

La Lettre des juges

sur la protection internationale de l'enfant

Dossier spécial

Mesures urgentes de protection

Publication de la HCCH

www.hcch.net

Avant-propos

Mesures urgentes de protection

La Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (ci-après, la « Convention Protection des enfants de 1996 »), contrairement à la Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (ci-après, la « Convention Enlèvement d'enfants de 1980 »), ne s'appuie pas sur une base de données dédiée à la jurisprudence telle que INCADAT. Il est donc difficile d'effectuer des recherches et de trouver des affaires provenant d'autres juridictions, ou des résumés de ces affaires, et d'analyser juridiquement l'application de la Convention Protection des enfants de 1996.

Compte tenu de cette lacune, il a été décidé de consacrer le dossier spécial du tome XXIV de La Lettre des juges à la jurisprudence phare rendue en application de la Convention Protection des enfants de 1996, afin de mieux faire connaître ses nombreux avantages, notamment en ce qui concerne son rapport avec la Convention Enlèvement d'enfants de 1980.

Un article de la Convention Protection des enfants de 1996, l'article 11, est particulièrement pertinent pour l'application de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, car il fournit un chef de compétence aux autorités de l'État où l'enfant est présent pour prendre des mesures urgentes de protection. L'article 11 de la Convention Protection des enfants de 1996 prévoit :

« 1. Dans tous les cas d'urgence, les autorités de chaque État contractant sur le territoire duquel se trouve l'enfant ou des biens lui appartenant sont compétentes pour prendre les mesures de protection nécessaires.

2. Les mesures prises en application du paragraphe précédent à l'égard d'un enfant ayant sa résidence habituelle dans un État contractant cessent d'avoir effet dès que les autorités compétentes en vertu des articles 5 à 10 ont pris les mesures exigées par la situation.

3. Les mesures prises en application du paragraphe premier à l'égard d'un enfant ayant sa résidence habituelle dans un État non contractant cessent d'avoir effet dans chaque État contractant dès qu'y sont reconnues les mesures exigées par la situation, prises par les autorités d'un autre État. »

La Convention Protection des enfants de 1996 ne définit pas la notion d'urgence. Le Rapport explicatif, établi par le Professeur Paul Lagarde, fournit des indications sur ce point en indiquant que l'« l'In peut dire qu'on est en présence d'une situation d'urgence au sens de l'article 11, lorsque la situation, s'il n'y était porté remède que par la voie normale prévue aux articles 5 à 10, serait susceptible d'entraîner un préjudice irréparable à l'enfant. ». À cet égard, le Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention Protection des enfants de 1996 (ci-après, le « Manuel pratique ») propose une approche pragmatique afin de déterminer ce qui constitue une situation d'urgence : « Il peut donc être utile que les autorités examinent si l'enfant risque de subir un préjudice irréparable, ou si sa protection ou ses intérêts risquent d'être menacés en l'absence de mesures tendant à le protéger au cours d'une période susceptible d'expirer avant que les autorités investies de la compétence selon les articles 5 à 10 puissent prendre les mesures de protection nécessaires. Il convient de noter que c'est la situation d'« urgence » qui justifie la dérogation aux règles générales de compétence prévues par la Convention (art. 5 à 10). C'est dans ce contexte qu'il a été déclaré que la notion d'« urgence » devait être interprétée « assez strictement ».

Le Manuel pratique fournit des exemples d'affaires comportant une telle situation d'« urgence » :

1. l'enfant se trouve hors de l'État de sa résidence habituelle et un traitement médical est nécessaire pour lui sauver la vie (ou pour empêcher qu'il ne subisse un préjudice irréparable ou que ses intérêts ne soient menacés), mais le consentement des parents ne peut être obtenu en vue du traitement ;

2. l'enfant entretient un contact avec un parent qui ne vit pas avec lui, hors de son État de résidence habituelle, et allègue de violences physiques ou d'abus sexuels à l'encontre du parent, imposant que le contact soit suspendu immédiatement et / ou qu'une solution de prise en charge alternative soit trouvée pour l'enfant ;

3. des biens périssables appartenant à l'enfant doivent être vendus rapidement ; ou

4. un enfant a été déplacé ou retenu illicitement et, dans le cadre d'une procédure fondée sur la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants, des mesures doivent être mises en place d'urgence pour garantir le retour sans danger de l'enfant dans l'État

contractant de sa résidence habituelle.

Sur ce dernier point, la Première Partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions Enlèvement d'enfants de 1980 et Protection des enfants de 1996, qui s'est tenue du premier au 10 juin 2011, a adopté les Conclusions et Recommandations suivantes :

« 41. Il est noté que la Convention de 1996 fournit une base de compétence, en cas d'urgence, pour prendre des mesures de protection à l'égard d'un enfant, également dans le contexte de la procédure de retour en vertu de la Convention de 1980. Ces mesures sont reconnues et peuvent être déclarées exécutoires ou enregistrées aux fins d'exécution dans l'État vers lequel l'enfant est retourné, à condition que les deux États concernés soient Parties à la Convention de 1996. »

Il est intéressant de noter que les rédacteurs de la Convention Protection des enfants de 1996 n'ont pas précisé quelles mesures de protection particulières « nécessaires » pourraient être prises en vertu de l'article 11 sur la base de la notion d' « urgence ». Ni le Rapport explicatif, ni la Conclusion et Recommandation No 41 ne fournissent d'informations complémentaires à cet égard. Le Rapport explicatif indique simplement que l'urgence doit dicter dans chaque affaire les mesures « nécessaires ». Le Manuel pratique explique qu' « il incombera donc aux autorités judiciaires ou administratives de chaque État contractant de déterminer, sur la base des faits de chaque affaire, quelles sont les mesures (entrant dans le champ d'application de la Convention) « nécessaires » pour apporter une réponse à la situation d'urgence en question ».

La durée des mesures de protection prises en vertu de l'article 11 est régie par ledit article. Dans le cas d'un enfant ayant sa résidence habituelle dans un État contractant, les mesures de protection cessent d'avoir effet dès que les autorités compétentes en vertu des articles 5 à 10 ont pris les mesures exigées par la situation. Dans le cas d'un enfant qui a sa résidence habituelle dans un État non contractant, les mesures de protection cessent d'avoir effet dans chaque État contractant dès qu'y sont reconnues les mesures exigées par la situation, prises par les autorités d'un autre État (y compris un État non contractant). Il est important de noter que l'article 11 s'applique que la résidence habituelle de l'enfant se trouve dans un État contractant ou dans un État non contractant.

Cette édition de La Lettre des juges vise à attirer l'attention des juges, des avocats et des décideurs politiques, sur l'existence d'outils permettant la mise en œuvre des mesures de protection qui ne font peut-être pas encore partie de leur « boîte à outils ». Il faut espérer que les contributions écrites contenues dans ce tome encourageront les États qui ne sont pas encore Parties à cette très importante Convention à envisager une adhésion

dans un avenir proche. Pour les acteurs impliqués dans des affaires d'enlèvement d'enfants dans des États déjà Parties à la Convention Protection des enfants de 1996, les contributions écrites pourraient, espérons-le, porter à leur attention certaines applications novatrices de la Convention.

En ce qui concerne le dossier spécial de ce numéro, les lecteurs trouveront un commentaire du juge Alistair MacDonald, membre du Réseau international de juges de La Haye (RIJH) pour l'Angleterre et le pays de Galles, sur la jurisprudence de la Cour suprême du Royaume-Uni concernant l'article 11. Ils pourront en outre retrouver des notes de jurisprudence sur trois décisions importantes du Tribunal de la famille d'Australie préparées par le Cabinet de l'honorable juge William Alstergren, membre du RIJH pour l'Australie. La juge Victoria Bennett, également membre du RIJH pour l'Australie, donnera dans sa contribution un aperçu pratique du fonctionnement de l'article 11 d'un point de vue australien. La juge María Lilián Bendahan Silvera, membre du RIJH pour l'Uruguay, donnera quant à elle son point de vue sur le fonctionnement de l'article 11 dans le contexte d'une affaire d'enlèvement d'enfant depuis la perspective d'un juge de l'Uruguay.

Enfin, au sujet de l'article 11, la juge Myriam De Hemptinne, membre du RIJH pour la Belgique, détachée à temps partiel au Bureau Permanent (BP) de la HCCH, présentera un résumé et un commentaire d'une décision intéressante de la Haute cour d'Irlande. La décision porte sur une demande de retour entre l'Irlande et le Pakistan à une époque où la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 ne s'appliquait pas entre l'Irlande et le Pakistan, et où le Pakistan ne figurait pas en tant qu'État contractant à la Convention Protection des enfants de 1996.

Vous trouverez également dans ce tome de La Lettre des juges un article de la juge Judith van Ravenstein, membre du RIJH pour les Pays-Bas, qui donne un aperçu des activités du Bureau néerlandais du juge de liaison - Protection internationale des enfants en 2018. Le juge António José Fialho, membre du RIJH pour le Portugal, nous propose un retour sur les dernières réformes pour mettre en œuvre la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 au Portugal, et la juge Graciela Tagle de Ferreyra, membre du RIJH pour l'Argentine, informe les lecteurs sur une formation remarquable qui a eu lieu en Argentine de tous les acteurs nationaux impliqués dans des affaires d'enlèvement d'enfants. La formation, organisée par le Conseil fédéral des cours de justice des provinces et de la ville autonome de Buenos Aires, s'est déroulée en ligne et sur place un après-midi par semaine pendant deux mois. 25 heures de formation ont été dispensés à plus de 900 participants venus des 22 provinces d'Argentine. Enfin, la juge Judith L. Kreeger, ancienne membre du RIJH pour les États-Unis d'Amérique, nous informe dans son article des mesures prises dans l'état de Floride pour concentrer la

compétence en matière d'enlèvement d'enfants. Espérons que d'autres États, comme la Californie, New York et le Texas, suivront bientôt cette tendance.

Nous espérons que vous aurez autant de plaisir à lire ce tome de La Lettre des juges que nous en avons eu en le préparant, et qu'il sera source de discussions et d'initiatives au sein de vos États et territoires respectifs.

Philippe Lortie
Premier secrétaire,
co-rédacteur

Frédéric Breger
Collaborateur juridique,
co-rédacteur

Table des matières

Dossier spécial

Mesures urgentes de protection

- 1 Le recours à l'article 11 de la Convention Protection des enfants de 1996 au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord,
L'honorable juge MacDonald 7
- 2 Affaires récentes en Australie concernant le fonctionnement de l'article 11 de la Convention Protection des enfants de 1996,
Du cabinet de l'honorable juge William Alstergren, Juge en chef du tribunal de la famille d'Australie et Juge en chef de la cour d'appel fédérale d'Australie entraide judiciaire triangulaire 10
- 3 Le besoin d'une gestion judiciaire solide pour l'utilisation efficace de l'article 11 de la Convention Protection des enfants de 1996 dans les demandes de retour au titre de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980,
L'honorable juge Victoria Bennett AO, Tribunal de la famille d'Australie et membre du Réseau international de juges de La Haye 14
- 4 Une affaire entre l'Irlande et le Pakistan, MQ/KJ, [2017] IEHC 342,
Myriam de Hemptinne, Conseiller à la cour d'appel de Bruxelles, juge belge, membre du RIJH 19
- 5 Contribution au retour sans danger de l'enfant dans les affaires de déplacement illicite,
Dr Maria Lilian Bendahan, Juge de la cour d'appel en matière familiale, Montevideo (Uruguay) 24

Actualités du réseau International de Juges de la Haye (RIJH)

- 1 Contribution à un régime procédural pour les affaires de retour au Portugal en vertu de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980,
António José Fialho - Juge, membre portugais du RIJH 28
- 2 Convention Enlèvement d'enfants de 1980 - Concentration des compétences en Floride,
L'honorable Judith L. Kreeger, Juge au Tribunal du onzième circuit judiciaire de Floride (Miami), ancienne membre du RIJH 33
- 3 Une expérience à partager,
Graciela Tagle de Ferreyra 35
- 4 Le rapport annuel du Bureau du juge de liaison sur la protection internationale de l'enfant (« BLIK »)
Judith van Ravenstein, juge en droit de la famille au tribunal de district de La Haye et présidente du Bureau néerlandais du juge de liaison sur la protection internationale de l'enfant (BLIK) 36

Actualités du Bureau Permanent

- 1 Décès de la juge Irma Rumilda Alfonso de Bogarín 39

1. Le recours à l'article 11 de la Convention Protection des enfants de 1996 au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

Par L'honorable juge MacDonald, Chef adjoint du droit international de la famille pour l'Angleterre et le pays de Galles

Cet article passe en revue la pratique judiciaire en Angleterre et au pays de Galles, dans le cadre de l'article 11 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, la « Convention Protection des enfants de 1996 »), relative aux mesures de protection d'urgence. L'article 11 permet de prendre les « mesures de protection nécessaires » dans « tous les cas d'urgence ».

L'article 11 est conçu comme une règle de compétence. La compétence d'un État contractant en vertu de l'article 11 de la Convention Protection des enfants de 1996, fondée sur l'urgence et la nécessité, est concurrente de la compétence générale prévue aux articles 5 à 10 de la Convention ; elle est subordonnée à cette compétence générale. L'article 13 de la Convention relatif au règlement des conflits de compétence éventuels ne s'applique pas lorsque des mesures de protection ont été prises en vertu de l'article 11.

Comme pour la Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, la Convention Protection des enfants de 1996 ne définit pas l'« urgence ». Cependant, le Manuel pratique de la Convention Protection des enfants de 1996 (ci-après, le « Manuel pratique ») prévoit ce qui suit aux paragraphes 6.2 et 6.4 à cet égard :

« 6.2 La Convention ne donne pas de définition de ce que peuvent être les « cas d'urgence ». Il incombera donc aux autorités judiciaires ou administratives de l'État contractant concerné de déterminer si une situation donnée est une « urgence ». Le Rapport explicatif indique qu'il est possible de parler de situation d'urgence lorsque la situation, si des mesures de protection n'étaient sollicitées que par la voie normale prévue aux articles 5 à 10 (chefs généraux de compétence), peut entraîner un préjudice irréparable à l'enfant, ou si la protection ou les intérêts de l'enfant sont menacés. Il peut donc être utile que les autorités examinent si l'enfant risque de subir un préjudice irréparable, ou si sa protection ou ses intérêts risquent d'être menacés en l'absence de mesures tendant à le protéger au cours d'une période susceptible d'expirer avant que les autorités investies de la compétence selon les articles 5 à 10 puissent prendre les mesures de protection nécessaires.

« 6.4 Des exemples d'affaires comportant une telle situation d'« urgence » pourraient inclure les cas suivants : (1) l'enfant se trouve hors de l'État de sa résidence habituelle et un traitement médical est nécessaire pour lui sauver la vie (ou pour empêcher qu'il subisse un préjudice irréparable ou que ses intérêts soient menacés), mais le consentement des parents ne peut être obtenu en vue du traitement ; (2) l'enfant entretient un contact avec un parent qui ne vit pas avec lui, hors de son État de résidence habituelle, et formule des allégations de violences physiques ou d'abus sexuels à l'encontre du parent, imposant que le contact soit suspendu immédiatement et / ou qu'une solution de prise en charge alternative soit trouvée pour l'enfant ; (3) des biens périssables appartenant à l'enfant doivent être vendus rapidement ; (4) un enfant a été déplacé ou retenu illicitement et, dans le cadre d'une procédure fondée sur la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants, des mesures doivent être mises en place d'urgence pour garantir le retour sans danger de l'enfant dans l'État contractant de sa résidence habituelle. »

Dans ce contexte, il appartiendra aux autorités judiciaires ou administratives de l'État contractant en question de déterminer si une situation particulière est urgente; une approche utile étant de se demander « si l'enfant risque de subir un préjudice irréparable ou si sa protection ou ses intérêts risquent d'être menacés en l'absence de mesures tendant à le protéger au cours d'une période susceptible d'expirer avant que les autorités investies de la compétence selon les articles 5 à 10 puissent prendre les mesures de protection nécessaires. »

En ce qui concerne la question de savoir si une mesure de protection peut être considérée comme nécessaire, le Rapport explicatif rédigé par Paul Lagarde suggère que le concept de nécessité est lié au concept d'« urgence », décrivant les mesures de l'article 11 comme une « notion fonctionnelle, l'ur

Graphique montrant la fluctuation du nombre de demandes de retour fondées sur la Convention de La Haye déposées aux Pays-Bas

« 6.5 Si les pratiques ne sont pas encore figées en matière de définition des « cas d'urgence », dans ces circonstances, c'est manifestement à l'autorité compétente saisie de la demande de retour qu'il incombe de décider, selon les faits de l'affaire, si celle-ci revêt un caractère d'« urgence », lui permettant ainsi d'invoquer l'article 11 pour prendre des mesures de protection afin de garantir le retour sans danger de l'enfant. »

Là encore, selon les circonstances, il appartiendra aux autorités judiciaires ou administratives de chaque État contractant de déterminer, sur la base des faits de l'espèce, y compris le degré d'urgence de l'affaire, quelles

mesures relevant de la Convention sont nécessaires pour faire face à une situation d'urgence.

