un examen critique des conclusions, à l'expérience de l'agent du CAF/CASS et à une perspective plus nuancée sur les réactions et le comportement que l'on peut raisonnablement attendre d'un enfant dans de telles circonstances¹⁷.

Une fois qu'il est établi qu'il existe une opposition indépendante et sans équivoque, le juge doit alors être convaincu que l'enfant est suffisamment âgé et mûr pour que son opinion soit prise en compte. Alors que l'échantillon des affaires analysées présentait une attitude relativement libérale quant au fait d'entendre les opinions d'enfants d'âges¹⁸ et de capacités différents¹⁹, le rappel perpétuel que ces opinions doivent atteindre un seuil élevé pour être déterminantes sape l'importance de cette caractéristique (par ailleurs prometteuse) de la jurisprudence sur l'enlèvement. Une approche fondée sur les droits de l'enfant à ce stade pourrait ressembler à celle du juge Peter Jackson dans l'affaire *CB c. CB*²⁰, à savoir qu'un enfant exprimant une opinion mûre et éclairée « mérite le respect », et que des motifs valables doivent être avancés pour s'opposer aux propos de l'enfant. Et pourtant, il est révélateur que tant d'autres s'attardent sur l'affirmation de Lady Hale selon laquelle « entendre l'enfant ne doit pas être confondu avec donner effet à ses opinions »²¹ [traduction du Bureau Permanent], concédant pratiquement que la considération des opinions de l'enfant est un signe symbolique au besoin ressenti de faire en sorte que l'enfant *se sente* inclus dans le processus (plutôt que de l'influencer véritablement).

La rédaction d'un jugement relatif aux droits de l'enfant : L'importance de la forme

Nous passons maintenant à un aspect lié, mais encore peu étudié, d'un jugement relatif aux droits de l'enfant : la *façon* dont les juges formulent leurs opinions, en particulier le style, le ton, la structure, le choix des faits et le langage employé.

Les affaires que nous avons analysées ont révélé de grandes différences d'approche, ce qui laisse penser que, même dans les procédures sommaires qui caractérisent les affaires d'enlèvement, il est possible d'adopter une approche plus adaptée aux enfants pour rédiger des jugements.

Une première technique simple des droits de l'enfant consiste pour les juges à utiliser un pseudonyme pour l'enfant plutôt qu'une simple initiale. L'attribution d'un nom à l'enfant vient faire reconnaître son statut d'acteur moral plutôt que celui de « d'objet » ou d'intérêt patrimonial sur lequel d'autres prennent des décisions, ce qui a pour effet de nous rappeler qu'au cœur de l'affaire se trouve un enfant, très réel²². Il est particulièrement important, dans les af-

fares d'enlèvement, de ne pas perdre de vue l'enfant pris de façon individuelle, étant donné que la politique générale est fondée sur des présomptions concernant ce qui est dans l'intérêt supérieur de l'enfant en général. Cela dit, seulement cinq des 30 affaires de notre échantillon utilisaient un nom pour le ou les enfant(s) concerné(s).

Un deuxième aspect stylistique est la mesure dans laquelle les expériences de l'enfant sont au centre de la narration, de sorte que c'est la perspective de l'enfant et non celle des autres adultes (notamment les parents) qui éclaire le raisonnement et le résultat. La façon de procéder peut être subtile mais puissante. Par exemple, conformément à son approche dans d'autres affaires, la juge Black LJ commence son compte rendu des faits dans l'affaire *Re U-B* en reconnaissant l'enfant comme le sujet principal (« [l]e présent appel concerne E... les parents de E se sont séparés lorsqu'il avait environ 18 mois » [traduction du Bureau Permanent])²³. Cette approche contraste avec celle du juge Davis LJ qui, dans la même affaire, ne mentionne l'enfant qu'à trois reprises dans huit paragraphes et, comme l'ont fait la majorité des juges dans les autres affaires que nous avons examinées²⁴, vient mettre au premier plan le point de vue des parents. Cela est d'autant plus frappant lorsqu'il nous demande d'« imaginer ses sentiments [ceux de la mère] » [traduction du Bureau Permanent] lorsque le tribunal anglais refuse de retourner l'enfant ; aucun argument n'est exprimé pour faire preuve d'empathie à l'égard de l'enfant²⁵.

La structure et la sélection des faits sont d'autres moyens de mettre les enfants au premier plan ou, en fait, de les mettre à l'écart dans un jugement. Dans l'affaire *Re F*, la juge Black LJ présente les lettres des enfants au tribunal avant de présenter le rapport CAF/CASS, s'assurant ainsi que ce sont leurs voix non filtrées qui sont entendues en premier²⁶. Elle reproche aussi implicitement au juge de première instance de ne pas avoir tenu compte de certains des « commentaires percutants » de l'opposition formulée par les enfants. Dans la décision de la Cour suprême *Re LC*²⁷, La Baronne Hale évite de tels écueils en citant les enfants mot pour mot, en utilisant exactement leur langage, permettant ainsi à leur voix authentique d'être entendue dans une plus large mesure que ce qui s'était produit dans les tribunaux inférieurs.

L'importance et les défis de la rédaction de jugements « adaptés aux enfants »

Le deuxième aspect lié à « l'art et le métier » d'un jugement relatif aux droits de l'enfant est la question de savoir *pour qui* le jugement est rédigé. Différents tribunaux s'adressent à différentes audiences (une cour d'appel, un tribunal inférieur, le public, l'assemblée législative, etc.). Dans les procédures judiciaires familiales, en particulier lorsque les relations personnelles au cœur du litige sont susceptibles d'être permanentes et très émotives, il est

impératif que les personnes impliquées dans la procédure (non seulement les parties (adultes) mais aussi les enfants concernés) comprennent le résultat et (espérons-le) le raisonnement afin que la décision puisse être considérée comme équitable et être ensuite appliquée.

Des exemples de jugements « adaptés aux enfants » commencent à apparaître en Angleterre et en Écosse²⁸, mais ils sont encore rares. Dans les affaires d'enlèvement d'enfants par le père ou la mère, le cadre juridique et les questions pratiques et émotionnelles qu'ils soulèvent peuvent être complexes et déroutants pour les parties concernées ; cependant, pour le pouvoir judiciaire, en particulier dans les décisions de première instance, le droit est relativement bien établi et le besoin de raisonnement juridique complexe est ainsi réduit. Ces deux facteurs obligent fortement les juges à écrire *pour* les parties et, en outre, à rédiger des jugements adaptés aux enfants concernés (qu'ils aient ou non le statut de partie). Cet impératif est davantage renforcé dans les affaires fondées sur l'opposition où, la plupart du temps, l'enfant est considéré comme ayant l'âge et la maturité suffisants pour s'opposer et pour que son opposition soit prise en compte. Ces enfants devraient donc être considérés comme ayant également la capacité suffisante pour comprendre un jugement rédigé de façon appropriée qui explique clairement le processus décisionnel et le résultat.

Il est peut-être surprenant alors qu'aucune des affaires que nous avons examinées n'ait été manifestement écrite pour l'enfant concerné. Certains des jugements ont été rédigés d'une manière plus simple, plus claire et plus accessible (c'est le cas des jugements de la juge Black LJ qui se distinguent) ; et certains juges adressent certains de leurs commentaires à l'enfant dans le but de s'assurer que celui-ci comprend leur raisonnement, c'est le cas notamment du juge Cobb dans l'affaire *LCG c. RL* (« Je souhaite que T sache que je comprends et respecte son opinion. C'est une jeune personne brillante et déterminée » [traduction du Bureau Permanent])²⁹.

Cependant, il y avait un nombre égal, sinon supérieur, d'exemples d'affaires peu adaptées aux enfants. Il existe de nombreux exemples de phrases abscons et d'un langage peu compréhensible par les enfants (ou même par la plupart des adultes), dont les expressions idiomatiques et les comparaisons utilisées par le juge dans *SP c. EB* (« sans vouloir entasser Péliion sur Ossa » et « clair comme de l'eau de roche »!) qui sont peut-être les meilleurs exemples³⁰. D'autres jugements sont détachés, légalistes et donc peu susceptibles d'être compris par un enfant.

Conclusion

Les affaires d'enlèvement international d'enfants représentent une opportunité importante et, en effet, un besoin de réfléchir à la façon dont une approche fondée sur les droits de l'enfant peut être adoptée pour la rédaction de juge-



ments. Notre analyse relativement modeste de 30 affaires récentes fondées sur les oppositions d'enfants en Angleterre et au pays de Galles suggère qu'il y a une grande variation dans la mesure dans laquelle les juges sont capables et disposés à employer les méthodes que nous avons identifiées comme caractéristiques d'une telle approche. L'ampleur de cette variation est toutefois proportionnelle à l'éventail des possibilités dont disposent les juges pour statuer, décider et rédiger des jugements d'une manière répondant plus efficacement à leurs obligations en matière de droits de l'enfant. Malgré les contraintes imposées par la nature sommaire des procédures d'enlèvement et la présomption en faveur du retour, nos conclusions suggèrent qu'une approche fondée sur les droits de l'enfant conduirait à une meilleure compréhension et une plus grande conformité dans ce contexte juridique des plus pénibles.

- 1 Cet article est une version abrégée d'une analyse plus détaillée, fondée sur les droits de l'enfant, de la jurisprudence relative aux oppositions de l'enfant, publiée dans K. Hollingsworth et H. Stalford, « Judging parental child abduction : What does it mean to adopt a children's rights-based approach », dans G. Douglas et V. Stephens (éd.), *Essays in honour of Nigel Lowe*, Pays-Bas, Brill, 2018, chapitre 9.
- 2 Les conclusions de ce projet sont publiées dans H. Stalford, K. Hollingsworth et S. Gilmore (éd.), *Rewriting Children's Rights Judgments: From Academic Vision to New Practice*, Oxford, Hart Publishing, 2017, avec une préface de Lady Hale.
- 3 *RCB as Litigation Guardian of EKV, CEV, CIV and LRV c. The Honourable Justice Colin James Forrest* [2012] HCA 47, réécrit pour le projet par Brian Simpson, avec un commentaire de Rhona ; *Povse c. Austria* (Application No 3890/11), CrEDH 18 juin 2013, réécrit pour le projet par Lara Walker, avec un commentaire de Ruth Lamont.
- 4 Il s'agit également de maximiser la protection des droits régionaux et nationaux, y compris la Charte des droits fondamentaux de l'UE, la *Convention européenne des droits de l'homme de 1950* (CEDH), la

- loi de 1998 sur les droits de l'homme (HRA) et la *common law*, ainsi que les autres traités internationaux pertinents.
- 5 E. Rackley, « The Art and Craft of Writing Judgments: Notes on the Feminist Judgment Project », dans R. Hunter, C. McGlynn et E. Rackley (éd.), *Feminist Judgments: From Theory to Practice*, Oxford, Hart Publishing, 2010.
 - 6 [2011] UKSC 27.
 - 7 R. Schuz, *The Hague Child Abduction Convention: A Critical Analysis*, Hart Publishing, Oxford 2014 ; H. STALFORD, *Children and the European Union: Rights, Welfare and Accountability*, Hart Publishing, Oxford 2012, ch. 4 ; R. Lamont, « Free Movement of Persons, Child Abduction and Relocation within the European Union », *Journal of Social Welfare and Family Law*, vol. 34, 2012, p. 231.
 - 8 Voir notamment *Re D (A Child) (Abduction: Custody Rights)* [2006] UKHL 51 [INCADAT Ref: HC/E/UKe 880]. Voir également Chambre des Lords *Re M (Children)* [2007] UKHL 55 [INCADAT Ref: HC/E/UKe 937] ; et Cour suprême du Royaume-Uni (Angleterre et pays de Galles) *Re LC (Children) (International Abduction: Child's Objections to Return)* [2014] UKSC 1 [INCADAT Ref: HC/E/ES 1256].
 - 9 *Re D (A Child) (Abduction: Custody Rights)*, *op. cit.* note 8, para. 58.
 - 10 Cour d'appel du Royaume-Uni (Angleterre et pays de Galles), *Re G (Abduction: Children's Objections)* [2011] 1 FLR 1645 [INCADAT Ref: HC/E/UKe 1173].
 - 11 *Re M (Abduction: Child's Objections)* [2007] 2 FLR 72 [INCADAT Ref: HC/E/UKe 901].
 - 12 Haute Cour de justice (Division de la famille) du Royaume-Uni (Angleterre et pays de Galles), *F v. M, B (by his Litigation Friend)* [2015] EWHC 3300 (Fam).
 - 13 Haute Cour de justice (Division de la famille) du Royaume-Uni (Angleterre et pays de Galles), *Re F (Abduction: Acquiescence: Child's Objections)* [2015] EWHC 2045 (Fam), soutenue par la Cour d'appel du Royaume-Uni (Angleterre et pays de Galles) dans *Re M (Children) (Abduction: Child's Objections)* [2015] EWCA Civ 26, par. 41.
 - 14 Pour des exemples, voir HHJ Bellamy dans *Re F, ibid.* par. 59 ; Theis J à la Haute Cour de justice du Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles), *MR c. HS* [2015] EWHC 234 (Fam) ; Thorpe LJ à la Haute Cour de justice du Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles), *Re D (Children)* [2011] EWCA Civ 1294 et Cobb J in *F c. M, B (by his Litigation Friend)*, *op.cit.* note 10, para. 41.
 - 15 *Op.cit.* note 11, par. 120
 - 16 Haute Cour de justice du Royaume-Uni (Angleterre et pays de Galles), *RB c. DB* [2015] EWHC 1817 (Fam), para. 22.
 - 17 Voir, par ex., Haute Cour de justice du Royaume-Uni (Angleterre et pays de Galles), *X c. Y, Z Police Force, A, B and C (by their Children's Guardian)* [2012] EWHC 2838 [INCADAT Ref: HC/E/UKe 1180].
 - 18 Voir, par ex., *F v. M, B (by his Litigation Friend)* [2015] EWHC 3300 (Fam), *op.cit.* note 10, dans laquelle le juge Cobb s'efforce d'examiner les « véritables mots » d'un enfant de sept ans avant de rendre sa décision.
 - 19 Haute Cour de justice (Division de la famille) du Royaume-Uni (Angleterre et pays de Galles), *B c. B (Abduction: Child with Learning Difficulties)* [2011] EWHC 2300 (Fam) concernait l'opposition d'un garçon de 14 ans atteint du syndrome d'Asperger.
 - 20 Haute Cour de justice (Division de la famille) du Royaume-Uni (Angleterre et pays de Galles), *CB c. CB* [2013] EWHC 2092 (Fam), para. 25.
 - 21 *Re M and another (Children) (Abduction: Rights of Custody)*, *op.cit.* note 7, para. 46.
 - 22 Voir M. Freeman, « *Re T (A Minor)* » dans H. Stalford, K. Hollingsworth et S. Gillmore (éd.), *op. cit.* note 2, chapitre 13 ; et la conférence plénière de Lady Hale au 7e Congrès mondial sur le droit familial et les droits des enfants, Dublin, 5 juin 2017.
 - 23 Cour d'appel du Royaume-Uni (Angleterre et pays de Galles), *Re U-B (A Child)* [2015] EWCA Civ 60..
 - 24 Sur les 30 jugements, nous en avons identifié 10 qui adoptent le point de vue de l'enfant dans une certaine mesure, les autres sont présentés du point de vue de l'adulte ou selon une perspective mixte.
 - 25 *Re U-B (A Child)*, *op.cit.* note 21, para. 49.
 - 26 *Re F (Abduction: Acquiescence: Child's Objections)*, *op.cit.* note 11.
 - 27 *Re LC (Children) (Reunite International Child Abduction Centre Intervening)*, *op.cit.* note 7.
 - 28 Cour d'appel du Royaume-Uni (Angleterre et pays de Galles) *Re A (Fact-Finding Hearing: Judge Meeting with Child)* [2012] EWCA Civ 185 ; Tribunal de la famille du Royaume-Uni (Angleterre et pays de Galles), *Re A : Letter to a Young Person*, [2017] EWFC 48 ; Tribunal de la famille du Royaume-Uni (Angleterre et pPays de Galles), *Lancashire County Council c. M et autres*[2016] EWFC 9 (Peter Jackson J) ; Comté de Glasgow, *Mr Patrick (a pseudonym) Pursuer against Mrs Patrick (a pseudonym)*[2017] SC GLA 46 (Sheriff Aisha y Anwar). Voir aussi les exemples fictifs dans H. Stalford, K. Hollingsworth et S. Gillmore (éd.), *op.cit.* note 2, chapitres 13, 17 et 18.
 - 29 Haute Cour de justice (Division de la famille) du Royaume-Uni (Angleterre et pays de Galles), *LCG c. RL* [2013] EWHC 1383 (Fam), para. 108.
 - 30 Haute Cour de justice (Division de la famille) du Royaume-Uni (Angleterre et pays de Galles), *SP c. EB* [2014] EWHC 3964 (Fam), para. 23 et 29.

15. La voix de l'enfant dans les procédures de retour fondées sur la Convention de La Haye de 1980 aux Pays-Bas

Par le juge Annette Olland (juge de la famille du Bureau de liaison, Division de la protection internationale de l'enfant, Tribunal de district de La Haye)

Les procédures de retour fondées sur la Convention de 1980 aux Pays-Bas en bref

La Division du droit de la famille du tribunal de district de La Haye est compétente pour toutes les affaires d'enlèvement international d'enfants. Dans ces affaires, les juges néerlandais entendent les enfants dès l'âge de six ans. Ce tribunal a développé ce que l'on appelle le « modèle de la cocotte minute », également connu sous le nom de « modèle néerlandais », qui met en œuvre le traitement rapide de ces affaires par le tribunal (six semaines à compter du dépôt de la demande de retour et de l'ordonnance du tribunal), y compris la médiation transfrontière pour les parents dans ce délai strict de six semaines.

En résumé, la procédure de retour aux Pays-Bas fondée sur la Convention de 1980 est la suivante.

Une demande de retour doit être déposée par un avocat. Avant ce dépôt, l'Autorité centrale néerlandaise pour les affaires internationales d'enfants peut également assister le parent auquel l'enfant a été retiré. L'Autorité centrale peut, entre autres, offrir des traductions gratuites de documents juridiques (jusqu'à un certain nombre).

Le ministère de la Justice et de la sécurité encourage la médiation dans ces affaires et le fait en finançant en partie les coûts de la médiation. Le Centre néerlandais contre l'enlèvement d'enfants, qui est une ONG indépendante, a créé un Bureau de médiation spécialisé qui offre une assistance pratique à la médiation transfrontière spécialisée nécessaire dans les affaires d'enlèvement relevant de la Convention de La Haye.

Le tribunal de district de La Haye organise une « audience préliminaire » dans les deux semaines suivant le dépôt de la demande de retour. Le juge de cette audience préliminaire, en collaboration avec les parties et leurs avocats, étudiera la possibilité d'une médiation transfrontière. À ce stade, le Bureau de médiation du Centre contre l'enlèvement d'enfants offre également toute l'assistance nécessaire.

La médiation est conduite par deux médiateurs spécialisés dans les questions transfrontières, de préférence un avocat et un psychologue. Le premier jour de la médiation transfrontière, spécialement conçue pour les affaires d'enlèvement relevant de la Convention de La Haye de 1980, les enfants concernés seront interrogés par un psychologue spécialisé pour enfants. Il rédige un compte rendu écrit de cet entretien avec les enfants, qui est lu aux parents au tout début de la séance de médiation entre les parents.

Si les parents ne parviennent pas à un accord dans le cadre de la médiation transfrontière, le tribunal de district de La Haye organisera une audience plénière dans les deux semaines. Le tribunal invitera également les enfants dès l'âge de six ans à un entretien avec l'un des juges du tribunal. L'assemblée plénière rendra une décision sur la demande de retour dans un délai de deux semaines.

Le délai de recours devant la cour d'appel de La Haye est de deux semaines. Une audience aura lieu dans les deux semaines suivant l'introduction de l'appel, et la décision de la cour d'appel suivra deux semaines plus tard. Là encore, les enfants dès l'âge de six ans seront invités à un entretien avec l'un des juges de la cour d'appel. Aucun autre recours n'est possible.

Le tuteur *ad litem* dans les affaires d'enlèvement international d'enfants

Les enfants impliqués dans des affaires d'enlèvement relevant de la Convention de La Haye de 1980 se trouvent dans une situation très compliquée et stressante, encore

plus que les autres enfants dont les parents se sont séparés ou ont divorcé. Même si les juges du tribunal de district et de la cour d'appel s'efforcent de mettre les enfants à l'aise au cours de leurs entretiens, le contexte dans lequel ces entretiens se déroulent, juste avant une audience au Palais de justice et dans un délai relativement limité, permet difficilement aux enfants « d'exprimer librement leur opinion » (art. 12 de la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant* (« CNUDE »)). En outre, le concept de « justice adaptée aux enfants » exige « une justice accessible, adaptée à leur âge, rapide, consciencieuse, adaptée et axée sur les besoins et les droits de l'enfant, respectant les droits de l'enfant, y compris le droit à un procès équitable, le droit de participer à la procédure et le droit de la comprendre [...] » [traduction du Bureau Permanent]. La participation de l'enfant à cette procédure et sa compréhension exigent un soutien spécifique pour l'enfant. Imaginez : toutes les informations sur l'affaire (sur quoi porte l'affaire ? quelle est la décision du tribunal ? que va-t-il se passer après la décision du tribunal ?) sont principalement fournies à l'enfant (ou aux enfants) par le parent ayant enlevé ou retenu l'enfant. Bien que les deux parents soient informés et assistés par leurs propres conseillers juridiques, qui est là pour défendre l'enfant ? Le droit de l'enfant de participer et d'être informé pour pouvoir comprendre la procédure nécessite l'intervention d'une personne neutre dont le seul objectif est l'enfant, qui l'écoute et lui fournit des informations dans une perspective neutre.

C'est pourquoi le tribunal de district de La Haye a décidé de désigner un tuteur *ad litem* pour chaque enfant impliqué dans une affaire de retour relevant de la Convention de 1980. Le tuteur *ad litem* est d'une part le confident de l'enfant et, d'autre part, il agit en tant qu'« interprète » de la voix de l'enfant à l'égard des juges qui doivent statuer sur le retour de l'enfant. Le tuteur *ad litem* est un expert en matière de comportement qui fait partie du cercle des médiateurs spécialisés dans les questions transfrontières exerçant dans les affaires de médiation transfrontière.

Il faut surtout noter que l'enfant n'est ni témoin ni décideur. Dans ces affaires, il n'y a pas lieu de peser le pour et le contre, en ce sens que le juge peut ou doit décider dans quel État ou avec lequel de ses parents l'enfant serait le mieux. Pour décider si le retour de l'enfant doit être prononcé ou non, le tribunal, dans la mesure où l'une des parties l'a fait valoir, ne peut apprécier que si l'enfant « s'oppose au retour » et s'il « a atteint un âge et un degré de maturité où il se révèle approprié de tenir compte de son opinion » (art. 13(2) de la Convention de 1980). La présence d'un tuteur *ad litem* dans la procédure peut garantir que la voix de l'enfant est interprétée et comprise de la façon la plus adéquate possible.

Les questions auxquelles le tuteur *ad litem* doit répondre sont les suivantes :

1. Quelle est l'opinion du mineur sur le fait qu'il réside potentiellement dans l'État X et qu'il réside potentiellement aux Pays-Bas ?
2. Dans quelle mesure le mineur se sent-il libre de s'exprimer ?
3. Dans quelle mesure le mineur semble-t-il être conscient des conséquences de sa résidence dans l'État X ou aux Pays-Bas ?
4. Y a-t-il des détails pertinents pour les décisions à prendre ?

L'intention est que le tuteur *ad litem* ait deux entretiens avec l'enfant à l'extérieur du Palais de justice, dans son propre bureau. La pratique montre que les enfants se sentent plus à l'aise lors d'une deuxième réunion. De plus, cela leur donne l'occasion de discuter de toute autre question, pensée ou sentiment qui pourrait surgir après la première réunion.

Après ces réunions, le tuteur *ad litem* rédige un rapport pour l'audience en séance plénière, fournissant un compte rendu des entretiens et des réponses détaillées aux questions susmentionnées, ainsi que d'autres conclusions éventuellement pertinentes. Le rapport est soumis à la cour, ainsi qu'aux parties et à leurs conseillers juridiques, au moins deux jours avant l'audience plénière.

Si l'enfant le souhaite, le tuteur *ad litem* peut l'accompagner à l'entretien avec les juges. Dans tous les cas, le tuteur *ad litem* sera présent à l'audience en séance plénière afin de fournir (si nécessaire) des informations supplémentaires et de répondre aux questions des parents ou de leur(s) avocat(s).