Un des autres aspects de la protection conférée en cas d'urgence par l'adoption des mesures de protection nécessaires en vertu de l'article 11 est le fait que, conformément au chapitre IV de la Convention Protection des enfants de 1996, les mesures de protection prises en cas d'urgence en vertu de l'article 11 peuvent être reconnues et exécutées. Conformément à l'article 23, ces mesures sont reconnues de plein droit. Par ailleurs, conformément à l'article 23(2)(b) et (c), les motifs de non-reconnaissance d'une décision sont limités en cas d'urgence. Ainsi, en ce qui concerne les affaires dans lesquelles une décision de retour est rendue dans le cadre d'une procédure fondée sur la Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (ci-après, la « Convention Enlèvement d'enfants de 1980 »), comme l'indique le Manuel pratique au paragraphe 13.7 :

« La Convention de 1996 renforce l'efficacité des mesures de protection ordonnées en assurant que les décisions soient reconnues de plein droit dans l'État contractant dans lequel l'enfant doit retourner et qu'elles soient susceptibles d'exécution dans cet État contractant sur demande d'une partie intéressée (jusqu'à ce que les autorités de l'État contractant requérant puissent mettre en place les mesures de protection nécessaires qui s'imposent). »

Dans ce contexte, l'Angleterre et le pays de Galles ont mis en œuvre une législation secondaire afin de tenir compte des dispositions de l'article 11 de la Convention Protection des enfants de 1996 dans le contexte national. Plus précisément, l'article 5 du Règlement de 2010 en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (obligations internationales) (Angleterre et pays de Galles et Irlande du Nord) dispose que lorsqu'une autorité locale en Angleterre et au pays de Galles estime que les conditions énoncées aux alinéas (a) et (b) de l'article 31(2) du Children Act 1989 (seuil pour les ordonnances attribuant la garde et de surveillance de droit public) sont applicables en ce qui concerne un enfant, et que l'article 11 s'applique, une garde provisoire ou une mesure de protection provisoire peut être rendue afin d'accorder une protection temporaire, même si le tribunal anglais ou gallois ne possède aucune juridiction internationale pour prendre une décision définitive en matière de garde et de surveillance.

Les tribunaux anglais et gallois ont examiné l'application de l'article 11 dans un certain nombre de décisions. L'arrêt le plus important reste cependant celui rendu par la Cour suprême du Royaume-Uni dans l'affaire *Re J (A child)* (Convention de La Haye de 1996 : Maroc)[2016] AC 1291, dans lequel la Cour suprême a examiné en détail le fonctionnement de l'article 11 de la Convention Protection des enfants de 1996.

L'affaire est la suivante : un enfant naît en janvier 2007. Ses parents ont la citoyenneté marocaine et britannique. À la naissance de l'enfant, les parents vivent en Angleterre, mais déménagent ensuite en Arabie saoudite dans un premier temps, puis au Maroc. À la suite de la rupture du mariage entre ses parents, l'enfant vit avec sa mère qui a obtenu la garde résidentielle. Le père obtient et exerce un droit de visite. La mère s'installe ensuite en Angleterre. La garde de l'enfant est alors confiée à ses grands-parents maternels mais plus tard, la mère emmène l'enfant en Angleterre. Par la suite, l'enfant vit en Angleterre avec la mère et son nouveau mari. Le contact direct entre le père et l'enfant cesse. Le père saisit alors la Haute cour anglaise d'une demande tendant à ce que l'enfant soit placé sous la garde de l'État, et à ce que soit ordonné son retour immédiat au Maroc. La Haute cour a estimé que l'enfant avait sa résidence habituelle au Maroc au moment de son déplacement, et que le père n'avait pas consenti à son déplacement du Maroc, ce qui est illicite. La Haute cour a ordonné à la mère de faire retourner l'enfant au Maroc. Dès lors, la mère a formé un pourvoi devant la Cour d'appel qui a estimé que les tribunaux anglais n'étaient pas compétents en vertu de la Convention Protection des enfants de 1996. La Cour d'appel a conclu que dans les cas où un enfant a sa résidence habituelle dans un autre État, celle-ci n'est compétente en vertu de la Convention Protection des enfants de 1996 que dans les cas d'urgence conformément à l'article 11 ; ce qui n'est pas le cas en l'espèce car le père aurait pu demander immédiatement une décision de retour devant les juridictions marocaines.

La Cour suprême a accueilli le pourvoi formé contre la décision de la Cour d'appel, estimant que les juridictions anglaises avaient la possibilité d'exercer la compétence prévue à l'article 11 en cas de déplacement illicite en vertu de la Convention Protection des enfants de 1996. Dans son arrêt, la Cour suprême a examiné en détail l'application de l'article 11 dans l'État et territoire de l'Angleterre et du pays de Galles.

La Cour suprême a décrit l'article 11 comme fournissant « une compétence supplémentaire dans des circonstances limitées ». Dans ce contexte, la Cour suprême a comparé l'article 11 avec l'article 20 du Règlement Bruxelles II bis comme suit :

« Il y a plusieurs choses à relever au sujet de cette disposition. Premièrement, elle présente une ressemblance frappante avec l'article 20 du Règlement (CE) No 2201/2003 du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, autrement dit le Règlement Bruxelles II bis (ci-après, le « Règlement »). Toutefois, l'article 20 permet simplement à un État membre de « prendre des mesures provisoires ou conservatoires relatives aux personnes ou aux biens présents dans cet État, y compris des mesures de protection prévues par la loi de cet État membre », même

si, en vertu du Règlement, la juridiction d'un autre État membre est compétente. L'article 11, en revanche, confère une compétence supplémentaire à l'État où se trouve l'enfant ou les biens. Une décision rendue en vertu de l'article 20 n'est pas exécutoire dans un autre État membre : arrêt *Purrucker c. Valles Perez* (No 1) (Affaire C-256/09) [2011] Fam 254. A contrario, une décision rendue en vertu de l'article 11 est exécutoire dans les autres États contractants conformément au chapitre IV de la Convention Protection des enfants de 1996. La décision peut donc avoir un effet extraterritorial, mais celle-ci cessera d'avoir effet conformément à l'article 11(2) dès lors que les autorités de l'État de première instance ont pris les mesures exigées par la situation. » [Traduction du Bureau Permanent]

De la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Re J.*, il ressort que la Cour a formulé les observations principales suivantes en ce qui concerne le fonctionnement de l'article 11 :

(a) L'article 11 s'applique lorsqu'il y a (i) un cas d'« urgence », (ii) l'enfant ou ses biens sont présents dans l'État et territoire et (iii) des mesures de protection sont nécessaires. Dans ce contexte, l'article 11 exige une approche holistique. Il peut être utile que le tribunal se pose trois questions. L'enfant se trouve-t-il sur le territoire de l'État ? Des mesures de protection sont-elles nécessaires ? Sont-elles urgentes ? Cela ne veut pas dire que ces questions doivent toujours être posées dans cet ordre. L'article doit s'appliquer conformément à ses dispositions.

(b) Le concept de « mesures de protection » va beaucoup plus loin que les mesures de droit public de protection des enfants auxquelles un avocat anglais pourrait penser faire référence (bien que celles-ci soient également incluses).

(c) L'article 11 confère compétence à l'État dans lequel l'enfant se trouve dans toutes les situations auxquelles ses dispositions s'appliquent. Il ne se limite pas aux cas de déplacement ou de non-retour illicites. Un enfant peut avoir sa résidence habituelle dans un État, mais se trouver dans un autre État dans toute une série de situations qui n'impliquent pas un déplacement ou un non-retour illicite. Il est impossible que les tribunaux de l'État dans lequel l'enfant se trouve se voient interdire de prendre des mesures en vertu de l'article 11 au motif qu'il n'a pas été démontré qu'il était impossible pour les tribunaux de l'État d'origine de le faire.

(d) Une décision rendue en vertu de l'article 11 peut avoir un effet extraterritorial et s'étendre à la protection des enfants qui sont légalement présents dans un autre État. En tant que tel, cela peut permettre d'assurer un « atterrissage en douceur » précieux pour les enfants dont le retour dans leur État d'origine est ordonné en vertu de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980.

(e) Si les tribunaux de l'État d'origine interviennent, les mesures qu'ils prennent « l'emportent » sur celles prises dans l'État sur le territoire duquel se trouve l'enfant. Mais si aucune mesure n'est prise, les mesures prises dans l'État dans lequel se trouve l'enfant continueront de s'appliquer dans tout l'espace de la Convention.

(f) L'article 11 ne devrait cependant pas être utilisé pour empiéter sur des questions qui sont mieux traitées par les autorités de l'État d'origine. Il s'agit d'une compétence secondaire et non d'une compétence principale. Dans ces circonstances, la compétence n'est pas entièrement « générale ».

Dans ce contexte, la Cour suprême, dans l'affaire *Re J.*, tout en notant qu'« il serait regrettable que les termes du Rapport explicatif soient traités comme s'il s'agissait de termes de la Convention elle-même » [traduction du Bureau Permanent], a observé ce qui suit au sujet des situations dans lesquelles l'article 11 est susceptible de s'appliquer :

« [37] Le Manuel pratique suggère qu'« il peut donc être utile que les autorités examinent si l'enfant risque de subir un préjudice irréparable, ou si sa protection ou ses intérêts risquent d'être menacés en l'absence de mesures tendant à le protéger au cours d'une période susceptible d'expirer avant que les autorités investies de la compétence selon les articles 5 à 10 puissent prendre les mesures de protection nécessaires » (para. 6.2). Les exemples donnés incluent les cas suivants : (1) les traitements médicaux destinés à sauver la vie de l'enfant ou à empêcher que l'enfant subisse un préjudice irréparable ou que ses intérêts ne soient menacés ; (2) la vente rapide de biens périssables ; mais aussi (3) l'enfant entretient un contact avec un parent ne vivant pas avec lui, hors de son État de résidence, et formule des allégations de violences à l'encontre du parent, imposant que le contact soit suspendu immédiatement et qu'une solution de prise en charge alternative soit trouvée ; (4) l'enfant a été déplacé ou retenu illicitement et, dans le cadre de la procédure fondée sur la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, des mesures doivent être mises en place pour garantir le retour sans danger de l'enfant (para. 6.4). » [Traduction du Bureau Permanent]

En ce qui concerne le domaine de l'enlèvement d'enfants, dans l'affaire *Re J.*, la Cour suprême a en outre observé que si une affaire d'enlèvement régie uniquement par la Convention Protection des enfants de 1996 n'est pas toujours une affaire d'« urgence », il est difficile d'envisager une affaire dans laquelle le tribunal ne devrait pas la considérer comme telle et d'examiner ensuite s'il est approprié d'exercer la compétence prévue à l'article 11. En ce qui concerne les questions relatives à l'enlèvement d'enfants en vertu de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, il convient de noter à cet égard que le Manuel pratique, dans une note de bas de page au paragraphe 6.4, précise ce qui suit :

« S'agissant de l'exemple (4), lors de la Commission spéciale de 2011 (Première partie), il a été suggéré que si les mesures qui facilitent le retour sans danger d'un enfant dans le contexte d'une demande de retour fondée sur la Convention de 1980 sont très utiles, elles ne suggèrent pas toujours l'existence d'un « cas d'urgence » (faisant que la compétence pour prendre ces mesures peut être fondée sur l'art. 11). Cela serait notamment le cas à la lumière de l'interprétation stricte de l' « urgence » à laquelle le Rapport explicatif appelle. Par contre, il a été souligné que le recours à l'art. 11 dans de telles circonstances constituait un apport important aux « outils » dont disposent les autorités pour garantir le « retour sans danger » d'un enfant après son déplacement ou non-retour illicites. Il a en outre été suggéré qu'une affaire nécessitant que des mesures soient prises pour garantir le retour sans danger d'un enfant dans l'État de sa résidence habituelle constituerait généralement un « cas d'urgence », faisant que l'art. 11 pouvait être invoqué. Dans les Conclusions et Recommandations de la Commission spéciale de 2011 (Première partie) (disponibles à l'adresse, chemin indiqué supra), il est indiqué (au para. 41) : « [L]a Convention de 1996 fournit une base de compétence, en cas d'urgence, pour prendre des mesures de protection à l'égard d'un enfant, également dans le contexte de la procédure de retour en vertu de la Convention de 1980. Ces mesures sont reconnues et peuvent être déclarées exécutoires ou enregistrées aux fins d'exécution dans l'État vers lequel l'enfant est retourné à condition que les deux États concernés soient Parties à la Convention de 1996. »

2. Affaires récentes en Australie concernant le fonctionnement de l'article 11 de la Convention Protection des enfants de 1996

*Du cabinet de l'honorable juge William Alstergren,
Juge en chef du tribunal de la famille d'Australie et Juge en chef de la cour d'appel fédérale d'Australie*

Au moins trois affaires récentes ont été portées devant le tribunal de la famille d'Australie en ce qui concerne le fonctionnement de l'article 11 de la Convention de la HCCH du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (ci-après, la « Convention Protection des enfants de 1996 »). La première affaire concerne des enfants australiens qui avaient été placés sous la garde des services sociaux allemands du fait qu'ils avaient été retenus illicitement par la mère en Allemagne. Dans la deuxième affaire, les juges ont dû faire face à une situation dans laquelle un État contractant n'avait pas établi de procédure « simple et rapide » pour rendre les mesures conservatoires exécutoires entre États. La troisième affaire met en évidence les mesures relatives à la garde d'un enfant faisant l'objet d'un retour, entre le moment où ce dernier est retourné dans son État de résidence habituelle, et celui où les autorités compétentes de cet État ont été saisies de l'affaire et ont pris les mesures exigées par la situation.

a) En novembre 2018, le juge Berman a rendu une décision dans l'affaire Ryland & Ryland. Dans cette affaire, les deux parents étaient citoyens allemands de naissance, et possédaient la double nationalité australienne. Les parents se sont séparés en avril 2016 après une relation de 26 ans. Cinq enfants étaient issus de leur mariage, dont deux faisaient l'objet d'une procédure fondée sur la Convention de La Haye. Les trois autres enfants résidaient avec le père.

La procédure a commencé en 2016 et lors de l'audience finale en septembre 2018, le père a entre autres demandé que les deux plus jeunes enfants, Rosalind qui avait 12 ans et Margaret qui en avait 15, résident avec lui en Australie. La mère n'a pas participé à l'audience.

La mère avait emmené Rosalind et Margaret en Allemagne pour des vacances avec le consentement du père, étant entendu qu'elles retourneraient en Australie-Méridionale le 13 janvier 2017 pour recommencer à passer du temps avec leur père. Cependant, le père a reçu un rapport d'un psychologue en Allemagne qui, après s'être entretenu avec les filles, a rapporté que ces dernières avaient peur de lui et que la mère ne retournerait pas en Australie comme cela était prévu.

Le père a entamé une procédure en vue du retour des enfants en vertu de la Convention de la HCCH du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (ci-après, la « Convention Enlèvement d'enfants de 1980 »). Le 4 septembre 2017, le tribunal d'instance de Cologne a ordonné le retour de Margaret et Rosalind en Australie. La mère a interjeté appel sans succès et le 19 octobre 2017, la cour régionale supérieure de Cologne a ordonné le retour des enfants en Australie pour le 3 novembre 2017.

Le 17 novembre 2017, Margaret a été admise à l'hôpital universitaire de Cologne en raison de « stress émotionnel élevé... symptômes d'anxiété avec tendances dépressives, insomnie, manque d'appétit, douleurs abdominales récurrentes, impulsions d'auto-mutilation et pensées suicidaires ». Il semble que le litige en cours et l'incertitude qui découlait de ce litige concernant le retour de Margaret et de sa sœur en Australie ont été un catalyseur de la détresse psychologique de Margaret. En raison de la détérioration de la santé mentale de Margaret, la décision de retour a été suspendue le 7 décembre 2017.

Les services sociaux internationaux de l'Association allemande pour la protection sociale publique et privée de Berlin se sont demandé si des logements provisoires pour Margaret et Rosalind seraient disponibles en Australie, sans qu'elles ne soient sous la responsabilité du père. Apparemment, le Département de la protection de l'enfance de l'Australie-Méridionale a informé les autorités allemandes du fait qu'il n'était pas possible de placer les enfants dans un établissement fermé, mais au contraire, qu'il était possible de les placer sous la responsabilité du père.

La situation suivante est emblématique du stress généré par les déplacements successifs et rapprochés que subissent les enfants enlevés : le 12 janvier 2017, à l'insu du père, la mère et les filles avaient pris l'avion pour l'Australie et y étaient restées environ trois jours avant de rentrer en Allemagne. La mère a ensuite présenté sa carte d'embarquement et celles des enfants pour appuyer son affirmation selon laquelle elle s'était conformée aux modalités de retour des enfants le 13 janvier 2017.

Le 10 janvier 2018, la Chambre de la famille du tribunal régional supérieur de Cologne a suspendu temporairement l'exécution de la décision de retour conformément à l'article 11 de la Convention Protection des enfants de 1996, déclarant qu'il était nécessaire de faire ainsi pour protéger Margaret.

Le 20 mars 2018, le père a reçu, par l'intermédiaire de l'avocat allemand de la mère, une demande de consentement pour que Margaret subisse une importante opération des organes génitaux en Allemagne. Le père n'a pas été informé de la raison pour laquelle l'opération était nécessaire. Il a demandé un complément d'information, mais aucune autre information ne lui a été fournie.

Le 10 avril 2018, Margaret et Rosalind ont été retirées de la garde de la mère, et ont été placées dans un établissement fermé par les services sociaux allemands. Les services sociaux allemands ont déclaré que la mère souffrait peut-être du syndrome de Münchhausen par procuration. Le 13 avril 2018, le tribunal de première instance (le tribunal des affaires familiales de Cologne) a estimé que Margaret et Rosalind risquaient de subir un préjudice physique et psychologique sous la garde de la mère. Il existait des preuves selon lesquelles la mère avait demandé que Margaret subisse l'intervention chirurgicale pour obtenir la preuve que le père l'avait agressée sexuellement.

Le tribunal a reçu la preuve médicale selon laquelle Margaret avait les grandes lèvres élargies mais que toute intervention chirurgicale était prématurée. Le juge Berman s'est référé aux conclusions du juge aux affaires familiales de Cologne, qui s'inquiétait notamment du fait que la mère semblait être obsédée par le fait que Margaret avait été victime d'abus sexuels de la part du père, fait sur lequel la mère s'appuyait pour justifier le fait qu'elle gardait les enfants en Allemagne, ainsi que sa résistance aux efforts du père pour établir un contact quelconque avec les enfants. Le juge Berman a constaté que « le tribunal de Cologne a jugé que la mère avait porté atteinte, peut-être irrémédiablement, à la relation entre les enfants et le père, et que cette relation était susceptible de se détériorer à moins que les enfants ne soient soustraits à l'influence néfaste de la mère ».

Devant le juge Berman, le père s'est appuyé sur un rapport en date du 16 mai 2018 qui avait été préparé par l'Office d'aide à l'enfance, à la jeunesse et à la famille du tribunal de proximité de Cologne et qui indiquait la situation des enfants un mois après leur placement en établissement fermé. Il a été indiqué que Margaret et Rosalind se sont rapidement adaptées à l'environnement de groupe et à cet hébergement. Elles n'étaient pas mécontentes d'avoir été séparées de leur mère, cependant, après chaque communication avec la mère, le comportement de Margaret régressait et elle devenait triste et déprimée.

Un examen médical indépendant de Margaret a eu lieu le 2 mai 2018, et l'expert a conclu que Margaret n'avait pas besoin d'être opérée. Il a également été rapporté que les jeunes filles ne semblaient pas bien comprendre pourquoi elles avaient été retirées à la mère, et qu'elles étaient apparemment perplexes quant à la raison pour laquelle leur père voulait entretenir un contact avec elles. Margaret était particulièrement réticente à toute relation avec le père. Cela a été rapporté : « Margaret a essayé de toutes ses forces de convaincre le signataire qu'elle serait déprimée, malade et aurait besoin d'antidépresseurs ». Les enfants ont clairement fait savoir qu'ils ne souhaitaient pas retourner en Australie et, malgré tous les efforts déployés par ceux qui les aidaient, il a été rapporté que les enfants ne manifestaient aucune volonté de reprendre contact avec le père. Le rédacteur du rapport a conclu :

« [...] Margaret et Rosalind ont déjà été largement abusées par [leur] mère en Australie dans le cadre du litige concernant la garde et souffrent par conséquent d'une forme extrême de conflit de loyauté.

Ceci est accentué par le fait que [la mère] a activement impliqué ses filles dans le litige concernant la garde depuis leur arrivée en Allemagne, en leur faisant porter ce fardeau, et en exigeant d'elles qu'elles assument la responsabilité de leur mère, ce qui a conduit à un conflit d'autonomie massif entre les deux filles. »

Le juge Berman a refusé de rendre une quelconque décision à l'égard de Margaret et Rosalind. Il a évoqué la compétence de l'article 11 qui, selon lui, avait été exercée dans des circonstances où un préjudice irréparable pourrait être causé à une enfant ou dans lesquelles ses intérêts pourraient être compromis. Le juge Berman a évoqué les mesures urgentes de cette affaire de manière générale et spécifique, et a estimé que les services sociaux allemands avaient pris des mesures urgentes qui « semblaient raisonnables dans la mesure où l'enfant éprouvait une détresse psychologique extrême accompagnée d'une crainte réelle d'automutilation et d'idées suicidaires ». Quand bien même le juge a estimé que les mesures urgentes de protection prises en Allemagne étaient « de nature temporaire », il ne les a pas modifiées.

Le juge l'a bien compris :

83. Bien qu'il soit admis que l'Australie n'est pas un for inapproprié, dans les cas où les enfants résident dans un État étranger, la preuve nécessaire pour déterminer ce qui est dans l'intérêt supérieur des enfants n'est disponible que dans cet État, et le système judiciaire qui est impliqué dans la protection des intérêts des enfants est clairement compétent pour le faire, je considère qu'il ne serait pas dans l'intérêt supérieur des enfants de rendre les décisions telles que demandées par le père et que le for approprié était à ce moment-là l'Allemagne, et non l'Australie.

85. Je ne pense pas qu'il soit approprié que le tribunal exerce sa compétence à l'égard de [Rosalind] et de [Margaret] dans la mesure où elles se trouvent à l'extérieur de la juridiction. Cette décision tient compte soit de la considération primordiale du bien-être de l'enfant, soit, en tout état de cause, d'une considération importante.

Le refus du juge Berman de prendre des mesures en vertu du droit australien a pour effet que les mesures urgentes prises en Allemagne ne cessent pas d'avoir effet et sont toujours pleinement en vigueur.

Il convient de noter qu'en avril 2018, une communication judiciaire directe a eu lieu au sujet de cette affaire entre le juge australien, membre du Réseau, et la juge allemande Martina Erb-Klünemann du tribunal d'instance de Hamm,

membre du Réseau. Les autorités allemandes ont demandé des informations sans en informer les parties à la procédure familiale en Australie, ni même leur demander leur consentement. Aucune information n'a pu être fournie par le juge membre du Réseau car, en Australie, la communication judiciaire directe ne peut avoir lieu sans le consentement des parties à la procédure ; elle ne peut donc se faire qu'avec transparence. L'article 34 de la Convention Protection des enfants de 1996 dispose toutefois que lorsqu'une mesure de protection est envisagée, les autorités compétentes en vertu de la Convention Protection des enfants de 1996 (si la situation de l'enfant l'exige) peuvent demander aux autorités d'un autre État contractant des informations pertinentes pour la protection des enfants.

b) Dans la seconde affaire, Autorité centrale de l'État c. Shanli, une décision de retour a été rendue à l'encontre d'un enfant né en Australie en 2007 mais ayant par la suite acquis sa résidence habituelle en Turquie.

La mère a retenu illicitement l'enfant en septembre 2017. Le 22 janvier 2018, le père a demandé le retour de l'enfant en Turquie à l'Autorité centrale de Turquie, et une procédure a été introduite en Australie le 15 mars 2018. Un avocat indépendant des enfants a été nommé pour représenter l'enfant, et ce dernier a été évalué par un conseiller familial. La tâche du conseiller familial consistait notamment à évaluer quel moyen de communication l'enfant devrait avoir avec le père en attendant qu'une décision sur la demande de retour soit prise. La mère favorisait notamment une communication audiovisuelle fréquente entre le père et l'enfant. Le conseiller familial a également été chargé de demander à l'enfant :

- i. dans le cas où le tribunal ordonnerait le retour de l'enfant en Turquie, ce qui pourrait faciliter son retour ;
- ii. dans le cas où le tribunal rejetterait la demande de retour, ce qui pourrait faciliter son séjour en Australie.

Le rapport du conseiller familial a été publié le 12 avril 2018. Le conseiller familial a notamment fait état de ce qui suit :

Habib se présente comme un enfant prépubère, de petite taille. Il est réservé, poli et coopératif, et est capable d'exprimer clairement ses opinions et ses sentiments. [...]

[...] Habib a dit : « Je me sens beaucoup plus heureux ici. Ici, nous avons la paix. En Turquie, mon père criait. Il criait sur ma mère tous les jours et ma mère avait peur. Je me sentais mal, et j'avais toujours peur qu'il arrive quelque chose à ma mère ». Invité à commenter davantage son expérience, Habib a décrit les disputes entre ses parents comme étant « très bruyantes, avec beaucoup de cris et de hurlements », et que ces disputes étaient selon lui toujours initiées par son père, « sans aucune raison ». Il a raconté que son père avait enfermé sa mère dans la chambre à plusieurs reprises, et parfois pendant plusieurs heures, « pour qu'elle avoue sa faute,

alors qu'elle n'était pas en tort... Je n'ai pas réussi à ouvrir la porte à ma mère. Mon père ne voulait pas me laisser faire. Quand ça arrivait, j'avais envie de pleurer ».

Habib a décrit les altercations verbales entre ses parents qui se produisaient quotidiennement, « sauf lorsqu'il y avait des gens à la maison ». Il a aussi dit : « il y avait beaucoup de fois où je me réveillais tôt le matin, vers trois heures du matin, parce que je pouvais les entendre se disputer, même si j'étais dans ma chambre... Une fois, quand ils se sont disputés au petit déjeuner, je suis descendu dehors pour jouer, mais je pouvais encore les entendre alors que nous vivions au cinquième étage ».

En réponse à des questions directes, Habib a affirmé : « je me sentais mal. Parfois, je disais à mon père d'arrêter, de ne pas le faire, mais il ne m'écoutait pas. Je n'ai pas pu l'arrêter. » Il semblerait que Habib ait pu éprouver un grand sentiment d'impuissance à ces moments-là.

[...] IIII a raconté qu'une fois, au milieu d'une dispute, son père a laissé sa mère « dehors dans le froid, sans manteau ou quoi que ce soit », et qu'il s'est enfui avec Habib dans la voiture. Habib a affirmé qu'il avait voulu sortir de la voiture et rester avec sa mère, mais que son père avait fermé les portes et qu'il ne pouvait pas sortir. [...]

Habib a spontanément déclaré : « les disputes continuent, même maintenant. » Mon père crie : « Si tu ne reviens pas, tu verras ce que je vais te faire. » Ma mère a eu peur de ça et nous avons donc décidé de rester ici... Mon père dit que les gens ici [à Melbourne] se moquent de nous, et nous obligent à rester, mais ce n'est pas vrai. Nous voulons rester ici. [...] Si mon père essaye encore de crier sur ma mère, j'essaierai de prendre le téléphone et de lui dire : « Arrête, ne crie pas sur maman ».

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

La mère et le père ont suivi une médiation spécialement adaptée aux affaires d'enlèvements fondées sur la Convention de La Haye, similaire au « modèle néerlandais de médiation dit de la cocotte-minute », organisée par l'avocat indépendant des enfants représentant l'enfant dans la procédure. Les parents ont convenu que la mère et l'enfant retourneraient en Turquie, et que l'enfant continuerait à vivre avec la mère, à passer du temps avec le père et à communiquer avec lui. Ces dispositions seraient maintenues jusqu'à ce qu'un tribunal compétent en Turquie en décide autrement. Le juge a été invité à rendre des ordonnances de mise en œuvre de l'accord de retour et, après discussion, à prendre des mesures urgentes en vertu de l'article 11 reflétant l'accord des parents sur les modalités de la garde de l'enfant après le retour.

Comme le juge l'a fait observer, la Convention Protection des enfants de 1996 est entrée en vigueur entre l'Australie et la Turquie le premier février 2017. Malheureusement, bien que l'article 26(2) exige que chaque État partie à la Convention applique à la déclaration d'exequatur ou à l'enregistrement une « procédure simple et rapide », il a été établi par communication judiciaire que la Turquie ne disposait pas d'une telle procédure.

Enfin, le juge était convaincu que l'accord des parents devait être mis en œuvre et qu'il fallait rendre des ordonnances qui seraient reconnues (mais non exécutoires) en Turquie en tant que mesures urgentes. La juge a fait remarquer que « s'il y avait un moyen de rendre l'accord [des parents] exécutoire avant que [l'enfant] ne quitte l'Australie dans un délai raisonnable », elle aurait envisagé de retarder le départ de l'enfant de l'Australie jusqu'à ce que cela soit fait.

c) La troisième affaire, Autorité centrale de l'État c. Rilling, concernait un enfant de huit ans ayant sa résidence habituelle au Royaume-Uni. Le père disposait d'un droit de visite obtenu par accord au Royaume-Uni et en Australie, mais avait retenu illicitement l'enfant en Australie depuis le premier septembre 2018. Le père a cherché sans succès à s'opposer à la demande de retour sur le fondement de l'article 13(1)(b) de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980. Avant le procès, un rapport d'expertise a été préparé par le tribunal et un avocat indépendant des enfants avait été désigné pour représenter l'enfant. Bien que la juge n'ait pas conclu que le risque grave de danger avait été établi, elle a relevé que « cette famille pourrait tirer profit de l'examen minutieux, et au plus tôt, des procédures internes relatives à la garde et l'autorité parentale compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant ».