Après la décision du tribunal, le tuteur *ad litem* contactera l'enfant, en fonction de son âge et de son degré de maturité, pour l'informer du contenu de la décision du tribunal. Selon l'âge et le degré de maturité de l'enfant, le tuteur *ad litem* peut également informer l'enfant de la possibilité et des conséquences d'un appel.

En cas de recours contre la décision du tribunal de district, la désignation du tuteur *ad litem* court tout au long de la procédure d'appel. La cour d'appel peut avoir des questions supplémentaires à poser au tuteur *ad litem*. Dans ce cas, le tuteur *ad litem* peut être amené à convoquer l'enfant à un nouvel entretien et à établir un rapport complémentaire. Le tuteur *ad litem* peut également accompagner l'enfant à l'entretien avec le ou les juges d'appel et assister à l'audience devant la cour d'appel.

Cette pratique répond-elle parfaitement aux exigences de l'article 12 de la CNUDE et à la notion de « justice adaptée aux enfants » : « accessible, adaptée à l'âge, rapide, consciencieuse, adaptée et axée sur les besoins et les droits de l'enfant, respectant les droits de l'enfant, notamment le droit à un procès équitable, le droit de participer à la procédure et de la comprendre [...] » ? Je laisserai la réponse à cette question aux enfants concernés. Je présume que si nous les interrogeons une autre fois après la procé-

ture, ils pourraient souligner de nombreux aspects qui pourraient et devraient être améliorés et (encore) plus adaptés aux enfants. Je peux seulement dire que nous continuerons d'être ouverts à de meilleures façons de répondre aux besoins et aux droits de l'enfant. Je suis donc curieuse de connaître les bonnes pratiques en vigueur dans d'autres États. Continuons à apprendre les uns des autres.

16. Le rôle des enfants dans les procédures fondées sur la convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants. Perspectives de l'Écosse et des États-Unis d'Amérique

Par **Stephen J. Cullen** (LL. B.) et **Kelly A. Powers** (J.D.)

Deux États et territoires uniques, l'Écosse et les États-Unis d'Amérique, adoptent des approches juridiques très différentes du rôle des enfants dans les procédures fondées sur la Convention de La Haye. Le présent article décrit l'approche simple du droit écossais ainsi que l'approche complexe et parfois alambiquée du droit fédéral aux États-Unis.

Écosse

Dans l'affaire *Urness c. Minto*¹, la *Court of Session* a expliqué que l'article 13 de la Convention de 1980 ne devrait pas être interprété de manière restrictive et qu'il était légitime pour le tribunal de tenir compte de la préférence d'un enfant, à savoir de rester en Écosse. Bien que le tribunal ne soit pas tenu de considérer le bien-être de l'enfant comme primordial, cela ne signifie pas qu'il doive ignorer les questions qui pourraient être soulevées plus tard par le tribunal compétent en matière de droit de garde et d'accès de visite. Dans cette première affaire, il semblerait y avoir une certaine confusion entre les questions conventionnelles et les notions traditionnelles de ce qui est dans l'intérêt supérieur de l'enfant, mais cette approche a l'avantage de permettre à la voix de l'enfant d'être entendue dans tous les domaines tout au long de la procédure dans une affaire de retour.

L'approche adoptée dans l'affaire *Urness* a été légèrement limitée dix ans plus tard dans l'affaire *W c. W*². La *Court of Session* a estimé que l'approche appropriée consiste d'abord à voir si l'enfant s'oppose à son retour et pourquoi il s'y oppose. Deuxièmement, il faut évaluer si l'enfant sait ce qui s'est passé et s'il connaît l'éventail de possibilités qui s'offrent à lui. Ce n'est qu'alors qu'il convient de tenir compte de l'opinion de l'enfant. Bien qu'il y ait eu une certaine restriction dans l'affaire *W c. W*, il est clair que le droit écossais continue d'insister sur le fait que toutes les opinions de l'enfant ont une valeur probante dans une affaire

où l'exception a été soulevée, y compris les préférences de l'enfant.

États-unis d'amérique

La position dans les circuits fédéraux des cours des États-Unis est plus complexe qu'en Écosse. L'approche américaine est plutôt technique, un peu comme les critères actuels contradictoires en matière de résidence habituelle à travers le territoire des États-Unis.

Premièrement, la loi de mise en œuvre de la Convention de 1980, Loi sur les voies de recours en matière d'enlèvement international d'enfants (*International Child Abduction Remedies Act*), établit comme norme pour la charge de la preuve en ce qui concerne l'exception de l'article 13(2) la *prépondérance de la preuve*³. La loi impose différentes charges de preuve pour différentes exceptions. Heureusement, la charge la plus faible a été fixée pour cette exception et il ne s'agit pas de la *preuve claire et convaincante*, telle qu'appliquée à l'article 13(1)(b) et qui a pu conduire à l'extinction complète de la voix de l'enfant dans les affaires conventionnelles aux États-Unis.

Néanmoins, les cours américaines ont régulièrement affirmé que l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant doit être interprétée de manière restrictive⁴. Cette approche peut être considérée comme une garantie contre les préoccupations des cours américaines quant à l'influence induite sur l'enfant du parent l'ayant prétendument enlevé ou retenu⁵. L'exception reste un test en deux étapes aux États-Unis. Premièrement, l'enfant a-t-il atteint un âge et un degré de maturité où il se révèle approprié de tenir compte de son opinion ? Deuxièmement, l'enfant s'oppose-t-il clairement à son retour (une préférence n'étant pas suffisante)⁶ ? Cette approche pourrait faire en sorte que la cour se concentre sur l'application d'un critère technique plutôt que d'essayer d'entendre exactement ce que l'enfant essaie d'exprimer.

Les cours américaines n'ont pratiquement jamais recours à un expert indépendant. Les deux parties peuvent cependant désigner leurs propres experts, ce qui donne lieu à un nombre important d'experts concurrents et d'experts contestés. Dans une affaire concernant la voix de l'enfant, il est donc possible que l'enfant doive subir des évaluations concurrentes. En outre, l'absence d'expert peut être utilisée contre une partie, bien qu'il n'y ait pas d'assistance juridique aux États-Unis pour les affaires relevant de la Convention de La Haye⁷. Dans de rares cas, un juge fédéral a nommé un avocat pour enfants⁸. Une telle approche est conforme à celle d'autres États et territoires Parties à la Convention de La Haye, mais elle est toujours considérée comme une approche novatrice aux États-Unis. Et bien entendu, il y a 2 700 juges fédéraux qui peuvent instruire une affaire relevant de la Convention de La Haye aux États-Unis.

Trois grandes approches peuvent néanmoins être dégagées d'un examen de la jurisprudence fédérale relative

à la Convention de La Haye. Premièrement, la voix de l'enfant est entendue comme preuve d'un autre aspect de l'affaire relevant de la Convention de La Haye. Il peut s'agir, par exemple, de l'audition d'un enfant au sujet de preuves d'abus, de preuves d'asile ou, bien évidemment, de l'exception bien établie. Dans l'affaire *Ischiu c. Gomez Garcia*⁹, la cour fédérale a entendu un enfant de cinq ans en chambre, sans les parties ni les avocats, témoigner au sujet de son exposition à la violence de sa mère au Guatemala. Dans l'affaire *Blondin c. Dubois*¹⁰, le cour a jugé très convaincante la voix d'une fillette de huit ans au sujet de la violence de son père envers sa mère en France.

Deuxièmement, la voix de l'enfant peut être entendue par l'intermédiaire d'un tuteur *ad litem*. Cette approche comporte des dangers inhérents à la compréhension culturelle, à la langue et au désir du tuteur *ad litem* de faire avancer ce qu'il estime être le mieux pour l'enfant, étouffant ainsi sa voix¹¹.

Troisièmement, la voix de l'enfant est parfois entendue dans le cadre de l'examen par la cour des conditions ou engagements que le juge veut imposer avant de rendre une décision de retour. La cour peut vouloir examiner les dossiers judiciaires de l'État requérant, les dossiers médicaux, les dossiers scolaires et même les dossiers thérapeutiques. La voix de l'enfant n'est donc entendue que par l'intermédiaire de déclarations d'adultes tiers.

Il y a donc eu peu de progrès aux États-Unis au cours des 20 dernières années en ce qui concerne la voix de l'enfant dans les procédures fondées sur la Convention de La Haye. Les conclusions suivantes du juge T.S. Ellis dans l'affaire *Hazbun Escaf c. Rodriguez*¹² continuent de se refléter à bien des égards dans la grande majorité des affaires relevant de la Convention de La Haye concernant la voix de l'enfant, bien qu'une telle approche ne soit pas suivie dans le reste du monde et puisse maintenant être considérée comme une approche très étroite et désuète de la façon d'écouter des enfants :

« Isidoro est un adolescent ordinaire de treize ans qui semblait s'être fort bien adapté à une situation exceptionnellement difficile. Pourtant, il n'était pas particulièrement mûr ou sophistiqué pour son âge et, comme tous les adolescents, était facilement influençable et manipulable. [...] Isidoro ne s'opposait pas fermement à son retour en Colombie, [...] Il souhaitait rester encore aux États-Unis pour l'instant afin de passer plus de temps avec son père avant de repartir en Colombie pour y passer autant de temps. Respecter la préférence d'Isidoro reviendrait à se prononcer au fond sur la garde. [...] Étant donné qu'Isidoro n'était pas exceptionnellement mûr et ne s'opposait pas fermement à son retour en Colombie, il convenait de conclure que l'article 13(2) n'était pas applicable. » [traduction du Bureau Permanent].

On trouvera ci-après un tableau des approches actuelles du circuit fédéral en ce qui concerne la voix de l'enfant dans les litiges relevant de la Convention de La Haye.

<p>Premier circuit</p>	<p><i>Felder v. Wetzel</i>, 696 F.3d 92 (2012)</p>	<p>Procédure de retour pour un jeune de 14 ans ayant des problèmes psychiatriques rejetée sur la base de l'article 13(2). En appel, la cour a renvoyé l'affaire devant le juge de première instance afin que ce dernier tienne compte de l'article 13(2) mais a confirmé la décision au motif qu'il était de son pouvoir discrétionnaire de permettre à l'enfant de témoigner ou de faire valoir son opinion.</p>
<p>Deuxième circuit</p>	<p><i>Blondin v. Dubois</i>, 238 F.3d 153 (2001) [INCADAT Ref: HC/E/USf 585]</p>	<p>En appel, un enfant de 8 ans a été jugé suffisamment mûr pour que son opinion soit prise en compte dans le contexte d'une demande fondée sur l'article 13(1)(b) relative aux sévices subis par le parent l'ayant soustrait.</p>
<p>Troisième circuit</p> <p>Aucune décision d'appel</p>	<p><i>Castillo v. Castillo</i>, 597 F. Supp. 2d 432 (2009)</p>	<p>La volonté ferme et non équivoque d'une enfant de 11 ans de rester aux États-Unis, exprimée par le biais de son tuteur <i>ad litem</i> et d'oppositions catégoriques, était suffisante pour reconnaître la validité de l'exception. La cour a conclu qu'il n'y avait pas de preuve d'influence indue de la part du parent ayant soustrait l'enfant.</p>
<p>Quatrième circuit</p> <p>Aucune décision d'appel</p>	<p><i>Hirst v. Tiberghien</i>, 947 F. Supp. 2d 578 (2013)</p>	<p>Le juge de première instance a nommé un tuteur <i>ad litem</i> pour des frères âgés de 9 et 10 ans et a rencontré les enfants seuls en chambre. Aucun témoignage d'expert n'a été présenté sur la maturité des enfants. Le juge a estimé que ni l'un ni l'autre n'était particulièrement sophistiqué ni n'avait atteint une maturité supérieure à leur âge, et que leur simple préférence de vivre en Caroline du Sud plutôt qu'à Manchester, en Angleterre, n'était pas suffisante pour rendre l'article 13(2) applicable.</p>
<p>Cinquième circuit</p>	<p><i>England v. England</i>, 234 F.3d 268 (2000) [INCADAT Ref: HC/E/USf 393]</p>	<p>Le témoignage d'une fillette de 13 ans selon lequel elle avait noué des liens d'amitié et avait une vie stable aux États-Unis après son renvoi d'Australie n'a pas permis de justifier l'exception relative aux enfants matures.</p>
<p>Sixième circuit</p> <p>Aucune décision d'appel</p>	<p><i>Aranda v. Serna</i>, 911 F. Supp. 2d 601 (2013)</p>	<p>Des frères et sœurs, âgés de 10 et 11 ans, ont témoigné lors du procès par le biais d'un interprète sous serment. Une influence indue a été exercée, mais il n'y a pas eu d'opposition sur sa compétence, et l'article 13(2) a été appliqué.</p>

Septième circuit	<i>Garcia v. Pinelo</i> , 808 F.3d 1158 (2015)	Malgré l'opposition claire de l'enfant de 13 ans à son retour au cours du procès, le tribunal de première instance a ordonné son retour au Mexique au motif que l'enlèvement ne peut être compensé. La cour d'appel n'a rien trouvé d'assez convaincant pour rejeter l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la cour de première instance.
Huitième circuit	Aucune affaire	
Neuvième circuit	Aucune affaire	
Dixième circuit	<i>de Silva v. Pitts</i> , 481 F.3d 1279 (2007)	Le juge de première instance, après avoir interrogé l'enfant de 13 ans en chambre, a déclaré que l'enfant était intelligent, expressif et avait une bonne compréhension de la situation, mais qu'une norme plus stricte devait s'appliquer à l'exception relative à la maturité lorsque l'exception est la seule raison sous-tendant une décision de retour et ne s'inscrit pas dans une analyse plus large. Comme l'enfant participait activement aux activités sportives scolaires et qu'il avait longuement parlé à son père de son désir de rester aux États-Unis et de ne pas revenir au Canada, son retour a été refusé.
Onzième circuit Aucune décision d'appel	<i>Angulo Garcia v. Fernandez Angarita</i> , 440 F. Supp. 2d 1364 (2006)	Des frères et sœurs, âgés de 6, 9 et 11 ans, ont fait l'objet d'évaluations psychologiques pour déterminer s'il convenait de permettre à ces enfants d'être entendus dans le cadre de la procédure, en partant du principe que permettre à un enfant de témoigner est potentiellement très préjudiciable psychologiquement. Le retour en Colombie a été prononcé.

- 1 1994 SC 249 [INCADAT Ref: HC/E/UKs 79].
- 2 2004 SC 63 [INCADAT Ref: HC/E/UKs 508].
- 3 22 USC 9003(e)(2)(B) (2016).
- 4 Voir, e.g., *Hirst v. Tibergian*, 947 F.Supp.2d 578 (D.S.C. 2013).
- 5 *Von Meer v. Hoselton*, 44 FLR 1157 (2018).
- 6 *Rodriguez v. Yanez*, 817 F.3d 466 (5th Cir. 2016).
- 7 Voir, e.g., *Hazbun Escaf v. Rodriguez*, 200 F.Supp.2d 603 (E.D.Va. 2002).
- 8 Voir, e.g., *Bocquet v. Ouzid*, 22 F.Supp.2d (S.D.Fl. 2002).
- 9 43 FLR 1347 (2017).
- 10 238 F.3d 153 (2d Cir. 2001).
- 11 *Hirst v. Tibergian*, *op.cit.* note 4.
- 12 *Op.cit.* note 7.

17. Exceptions relatives à l'enfant et Représentation en Afrique du sud

Par Zenobia Du Toit

La Convention de 1980 a été transposée en droit sud-africain dans l'article 275 de la loi 38 sur l'enfance de 2005 (*Children's Act*, ci-après, la « loi sur l'enfance »), telle que modifiée, qui constitue l'annexe 2 du chapitre 17. Les tribunaux sud-africains sont considérés comme le tuteur suprême des enfants en vertu de la *common law* et ils disposent de pouvoirs extrêmement étendus pour déterminer ce qui est dans l'intérêt de l'enfant.

Le tribunal saisi d'une demande de retour de l'enfant doit, conformément à l'article 278(3), donner à l'enfant la possibilité de soulever une opposition à son retour et, ce faisant, il doit tenir dûment compte de cette opposition en prenant en compte son âge et sa maturité. Ces oppositions peuvent être formulées de plusieurs manières.

L'article 278(1) de la loi sur l'enfance donne au tribunal le pouvoir de demander à l'Autorité centrale de fournir un rapport sur la situation d'un enfant avant l'enlèvement présumé afin de déterminer s'il y a eu un déplacement ou un non-retour illicite au sens de l'article 3 de la Convention de 1980.

L'article 279 de la loi sur l'enfance dispose qu'un représentant légal doit représenter l'enfant (sous réserve de l'art. 55) dans toutes les demandes prévues par la Convention de 1980. L'article 55 oblige le tribunal, lorsqu'il est d'avis qu'il serait dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'être représenté par un avocat, à renvoyer l'affaire au Conseil d'assistance juridique, qui doit s'en occuper conformément à l'article 3(B) de la loi 22 sur l'assistance juridique de 1969 (*Legal Aid Act*).

L'article 10 de la loi sur l'enfance dispose que tout enfant dont l'âge, la maturité et le stade de développement sont tels que l'enfant est en mesure de faire valoir ses opinions sur toute question le concernant a le droit de participer de manière appropriée et que les opinions exprimées par cet enfant doivent être dûment prises en considération.

L'article 8(1) de la loi sur l'enfance dispose que les droits que l'enfant a en vertu de la loi complètent les droits que l'enfant a en vertu de la Charte des droits sud-africaine. Dans toutes les questions concernant le bien-être de l'enfant, l'intérêt supérieur de celui-ci est d'une importance primordiale. Ce droit a été consacré à l'article 28(2) de la Constitution sud-africaine et à l'article 9 de la loi sur l'enfance.

L'article 12 de la *Convention des Nations Unies de 1989 relative aux droits de l'enfant* (ci-après, la « CNUDE ») consacre le droit de l'enfant à participer aux affaires le con-

cernant. Aux termes de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant de 1990 (ci-après, la « CADBE »), tel qu'énoncé à l'article 4(2), dans les procédures concernant un enfant qui est en mesure de faire valoir ses propres opinions, l'enfant doit avoir la possibilité d'être entendu soit directement soit par un représentant impartial en tant que partie à la procédure et ces opinions doivent être prises en compte par les autorités concernées conformément aux dispositions du droit applicable. L'article 28(1)(h) de la Constitution dispose que tout enfant a le droit d'être assisté d'un avocat désigné par l'État, aux frais de celui-ci, dans les procédures civiles le concernant, s'il en résulte une injustice grave.

L'article 14 de la loi sur l'enfance dispose que tout enfant a le droit de porter une affaire devant un tribunal et d'être aidé à le faire, à condition que cette affaire relève de la compétence de ce tribunal. Cet article élargit le droit de l'enfant d'être représenté par un avocat au-delà des affaires dans lesquelles il y aurait autrement une injustice importante.

Dans de nombreuses affaires, les enfants ont plaidé indépendamment de l'assistance de leurs parents ou de leur tuteur lorsque les intérêts de ces derniers sont contradictoires ou incompatibles avec ceux des enfants.

Il existe différents mécanismes pour entendre la voix des enfants en Afrique du Sud dans les affaires relevant de la Convention de 1980.

1. Un rapport d'un représentant des droits de la famille où de l'Autorité centrale peut être soumis et est habituellement rédigé par un travailleur social en collaboration avec l'un des représentants des droits de la famille. Dès lors que l'institution des représentants des droits de la famille et celle de l'Autorité centrale se confondent, un conflit dans les rôles peut en découler dans la mesure où l'Autorité centrale doit non seulement gérer la demande de retour mais aussi enquêter sur l'intérêt supérieur de l'enfant tout en respectant les paramètres de la Convention de 1980.
2. Aux termes de l'article 29(5) de la loi sur l'enfance, un tribunal peut, aux fins de toute audience relative aux responsabilités parentales et aux droits de l'enfant, ordonner qu'un rapport contenant les recommandations d'une personne dûment qualifiée soit présenté après enquête par cette personne et, si nécessaire, celle-ci doit présenter des preuves.
3. Un rapport d'expert peut être présenté par un travailleur social ou un psychiatre, lequel rapport sera financé par une partie à la procédure.

L'un ou l'autre des parents peut avoir recours à un expert pour enquêter sur l'intérêt supérieur de l'enfant dans les circonstances appropriées. L'expert fournit un

rapport indépendant qui peut refléter les souhaits ou les opinions de l'enfant tels qu'ils sont perçus par l'expert mais aussi tels qu'ils sont analysés par celui-ci.

4. Dans les affaires où la médiation est appropriée, l'opinion de l'enfant serait prise en compte au cours de la procédure de médiation.
5. Un enfant peut avoir un entretien direct avec un juge. Cependant, cela n'arrive pas très souvent.
6. Un curateur *ad litem* peut être nommé pour agir au nom de l'enfant, mais celui-ci n'est pas là pour agir en tant que représentant légal de l'enfant. Le rapport du curateur *ad litem* sera donc nuancé par le point de vue indépendant du curateur sur l'intérêt supérieur de l'enfant et ne reflétera pas seulement l'opinion de l'enfant.
7. Le tuteur de l'enfant (au sens de l'art. 18(3) de la loi sur l'enfance) peut présenter les points de vue de l'enfant.
8. Un représentant légal peut être désigné pour agir au nom de l'enfant.

La Cour suprême d'appel d'Afrique du Sud dans l'affaire *Soller NO c. G e.a.*¹ a analysé le rôle d'un avocat, et en particulier en quoi ce rôle diffère de celui du représentant des droits de la famille, d'un curateur *ad litem* ou d'un psychologue expert.

L'avocat :

- a. En représentant l'enfant fait valoir le point de vue de l'enfant ;
 - b. Prend le parti de l'enfant et agit en tant qu'agent ou ambassadeur de l'enfant ;
 - c. N'est pas neutre, mais se positionne clairement du côté de l'enfant et a pour tâche de présenter et de défendre les souhaits de cet enfant ;
 - d. Fournit aux adultes une idée des souhaits et des désirs qui lui ont été confiés et applique ses connaissances juridiques et son expertise à la perspective de l'enfant ;
 - e. Donne une voix à l'enfant, mais n'est pas uniquement son porte-parole ;
9. Dans certaines circonstances, les enfants sont également représentés bénévolement par le Centre du droit de l'enfant, une organisation non gouvernementale sud-africaine qui fait un travail remarquable pour protéger les intérêts des enfants. Cela s'explique par le manque de ressources en Afrique du Sud.

La jurisprudence concernant les oppositions des enfants au regard de l'article 13 de la Convention de 1980 est malheureusement limitée en Afrique du Sud.

Des questions ont été soulevées au niveau international et en Afrique du Sud sur la question de savoir si le droit de l'enfant de s'opposer est trop respectueux des souhaits de l'enfant qui peut, entre autres, être confus, influencé par les parents, souffrir de préjudice psychologique, forcé à choisir entre ses parents, manipulable par ses parents et se sentir coupable ou compromis dans ses choix. D'autres préoccupations se posent :

1. L'absence de critères objectifs cohérents pour décider des exceptions prévues à l'article 13. Une prise de décision arbitraire peut potentiellement se produire.
2. La tension entre l'incapacité pour le tribunal de traiter du fond d'affaires concrètes et les risques auxquels un enfant sera confronté s'il subit un préjudice grave.
3. Établir les mesures de protection disponibles dans l'État de retour et l'efficacité ou la capacité de mettre en œuvre ces mesures.
4. Les engagements ne sont pas toujours exécutoires et peuvent ne pas atteindre le but de la protection. La liaison entre les juges est importante à cet égard.
5. Il n'y a pas d'âge minimum pour la prise en compte de l'opinion de l'enfant et il n'y a pas de lignes directrices afin d'évaluer la maturité de l'enfant.
6. Il existe des jugements contradictoires en ce qui concerne l'intérêt à court terme d'un enfant par rapport à l'intérêt à long terme de celui-ci et l'impact que le conflit entre les parents aura sur l'intérêt d'un enfant.
7. Il n'y a pas de formation uniforme sur ces questions.
8. Nous n'avons pas de système judiciaire spécialisé en Afrique du Sud bien que chaque Haute Cour dispose de juges de liaison qui ont été nommés pour assister et agir spécifiquement dans les affaires relevant de la Convention de 1980.