Au départ, le père défendeur avait informé le tribunal que ses obligations professionnelles l'empêchaient de pouvoir retourner l'enfant au Royaume-Uni. Cependant, le matin de l'audience, le père a déclaré qu'il avait l'intention d'aller au Royaume-Uni et d'y rester quelques semaines afin de pouvoir passer du temps avec l'enfant. Le conseiller familial a indiqué qu'il serait dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'avoir une période d'intégration ininterrompue d'environ sept jours avec sa mère. Le père a alors indiqué que son emploi pourrait l'obliger à quitter le Royaume-Uni dans les sept premiers jours, et qu'il souhaitait donc une période d'intégration plus courte.

Le juge a ordonné, entre autres, que l'enfant passe les sept jours suivant son retour au Royaume-Uni uniquement avec sa mère, sauf si le père montrait à la mère un billet d'avion indiquant qu'il rentrait en Australie pendant cette période, auquel cas le père serait autorisé à dire au revoir à l'enfant. L'ensemble des ordonnances provisoires a été désigné comme étant rendues en vertu de la compétence de l'article 11.

Ces affaires mettent en lumière les problèmes pratiques auxquels sont confrontés les juges et les autorités dans l'application de l'article 11 de la Convention Protection des enfants de 1996. Certains de ces problèmes ne peuvent pas être résolus, tel est le cas dans l'affaire turque. La dernière affaire permet de voir comment les juges expérimentés dans le fonctionnement pratique de la Convention peuvent prendre des mesures nuancées et pratiques pour remplir les objectifs de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 par le biais de la Convention Protection des enfants de 1996. L'expérience judiciaire et l'échange d'informations entre juges de différents États et territoires sont des éléments fondamentaux qui permettent de réduire l'écart entre la théorie et la pratique des Conventions de la HCCH relatives aux enfants.

3. **Le besoin d'une gestion judiciaire solide pour l'utilisation efficace de l'article 11 de la Convention Protection des enfants de 1996 dans les demandes de retour au titre de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980**

Par l'honorable juge Victoria Bennett AO, Tribunal de la famille d'Australie et membre du Réseau international de juges de La Haye.

Introduction

J'ai récemment rendu une ordonnance de retour d'un enfant au Royaume-Uni en vertu de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980¹. Le garçon de 5 ans avait été retenu illicitement par son père en Australie depuis septembre de l'année précédente. Jusqu'à l'audience finale, le père arguait que si une décision de retour était rendue, il n'accompagnerait pas l'enfant au Royaume-Uni. Toutefois, lors de l'audience, celui-ci a déclaré qu'il rentrerait avec l'enfant et resterait au Royaume-Uni pendant quelques semaines pour pouvoir voir l'enfant en permanence. Le rapport d'expertise indiquait que, une fois l'enfant retourné, ce dernier devrait voir sa mère pendant une période ininterrompue d'au moins sept jours avant de commencer à voir son père. J'ai rendu une ordonnance d'urgence en vertu de l'article 11 de la Convention Protection des enfants de 1996 afin que la mère puisse récupérer l'enfant plus facilement auprès de son père à son arrivée au Royaume-Uni, j'ai pris des dispositions pour qu'une période ininterrompue entre l'enfant et le parent délaissé soit respectée, et j'ai précisé le droit de visite du père, la manière dont la remise de l'enfant serait effectuée et l'école où l'enfant serait envoyé dès son retour.

Le retour immédiat de l'enfant est la clef de voûte de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, mais il s'agit essentiellement d'une solution centrée sur les intérêts des adultes dans laquelle les besoins légitimes de l'enfant peuvent être négligés.

La volonté des États signataires de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 est consignée dans le préambule qui prévoit notamment de : « protéger l'enfant, sur le plan international, contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites ». Le préambule de la Convention Protection des enfants de 1996 indique, entre autres, que les États signataires y ont adhéré : « Considérant qu'il convient de renforcer la protection des enfants dans les situations à caractère international, [et] [R]appelant l'importance de la coopération internationale pour la protection des enfants ».

Pour ceux d'entre nous ayant la chance de disposer des deux conventions relatives aux enfants, il existe une possibilité et une obligation de veiller à ce que le retour de l'enfant dans son État de résidence habituelle se fasse de

la manière la moins néfaste et la moins traumatisante possible pour lui. La Convention Enlèvement d'enfants de 1980 est transposée en droit australien et permet au tribunal de rendre toute ordonnance ou condition qu'il « juge appropriée pour donner effet à la Convention » . Dans le cas contraire, l'exception de l'article 13(1)(b) relative au risque grave exige l'examen des mesures de protection qui peuvent être imposées afin d'atténuer le risque grave allégué de danger ou de situation intolérable pour l'enfant. Comme l'ont observé la Baronne Hale et le Lord Wilson dans *Re E (Children) (FC)* [2011] UKSC 27[35], « la situation à laquelle l'enfant sera confrontée lors de son retour dépend essentiellement des mesures de protection qui peuvent être mises en place pour garantir qu'elle n'aura pas à affronter une situation intolérable quand elle rentre chez elle » [traduction du Bureau Permanent].

Le caractère temporaire, l'effet extraterritorial et la portée étendue des mesures d'urgence de protection prévues à l'article 11 les rendent idéales pour garantir à l'enfant un environnement stable et prévisible pendant la courte période suivant son retour dans son État d'origine, et avant que les tribunaux de cet État puissent mettre en place des modalités provisoires d'exercice de la responsabilité parentale. Le cas échéant, des mesures d'urgence peuvent empêcher que l'enfant ne soit placé au centre d'une « mē-lée générale » .

Je donnerai dans un premier temps un aperçu général du contexte juridictionnel dans lequel s'inscrivent les mesures de protection prévues à l'article 11 en cas d'urgence, puis je discuterai des outils de gestion des affaires qu'un juge saisi d'une demande de retour en vertu de l'article 12 de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 peut utiliser pour maximiser l'effet de l'article 11.

A. La nature de la compétence de l'article 11

L'article 11 de la Convention Protection des enfants de 1996 confère une compétence dérivée aux autorités de tout État contractant dans lequel se trouve l'enfant ou des biens appartenant à l'enfant, pour prendre les mesures nécessaires à la protection de l'enfant ou de ses biens en cas d'urgence. Les autorités sont les autorités judiciaires et administratives. Dans le langage de la Convention Protection des enfants de 1996, un tribunal est une autorité.

Cette compétence dérivée s'applique entre États contractants dans lesquels la Convention Protection des enfants de 1996 est entrée en vigueur, ainsi qu'entre un État contractant et un État non contractant .

L'article 3 de la Convention Protection des enfants de 1996 définit une mesure de protection comme une mesure (ou ordonnance) concernant la responsabilité parentale, le droit de garde et de tutelle de droit privé, ainsi qu'une mesure de droit public visant à protéger un enfant, et l'administration, la conservation ou la disposition des biens

de l'enfant. Les mesures de protection ne comprennent pas les matières prévues à l'article 4 de la Convention Protection des enfants de 1996. En Australie, une ordonnance parentale rendue en vertu du droit interne peut être une mesure de protection à l'égard de l'enfant.

La compétence conférée par l'article 11 est fondée sur la présence de l'enfant dans la juridiction . Elle est dérivée de la compétence générale prévue aux articles 5 à 10 de la Convention Protection des enfants de 1996 qui est fondée sur la résidence habituelle, le statut de réfugié, le déplacement ou le non-retour illicites, le transfert de compétence ou le choix des parents qui demandent qu'un accord parental consensuel prenne effet dans une procédure de divorce.

La compétence en vertu de l'article 11 est limitée dans le temps. Entre États contractants, une mesure d'urgence produira des effets, y compris extraterritoriaux, jusqu'au moment où une autorité de l'État contractant compétente en vertu des articles 5 à 10 de la Convention Protection des enfants de 1996 prenne les mesures exigées par la situation. Pour ce qui est des enfants ayant leur résidence habituelle dans un État non contractant, une mesure d'urgence cessera d'avoir effet lorsque les mesures exigées par la situation auront été prises par les autorités de l'État de la résidence habituelle et qu'elles auront été reconnues dans l'État contractant où se trouve l'enfant.

L'urgence et la nécessité sont des termes non définis. Leur interprétation peut donc varier d'un État à l'autre. Par exemple, le paragraphe 6.3 du Manuel pratique de la HCCH sur le fonctionnement de la Convention Protection des enfants de 1996 (2014) suggère que la notion d'urgence devrait être interprétée de manière traditionnelle ou stricte. Toutefois, dans l'affaire *Re J (a child)* [2015] UKSC 70, une interprétation plus large et plus générale de l'urgence a été retenue par la Cour suprême du Royaume-Uni qui semble, le cas échéant, être analogue à la notion de nécessité. Un État contractant peut refuser de reconnaître ou d'exécuter une mesure prise dans un autre État, car il interprète les critères d'urgence et de nécessité différemment de l'État contractant où la mesure a été prise pour la première fois. Il est donc souhaitable de lever toute incertitude quant à la reconnaissance et à l'exécution d'une mesure avant de devoir en dépendre.

Le chapitre IV de la Convention Protection des enfants de 1996 prévoit la reconnaissance de plein droit par un État contractant d'une mesure prise dans un autre État contractant, c'est-à-dire sans qu'une procédure judiciaire soit requise. La reconnaissance peut être refusée pour des motifs d'équité procédurale et d'ordre public tels que prévus à l'article 23(2), bien que le manque d'équité procédurale ne constitue pas un motif de refus pour les mesures d'urgence.

La reconnaissance est adéquate pour les parents qui respectent leurs obligations de façon volontaire et sans s'y

opposer. Toutefois, étant donné la nature très conflictuelle des relations parentales qui sont au cœur de la plupart des affaires d'enlèvement international d'enfants, il est peu probable que la simple reconnaissance d'une mesure de protection d'urgence à l'égard d'un enfant ayant fait l'objet d'un retour suffise. Les mesures d'urgence et autres mesures devraient être rendues exécutoires.

Le caractère exécutoire signifie généralement que le non-respect de la mesure de protection aura des conséquences, y compris des sanctions, pour le parent qui a contrevenu à la mesure. L'article 28 prévoit que les mesures prises dans un État contractant, qui sont déclarées exécutoires ou enregistrées aux fins d'exécution dans un autre État contractant, y sont mises à exécution comme si elles avaient été prises par les autorités de cet autre État. L'exécution des mesures se fait conformément à la loi de l'État requis dans les limites qui y sont prévues, « compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant ».

L'exequatur d'une mesure d'urgence ne découle pas de l'effet de la loi. La procédure à suivre pour rendre exécutoire une mesure conservatoire d'urgence, y compris par déclaration ou enregistrement, relève de la compétence de chaque État contractant. L'article 26 de la Convention Protection des enfants de 1996 requiert des États contractants qu'ils prévoient « une procédure simple et rapide » pour les demandes de déclaration d'exequatur ou l'enregistrement.

En 2012, j'ai recueilli des informations auprès de la plupart des États contractants en ce qui concerne leur procédure pertinente et j'ai partagé les résultats avec les personnes interrogées. En vue de la préparation de la Septième Commission spéciale (octobre 2017), le Bureau Permanent a remis, en décembre 2016 et janvier 2017, deux questionnaires détaillés sur le fonctionnement pratique de la Convention Protection des enfants de 1996. Les questions 8, 9, 13 et 15 à 17 (inclus) du Questionnaire de décembre 2016 portent sur l'expérience des États contractants en matière de mesures d'urgence au titre de l'article 11, et sur la manière dont ces mesures sont rendues exécutoires. Des questions ont été posées aux États, notamment sur les points suivants :

- i. Quelle autorité de votre juridiction est compétente pour déclarer exécutoire ou enregistrer une mesure de protection adoptée dans un autre État contractant ?
- ii. Quels délais sont appliqués en vue d'assurer la célérité de la procédure ?
- iii. Les parties doivent-elles être représentées par un avocat pendant la procédure ?

Les réponses des États contractants et d'un certain nombre d'États non contractants sont disponibles en ligne. Elles sont facilement accessibles et fournissent des informations utiles sur la manière dont chaque État qui a répondu prétend fonctionner. Ces informations spécifiques à chaque État ne sont pas contraignantes, mais constituent une source d'information fiable à laquelle un juge saisi de

l'affaire de retour peut renvoyer les parties, et ce afin de permettre un examen plus nuancé de la manière dont les conditions de retour pourraient être appliquées dans l'État de la résidence habituelle. Il convient cependant de vérifier qu'aucun État contractant n'ait établi de mécanisme en vertu de l'article 26.

Les motifs de refus d'exequatur sont les mêmes que ceux qui s'appliquent au refus de reconnaissance.

L'article 24 de la Convention Protection des enfants de 1996 dispose que, sans préjudice des mesures reconnues de plein droit dans tous les autres États contractants, toute personne intéressée peut demander aux autorités compétentes d'un État contractant dans lequel la Convention Protection des enfants de 1996 est entrée en vigueur, qu'il soit statué sur la reconnaissance ou la non-reconnaissance d'une mesure prise dans un autre État contractant. Par exemple, si je suis saisie d'une affaire dans laquelle une partie sollicite le retour d'un enfant au Brésil en vertu de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, cette partie peut obtenir une décision d'un tribunal brésilien compétent pour déterminer si la condition de retour que j'ai imposée sera reconnue au Brésil. Cela permet d'avancer l'examen de toute exception au retour et devrait faciliter l'accès à une déclaration contraignante d'exequatur ou d'enregistrement en vertu de l'article 26.

L'article 24 est souvent qualifié de disposition de « reconnaissance préalable », mais ce n'est pas tout à fait le terme approprié. L'article 24 vise « une mesure prise dans un autre État contractant ». Par conséquent, la mesure (l'ordonnance) doit être prise et ensuite examinée par une autorité de l'autre État contractant. Il est donc recommandé de limiter le pouvoir du tribunal de révoquer la mesure et de réexaminer l'affaire au fond, si la reconnaissance de la mesure d'urgence est refusée ou si elle est jugée non exécutoire.

B. Décisions mettant en place un régime de protection en tant que mesures d'urgence

Les décisions mettant en place un régime de protection revêtent différentes formes. Elles constituent souvent des conditions au retour. Un exemple est la mesure d'urgence essentielle, mais souvent négligée, qui vise à empêcher les deux parents de forcer, d'autoriser ou de faire subir un nouveau déplacement à l'enfant qui a été retourné dans l'État de sa résidence habituelle en vertu de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, tant que le tribunal compétent dans ce même État n'a pas rendu de décision permettant aux parents (ou à l'un d'entre eux) de voyager à l'étranger avec l'enfant.

Compte tenu de la procédure visant à rendre une mesure d'urgence exécutoire dans un autre État contractant, il convient que le juge ou les parties réfléchissent avant toute chose à l'objet et au caractère exécutoire d'une mesure d'urgence. Le besoin éventuel de mesures d'ur-

gence devrait être envisagé dès le départ.

C. Observations sur la gestion des affaires

Ma principale stratégie de gestion des affaires consiste à exiger des parties qu'elles se préparent à l'issue de la procédure en même temps qu'elles se préparent à intenter des poursuites ou à s'opposer à la demande de retour. Il s'agit d'une initiative judiciaire car les parties et leurs représentants hésiteront à envisager toute issue allant à l'encontre de ce qu'elles avaient envisagé dans un premier temps.

Il n'y a que deux issues à envisager : le retour de l'enfant sera ordonné ou l'enfant ne sera pas retourné. Il n'est généralement pas difficile pour les parties au litige de se préparer à l'issue qu'ils avaient envisagée. Par conséquent, chacune des parties devrait se préparer à faire face à l'issue qui leur est défavorable, afin de pouvoir gérer ces difficultés d'une manière qui soit compatible avec l'intérêt supérieur de leur enfant.

Lorsque le retour est refusé, il ne devrait pas y avoir d'incertitude quant à la possibilité pour l'enfant de reprendre contact avec le parent délaissé, ainsi qu'avec sa famille, ses animaux domestiques et ses amis.

Lorsqu'un retour est ordonné, il est inacceptable qu'un enfant soit enlevé au parent qui l'accompagne, immédiatement après leur arrivée à l'aéroport. Nous voulons éviter que l'enfant ne fasse partie d'une « mêlée générale ».