La Haute Cour du Gauteng du Nord dans l'affaire *Autorité centrale c. MV (LS Intervention)*² a déclaré que, bien qu'« elle ne siégeait pas dans une procédure relative à la garde [...], il est tout à fait clair, tant d'après l'article 13 de la Convention de La Haye que l'article 278 de la loi sur l'enfance et l'article 28(2) de la Constitution, que la loi impose de prendre en compte ces considérations au-delà des articles pertinents de la Convention et que la Convention est elle-même soumise à ces dispositions » [traduction du Bureau Permanent]. La Cour a indiqué que les exemptions prévues aux articles 13 et 20 s'appliquaient dans les situations où des circonstances particulières pouvaient dicter que l'en-

fant ne devrait pas être renvoyé et ou des exceptions étaient prévues pour protéger le bien-être de l'enfant. La nature et la portée des exemptions devaient être atténuées en tenant compte de l'article 28(2) de la Constitution dans l'application de l'article 13. La Cour a estimé que le point de vue de l'enfant, qui se référait largement à ses opinions et à ses intérêts à court terme, valait la peine d'être pris en compte et a confirmé que l'opposition de l'enfant à son retour était un moyen de défense distinct de celui du préjudice grave.

Dans l'affaire *Autorité centrale de la République d'Afrique du Sud e.a. c. B.*³, la Haute Cour a confirmé que l'opposition de l'enfant constituait une exception distincte de l'opposition du préjudice grave.

La Cour était d'avis qu'elle avait l'obligation de considérer comme primordiale le bien-être ou l'intérêt supérieur de l'enfant dans toute décision le concernant. Cela doit éclairer la compréhension des exceptions sans porter atteinte à l'intégrité de la Convention de 1980. Lorsqu'il existe une opposition au retour d'un enfant d'un âge et d'une maturité suffisants pour que son opinion soit prise en compte, ces facteurs particuliers d'opposition et de maturité n'ouvrent pas seulement la porte à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal, mais sont eux-mêmes des facteurs à prendre en compte dans l'exercice de ce pouvoir. Ainsi, le tribunal doit non seulement prendre en compte le fait qu'une opposition a été soulevée, mais aussi la nature et le fondement de l'opposition ainsi que la prise en compte des opinions du tribunal. Le tribunal accordera plus ou moins de poids à ces opinions en fonction de l'âge réel de l'enfant ainsi que du degré et du niveau de maturité qu'il estime avoir (*Singh v. Singh* 1998 SLT 1084 IINCADAT Ref : HC/E/UKs 196).

Par ailleurs, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le tribunal doit garder à l'esprit la politique générale de la Convention de 1980, qui vise à assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement. Les ordonnances de retour ne visent pas à déterminer les questions de garde ou de droit de visite.

La Cour s'est référée également à la décision de la *Outer House of the Court of Session* dans l'affaire *M., Petitioner*⁴ et aux questions qui ont été posées à l'enfant :

1. L'enfant est-il d'un âge ou d'une maturité où il est approprié de tenir compte de son opinion ?
2. L'opposition est-elle indépendante du point de vue du parent ?
3. L'enfant comprend-il que le but de l'ordonnance de retour à laquelle il s'oppose permettrait au tribunal de son État de résidence habituelle de décider de son avenir, de son bien-être, etc. ?

Un tribunal sud-africain est tenu de trouver l'équilibre entre, d'une part, la nécessité, dans l'intérêt de l'enfant, pour le tribunal approprié de conserver sa compétence et, d'autre part, la probabilité de porter atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant en ordonnant son retour dans le ressort de ce tribunal.

Dans l'affaire *Family Advocate c. Chirume*⁵, le juge Zondi devant la Haute Cour d'Afrique du Sud (Division Cap de Bonne-Espérance) a affirmé que des risques graves devraient découler du retour de l'enfant, aucun risque ne devrait découler du refus de retour de la mère. L'intolérabilité devrait être examinée du point de vue de l'enfant. La simple allégation de violences domestiques n'est pas suffisante, la preuve de violences domestiques régulières doit être démontrée.

Il est important que l'enfant ait la possibilité d'être entendu, non seulement pour faire entendre et évaluer son point de vue, mais aussi pour voir comment il peut être efficacement protégé à son retour.

La personne qui interroge l'enfant ou qui reflète les opinions de l'enfant devrait être formée, avoir de l'expérience avec les enfants, posséder une connaissance précise de la Convention de 1980, de la jurisprudence et des éléments qui doivent être présentés au tribunal afin qu'il prenne une décision concernant l'enfant.

Le point de vue de l'enfant doit être recueilli et présenté d'une manière qui est adaptée aux enfants.

Les affaires devraient être gérées de façon à faire accélérer le déroulement de l'audience et à faire en sorte que l'enfant soit représenté d'une manière qui ne l'expose pas à d'autres préjudices. Les informations devraient être demandées, fournies, échangées et commentées. L'ordre des éléments de preuve devrait être décidé et les délais dans lesquels les informations devraient être recueillies devraient être fixés. Des délais stricts devraient être prévus pour le dépôt des déclarations écrites, la divulgation, le dépôt des rapports et la conduite de l'affaire.

Les détails de l'exception et de l'opposition de l'enfant devraient être identifiés et les approches conflictuelles devraient être évitées.

L'existence de mesures de protection adéquates et efficaces et de mesures de protection provisoires à l'égard de l'enfant doit être prise en considération. Il devrait y avoir une enquête sur la façon dont les mesures de protection seront appliquées et sur leur efficacité.

L'enfant devrait être informé de la procédure en tenant compte de son âge, de sa maturité et de son stade de développement.

Un rapport devrait être remis à l'enfant après que l'affaire a été entendue sur les conclusions du juge afin de préparer l'enfant sur la voie à suivre. Cela se fait parfois en Afrique du Sud par l'intermédiaire des bureaux de l'Autorité centrale ou d'un témoin expert ou du représentant de l'enfant.

Le médiateur, si la médiation est utilisée comme outil, devrait être menée par une personne formée et pleinement consciente de la manière dont les enfants doivent être traités, expérimentée et connaissant bien la Convention de 1980, la jurisprudence et l'application de l'intérêt supérieur des enfants.

L'enfant doit se sentir en sécurité, ne pas être en danger et ne pas craindre qu'il y ait des répercussions du fait d'exprimer ses opinions. L'enfant doit en permanence être protégé.

Lorsqu'il évalue l'opinion de l'enfant, le tribunal doit tenir compte du déséquilibre des forces, de l'intimidation, du harcèlement et du contrôle que peut exercer un parent, de la longueur des procédures, des ressources inégales et du manque de soutien pour l'enfant.

Si l'enfant a été témoin de violences familiales entre ses parents ou s'il a été victime de violences familiales, ces allégations devraient être entendues et évaluées par des personnes ayant reçu une formation approfondie en matière de violence familiale. La maltraitance peut prendre diverses formes, telles que le harcèlement, le contrôle, l'intimidation, les violences physiques, les violences psychologiques, une situation intolérable que l'enfant ne peut raisonnablement tolérer, le danger imminent, la domination par la contrainte, les violences sexuelles ou autres et les violences économiques. Les affaires portent sur des faits précis et soulèvent des questions de violences familiales.

S'il est décidé du retour de l'enfant, quelles mesures doivent être prises pour protéger ses préoccupations ? À cet égard, les juges de liaison et les Autorités centrales peuvent échanger des informations de manière utile :

1. Une enquête sur la disponibilité des mesures de protection et l'efficacité de leur mise en œuvre ;
2. L'obtention de décisions d'exécution ou de décisions miroirs ;
3. La prise d'engagements qui peuvent porter sur des questions financières, l'absence de poursuites, les soins, le droit de garde et le droit de visite, la protection du parent ayant soustrait l'enfant, la protection de l'enfant lors de son retour, et les procédures judiciaires accélérées dans l'État de retour ;
4. Si les parties auront accès à la justice ;

5. Si la surveillance des relations personnelles est viable et peut être mise en œuvre ;
6. Si des ordonnances d'interdiction peuvent être accordées ;
7. S'il est possible de fournir un logement séparé et sûr ;
8. S'il existe des services de conseil, de traitement et de suivi (par ex. le suivi par l'Autorité centrale, l'avocat de la famille ou les services sociaux) d'un enfant ;
9. Si une procédure accélérée aura lieu au retour ;
10. Une cagnotte de contentieux peut être établie pour le parent qui rentre afin d'avoir des règles du jeu plus équitables en ce qui concerne les soins, les visites et l'intérêt supérieur de l'enfant à son retour ;
11. Prévoir le paiement des frais de retour, le recouvrement des aliments dans l'attente de la procédure dans l'État de retour et un logement ;
12. Les attentes de l'enfant devraient également être gérées de manière que l'enfant comprenne le processus.

Jurisprudence pour plus d'information :

- *Autorité centrale c. MV (LS Intervening)* 2011 (2) SA 428 (GNP)
- *Autorité centrale de la RSA e.a. c. B* 2012 (2) SA 296 (GSJ) [Réf INCADAT : HC/E/ZA 726][INCADAT].
- *Sonderup c. Tondelli e.a.* 2001 (1) SA 1171 (CC)[Réf. INCADAT : HC/E/ZA 309].
- *Singh c. Singh* 1998 SLT 1084 [Réf. INCADAT : HC/E/UKs 196]
- *Autorité centrale de la RSA et JW et HW, C du Toit intervenant*, 34008/2012 (6/5/13)
- *Avocat de la famille c. Remy* 2013 JDR 0252 (PCU)
- *Autorité centrale c. LG* 2011 (2) SA 386 (GNP) [Réf. INCADAT : HC/E/ZA 722]
- *Avocat de la famille c. Chirume* 2006 JDK0277 (C) [Réf. INCADAT : HC/E/ZA 1054].
- *Avocat de la famille c. Bailie* 2009 JDR 0681 (SE)
- *Autorité centrale c. Seale* 2011 JDR 0609 (T)

-
- 1 2003 (5) SA 430 (W).
 - 2 2011 (2) SA 428 (GNP).
 - 3 2012 (2) SA 296 (GSJ) [INCADAT Réf: HC/E/ZA 726].
 - 4 2005 SLT 2 [INCADAT Réf: HC/E/UKs 804].
 - 5 2006 (JDK0277) (C) [INCADAT Ref: HC/E/ZA 1054].

18. Faire valoir l'opposition des enfants - Réflexions d'un avocat français

Par Véronique Chauveau (Véronique Chauveau & Partners - Paris)

« Les enfants ne sont pas les individus de demain, mais d'aujourd'hui... » Janus KORCZAK

Dès 1924, dans la Déclaration de Genève, la Société des Nations préconisait d'entendre l'enfant. Cependant, la France a mis du temps à accepter cette idée ; elle n' est devenue Partie à la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants (1996) qu'en septembre 2007. La France a signé la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant en 1990, puis a introduit l'article 388-1 du Code civil octroyant à l'enfant le droit d'être entendu dans toute procédure le concernant à condition (a) qu'il soit capable de discernement et (b) que son intérêt le commande. Les enfants sont désormais généralement entendus avec l'aide, s'ils le souhaitent, d'un avocat indépendant rémunéré par l'assistance juridictionnelle. La plupart des grands barreaux disposent d'un corps d'« avocats d'enfants » spécialement formés.

L'appréciation de l'« âge de la maturité » peut varier d'un tribunal à l'autre ; certaines Cours d'appel ont jugé qu'un enfant de neuf ans était trop jeune. Une fois que la question du degré suffisant de maturité est réglée, la plupart des tribunaux français examinent son opposition selon les circonstances de l'espèce ; les tribunaux craignent qu'il y ait une influence indue de la part du parent qui a emmené ou retenu l'enfant. Ce risque d'influence indue est souvent aggravé du fait que le délai maximum de six semaines pour statuer sur toute demande de retour est très rarement respecté ; la plupart des enfants enlevés n'ont pas de contact avec le parent privé de l'enfant pendant la procédure relevant de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980.

En outre, lorsqu'ils sont entendus, les enfants sont souvent assistés d'avocats qui ne connaissent pas la Convention Enlèvement d'enfants de 1980. Ces avocats sont le plus souvent incapables d'expliquer à l'enfant que la décision ordonnant son retour n'équivaut pas à une décision sur le fond du droit de garde. L'enfant pense que la décision ordonnant son retour le force à cohabiter avec le parent duquel il a été séparé pendant une longue période.

Les parties concernées par une procédure de retour peuvent avoir à s'interroger quant à savoir si l'opposition de l'enfant constitue :

- (a) une opposition au fait d'être séparé du parent avec lequel il vit ?
- (b) ou une véritable opposition à son retour dans son État de résidence habituelle ?

Comment un enfant peut-il exprimer son point de vue de manière appropriée sans être dûment informé à cet égard de ses options, de l'éventuelle décision à prendre et des conséquences de celle-ci ? Ces enfants se sentent souvent apeurés, tristes, impuissants, coupables et leur loyauté est souvent divisée. Il convient de garder à l'esprit la formule du Professeur Perez-Vera : bien que nécessaire, l'audition de l'enfant peut s'avérer dangereuse. Cela se vérifie notamment lorsque l'enfant est entendu sans avoir été dûment informé.

Dans un arrêt en date du 14 février 2006, la Cour de cassation française a confirmé une décision rendue en appel qui indiquait que « *la seule opposition de l'enfant ne peut suffire à justifier le refus du retour* ». On peut interpréter cette décision comme n'adhérant pas au principe général selon lequel l'opposition de l'enfant ne peut, en soi, être un obstacle au retour, mais plutôt comme confirmant le raisonnement de la Cour d'appel ordonnant le retour de l'enfant malgré son opposition. Quatre ans plus tard, la Cour de cassation a clarifié sa position précisant qu'« *en l'état du conflit de loyauté auquel ils se trouvaient confrontés [...] la seule opposition [des enfants] ne saurait faire obstacle à leur retour*¹ ». La Cour européenne des droits de l'homme a par la suite jugé, dans l'arrêt *Blaga c. Roumanie* que l'opposition de l'enfant peut constituer un motif autonome de refus.

L'étude attentive de la jurisprudence française indique une forte tendance à ne pas refuser le retour au seul motif que l'enfant s'y oppose ; si l'on peut juger très orthodoxe cette analyse de la Convention, cela démontre également que le traitement de l'opposition de l'enfant par les tribunaux se fait, le plus souvent, en fonction des « circonstances de l'espèce ». À titre d'exemple en la matière, le 2 avril 2013, la Cour d'appel de Paris a jugé que « *cette position émanait d'enfants soumis depuis plusieurs mois à l'influence de leur famille paternelle dans un contexte de conflit extrêmement violent entre les parents et, ne pouvait, dès lors, être déterminante* ». Dans un autre arrêt rendu en 2012, la même Cour a jugé que l'enfant « *a vécu dans un grave climat de conflit et compte tenu du libre arbitre de la petite fille [...] son intérêt supérieur commande qu'elle entretienne une relation continue avec ses deux parents [...] compte tenu du fait que rien n'empêche la mère de rentrer avec sa fille* ». Il apparaît clairement que les tribunaux français exigent une opposition « non ambiguë » de l'enfant (Tribunal de grande instance de Niort, 9 janvier 1995 ; Tribunal de grande instance de Guingamp, 1999).

Dans certaines décisions, l'opposition de l'enfant s'est avérée pertinente dans des cas dans lesquels les enfants étaient plus âgés et avaient une position très arrêtée, et lorsque des moyens de défense tirés de l'article 13(1)(b) ont été démontrés. Dans un arrêt en date de 2007, la Cour de cassation française a confirmé une décision rendue en appel dans une affaire concernant un enfant de dix ans qui avait passé deux ans en France avec ses parents biolo-

giques avant que la décision n'ait été rendue. L'enfant s'opposait à son retour et la Cour a jugé qu'après deux ans, un retour le placerait dans une « situation intolérable ».

Lorsque l'opposition de l'enfant exprime une préférence entre deux États ou entre ses deux parents, il est rare que le tribunal estime qu'elle justifie une décision refusant le retour. Toutefois, comme indiqué précédemment, il est à craindre que l'enfant ne comprenne que partiellement.

1 Voir Cour de cassation, 1^{ère} Civ., 8 juillet 2010, Jurisdata 2010-011380.

**Discours de clôture par
le très honorable Sir Matthew Thorpe
Londres, le 23 mars 2018**

Rendons hommage à cet important partenariat ! Marilyn et Nicola rapprochent des innovations universitaires de deux grands États du Commonwealth qui, s'ils sont géographiquement très éloignés ont tant d'érudition en commun.

Au cours des dernières 24 heures, nous avons abordé l'évolution du moyen tiré de l'opposition de l'enfant à son retour, mais également les préoccupations modernes concernant ses droits et sa participation aux procédures relevant des Conventions de La Haye de 1980 et de 1996. Il s'agit de domaines évolutifs. Les personnes qui ont assisté à la Première réunion de la Commission spéciale auraient été abasourdis par les préoccupations d'aujourd'hui et leur impact sur le fonctionnement des Conventions. Il est néanmoins extrêmement important d'innover et de réagir à l'évolution des normes légales et sociales lorsque l'on interprète et applique ces Conventions.

Le public de cet atelier de Londres est varié, mais nous ne pouvons pas prétendre représenter de manière exhaustive les 98 États parties à la Convention de La Haye de 1980. La région Amérique latine joue un rôle significatif de soutien aux Conventions et s'étend désormais aux Caraïbes ; cette région représente un potentiel important pour le développement du Commonwealth. Les régions doivent apporter leur contribution. Ainsi, de mon point de vue, cette initiative menée à bien par Marilyn et Nicola doit progresser afin d'aboutir à la formation d'un véritable groupe international qui rédigera un guide mondial largement accepté par la communauté grandissante des États parties à ces importantes Conventions. Nous avons aujourd'hui l'occasion d'exprimer notre soutien appuyé à cette proposition de futurs travaux qui nous est présentée. Sommes-nous tous d'accord ? La réponse est oui !

Les intervenants que nous avons entendus aujourd'hui disposent d'un excellent niveau d'expertise et malgré cela, ils ne peuvent exprimer aucune certitude ; dans leur mission d'élaboration du droit, ils sont confrontés au flou d'une diversité de points de vue et de voix dissonantes. Lorsque l'on se concentre sur une question en particulier, notamment la participation de l'enfant, qui soulève des problèmes de droits de l'homme, cela génère une certaine diversité, des divergences de vues et des doutes. Nous ne devons toutefois jamais perdre de vue l'importance cruciale de ces Conventions ; il s'agit de véritables instruments mondiaux qui résolvent rapidement et équitablement de nombreux cas chaque année. En principe, ces affaires ne sont pas source de complexité ni d'insécurité juridique. Que ce soit au moyen d'accords ou de décisions de justice, les enfants rentrent dans leur État d'origine grâce aux dispositifs de la Convention. C'est cette réalité qui est importante ; nous ne devons pas nous livrer à l'excès à des discussions portant sur les difficultés et perdre de vue la simplicité et l'efficacité de ce droit de poursuite.

Les juges n'ont pas occupé le devant de la scène d'aujourd'hui ; nous avons eu l'honneur d'entendre M. Alistair MacDonald et Mme Annette Olland. Toutefois, les juges ont une contribution importante à apporter dans le cadre de l'évolution future du droit international de la famille, non seulement

du fait de leur dévouement à des normes professionnelles strictes, mais également au moyen de leur activisme extrajudiciaire. Les juges du Réseau font à cet égard montre d'une participation fructueuse ; les perspectives s'accroissent au fur et à mesure de l'expansion du réseau. Il est important que les juges se réunissent régulièrement dans le cadre de conférences. Il y a d'ailleurs la possibilité d'organiser une telle réunion aux États-Unis, plus tard cette année. Il est extrêmement important de former les juges et de les encourager à se spécialiser. Dans quelle mesure le droit international de la famille est-il enseigné dans nos universités ? La réponse de Nigel Lowe à cette question est assez déprimante. Nous devons investir de sorte à améliorer les performances de tous les grands acteurs et contributeurs du domaine. Les associations d'avocats spécialisés sont de bon augure. La croissance et l'expansion du Réseau international de juges de La Haye a facilité la spécialisation des juges de première instance et d'appel. Tout comme le soleil, La Lettre des juges s'efface parfois mais ce n'est que pour mieux réapparaître ; nous nous réjouissons à l'idée que le prochain volume comprenne les contributions de cet atelier. À cet égard et de manière générale, le soutien de la Conférence de La Haye dans le cadre de ces travaux est inestimable.

La spécialisation permet de relever les normes professionnelles. Les familles engluées 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 « regarder les chiffres, il n'y a pas tant de cas que cela ». Cela n'a rien à voir avec les chiffres ; peu d'enfants sont plus vulnérables que ceux qui sont confrontés au tumulte et aux déplacements d'une situation transfrontière, souvent intercontinentale. Ils doivent bénéficier de performances 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.

Dans le cadre des travaux menés par Marilyn et Nicola et compte tenu du soutien que nous leur apportons, nous devons toujours garder à l'esprit une vue d'ensemble : l'efficacité des Conventions et l'importance des travaux de la Conférence de La Haye. Sans cela, il y aurait encore moins de justice dans un monde déjà troublé.

Conférence sur la protection internationale de l'enfant

1. Atelier HCCH-UNICEF sur « Le rôle des Conventions de La Haye en matière de protection transfrontière des enfants en Asie du Sud, Katmandu, Népal (du 29 au 31 mai 2018) »

Du 29 au 31 mai 2018, 31 experts gouvernementaux de l'Afghanistan, du Bangladesh, de l'Inde, des Maldives, du Népal et du Sri Lanka, des représentants de l'UNICEF de ces États et du Bureau régional pour l'Asie du Sud (ROSA), ainsi que des représentants du Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé (HCCH) et du Service social international (ISS), et trois consultants indépendants se sont rencontrés à Katmandou (Népal) dans le cadre d'un atelier, intitulé « Le rôle des Conventions de La Haye en matière de protection transfrontière des enfants en Asie du Sud », qui était co-organisé par UNICEF ROSA et la HCCH.



L'objectif de l'atelier était de discuter du mouvement transfrontière des enfants d'Asie du Sud et des mécanismes pour soutenir l'immigration en toute sécurité. Au cours de l'atelier, les équipes des États participants ont présenté les mécanismes existants auxquels les enfants ont recours lorsqu'ils immigreront et reviennent ; la HCCH a exposé les avantages du statut de Membre de l'Organisation ; le rôle des Conventions de La Haye relatives aux enfants et la valeur ajoutée de ces dernières pour répondre aux problèmes liés à la protection transfrontière des enfants en Asie du Sud ont été examinés, en particulier dans le contexte de l'immigration clandestine (par ex., la traite d'enfants ou les enfants non accompagnés) ; et certaines modalités pratiques liées à la mise en œuvre de ces Conventions ont été discutées. Un temps significatif a été consacré aux études de cas.

Au cours de l'atelier, les experts gouvernementaux ont fait part de leurs expériences concernant les mécanismes et initiatives existants en matière de protection transfrontière des enfants. Ils ont souligné leurs bonnes pratiques et ont identifié les lacunes éventuelles de leur système actuel,

qui sont principalement dues à l'absence de mécanismes adéquats de coopération transfrontière.

Les participants ont été informés de la situation mondiale des enfants en déplacement, notamment des Pactes mondiaux pour les migrations et pour les réfugiés. En outre, UNICEF ROSA a rédigé un document d'information sur la situation dans la région. Les participants ont également été informés des bonnes pratiques des programmes de migration recueillis au fil des ans par l'ISS.

Les participants ont reçu une formation sur les Conventions de La Haye, les projets et les protocoles suivants, qui mettent en œuvre les principales dispositions de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans le but d'établir des systèmes transfrontières appropriés de protection des enfants :

- 1) la *Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants* (la Convention de 1996) ;
- 2) la *Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale* (la Convention de 1993) ;
- 3) la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* (la Convention de 1980) ;
- 4) la *Convention de La Haye du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille* (la Convention de 2007) et le *Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires* (le Protocole de 2007) ;
- 5) le Protocole additionnel au Protocole des Nations Unies visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants ;
- 6) la Convention de 1973 de l'Organisation internationale du travail concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi et la Convention de 1999 concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination ;
- 7) le Processus de Malte sur la protection transfrontière des enfants et le droit de la famille ;

8) le projet de Filiation/maternité de substitution de la HCCH et le projet de rédaction de principes de l'ISS relatifs à la maternité de substitution.

Au cours de l'atelier, les participants ont passé beaucoup de temps à travailler sur des études de cas, ce qui leur a permis d'appliquer les procédures de détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant telles que conçues par l'UNICEF et l'UNHCR. Les études de cas portaient spécifiquement sur l'application de la Convention de 1996 à la traite transfrontière des enfants, sur les mouvements transfrontières d'enfants dus aux conflits régionaux et aux troubles politiques, sur le travail des enfants au-delà des frontières et sur la mise en œuvre de la Convention de 1993 en général, ainsi que sur les questions financières et les pratiques illicites dans l'adoption internationale.