Ci-dessous, quelques suggestions et observations concernant la gestion des affaires :

a. Prévoir l'audience finale le premier jour de la comparution devant le tribunal, de sorte que tout le monde connaisse les délais qui leur sont impartis. Expliquer au défendeur que l'audience finale ne sera pas ajournée au motif que ses avocats ne sont pas bien préparés car ce dernier a retenu les services d'avocats trop tard dans le processus.

b. Exiger des parties qu'elles exposent leurs arguments de façon concise et rapide. Le demandeur doit fournir des précisions sur le déplacement et le non-retour illicites, et fournir la preuve de tous les éléments liés à la compétence (résidence habituelle, droit de garde, etc.) qui n'ont pas été immédiatement reconnus. Le défendeur doit alors indiquer qu'il s'oppose à la déclaration en se référant à des éléments liés à la compétence et / ou à une ou plusieurs des six exceptions au retour. À partir de là, les enjeux peuvent être définis et les preuves peuvent être limitées aux enjeux pertinents.

c. Prévoir tous les autres motifs éventuels pour lesquels le défendeur peut s'opposer au retour et les examiner. Il s'agit d'éviter que le défendeur ne soulève

d'autres motifs d'opposition à un stade tardif de la procédure et qu'il n'ait droit d'être ajourné pour préparer ces motifs. Par exemple, s'il y a plus d'un enfant qui s'oppose à son retour, le juge devra examiner si l'exception relative au risque grave de préjudice s'appliquera dans le cas d'un frère ou d'une sœur (surtout si le frère ou la sœur est plus jeune) qui est retourné(e) seul(e).

d. Si l'enfant a besoin d'être représenté directement ou indirectement, demander cette représentation dès que possible. Demander la nomination d'un avocat pour enfants indépendant ou d'un représentant tardivement dans la procédure entraînera inévitablement un retard.

e. Diriger les parties vers les informations pertinentes sur les États (comme indiqué au paragraphe 18 ci-dessus). Il s'agit d'une introduction à la manière dont ils pourraient faire en sorte que toute mesure d'urgence soit rendue exécutoire sans retard inutile.

f. Exiger que toutes les parties (y compris l'enfant s'il est représenté) présentent leurs arguments par écrit, afin que les autres parties puissent y répondre :

1. quelles conditions de retour seraient demandées si un retour est ordonné ;

2. quelles modalités d'exercice de la responsabilité parentale devraient s'appliquer si le retour est refusé.

Il se peut que le défendeur ne donne pas volontairement de détails sur les mesures d'urgence qu'il souhaite prendre, de peur que cela ne soit interprété comme une forme de capitulation. Toutefois, le juge peut reformuler cette exigence en précisant les mesures d'urgence qui seraient nécessaires pour l'enfant en cas de retour. D'après mon expérience, les défendeurs répondent volontiers à une prérogative du tribunal leur demandant de préciser les conditions de retour une fois que le retour est clairement établi sans que cela ne porte atteinte à leur volonté première.

g. Les parties ont droit à l'équité procédurale en ce qui concerne l'objet des mesures d'urgence. Ils doivent avoir la possibilité de présenter des éléments de preuve concernant la nécessité ou la faisabilité d'ordonnances d'urgence, et de vérifier les arguments de l'autre parent à cet égard. L'équité procédurale concernant les mesures d'urgence est plus compliquée et prend plus de temps lorsque (comme en Australie) la demande de retour est introduite par une Autorité centrale et que le parent requérant n'est pas partie à la procédure.

h. En cas de besoin, demander le consentement des parties pour une communication judiciaire directe. La communication judiciaire directe peut se dérouler parallèlement aux procédures relatives à l'exequatur.

i. Organiser une médiation spécialisée dans les affaires relevant de la Convention de La Haye, de préférence gratuite pour les parties, mais surtout

programmée de manière à ce que la médiation ne retarde pas la procédure. Encourager les parties à négocier les issues possibles du point de vue de l'enfant. Je préfère la méthode néerlandaise de la « cocotte-minute » de la médiation fondée sur la Convention de La Haye. Dans la mesure du possible, décider que tout ce qui est dit ou fait pendant la médiation est irrecevable dans la procédure de retour pour éviter l'acquiescement allégué.

Remarques conclusives

Les mesures d'urgence ne peuvent être examinées après que la décision de retour a été ordonnée (ou refusée). L'objet et le contenu des mesures d'urgence devraient être soulevés par le juge avec les parties le plus tôt possible dans la procédure de retour. Outre les considérations susmentionnées, les parents sont plus susceptibles de faire preuve de raison lorsqu'ils ne connaissent pas l'issue de la demande de retour, et qu'ils veulent quand même faire bonne impression devant le juge.

Les mesures d'urgence devraient :

1. être simples ;
2. être réalistes ;
3. être nécessaires et proportionnées (et ne pas constituer une forme de consolation ou de récompense pour le retour) ;
4. en règle générale, ne pas placer le défendeur dans une meilleure position que celle dans laquelle il se trouvait avant le non-retour ou le déplacement illicite de l'enfant ;
5. ne pas usurper les fonctions régulières des tribunaux de l'État de résidence habituelle ;
6. être exécutoires et, de préférence, être rendues exécutoires.

Exiger des parties qu'elles se préparent à l'issue de la procédure est le meilleur moyen d'obtenir un retour sûr et rapide. Les enfants doivent être retournés immédiatement. Prolonger le délai entre le prononcé d'une décision de retour et le retour effectif risque d'aggraver le traumatisme de l'enfant et d'encourager le parent ayant soustrait l'enfant à envisager d'autres voies d'opposition (dont la plupart auront un impact négatif sur l'enfant).

Enfin, il convient de noter que la plupart des parents sont extrêmement troublés par les procédures de retour. Elles impliquent beaucoup d'émotion et ils y consacrent beaucoup d'argent, sans se soucier de leur position dans les procédures au sujet de l'exercice des responsabilités parentales qui pourraient s'ensuivre. De même, les parents sont facilement distraits des besoins légitimes de l'enfant faisant l'objet de la procédure, si bien que le juge peut avoir besoin de rappeler aux parents leurs obligations fondamentales envers leur(s) enfant(s). L'avocat de l'enfant est évidemment bien placé pour négocier avec les parents le contenu des mesures d'urgence du point de vue de l'enfant. Si l'enfant n'est pas représenté par un avocat, il

appartiendra alors au juge d'attirer l'attention des parents sur l'ordonnance de retour ou de non-retour comme étant une perspective réelle et colossale pour l'enfant plutôt que comme une récompense ou une punition dont seuls les parents souffrent. Les défis pour un enfant enlevé sont considérables à tous les stades. Les mesures d'urgence ont cette capacité de rendre les conséquences immédiates du retour plus tolérables pour lui.

1. Je remercie Kate Mitchell, Conseillère juridique, pour son aide dans la préparation de cet article, et le juge Grant Riethmuller de la Cour d'appel fédérale d'Australie pour ses observations rédactionnelles.
2. Les opinions exprimées dans le présent document sont les miennes. Ils ne constituent pas le point de vue d'autres juges du tribunal de la famille d'Australie, et n'indiquent pas comment je trancherais une affaire à l'aide d'arguments.
3. *State Central Authority & Rilling* [2019] FamCA 74.
4. Art. 15(1)(b) & (c) de Family Law (Child Abduction Convention) Regulations 1986.
5. Une situation de « mêlée générale » est une situation chaotique dans laquelle plusieurs personnes essaient d'obtenir tout ce qu'elles peuvent pour elles-mêmes.
6. L'art. 11 de la Convention Protection des enfants de 1996 trouve son expression en Australie dans les art. 111CD(1)(b)(i), 111CD(1)(d) et 111CD(1)(f) de la Family Law Act 1975.
7. Le tableau de l'état des Parties contractantes se trouve à l'adresse suivante : <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70>.
8. Les mesures provisoires prévues à l'art. 12 sont également fondées sur la présence de l'enfant ou de ses biens dans une juridiction, mais les ordonnances provisoires ne sont pas examinées ici.
9. Les réponses peuvent être consultées sur les sites <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6550&dtid=33> et <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6548&dtid=33>.
10. Art. 68L et 68LA de la Family Law Act 1975 (Australie).
11. En Australie, il n'existe pas de base législative pour la communication judiciaire directe. La communication judiciaire directe ne peut avoir lieu qu'avec le consentement des parties à la procédure et doit être totalement transparente.
12. Voir <https://www.hcch.net/pt/publications-and-studies/details4/?pid=6024&dtid=3>.
13. Il est possible de soutenir que le retour ne peut être exigé immédiatement lorsque la demande de retour est présentée plus d'un an après le déplacement ou le non-retour illicite.

4. Une affaire entre l'Irlande et le Pakistan, MQ/KJ, [2017] IEHC 342

Par Myriam de Hemptinne, Conseiller à la cour d'appel de Bruxelles, juge belge, membre du RIJH.

A. Présentation des faits

En 2001, les parties se sont mariées au Pakistan et ont émigré en Irlande la même année. Dans ce pays, trois enfants sont nés : un garçon en 2002 et deux filles (en 2005 et en 2008). Tous les membres de la famille disposent de cartes d'identité et de passeports irlandais et pakistanais. Le père se rendait au Royaume-Uni chaque semaine pour travailler dans différentes régions d'Angleterre en tant que chirurgien ophtalmologiste, et retournait en Irlande chaque week-end.

Chaque année, la famille partait en vacances quelques semaines au Pakistan et, pendant que le père travaillait, les enfants partaient également en vacances avec leur mère au Koweït, son pays d'origine.

Après Pâques 2014, la famille a déménagé au Pakistan, mais les circonstances entourant ce déménagement sont sujettes à controverse.

Dans tous les cas, il est évident que le couple rencontrait à cette époque des difficultés.

En avril 2015, un incident domestique s'est produit au Pakistan alors que la famille vivait avec la famille élargie du mari.

En mai 2015, la mère a fait une demande de passeport pour les enfants, mais le père a réussi à suivre l'envoi et à l'intercepter.

Le 4 mai 2015, un tribunal pakistanais a rendu une décision déclarant que les enfants ne devaient pas être déplacés du Pakistan.

À la suite d'une ordonnance rendue le 29 septembre 2015, le tribunal de district de Dublin a autorisé la délivrance des passeports des enfants sans que le père n'y ait consenti. Toutefois, le père a réussi à faire annuler cette ordonnance au motif que le tribunal de district concerné n'avait pas la compétence territoriale et qu'il aurait dû être informé de la demande.

Des documents de voyage ont ensuite été obtenus en urgence par la mère par l'intermédiaire du consulat irlandais à Karachi.

Début novembre 2015, la mère est arrivée en Irlande avec les enfants, en violation de la décision rendue par le tribunal pakistanais, et sans le consentement du père.

Le tribunal de district de la région où la famille vivait en Irlande a rendu une ordonnance de protection en faveur de l'épouse le 3 novembre 2015.

B. Procédure devant la Haute Cour irlandaise

Le 11 novembre 2015, le père a saisi la Haute Cour irlandaise d'une demande de retour des enfants au Pakistan, en application de l'article 11 de la Convention Protection des enfants de 1996¹ ou, à défaut, en application de la compétence inhérente au retour des enfants dans ce pays.

Le 3 décembre 2015, la cour a nommé un expert chargé d'évaluer l'intérêt supérieur de l'enfant, pour dans un premier temps rétablir le droit de visite entre les enfants et leur père.

L'expert a en outre été chargé de recueillir l'opinion des enfants en ce qui concerne le droit de visite et leur retour éventuel au Pakistan.

Le rapport de l'expert a fait état des sentiments et des opinions négatifs des enfants à l'égard de leur père et de leur vie au Pakistan. Ils avaient peur à l'idée d'y retourner. Les filles étaient effrayées par leur père et elles redoutaient d'être séparées de leur mère. Le fils aîné avait besoin d'un soutien concernant sa santé mentale. L'expert a estimé que les enfants, en particulier les deux plus âgés, s'étaient forgés eux-mêmes leur opinion, et qu'ils ne se limitaient pas à simplement répéter les termes de la mère. L'expert a estimé qu'il ne serait pas favorable à ce que les enfants soient séparés de leur mère.

Le père n'était pas prêt à s'engager à créer des liens en Irlande, à moins que la famille ne décide de s'installer définitivement au Pakistan.

La Cour a entendu les enfants. L'opinion des trois enfants, telle qu'elle a été établie par la Cour, était tout à fait conforme à celle de l'expert.

C. Position des parties en ce qui concerne le déménagement au Pakistan et les circonstances du déplacement illicite en Irlande

C.1.

Le père a fait valoir que le déménagement permanent au Pakistan était une décision commune et mûrement réfléchie. Ce déménagement devait avoir lieu en juin 2014, à la fin de l'année scolaire des enfants, tandis que tous les biens de la famille étaient expédiés au Pakistan avec l'intention de vendre la maison familiale en Irlande. Le père a nié avoir fait pression sur sa femme ou l'avoir forcée à accepter de déménager au Pakistan. En 2012, il avait acheté une maison familiale au Pakistan, que le couple avait choisie ensemble.

Il a allégué que la résidence habituelle des enfants était le Pakistan puisqu'ils y vivaient et y fréquentaient une école privée depuis environ 18 mois. Les enfants vivaient dans la famille élargie et étaient pleinement intégrés.

Il s'est plaint des tentatives de la mère de l'éloigner des enfants, et a allégué que le comportement de celle-ci était inadapté et instable avec ces derniers, ce qui va à l'encontre des décisions de la cour.

Il a nié le fait que les enfants aient été malheureux au Pakistan alors qu'ils y avaient la meilleure éducation et réussissaient bien à l'école. La famille y fonctionnait d'une manière différente qu'en Irlande. Il a contesté qu'il y avait un risque pour sa femme d'y retourner.

C.2.

La mère s'est décrite comme étant la personne s'occupant principalement des enfants pendant leur séjour en Irlande dans la mesure où le père travaillait régulièrement en Angleterre. Le mariage était un mariage arrangé (lorsqu'ils se sont mariés, elle avait 18 ans et lui en avait 32), et elle considérait son mari comme supérieur à elle, sans jamais remettre en question ce qu'il lui avait dit de faire.

Une ordonnance de protection avait été rendue en Irlande en 2014, qui avait été retirée à la demande de la mère sous la pression de son mari avec la promesse qu'il changerait son comportement. Leur fils avait également compris que le père allait améliorer son comportement s'ils déménageaient au Pakistan.

La mère a soutenu qu'elle sentait que son mari la poussait à accepter le déménagement, et qu'il la menaçait de la quitter et de cesser de lui donner de l'argent si elle refusait de partir. Il ne s'agissait pas d'une décision commune, et celle-ci a été prise juste après le retrait de l'ordonnance de protection. C'est à contrecœur qu'elle a accepté d'aller au Pakistan, et elle a vu cela comme un arrangement de deux ou trois ans, avec l'intention dans tous les cas de voir les enfants retourner en Irlande pour leurs études supérieures. Elle n'aurait pas accepté de déménager si elle avait eu connaissance de l'aide sociale disponible en Irlande.

Une fois arrivés au Pakistan, elle a décrit comment, bien qu'ils soient propriétaires d'une nouvelle maison, ils avaient emménagé avec sa belle-mère et la famille élargie, ce qu'elle n'avait pas prévu. Elle a décrit un contexte d'oppression et de menaces de la part de son mari et du frère de celui-ci, ainsi que différents incidents de violence domestique où elle s'est opposée aux souhaits de son mari, y compris en présence des enfants.

D. Position juridique des parties

D.1.

Le père a porté l'affaire devant le tribunal en alléguant d'un déplacement illicite des enfants depuis un État non partie à la Convention de La Haye.

L'adhésion récente du Pakistan à la Convention Enlèvement d'enfants de 1980² n'a pas encore été acceptée par l'Union européenne (« UE »).

Le Pakistan n'est pas non plus Partie contractante à la Convention Protection des enfants de 1996.

Néanmoins, le père requérant a affirmé que la Convention Protection des enfants de 1996 régit la question de la compétence en l'espèce et que, dans tous les cas, le tribunal dispose d'une compétence inhérente pour rendre une ordonnance de retour immédiat des enfants.

S'appuyant sur l'article 11 de la Convention Protection des enfants de 1996, le père a fondé son argumentation sur l'hypothèse principale selon laquelle l'enlèvement d'un enfant n'est pas dans son intérêt supérieur, et qu'il peut être dans l'intérêt des enfants d'être renvoyés immédiatement dans un autre État. Selon lui et selon la jurisprudence qu'il a citée, cette ordonnance de retour immédiat n'exige pas une « audience sur le bien-être complet ».

Il a fait valoir que dans les affaires d'enlèvement, l'application des articles 13 et 20 de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 n'exige pas que la cour mène une enquête sur le bien-être de l'enfant, ce qui nécessiterait une audience complète.

Le père a affirmé que le Règlement Bruxelles II *bis*³, tout comme la Convention Protection des enfants de 1996, fixent la compétence eu égard à la résidence habituelle et que, par conséquent, alors qu'en l'espèce les enfants avaient leur résidence habituelle au Pakistan au moment de leur déplacement illicite, la Cour irlandaise n'est compétente pour prendre des mesures de protection qu'en cas de situation d'urgence.

Il a soutenu que les enfants étaient plus liés au Pakistan qu'à l'Irlande, et surtout que le fils aîné ne voulait pas vivre en Irlande et s'identifiait uniquement comme pakistanais. Il faisait valoir que la question du bien-être des enfants serait mieux tranchée dans leur lieu de la résidence habituelle.

Le requérant a demandé au tribunal d'exercer sa compétence inhérente pour ordonner le retour des enfants afin de donner effet à l'ordonnance pakistanaise et de la reconnaître. Il a pris note de la réciprocité de cette reconnaissance mutuelle entre les tribunaux de différents États (le Pakistan et l'Irlande), et a fait valoir que l'ordonnance pakistanaise rendait le déplacement des enfants illicite.

D.2.

La mère a quant à elle fait valoir que ses enfants ne se sont jamais intégrés au Pakistan, et que l'Irlande leur manquait.

Elle a affirmé ne pas être au courant de l'ordonnance qui lui interdisait de se rendre en Irlande et qu'elle était au

contraire convaincue que rien ne pouvait l'arrêter en raison de leur citoyenneté irlandaise. Elle a toujours nié avoir éloigné les enfants de leur père.

Elle a déclaré que pour que l'article 11 de la Convention Protection des enfants de 1996 s'applique, il convient d'évaluer si cette Convention est applicable. Conformément à l'article 61 du Règlement Bruxelles II bis, lorsque l'enfant a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État membre de l'UE, les règles de compétence de ce Règlement doivent être prises en considération, et si les enfants ont leur résidence habituelle dans un État non-membre de l'UE mais partie à la Convention Protection des enfants de 1996, alors ce dernier instrument s'applique, ce qui en l'espèce n'est pas le cas.

La mère a fait valoir comme argument principal que les enfants avaient conservé leur résidence habituelle en Irlande tout au long de leur séjour au Pakistan, où ils ne s'étaient jamais intégrés. Ils n'ont jamais emménagé dans la maison familiale prévue, et le père n'a jamais commencé à travailler au Pakistan. Il n'y avait pas de décision commune de déménager au Pakistan comme l'exigeait un changement de résidence habituelle. De plus, à partir d'avril 2015, la mère avait tenté de partir avec les enfants et de rentrer en Irlande, soit à peine dix mois après leur arrivée. La Cour irlandaise est donc compétente à l'égard des enfants en vertu de l'article 8 du Règlement Bruxelles II bis⁴.

La mère a fait valoir comme argument secondaire que la Cour irlandaise pouvait être compétente soit en vertu de l'article 12 ou 13 du Règlement Bruxelles II bis, soit, plus subsidiairement encore, en vertu de l'article 14 du Règlement, sur la base des règles internes irlandaises résiduelles de droit international privé qui autorisent la cour irlandaise à statuer en ce qui concerne les enfants irlandais.

La mère a reconnu que la Convention Protection des enfants de 1996 relevait du droit interne irlandais en raison de la loi nationale qui transpose la Convention dans le droit irlandais⁵. Par conséquent, l'article 11 de la Convention Protection des enfants de 1996 fournit une base séparée et distincte pour que la cour puisse prendre toutes les mesures de protection nécessaires dans tous les cas d'urgence relatifs à un enfant présent dans l'État.

La mère a indiqué que, bien qu'il faille tenir compte de l'intérêt public général pour dissuader l'enlèvement d'enfants, la principale préoccupation de la cour devait être le bien-être des enfants. Selon elle, ordonner le retour des enfants au Pakistan pourrait, au contraire, leur causer un préjudice irréparable. Elle a donc estimé qu'il n'y avait pas de raison « urgente » pour laquelle la cour devait rendre une ordonnance de retour des enfants, et qu'une telle ordonnance n'était pas « nécessaire ». Elle a mis l'accent sur les objections et les craintes manifestes des

enfants, qui étaient réfléchies et qu'ils s'étaient forgés eux-mêmes.

Enfin, elle a estimé que, même si la cour devait appliquer les règles de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, en l'espèce, les objections des enfants répondraient à ces règles.

E. Position des parties sur le bien-être réel des enfants en Irlande et en cas de retour au Pakistan

E.1.

La mère affirme que ses enfants sont heureux de retourner en Irlande et qu'ils sont des élèves bien élevés et consciencieux. Ils entretiennent des liens étroits avec la communauté islamique d'Irlande et étudient également le Coran en suivant des cours sur Skype. L'anglais est leur langue maternelle, mais ils parlent aussi l'ourdou. Ils redoutent de retourner au Pakistan et d'être enlevés à leur mère.

La mère a elle-même peur de son mari et a changé les serrures de la maison qui est une propriété commune aux deux parents. Elle a suivi des cours afin d'obtenir une éducation et un emploi. Elle est convaincue qu'elle serait persécutée et même tuée au Pakistan pour s'être battue dans cette affaire, et qu'elle y serait impuissante. Elle ne serait pas en mesure d'accompagner les enfants si une ordonnance de retour était prononcée. Elle a décrit comment les abus sexuels étaient fréquents au Pakistan, même s'ils sont interdits par l'Islam, et comment elle a été victime de tels abus et craignait que ses enfants en soient victimes également.

E.2.

Le père affirme que les enfants auraient une vie bien meilleure au Pakistan, et qu'ils vivaient actuellement dans des conditions difficiles en Irlande.

Il considérait également que la seule possibilité pour les enfants d'avoir une relation significative avec leurs deux parents était de décider qu'ils rentreraient au Pakistan et y vivraient.

F. Décision de la cour irlandaise

F.1.

Dans un premier paragraphe traitant de la recherche des faits fondés sur les preuves présentées par les parties, la cour a évalué les circonstances suivantes :

- il n'y a pas de tentative d'aliénation parentale de la part de la mère
- le fait que le père soit parvenu à obtenir un réexamen judiciaire de la décision du tribunal de district autorisant la duplication des passeports des enfants sans son consentement n'est pas déterminant pour la question juridique à l'examen;
- la mère n'est pas instable et n'a pas tenté de se suicider ;

- la mère a agi en violation de l'ordonnance pakistanaise mais n'avait pas eu connaissance de cette ordonnance à ce moment-là ;
- les allégations de la mère en ce qui concerne la violence, les abus sexuels et l'oppression sont pour la plupart cohérentes ;
- les critiques formulées par le père sur le rapport de l'expert ne sont pas acceptées ;
- la version de la mère des circonstances entourant le déménagement de la famille au Pakistan doit être acceptée ;
- les enfants n'ont pas apprécié leur séjour au Pakistan.

F.2.

La cour a ensuite appliqué le droit interne irlandais en analysant les faits présentés par l'expert, et est arrivé à la conclusion selon laquelle laisser les enfants en Irlande avec leur mère était dans le meilleur intérêt des enfants, notamment pour leur sécurité et leur bien-être psychologique. Les enfants ont un lien étroit avec leur mère, alors que les propositions du père ne sont pas acceptables pour les enfants.

La cour a exprimé des doutes quant à la capacité du père à s'occuper convenablement des enfants et à reconnaître et respecter leurs besoins, tandis que la mère a été jugée consciencieuse, sérieuse et attentive, plaçant les besoins des enfants avant les siens. L'opinion des enfants a été clairement identifiée et considérée comme mûre et indépendante, et devant être dûment prise en compte.

F.3.

Avant de conclure, la cour a estimé qu'elle devait déterminer si les enfants avaient leur résidence habituelle au Pakistan ou en Irlande au moment de leur départ du Pakistan. Elle a considéré que s'il existe de nombreux facteurs favorables à ce que l'Irlande soit le lieu de résidence habituelle, il est particulièrement significatif que la mère ait consenti au déménagement au Pakistan où la famille a passé 18 mois, que les enfants fréquentant l'école au Pakistan aient indiqué un niveau d'intégration sociale et que la mère ait engagé la compétence du tribunal pakistanais. Dans l'ensemble, la cour a estimé que les enfants avaient leur résidence habituelle au Pakistan au moment des faits.

F.4.

La cour a en outre considéré que le Pakistan est un « État qui n'est pas partie à la Convention de La Haye ni au Règlement », ce qui signifie que la compétence peut être fondée sur l'article 14 du Règlement Bruxelles II *bis* en vertu duquel le droit interne de l'Irlande doit être appliqué.

L'article 11 de la loi de 2000 sur la protection des enfants, qui transpose en droit irlandais la Convention Protection des enfants de 1996, confère à la cour le pouvoir de prendre une mesure de protection.

La cour n'était pas d'accord avec l'argument du père selon lequel, en vertu de cette disposition, il devrait y avoir une ordonnance de retour automatique pour permettre aux tribunaux pakistanais de régler les modalités de garde et de visite des enfants en raison de l'illicéité du déplacement des enfants au sens de l'article 7 de la Convention Protection des enfants de 1996. La Cour a estimé que l'expression « déplacement illicite » était un terme juridique à apprécier au regard de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 qui, en l'espèce, ne s'appliquait pas étant donné que l'adhésion du Pakistan à la Convention n'avait pas été acceptée par l'UE.

La cour a examiné l'existence d'un certain degré de rattachement entre ces enfants et le Pakistan, mais ce degré de rattachement est toujours plus important avec l'Irlande, et a conclu que les enfants devraient être encouragés à maintenir un lien avec leur patrimoine culturel et linguistique au Pakistan, ce qui peut arriver en Irlande en tant que société multiculturelle.

La cour était d'avis qu'elle ne causerait pas de préjudice irréparable aux enfants en refusant de rendre une ordonnance de retour au Pakistan⁶.

Après cette appréciation « négative », la cour a continué en affirmant qu'il était dans l'intérêt supérieur des enfants de rester sous la garde de leur mère en Irlande.

En dernier lieu, la cour a admis que, même si elle devait appliquer les normes de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 qui ne peuvent s'appliquer du fait que le Pakistan n'est pas Partie contractante, les objections des enfants remplissaient, en l'espèce, les conditions de l'article 13(2) de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980. En effet, les enfants s'étaient forgés eux-même leur opinion et étaient bien placés pour juger de la situation. Ils s'opposaient fermement à leur retour définitif au Pakistan, et cela n'était pas simplement l'expression d'une préférence pour un parent en particulier; ces objections étaient fondées sur des événements traumatisants survenus pendant leur séjour au Pakistan.

En conclusion, la cour a refusé de rendre une ordonnance de retour des enfants, et a annulé les ordonnances provisoires rendues.

G. Commentaires

Il est intéressant de noter que le père a trouvé un fondement à sa stratégie procédurale dans une affaire britannique où le retour d'un enfant au Maroc avait été ordonné dans le cadre d'une procédure de retour fondée sur l'article 11 de la Convention Protection des enfants de 1996.

La Cour suprême du Royaume-Uni a jugé dans l'affaire *Re J.*⁷ que l'article 11 de la Convention Protection des enfants

de 1996 donne compétence à un tribunal d'ordonner le retour d'un enfant dans l'État où ce dernier a sa résidence habituelle, en soulignant trois conditions : i) l'affaire revêt un caractère urgent ; ii) le tribunal a compétence en raison de la présence de l'enfant ou de ses biens ; et iii) il convient de prendre des mesures de protection.

Bien qu'il faille distinguer ces deux affaires, notamment sur le fait que, contrairement au Pakistan, le Maroc est lui Partie à la fois à la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et à la Convention Protection des enfants de 1996, et sans tenir compte des circonstances des faits des affaires, ce choix procédural du requérant est théoriquement novateur et adéquat, et pourrait se révéler efficace pour assurer le retour dans les affaires d'enlèvement impliquant un État non-signataire. En effet, la Haute Cour irlandaise a admis que cette stratégie était juridiquement correcte.

Alors que, entre les Parties contractantes, la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 repose sur le principe selon lequel le retour doit être ordonné sauf si l'une des exceptions prévues à l'article 13 a été établie, une demande de retour fondée sur l'article 11 de la Convention Protection des enfants de 1996 ne serait accordée que s'il est établi que le retour de l'enfant dans son État d'origine constitue une mesure de protection nécessaire et urgente pour cet enfant.

La condition d'urgence est clairement expliquée par Paul Lagarde dans le Rapport explicatif sur la Convention Protection des enfants de 1996 : « On peut dire qu'on est en présence d'une situation d'urgence au sens de l'article 11, lorsque la situation, s'il n'y était porté remède que par la voie normale prévue aux articles 5 à 10, serait susceptible d'entraîner un préjudice irréparable à l'enfant. La situation d'urgence justifie donc une dérogation à la règle normale et doit de ce fait être entendue assez strictement »⁸.

Certes, comme l'a observé la cour irlandaise, la Cour suprême du Royaume-Uni a rejeté cette approche stricte dans l'affaire *Re J.*, et était plus disposée à ordonner le retour de l'enfant au Maroc, considérant que d'éventuelles objections au retour analogues à celles prévues par l'article 13 de la Convention de 1980 pourraient devenir pertinentes dans le cadre de cet examen. Toutefois, à la différence de l'affaire marocaine, pour un État non partie à la Convention de La Haye comme le Pakistan, il semble évident que la nécessité d'une mesure de protection devrait être évaluée au regard du critère et de l'orientation du Rapport explicatif selon lesquels une telle mesure ne devrait être prise que pour « éviter un préjudice irréparable » à l'enfant.

Il convient de noter qu'une demande fondée sur l'article 11 de la Convention Protection des enfants de 1996, contrairement à une demande fondée sur la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, offre la possibilité au défendeur (c.-à-d., le parent ayant soustrait l'enfant) de présenter une

demande reconventionnelle pour des mesures de protection supplémentaires qu'il juge nécessaires pour une protection urgente des enfants. Dans l'affaire irlando-pakistanaise, on peut se demander pourquoi la mère, qui s'opposait à la demande de son mari, n'a pas demandé une ordonnance de garde urgente qui aurait garanti ses droits parentaux sur les enfants en Irlande, et aurait empêché le père de prendre d'autres mesures, telles que retirer les enfants de l'école pour forcer le retour des enfants au Pakistan. Compte tenu des circonstances de l'espèce, la mère se trouvait dans une position favorable pour demander le droit de garde au juge irlandais, soit comme mesure d'urgence sur la base de l'article 11 de la Convention Protection des enfants de 1996, soit même sur le fond de l'affaire, sur la base du chef de compétence résiduel fondé sur la citoyenneté irlandaise des enfants.

Cette affaire irlando-pakistanaise illustre parfaitement les larges possibilités offertes par la disposition de l'article 11 de la Convention Protection des enfants de 1996 comme alternative à la procédure de retour prévue par la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, en particulier mais pas uniquement, lorsque des États non parties sont concernés.