L'intérêt pour tous les États de la région de devenir contractants à la Convention de 1996 a été reconnu, en particulier en ce qui concerne les mécanismes de coopération transfrontière fondés sur un système d'Autorités centrales qui est prévu par la Convention. Cela pourrait pallier une lacune importante dans la région en ce qui concerne le mouvement transfrontière des enfants.

Les valeurs véhiculées par la Convention de 1993 visant à protéger les enfants adoptés et à prévenir et combattre les pratiques illicites et autres abus ont également été reconnues. Les États qui autorisaient l'adoption dans leur système étaient encouragés à devenir Parties à la Convention et à appliquer correctement ses règles et normes.

Les valeurs véhiculées par la Convention de 1980 visant à lutter contre le déplacement ou le non-retour illicites d'enfants dans un contexte civil et celles véhiculées par la Convention de 2007 relatives au recouvrement transfrontière des aliments envers les enfants, fondées sur des procédures qui produisent des résultats et qui sont accessibles, rapides, efficaces, économiquement rentables, adaptées et équitables ont également été reconnues.

L'atelier a également permis de mieux comprendre les questions relatives à la maternité de substitution et à la nécessité de protéger toutes les parties vulnérables dans ce domaine, de prévenir les problèmes et de les régler lorsqu'ils surviennent.

Les participants ont reconnu la valeur unique des services post-conventionnels de la HCCH qui comprennent, par exemple, des réunions périodiques des États contractants pour examiner le fonctionnement pratique de Conventions spécifiques, des Guides de bonnes pratiques et des Manuels pratiques sur le fonctionnement de Conventions spécifiques, des Listes récapitulatives de mise en œuvre, des profils d'États, des bases de données de jurisprudence, des systèmes électroniques de gestion de dossiers et de communication sécurisée, la Lettre des juges sur la protection internationale des enfants, le Réseau interna-

tional de juges de La Haye, ainsi que le Programme d'assistance technique relatif à l'adoption internationale (ICATAP).

Les participants se sont mis d'accord sur les prochaines étapes suivantes :

- 1) Les participants se sont engagés à sensibiliser leurs gouvernements respectifs aux Conventions de La Haye dans le but, s'ils le jugent approprié, de devenir Membres de la HCCH et de devenir des États contractants aux Conventions de La Haye relatives aux enfants.
- 2) Les participants de certains États se sont engagés à évaluer la situation des migrations transfrontières qui pourrait être traitée par la Convention de 1996 ; à réfléchir à l'étendue de la migration à laquelle la Convention de 1996 pourrait s'appliquer ; à évaluer les systèmes et structures existants qui traitent ces affaires ; et à examiner les discussions antérieures sur la Convention de 1996 dans leur État pour déterminer si celle-ci est utile et ce qui serait nécessaire à entreprendre pour devenir Partie à la Convention. Certains États ont une législation en vigueur dans ce domaine qu'ils proposent de revoir pour déterminer si elle est conforme à la Convention de 1996.
- 3) Les participants de certains États ayant autorisé l'adoption ont proposé de partager leurs bonnes pratiques de mise en œuvre de la Convention de 1993, en particulier le principe de subsidiarité. Certains États autorisant des adoptions qui ne sont pas Parties à la Convention de 1993 ont exprimé leur intention de promouvoir davantage la Convention de 1993 et d'entreprendre les travaux nécessaires en vue de devenir Parties.
- 4) Les États sont encouragés à continuer d'échanger des informations et leurs expériences au niveau régional sur, entre autres, les bonnes pratiques, les difficultés auxquelles ils sont confrontés en matière de protection transfrontière des enfants et les moyens de les surmonter. En particulier, les États ayant plus d'expérience dans la mise en œuvre des Conventions de La Haye sont encouragés à fournir une assistance aux nouveaux États parties ou à ceux qui souhaitent adhérer aux Conventions de La Haye.

2. Conférence internationale sur le droit de la famille organisée par *Expatriate Law* (Dubai, Émirats arabes unis)

Par *Alexandra Tribe* (*Expatriate Law*)

Les 3 et 4 mai 2018, *Expatriate Law*¹ a eu le plaisir d'accueillir 70 délégués du monde entier à Dubai pour sa conférence internationale sur le droit de la famille. Des avocats de 18 États et territoires différents y ont participé, dont l'Angleterre, l'Australie, l'Afrique du Sud, les États-Unis d'Amérique, Oman, Bahreïn et l'Inde. La conférence a réuni des avocats spécialisés en droit de la famille qui conseillent régulièrement des clients expatriés au Moyen-Orient.



Pendant deux jours, les intervenants et les délégués ont abordé un grand nombre de questions actuelles liées au droit de la famille, en mettant l'accent sur les questions relatives aux Émirats arabes unis (« EAU »). L'un des thèmes clés de la conférence a été l'absence notable des EAU parmi les signataires de la Convention de 1980, et l'impact que cela a sur les affaires dans lesquelles la région est concernée, surtout si l'on considère le nombre important d'expatriés y résidant.

La conférence a débuté par une présentation de l'avocat anglais et expert de la charia, M. Ian Edge². M. Edge a discuté des implications pratiques de la *sharia* et de la façon dont la principale loi sur le droit de la famille aux EAU, la loi 28 (2005) sur le statut personnel, en a été dérivée. Il a examiné le cadre appliqué aux affaires internes aux EAU et a souligné la nécessité d'obtenir des conseils d'experts appropriés à un stade précoce dans les affaires ayant une composante transfrontière.

Poursuivant sur le thème des principes nationaux des EAU, Stephanie Allerton³ et Hassan Elhais⁴ se sont adressés aux délégués sur les méthodes qui peuvent être employées pour exécuter les ordonnances étrangères dans les tribunaux des EAU.

Clare Renton⁵ et Alexandra Tribe⁶ ont ensuite discuté du déménagement d'enfants à destination et en provenance du Moyen-Orient, et des difficultés qui surgissent dans ces affaires du fait de la non-adhésion des EAU à la Conven-

tion de 1980. En particulier, Mme Tribe a évoqué les garanties qui pourraient être mises en place par l'intermédiaire du Comité d'orientation familiale des tribunaux des EAU, ou des tribunaux des EAU eux-mêmes, pour assurer le retour des enfants après un contact avec un parent aux EAU.

La première journée s'est achevée sur une série de conférences données par des intervenants régionaux sur le droit de la famille dans leur propre province ou territoire, notamment :

- Mert Yalcin (Turquie) ;
- Elham Hassan (Bahreïn) ;
- Djoulene Boukedroune (Algérie) ;
- Amna Abbas (Pakistan) ; et
- Sumaiya al Balushi (Oman)

Ces intervenants ont également mené une table ronde, expliquant comment leur État réagirait à un scénario impliquant à la fois le déménagement international des enfants et des recours financiers dans le cadre d'un divorce d'expatriés. Il a été utile pour les délégués de comparer et de mettre en contraste les lois applicables dans la région.

La deuxième journée a débuté par une discussion animée menée par :

- Will Tyler QC (Angleterre) ;
- Patricia Apy (États-Unis) ;
- Max Meyer (Australie) ;
- Beverley Clark (Afrique du Sud) ;
- Malavika Rajkotia (Inde) ;
- Byron James (*Expatriate Law*, Angleterre) ; et
- Lucia Clark (Écosse).

Bien que ce panel se soit concentré sur les questions soulevées dans les affaires de ces praticiens concernant le Moyen-Orient, il a également servi de rappel utile des différences entre les ressorts juridiques anglais et écossais au sein du Royaume-Uni. Les intervenants ont également participé à un débat animé sur la question de savoir si l'Inde doit adhérer à la Convention de 1980.

L'un des thèmes clés de la discussion a été la violence domestique et les stratégies qui sont actuellement utilisées dans les EAU pour s'attaquer à ce problème. Le point culminant a été la discussion d'une affaire récente d'enlèvement aux EAU, où les avocats et le juge de cette affaire ont assisté de manière fortuite à la conférence à titre d'intervenants (Will Tyler QC, Clare Renton et Sir Peter Singer). Le panel s'est également penché sur une affaire dans laquelle Facebook avait été utilisé pour retrouver un parent qui avait enlevé un enfant. La Haute Cour anglaise a rendu une ordonnance de type *Norwich Pharmacal*⁷, fournissant les adresses IP utilisées pour accéder au compte Facebook du parent et qui ont ensuite été utilisées

pour localiser son emplacement.

À la suite de cette discussion, Jeremy Morley s'est adressé aux délégués sur la façon dont les États-Unis ont répondu aux questions de droit de la famille dans les États et territoires du Moyen-Orient. Ce faisant, il a souligné l'importance de la Convention de 1980 pour le droit interne américain, faisant référence à l'interdiction automatique de voyager dans les États non signataires de la Convention de La Haye dans l'état du Michigan, sauf accord contraire des parents eux-mêmes.

Après avoir mis l'accent sur les litiges, David Hodson OBE s'est penché sur la question du règlement extrajudiciaire des différends et de son importance pour les familles internationales. L'accent a été mis en particulier sur la disponibilité croissante des ressources technologiques et sur la possibilité de favoriser les modes alternatifs de résolution des conflits au niveau international en dehors des limites d'un système juridique national unique. M. Hodson a également évoqué le succès de la médiation dans la résolution des affaires d'enlèvement international d'enfants, en soulignant qu'un parent auquel un enfant a été retiré souhaitera souvent éviter une situation dans laquelle la personne qui s'occupe principalement de l'enfant est prisonnière d'un État dans lequel l'enfant est malheureux.

Ce thème de collaboration a été poursuivi par l'intervenante suivante, Margaret Heathcote⁸, qui a présenté le « Code de pratique de résolutions » (*Resolution Code of Practice*) à l'assemblée, en mettant l'accent sur les opportunités pour les professionnels internationaux du droit de la famille impliqués dans l'organisation.

L'avant-dernière intervenante, Jemma Dally⁹, a parlé des conséquences de l'adoption sur l'immigration pour la famille expatriée. Mme Dally a souligné la nécessité d'obtenir des conseils avant de rentrer au Royaume-Uni avec un enfant adopté, ainsi que l'approche adoptée par le ministère de l'intérieur britannique à l'égard des ordonnances de kafala.

La conférence a été clôturée par Sir Peter Singer. Abordant le thème de la Convention de 1980, Sir Peter Singer s'est penché sur les défis posés par l'examen des affaires internationales et sur la nécessité pour un plus grand nombre d'États du Moyen-Orient d'adhérer à la Convention.

La Conférence internationale sur le droit de la famille a été très bénéfique pour les praticiens car elle a permis la diffusion d'informations et de pratiques très nécessaires sur les questions transfrontières de droit de la famille dans les États du Moyen-Orient.

- 1 Pour plus d'informations sur Expatriate Law, veuillez consulter notre site web.
- 2 Extrait de « 3 Paper Buildings and SOAS » (Royaume-Uni).
- 3 Extrait de « Expatriate Law » (Royaume-Uni).
- 4 Extrait de « Al Rowaad Advocates » (EAU).
- 5 Extrait de « 29 Bedford Row » (Royaume-Uni).
- 6 Extrait de « Expatriate Law » (Royaume-Uni).
- 7 En vertu de la loi britannique, une ordonnance de type *Norwich Pharmacal* est une ordonnance de divulgation de documents ou d'informations relatifs à un comportement illégal détenu par un tiers innocent. L'ordonnance a d'abord été rendue par la Chambre des Lords dans l'affaire *Norwich Pharmacal Co c. Customs and Excise Commissioners* [1974] AC 133 et a ensuite été intégrée dans les règles de procédure civile du Royaume-Uni.
- 8 Margaret Heathcote est présidente de l'association anglaise de droit de la famille, Résolution.
- 9 Extrait de « Goodman Ray » (Royaume-Uni).

Actualités

1. Troisième réunion du Groupe d'experts sur le projet Filiation / Maternité de substitution

Du 6 au 9 février 2018, le Groupe d'experts sur le projet Filiation / Maternité de substitution (ci-après, le « Groupe ») s'est réuni à La Haye pour la troisième fois ; 23 experts, trois observateurs ainsi que des membres du Bureau Permanent ont assisté à cette réunion sous la présidence de Joëlle Schickel-Küng, co-responsable de l'Unité Droit international privé, Office fédéral de la Justice pour la Suisse.