1. Convention de la HCCH 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.
2. Convention de la HCCH du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.
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, également appelé « Règlement Bruxelles II bis ».
4. Art. 8.1. se lit comme suit : « Les juridictions d'un État membre sont compétentes en matière de responsabilité parentale à l'égard d'un enfant qui réside habituellement dans cet État membre au moment où la juridiction est saisie ».
5. En droit irlandais, la loi de 2000 sur la protection des enfants (Convention de La Haye).
6. La cour a ajouté qu'il se pourrait même que le retour des enfants au Pakistan et la séparation de leur mère puissent leur causer un préjudice irréparable.
7. *Re J.* (A Child) (1996 Child Protection Convention) (Maroc) [2015] UKSC 70.
8. Rapport explicatif, para. 68.

5. Contribution au retour sans danger de l'enfant dans les affaires de déplacement illicite

Par le Dr Maria Lilian Bendahan, Juge de la cour d'appel en matière familiale, Montevideo (Uruguay).

La Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (ci-après, la « Convention Protection des enfants de 1996 ») est une Convention de « protection » qui vise à remplacer la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs. Dans son préambule, la Convention Protection des enfants de 1996 indique qu'elle s'inscrit dans le cadre de la Convention des Nations Unies de 1989 relative aux droits de l'enfant. En effet, le préambule souligne les deux principaux piliers sur lesquels repose la Convention : la coopération internationale et l'intérêt supérieur de l'enfant.

Par ailleurs, la Convention Protection des enfants de 1996 est indéniablement liée à 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 »), pour laquelle, dans certaines affaires, celle-ci est instrumentale (notamment dans les affaires d'enlèvement international d'enfants), complémentaire et essentielle (affaires relevant des art. 7 à 9). Dans d'autres affaires, la Convention Protection des enfants de 1996 vient supplanter la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, en particulier dans les affaires d'enlèvement d'enfants vers des États non parties à la Convention Enlèvement d'enfants de 1980.

Conformément à ces trois Conventions (la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et la Convention Protection des enfants de 1996), l'État qui ordonne le retour est tenu de protéger l'enfant et d'assurer son retour sans danger.

La Convention Protection des enfants de 1996 prévoit que les autorités de l'État contractant sur le territoire duquel l'enfant se trouve (l'enfant peut se trouver dans un État autre que celui de sa résidence habituelle pour diverses raisons) sont compétentes pour prendre des mesures de protection. Il s'agit là d'une des exceptions à la règle générale de compétence énoncée à l'article 5 de la Convention Protection des enfants de 1996, exception qui peut être considérée comme étant le principal avantage de cette Convention.

Cette disposition contribue plus précisément à la sécurité juridique en résolvant expressément la question de

compétence qui découle de l'article 16 de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980.

La Convention Protection des enfants de 1996 vient confirmer la règle générale selon laquelle l'État contractant de la résidence habituelle de l'enfant est compétent (art. 5 à 12), et énoncer les exceptions à cette règle pour certaines affaires et certains délais (jusqu'à ce que l'État contractant de la résidence habituelle soit en mesure de prendre les mesures de protection nécessaires). Ces exceptions s'appliquent aux situations où certaines conditions essentiellement liées à l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 7 à 10) sont remplies et également aux cas d'urgence (art. 11).

Ces dernières, c'est-à-dire les mesures de protection en cas d'urgence, sont destinées à être reconnues et exécutées dans l'État contractant de la résidence habituelle, au même titre que toutes les autres mesures de protection prévues par la Convention (Chapitre IV de la Convention Protection des enfants de 1996, art. 23 et s.). Ces mesures cessent d'avoir effet lorsque des mesures appropriées sont prises par l'État contractant de résidence habituelle, assurant ainsi la protection effective et continue de l'enfant (art. 11(2)).

Le retour sans danger de l'enfant à la suite d'une ordonnance de retour dans les affaires d'enlèvement d'enfant en est une illustration classique.

Cette étape s'avère être l'une des plus difficiles de la procédure de retour. L'avantage de l'article 11 est que la délivrance d'une ordonnance miroir devient superflue (car les ordonnances miroir sont souvent lourdes étant donné l'absence d'un juge « homologue » a priori dans la plupart des affaires). Au lieu de délivrer une ordonnance miroir, l'application de cette Convention permet au juge chargé du retour (dans l'État requis) de rendre une ordonnance de protection. Cette mesure sera reconnue de plein droit dans tous les autres États contractants en vertu de l'article 23. Conformément à l'article 24, toute personne intéressée peut toutefois demander la reconnaissance préalable de la mesure. Conformément à l'article 26, toute partie intéressée peut demander que la mesure soit déclarée exécutoire ou enregistrée aux fins d'exécution dans l'État de résidence habituelle (c.-à-d., dans l'État requérant).

L'expérience de l'Uruguay (qui a signé la Convention Protection des enfants de 1996 en 2009 et l'a approuvée par la loi No 18.535 du 11 août 2009) a démontré que cela facilite l'exécution des ordonnances de retour, notamment lorsque le retour est ordonné sous la condition que l'État requérant assure la sécurité de l'enfant et de sa mère contre la violence domestique du père demandant le retour.

Dans ces affaires, lorsque les deux États sont Parties à la Convention Protection des enfants de 1996, une

ordonnance de protection peut être rendue par le tribunal saisi de la procédure de retour (État requis) en vertu de l'article 11 sans qu'il soit nécessaire de délivrer une ordonnance miroir ou de demander la reconnaissance dans l'autre État partie, par exemple, une ordonnance d'éloignement temporaire avec une visite surveillée de l'autre parent.

Il s'agit d'affaires dans lesquelles une plainte pour violence ou abus établie *prima facie* donnerait lieu à l'application de l'exception de l'article 13(1)(b) de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 si l'article 11 ne pouvait pas être appliqué. Il s'agit également d'affaires qui ne sont pas aussi graves, mais dans lesquelles un certain degré de violence est établi.

L'application de la Convention Protection des enfants de 1996 et de son article 11 permettra dans ces deux types d'affaires d'éviter que l'enfant ne souffre à son retour dans l'État de sa résidence habituelle (risque potentiel établi pendant l'enquête sommaire dans l'État requis). L'application de l'exception de l'article 13(1)(b) de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 devient superflue dans le premier scénario étant donné que, même en présence d'un risque grave mais évitable, le retour ne placerait pas l'enfant dans une situation intolérable au sens de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980.

Et là où le risque n'est pas si grave, le retour sans danger (qui est l'un des objectifs fondamentaux de la Convention) sera toujours possible.

Dans les affaires où un certain niveau de violence a été établi par présomption et où l'on peut envisager que les preuves ne seraient pas suffisantes pour établir l'exception du risque grave, l'État requis qui ordonne le retour de l'enfant est toujours lié par le principe juridique de l'intérêt supérieur de l'enfant.

RAPPORT ENTRE LA CONVENTION ENLÈVEMENT D'ENFANTS DE 1980 ET LA CONVENTION PROTECTION DES ENFANTS DE 1996

La question abordée dans cet article est considérée à l'heure actuelle comme l'une des questions les plus cruciales en ce qui concerne la résolution des affaires de retour international d'enfants, dans les affaires relevant ou non de la Convention de La Haye.

Dans le premier scénario en particulier (c.-à-d., lorsque la Convention Protection des enfants de 1996 vient compléter la Convention Enlèvement d'enfants de 1980), la question se pose plus particulièrement lorsque le juge doit apprécier la preuve *prima facie* de l'existence possible d'un risque grave (par ex., en se fondant sur une situation directement violente ou abusive envers l'enfant ou une situation où la violence est indirectement exercée envers

la mère ayant retenu l'enfant). Le tribunal est toujours tenu de procéder à une vérification avant de rendre une décision concernant le retour de l'enfant.

Comme indiqué dans un article précédent (voir *Cuestiones complejas en los Procesos de Restitución Internacional de Niños en Latinoamérica*, Ed. Porrúa, Mexique, première édition 2017, ouvrage collectif coordonné par Lázaro Tenorio, Nieve Rubaja, Florencia Castro, p. 289 et s.), même si les preuves obtenues sur l'existence de la violence sont importantes, elles ne constituent pas la partie la plus cruciale de l'enquête du juge.

Le juge doit plutôt se concentrer sur l'essentiel de la question : après avoir établi (sur la base d'une évaluation sommaire) l'existence d'un type quelconque de violence à l'égard de la mère, de l'enfant ou des deux, le juge devra déterminer quelles mesures de protection efficaces sont disponibles dans l'État de résidence habituelle.

En d'autres termes, c'est à ce stade que le juge décidera exceptionnellement si le principe fondamental de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 (« le juge de l'État de la résidence habituelle est le mieux placé pour protéger l'enfant ») sera contourné ou non.

Par ailleurs, c'est à ce stade (et selon nous, pas avant) et c'est sur ce point que nous devons faire tout notre possible pour déterminer si l'enfant doit ou non être retourné dans son « for naturel ».

MESURES DE PROTECTION. CRITÈRES D'ÉVALUATION

Lors de l'analyse du contexte théorique consacré à l'étude globale de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et à l'étude particulière de l'exception prévue à l'article 13(1)(b), nous constatons que l'évaluation de la disponibilité de mesures de protection adéquates et efficaces dans une affaire particulière ne constitue pas dès le départ un point central. Cette évaluation est souvent traitée comme un devoir du juge qu'il exercera après avoir pris une décision. Cela met à tort l'accent sur la détermination de l'existence ou non d'une situation réelle de violence.

Toutefois, nous soutenons que l'évaluation sommaire effectuée (si le juge a raisonné correctement) devrait mener à cette question fondamentale : les mesures de protection efficaces. Nous pourrions dire que l'évaluation est en fait destinée pour cela.

Nous commencerons par nous demander : de quoi dépend la notion de protection dans l'État de résidence habituelle ? S'agit-il de l'existence de protection dans le système juridique de l'État de résidence habituelle ?

Dans la plupart des États de *common law* et de droit civil, cette protection est, en théorie du moins, offerte aux citoyens. Il s'agit ici d'un système de justice efficace,

intégré non seulement par le pouvoir judiciaire mais aussi par les autorités administratives (police) et les services de poursuites, les services de santé et de développement social (etc.), qui offrent la possibilité de se présenter devant une autorité, administrative (police) ou judiciaire, pour porter plainte, recevoir de l'aide et des conseils, ainsi que pour bénéficier de mesures de protection. C'est l'accès à la justice considéré comme un système global.

Par conséquent, en tant que juges, lorsque nous procéderons à cette vérification, nous constaterons généralement que, théoriquement parlant, la protection est effectivement disponible dans l'État de la résidence habituelle de l'enfant.

Si nous approfondissons cette question, l'accès à la protection dépend-il de la disponibilité des moyens financiers ?

En d'autres termes, le juge saisi de l'affaire devrait-il vérifier l'accès à la protection d'un point de vue financier ?

Sans aucun doute, la réponse est oui car, naturellement, si la justice est disponible mais seulement à un coût, et que la personne qui doit retourner avec l'enfant n'a pas les moyens de se l'offrir, cela posera quelques difficultés pratiques (mais non insurmontables) qui doivent être prises en compte.

DES MESURES DE PROTECTION « EFFICACES »

Cependant, nous devons aller encore plus loin.

Car nous avons besoin de mesures de protection exécutées / exécutoires et efficaces *pour chaque affaire particulière*.

N'oublions pas que nous nous trouvons face à un scénario dans lequel nous disposons, à tout le moins, de certains éléments de preuve que nous avons été en mesure de recueillir, qui sont convaincants (suffisamment convaincants car une « pleine conviction » n'est pas nécessaire) et qui indiquent que la violence alléguée pour s'opposer au retour est réelle. Ce sera un problème auquel il faudra faire face si la mère (le plus souvent) retourne avec son enfant dans l'État de résidence habituelle.

À ce stade de l'analyse, le juge décidera et appliquera la mesure de protection la mieux adaptée en l'espèce.

Si l'État requérant et l'État requis sont tous deux Parties à la Convention Protection des enfants de 1996, nous appliquerons l'article 11 pour prendre des mesures de protection en cas d'urgence afin d'aider la mère et l'enfant (nous examinons l'un des scénarios les plus complexes où la mère qui est le parent ayant soustrait l'enfant a également la charge principale de l'enfant), tant que les autorités dans l'État de résidence habituelle n'ont pas pris les mesures adéquates pour protéger l'enfant dès le retour effectif.

Naturellement, l'application de ce mécanisme ou d'un mécanisme similaire (tel que les « ordonnances miroirs » dans les affaires où la Convention Protection des enfants de 1996 n'est pas en vigueur dans les deux États) nécessitera une série de dispositions aussi complexes que la prise de décision elle-même.

À ce stade, selon l'affaire, nous devons encore procéder à une autre vérification.

Il est possible, comme on peut le voir dans la pratique, que même si nous parvenions à faire fonctionner parfaitement tous ces mécanismes, nous ne serions peut-être toujours pas en mesure d'assurer une protection adéquate à l'enfant en question pour un certain nombre de raisons.

En résumé, nous constatons que dans certaines affaires, ce que l'on appelle le « retour sans danger » n'est tout simplement pas possible.

Si nous prenons connaissance de cette circonstance parce qu'elle découle de l'enquête au cours de la procédure de retour, cela empêchera le retour, c'est-à-dire que nous serons confrontés à un des scénarios où l'exception s'applique.

Dans certaines affaires, l'application de l'exception sera évidente dès le départ, par exemple lorsque l'enfant a été enlevé de son État de résidence habituelle qui est affecté par la guerre ou par une catastrophe naturelle.

Toutefois, déterminer si l'exception s'applique peut s'avérer particulièrement complexe dans des affaires telles que celle qui a inspiré la présente section : les affaires de violence ou d'abus directs ou indirects présumés contre l'enfant.

Dans certaines affaires (non pas les plus fréquentes mais sans doute les plus critiques), la mère elle-même peut être celle qui n'est pas en mesure d'assurer les mesures de protection obtenues.

Dans ce type de situation, sans préjudice de la confiance placée dans l'autre État partie à la Convention, dans ses institutions ainsi que dans les juges naturellement compétents, il existe des affaires complexes où l'exception doit être appliquée. Cette confiance découle du fait que les États parties appartiennent à la même communauté juridique protégée par des principes et préceptes communs. Il faut comprendre que faire partie de la communauté implique également le devoir de protéger les membres les plus vulnérables lorsque l'une des situations exceptionnelles prévues par la Convention est établie.

**AFFAIRE « S » CONTRE « U », APPLICATION
CONJOINTE DES CONVENTIONS DE 1980 ET DE 1996**

À l'inverse, dans une affaire récente intitulée « S » contre « U » (arrêt rendu par la cour d'appel dont je fais partie, en date du 22 décembre 2016, non publié), la mère a enlevé sa fille de quatre ans prénommée « N » d'Espagne, État de la résidence habituelle de l'enfant. L'enfant était de nationalité espagnole, comme son père, et sa mère était uruguayenne. La mère a emmené sa fille en vacances en Uruguay avec l'autorisation du père, et elle était supposée rentrer à la fin de la période des vacances, comme ils l'avaient fait les années précédentes.

Au moment du retour, le couple s'est séparé et la mère est restée en Uruguay avec l'enfant. Mme « U » a déclaré qu'on lui a conseillé d'emmener sa fille chez un psychologue et de commencer une thérapie après que cette dernière ait fait un dessin pendant le vol pour Montevideo. La mère soutenait que d'après ce que sa fille avait dit (principalement au psychologue) il était possible d'établir que cette dernière avait été victime d'abus sexuels de la part de son père. Elle a présenté un grand nombre d'éléments de preuve, de rapports d'experts et de témoignages de membres de sa famille, tous obtenus en Uruguay (État requis), et a soulevé l'exception de l'article 13(1)(b) de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980.