Le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye (ci-après, le « Conseil ») a décidé en 2015 qu'un Groupe d'experts devrait être convoqué pour étudier la possibilité de faire avancer les travaux sur les questions de droit international privé concernant le statut des enfants, y compris les questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international. Le Groupe se concentre principalement sur la filiation en vue d'assurer sa prévisibilité, sa sécurité et sa continuité dans les situations transfrontières. Le Groupe a également constaté que la question de la filiation concerne toutes les personnes et pas seulement les enfants mineurs.

Le Groupe s'est réuni pour la première fois en février 2016 et a constaté que, bien qu'il n'ait pas été possible de tirer des conclusions définitives quant à la possibilité d'élaborer un éventuel instrument de travail dans ce domaine, il a estimé que les travaux devraient porter principalement sur la reconnaissance des décisions judiciaires et des actes publics qui établissent ou consignent la filiation.

Lors de sa deuxième réunion de janvier - février 2017, le Groupe a convenu de la possibilité, en principe, d'élaborer un instrument multilatéral contraignant traitant de la reconnaissance des décisions judiciaires étrangères en matière de filiation. Le Groupe s'est également penché sur la reconnaissance du statut de la filiation lorsqu'il n'existe pas de décision judiciaire mais que cette reconnaissance est généralement consignée dans un acte public. Il a été

convenu d'étudier davantage à la fois une méthode fondée sur la reconnaissance de ces actes publics et une méthode fondée sur la loi applicable à l'établissement de la filiation. En ce qui concerne plus particulièrement les conventions de maternité de substitution à caractère international, le Groupe a discuté à la fois de la perspective d'appliquer à ces conventions les futures règles générales de droit international privé en matière de filiation et de la nécessité de règles et de garanties supplémentaires dans les situations concernant les conventions de maternité de substitution à caractère international et les techniques de procréation assistée, mais n'a pu parvenir à une conclusion définitive.

Lors de sa troisième réunion, le Groupe a approfondi les discussions qui ont eu lieu lors de la deuxième réunion.

En ce qui concerne la reconnaissance de plein droit des décisions judiciaires portant sur la filiation, il a été convenu qu'un éventuel futur instrument porterait sur les chefs de compétence indirecte en retenant le lieu de résidence habituelle du défendeur, le cas échéant, ou la personne dont la filiation fait l'objet de la procédure comme éventuels éléments de rattachement. Des discussions ont également eu lieu sur l'application de l'exception d'ordre public et certains experts se sont demandé si cette exception devrait être appliquée lorsqu'elle a pour conséquence que l'enfant se retrouve sans parents. Par ailleurs, le Groupe s'est demandé si la reconnaissance d'une décision judiciaire portant sur la filiation devrait s'étendre à la reconnaissance de ses effets et a convenu qu'elle ne devrait pas aborder des matières ne relevant pas du champ d'application d'un éventuel futur instrument (par ex. la nationalité, les aliments, la responsabilité parentale).

En ce qui concerne la filiation consignée dans des actes publics, le Groupe s'est principalement concentré sur les actes de naissance. Il a été reconnu que, bien que dans la grande majorité des situations, les individus ne disposent que d'un acte de naissance et qu'une décision judiciaire ne soit pas nécessaire pour prouver leur filiation, la plupart des États n'accordent à ces documents que la force probante et ne sont pas constitutifs de la filiation. Le Groupe a examiné trois méthodes :

- la reconnaissance de plein droit des actes de naissance, ce qui n'est possible que lorsque ces documents sont constitutifs d'une filiation. Il a été noté que ces actes de naissance devraient donc être spécifiquement identifiés comme tels, au moyen d'un Profil d'État, d'un acte de naissance international ou d'un certificat international de filiation ;

- l'acceptation des actes de naissance étrangers comme preuve réfragable de filiation, ce qui ne serait pas très différent de la pratique en vigueur ;
- la détermination de règles uniformes concernant la loi applicable pour déterminer la filiation de l'enfant, ce qui ne nécessiterait pas l'utilisation d'actes publics.

Toutefois, à ce stade, aucun accord n'a pu être dégagé sur la méthode qui semble la plus réalisable.

En ce qui concerne la filiation dans le contexte des conventions de maternité de substitution à caractère international, le Groupe n'est pas parvenu à une conclusion définitive quant à savoir si les règles générales de droit international privé en matière de filiation devraient s'appliquer au contexte particulier des conventions de maternité de substitution à caractère international ou si des règles et garanties supplémentaires devraient être suivies. Si une méthode différenciée était jugée plus appropriée, le Groupe a examiné la possibilité d'un protocole facultatif spécifique aux conventions de maternité de substitution à caractère international, ou d'un mécanisme d'acceptation ou de refus, afin que les conventions de maternité de substitution à caractère international ne s'appliquent que dans les États qui ont consenti à leur application. Le Groupe est convenu que le champ d'application d'un instrument général devrait d'abord être défini avant que l'on puisse décider quelle option serait la plus appropriée dans le contexte particulier des conventions de maternité de substitution à caractère international. En ce qui concerne les situations concernant des techniques de procréation assistée, qu'elles impliquent ou non un donneur tiers, le Groupe a estimé qu'à ce stade, une méthode différenciée n'était pas nécessaire.

À la suite de la troisième réunion, le Conseil est convenu en mars 2018 que le Groupe d'experts devrait convoquer deux autres réunions. La quatrième réunion (en septembre 2018) devrait se concentrer sur les règles générales de droit international privé en matière de filiation, à savoir : a) approfondir la discussion sur des règles uniformes concernant la loi applicable en matière de filiation ; b) analyser davantage la possibilité de reconnaître ou d'accepter les actes publics étrangers qui consignent la filiation ; et c) perfectionner les dispositions éventuelles sur la reconnaissance des décisions judiciaires étrangères. La cinquième réunion (en janvier 2019) devrait se concentrer spécifiquement sur les conventions de maternité de substitution à caractère international et examiner à la fois la possibilité d'appliquer aux conventions de maternité de substitution à caractère international des règles générales de droit international privé en matière de filiation qui seront examinées lors de la quatrième réunion et la possible nécessité de règles et de garanties supplémentaires pour les situations concernant les conventions de maternité de substitution à caractère international.

2. Nouvelle brochure – 25 ans de protection des enfants dans le cadre de l'adoption internationale

Le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé (ci-après, la « Conférence de La Haye ») célèbre le 25^e anniversaire de la *Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale* (ci-après, la « Convention de La Haye de 1993 ») en 2018 et a récemment publié une brochure pour commémorer cet anniversaire.

La Convention de La Haye de 1993 a été conclue le 29 mai 1993 ; ce jour-là, le Brésil, le Costa Rica, le Mexique et la Roumanie l'ont signée. La Convention est entrée en vigueur le premier mai 1995 ; les trois premiers États contractants étaient le Mexique, la Roumanie et le Sri Lanka. Depuis lors et jusqu'à ce 25^e anniversaire, 98 États sont devenus Parties à la Convention ; trois États supplémentaires l'ont signée mais ne l'ont pas encore ratifiée.

La Convention de La Haye de 1993 est l'un des plus importants instruments internationaux en vigueur pour la protection des intérêts des enfants en matière d'adoption internationale. La Convention donne effet aux garanties établies par la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant de 1989*, en particulier ses articles 3 et 21, et les renforce. Elle établit des normes minimales à garantir et exige qu'une procédure spécifique d'adoption soit suivie tant par l'État d'origine que par les États d'accueil, ce qui permet la reconnaissance automatique de l'adoption internationale entre tous les États contractants.

Vingt-cinq ans après sa conclusion, la Convention s'est imposée comme la référence internationale, offrant un système d'adoption internationale ordonné, réglementé et supervisé par l'État. Elle a favorisé une nouvelle répartition des responsabilités et la clarification des rôles de chaque acteur de la procédure d'adoption, un système de coopération entre les États et au sein des États, et une procédure d'adoption plus sûre, plus claire, plus éthique, plus transparente et plus fluide. Toutes ces caractéristiques ont contribué à réduire l'incidence des pratiques illicites en matière d'adoption internationale.

La brochure présente les principes fondamentaux de la Convention de La Haye de 1993 sous une forme facilement accessible, analyse les principales réalisations de ses 25 ans d'histoire, identifie les défis restant à relever et décrit les différentes missions de la Conférence de La Haye afin d'aider les États à mettre en œuvre cette Convention. Enfin, la brochure comprend les principaux outils qui ont été développés au fil des ans par la Conférence de La Haye et le Service social international pour aider à la

mise en œuvre de la Convention. Ces outils sont destinés à tous les acteurs impliqués dans les adoptions internationales, y compris les adoptés et leurs familles. La brochure est disponible sur le site web de la Conférence de La Haye à l'adresse suivante : < www.hcch.net > sous la rubrique « Adoption ».



Actualités du Réseau international de juges de La Haye

Hommage à l'Honorable juge Robyn M. Diamond (1952-2018)



La Conférence de La Haye de droit international privé et plus particulièrement la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* ont occupé une place privilégiée dans le cœur et la vie de Madame la juge Robyn Moglove Diamond. Elle a été la première Autorité centrale désignée en vertu de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 pour la province du Manitoba qui, en partie grâce à ses efforts, fut l'une des quatre premières provinces où la Convention est entrée en vigueur au Canada en 1983. Ayant joué un rôle de premier plan dans les travaux relatifs à la Convention au Canada, Madame la juge Diamond s'est d'abord présentée à la Conférence de La Haye pour une réunion des États contractants à la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 en mars 2001. Elle a été nommée à la Division de la famille de la Cour du Banc de la

Reine du Manitoba en 1989 et au Réseau international de juges de La Haye en septembre 2006. À ce titre, Madame la juge Diamond a joué un rôle prépondérant dans le développement et la promotion des communications judiciaires directes tant au niveau interprovincial au Canada qu'au niveau international. Elle a joué un rôle déterminant dans l'élaboration des Pratiques recommandées au Canada pour les communications judiciaires entre tribunaux et dans l'établissement d'un réseau provincial / territorial canadien de juges spécialisés en matière d'enlèvement d'enfants et de communications judiciaires. Entre 2008 et 2010, Madame la juge Diamond a fait partie du Groupe d'experts qui a élaboré les nouvelles Lignes directrices de La Haye concernant le développement du Réseau international de juges de La Haye et les Principes généraux relatifs aux communications judiciaires, y compris les garanties communément acceptées pour les communications judiciaires directes dans des situations particulières. Elle a participé au Processus de Malte en 2006 et 2009 et a contribué à plusieurs reprises à la Lettre des juges de la Conférence de La Haye sur la protection internationale de l'enfant et à des conférences juridiques et judiciaires canadiennes et internationales. Madame la juge Diamond a pris sa retraite en septembre 2017 après 28 ans de service à la magistrature et est malheureusement décédée le 29 mai 2018 après une lutte courageuse contre le cancer. Elle manquera beaucoup à tous ses amis du monde entier ainsi qu'aux membres actuels et passés du Réseau international de juges de La Haye et des Autorités centrales désignées en vertu de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980.

Membres du RIJH

Depuis la dernière publication de La Lettre des juges en avril 2018, le RIJH a connu de nouveaux changements.

Nous tenons tout d'abord à exprimer notre profonde gratitude aux juges suivants qui ont quitté le RIJH. Leur savoir et leurs contributions significatives ont marqué le RIJH. Nous leur souhaitons tous nos vœux de réussite dans leurs projets actuels et à venir.

JAPON

M. Yoshiaki ISHII, juge (17/04/2018)

SINGAPOUR

Mme FOO Tuat Yien, Commissaire judiciaire (24/05/2018)

SLOVÉNIE

Mme Tadeja JELOVSEK, juge (03/05/2018)

Enfin, nous sommes ravis de vous informer que nous avons reçu les désignations suivantes depuis avril 2018. Nous attendons avec impatience le futur développement du RIJH grâce aux connaissances et à l'expérience unique de ces nouveaux membres en matière de protection internationale de l'enfant.

JAMAÏQUE

L'Honorable juge Lorna SHELLY-WILLIAMS (12/06/2018)

JAPON

Mme Kousuke UDAGAWA, juge (17/04/2018)

SINGAPOUR

M. TAN Puay Boon, Commissaire judiciaire (24/5/2018)