Le père avait engagé une procédure de garde en Espagne, ainsi qu'une procédure pénale pour enlèvement contre la mère.

La décision de première instance a ordonné le retour de l'enfant après ne pas avoir trouvé de motifs pour en décider autrement, déclarant que l'abus sexuel n'avait pas été établi.

En deuxième instance, la Cour a examiné les éléments de preuve, et même si les experts indépendants, en particulier le psychologue et le médecin, n'ont trouvé aucune trace d'abus, ils n'ont pas écarté la possibilité que cela se soit produit (cela est très courant dans ce type d'affaires), car le rapport social coïncidait avec la preuve fournie par la mère sur l'existence de l'abus.

La Cour a confirmé la décision de retour mais a ordonné certaines mesures de protection comme conditions du retour effectif.

Le tribunal de seconde instance a estimé que certains éléments faisaient défaut pour décider s'il s'agissait d'un abus. Toutefois, il n'a pas jugé nécessaire d'enquêter plus sur la question.

Les éléments de preuve n'indiquaient pas qu'un retour sans danger était impossible, bien au contraire. Malgré des évaluations solides allant dans ce sens, le climat entre les parties jusqu'à leur arrivée en Uruguay avait été assez

cordial, et leurs échanges semblent montrer qu'elles avaient eu à surmonter une crise d'une certaine violence qui a conduit à leur séparation.

Des éléments indiquent que l'action pénale contre la mère dans cette seconde instance avait été rejetée. Cela s'explique par le fait que les parties avaient conclu un accord de retour conditionnel en première instance, qui n'avait pas été confirmé à temps en Espagne et avait donc expiré. Toutefois, il n'y avait aucune trace du fait que le rejet de l'affaire était définitif.

Compte tenu de l'ensemble des preuves, la Cour d'appel a conclu dans l'ensemble que les mesures de protection étaient applicables. Elle a indiqué que, même s'il était prouvé que les allégations d'abus étaient fondées, si les mesures de protection étaient rendues effectives, la mère serait en mesure d'engager une procédure de garde et même de présenter l'affaire d'abus devant les tribunaux compétents.

La personnalité de la mère, son état mental et ses ressources économiques ont entre autres été pris en compte afin d'évaluer si elle serait en mesure de maintenir les mesures de protection ordonnées en vertu de la Convention Protection des enfants de 1996.

Comme il y avait eu une procédure pénale engagée dans l'État d'origine, il était important de protéger l'enfant des vicissitudes de l'affaire (une affaire qui aurait été classée, mais cela sans certitude) en raison de son jeune âge (sa mère avait la charge principale de l'enfant). En outre, et même lorsque la preuve était incomplète, l'obligation était de protéger l'enfant contre tout cas de violence et / ou d'abus, et sur ce point la cour est restée muette.

Une mesure de protection a donc été ordonnée : la garde provisoire de l'enfant a été confiée à la mère, et une ordonnance d'éloignement de 500 mètres a été prononcée contre le père. Plus important encore, le retour de l'enfant a été ordonné sous réserve de deux conditions cumulatives : 1) que la partie requérante prouve devant l'État requérant (Uruguay) la reconnaissance judiciaire de l'ordonnance de protection rendue par le juge compétent dans le ressort espagnol en vertu de l'article 11 de la Convention Protection des enfants de 1996 ; et 2) que la partie requérante démontre que l'abandon des poursuites pénales contre la mère était définitif et donc sans appel.

Étant donné que la reconnaissance judiciaire en vertu de l'article 24 de la Convention Protection des enfants de 1996 est régie par le droit interne de chaque État partie (principalement la procédure et la durée, qui sont très importantes), et afin d'assurer le retour de l'enfant sans danger, le retour a été effectivement retardé jusqu'à ce qu'une décision sur la reconnaissance des mesures de protection soit effectivement obtenue.

En ce qui concerne la procédure pénale, l'une des circonstances de fait qui constitue un obstacle essentiellement insurmontable est lorsque la mère a la charge principale de l'enfant et, en raison de certaines circonstances, comme en l'espèce, que la garde ne peut être attribuée au père. C'est la raison pour laquelle, comme condition au retour effectif de l'enfant, la finalité de l'abandon de la procédure pénale, qui figurait en principe dans le dossier, devait être formellement démontrée.

En l'espèce, ce n'est que lorsque les mesures ont été ordonnées que le tribunal de seconde instance a décidé de confirmer partiellement la décision de la première instance d'ajouter la condition susmentionnée avant de procéder à la restitution.

La réalisation de tous les travaux matériels et intellectuels entrepris dans cette affaire, dans les brefs délais prévus par la loi procédurale spéciale No 18.895/2012 de l'Uruguay pour remplir l'obligation prévue par le traité, constitue un véritable défi.

En l'espèce, les délais ont été respectés en première et deuxième instance.

L'Espagne a reconnu les mesures de protection. Afin de retarder l'exécution de l'ordonnance de retour (la recevabilité de ce recours était discutable puisque la loi procédurale n'admet précisément que deux instances), la mère a formé un recours extraordinaire devant la Cour suprême de l'Uruguay, arguant que l'enfant n'avait pas bénéficié d'une défense équitable et impartiale de la part de l'avocat commis d'office désigné par le pouvoir judiciaire dans les deux instances précédentes. Cependant, la Cour suprême n'a trouvé aucun fondement à ces allégations et a finalement ordonné le retour de l'enfant en Espagne avec sa mère.

Selon des informations parues dans la presse, l'accusation d'abus a été rejetée dans l'État de résidence habituelle et le tribunal a ordonné que l'enfant reprenne contact avec son père.

6. Contribution à un régime procédural pour les affaires de retour au Portugal en vertu de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980

Par António José Fialho, Juge, membre portugais du Réseau international de juges de La Haye.

La liberté de circulation, l'établissement d'une résidence ou des meilleures conditions de travail dans un monde qui se mondialise rapidement ne peuvent qu'entraîner une augmentation des unions entre personnes de nationalités différentes. Ces situations ne sont pas à l'abri de la dissolution du statut familial qui caractérise les sociétés contemporaines et complexifie les relations familiales transfrontières car elles nécessitent l'intervention de deux ou plusieurs systèmes juridiques pour résoudre les différents problèmes qui se posent.

Ces nombreux changements dans la société internationale (mobilité transnationale accrue des personnes et des familles en raison du développement de la technologie et des transports, de l'assouplissement des restrictions aux frontières dans certaines régions, des déséquilibres socio-politiques et économiques et même de la mondialisation des activités professionnelles) ont amené la communauté mondiale à explorer des mécanismes afin de relever les défis associés à un monde en expansion.

L'éclatement d'une unité familiale entraîne souvent des conflits quant au sort des enfants ou à la préservation de la coexistence familiale. Ces conflits sont marqués par des émotions intenses, ce qui entraîne des comportements qui perturbent ou menacent les liens avec l'une des branches de la famille de l'enfant.

Consciente de cette réalité et attentive aux complexités et difficultés introduites par les relations familiales transfrontières, la communauté internationale a fait du droit au regroupement familial en cas de séparation parentale l'un des droits fondamentaux de l'enfant. La communauté internationale a demandé à ce que les États adhèrent à des instruments bilatéraux ou multilatéraux visant à empêcher le déplacement ou le non-retour illicite d'enfants (art. 11 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant de 1989).

Cette volonté internationale en faveur de la protection des familles et des enfants a conduit à la création de nombreux mécanismes destinés à sauvegarder ces droits, visant à pallier les entraves des systèmes juridiques en conflit et à unifier les règles dans un régime international central.

La Convention Enlèvement d'enfants de 1980 protège l'intérêt supérieur de l'enfant en s'efforçant d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus

illicitement dans tout État contractant et garanti en outre que les droits de garde et de visite prévus par la loi d'un État contractant soient respectés dans les autres États contractants. Cette Convention limite également l'examen du bien-fondé de l'affaire, en ce sens qu'une décision concernant le retour de l'enfant ne doit pas être considérée comme une décision sur le fond d'une question portant sur la garde.

La Convention Enlèvement d'enfants de 1980 vise à rétablir le statu quo avant tout déplacement ou non-retour illicite et à dissuader les parents de tenter de décider du for qui sera chargé de déterminer les questions de fond relatives au bien-être de l'enfant. Un examen détaillé de l'intérêt supérieur de l'enfant par l'État requis irait à l'encontre de ces objectifs fondamentaux.

Cependant, aucun de ces instruments¹ ne définit les règles de procédure qui devraient régir le retour de l'enfant, qui plus est, le droit procédural national ne prévoit pas de procédure spécifique dans ce domaine.

Il est donc nécessaire que la procédure juridique interne prévoie, en particulier :

- a) Une procédure simplifiée, étant donné que le but de cette action n'est pas de discuter du droit de garde mais seulement des conditions positives et négatives afin de décider ou de refuser le retour de l'enfant déplacé ou retenu illicitement ;
- b) Une procédure fondée sur le principe du contradictoire ;
- c) Une procédure urgente et rapide, en prenant comme référence le délai de six semaines pour la prise de décision ;
- d) Une procédure garantissant qu'un enfant d'âge et de maturité suffisants puisse être entendu et exprimer librement et adéquatement son opinion.

Les questions relatives aux responsabilités parentales sont régies par le régime général portugais de la procédure de la tutelle civile, qui établit la procédure applicable en matière de garde.

En l'absence d'une procédure spécifique applicable aux demandes de retour, une procédure commune a généralement été utilisée dans la pratique judiciaire. Celle-ci prévoit uniquement que « le juge peut ordonner les mesures qu'il considère comme étant nécessaires avant de rendre une décision définitive » [traduction du Bureau Permanent].

Toutefois, l'application de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 présente des complexités en soi : premièrement, la nécessité de concilier de nombreux concepts juridiques indéterminés qui ne sont pas couverts par le droit interne ; deuxièmement, le fait que ces affaires ne se produisent pas fréquemment ; et troisièmement, que

l'urgence des affaires qui se produisent exige que le juge prenne des décisions rapides sans avoir la possibilité d'évaluer correctement toutes les questions présentées².

D'autres États ont adopté des mécanismes procéduraux internes pour la mise en œuvre de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, ce qui a permis d'accroître l'efficacité du processus décisionnel, d'élaborer des procédures uniformes, d'améliorer les mécanismes de communication et de confiance mutuelle entre les autorités concernées, de renforcer la sécurité et la certitude et d'autres avantages qui ne peuvent que conduire le Portugal à emprunter une voie semblable.

Un régime procédural interne devrait donc tenir compte, entre autres, de cet ensemble d'avantages obtenus dans d'autres systèmes juridiques, ainsi que d'autres instruments procéduraux qui pourraient faciliter ou simplifier les tâches des tribunaux, des autorités centrales et des réseaux judiciaires.

Cette contribution ne vise pas à proposer une proposition finale de système procédural, mais seulement à souligner certains aspects qui, à notre avis, appellent une réflexion appropriée du législateur, en gardant à l'esprit la refonte du règlement Bruxelles II *bis*.

En droit interne, la compétence pour prendre des mesures visant à protéger la personne ou les biens ou pour décider des responsabilités parentales est assumée par les tribunaux de l'État de la résidence habituelle de l'enfant.

Par conséquent, les affaires dans lesquelles le Portugal est l'État requis dans le cadre d'un déplacement illicite d'enfants sont maintenant traitées par environ 112 tribunaux différents avec différents niveaux de spécialisation.

L'interprétation et l'application des règles juridiques relatives aux affaires impliquant une décision de retour d'un enfant en vertu de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 peuvent donner lieu à des difficultés pour le juge, et seul un modèle approprié de concentration de compétence permettrait donc de pallier ces difficultés.

Les procédures de retour de l'enfant sont complexes non seulement en raison de la nécessité de concilier des instruments normatifs internationaux, mais aussi en raison des nombreux concepts juridiques non couverts par le droit interne ainsi que de l'existence d'intérêts antagonistes et de la nécessité d'une réponse rapide afin d'éviter le risque d'affaiblir la relation affective entre l'enfant et le parent délaissé.

Un modèle de procédure pour l'application des conventions devrait également définir spécifiquement l'étendue de l'assistance administrative fournie par l'Autorité centrale portugaise dans le contexte du retour de l'enfant, ainsi que l'intervention d'autres autorités qui

pourraient être appelées à exécuter une décision de retour rendue par les tribunaux.

Une juridiction saisie d'une demande de retour d'un enfant agit avec célérité, selon les procédures les plus rapides prévues par le droit interne.

Au Portugal, cette exigence a été satisfaite en accordant l'urgence à la procédure de protection civile ; toutefois, cette procédure a rarement été autorisée afin de se conformer au délai de six semaines, à plus forte lorsqu'un recours a été formé contre la décision.

Ainsi, il est indispensable d'adopter des instruments qui garantissent une procédure rapide, fixent des délais maximaux pour les décisions et incluent la sécurité juridique nécessaire ainsi que le respect des droits procéduraux fondamentaux.

Une procédure juste et équitable doit donner à chaque partie la possibilité de présenter ses moyens de fait et de droit devant le tribunal avant qu'une décision ne soit rendue, c'est-à-dire, avoir la possibilité d'être entendue.

Le principe du contradictoire vise à assurer la participation réelle des parties tout au long de la procédure en leur permettant, en toute égalité, de verser les pièces nécessaires au débat (principe d'influence), en exposant leurs faits, en réfutant les faits allégués par l'autre partie et en avançant les preuves pertinentes afin d'établir ces faits.

Le droit de l'enfant d'être entendu implique que tous les enfants capables de discernement ont le droit d'exprimer librement leurs opinions sur les questions qui les concernent et, selon leur âge et leur maturité, de prendre part à toutes décisions les concernant.

Les approches en ce qui concerne l'audition des enfants déplacés ou retenus illicitement étant parfois considérablement différentes d'un État à l'autre, ni la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 ni le Règlement de Bruxelles II bis ne prévoient de procédures à respecter à cet égard.

L'audition de l'enfant dans une affaire judiciaire est non seulement un moment extrêmement intense pour l'enfant, mais elle est aussi un moment particulièrement éprouvant pour les professionnels impliqués. Ces derniers doivent posséder la formation et l'expérience nécessaires afin de procéder à l'audition ; ils doivent être capables d'interpréter les comportements non verbaux et avoir une connaissance adéquate des divers éléments qui peuvent devoir être pris en compte au cours de l'audition (le lieu, le déroulement de l'entretien, le niveau de développement de l'enfant et enfin les éléments liés aux adultes procédant cette audition).

Chaque processus porte un nom et à chacun de ces processus correspond un visage et une voix ou toute autre forme d'expression. Bien qu'il concerne l'enfant, le processus fait partie du monde des adultes et l'audition de l'enfant, même s'il s'agit d'un droit de l'enfant, avec des règles inconnues, ne doit pas contribuer à sa fragilité et à son exposition ou devenir une expérience traumatisante.

L'objectif primordial de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 est d'assurer le rétablissement du statu quo ante ; le retour de l'enfant étant la mesure essentielle que les tribunaux de l'État requis doivent résoudre. La procédure ne doit pas être entravée par des discussions portant sur la résidence de l'enfant ou sur l'exercice de la responsabilité parentale qui sont exclusivement réservées aux tribunaux de l'État de la résidence habituelle.

En cas de déplacement ou de non-retour illicite, la possibilité ou la nécessité de sauvegarder un droit de visite entre l'enfant et le parent délaissé peut être justifiée non seulement par la nécessité de mettre en œuvre des droits de visite qui peuvent avoir été accordés dans un autre État, mais également par la nécessité de préserver les liens affectifs entre l'enfant et le parent délaissé.

Cette solution permet non seulement de lutter contre les effets néfastes de la séparation de l'enfant de son père ou de sa mère, mais aussi de permettre au tribunal de se prononcer sur des exceptions éventuelles en ce qui concerne le droit de retour ou de visite.

Il importe de veiller à ce que l'internationalisation des questions juridiques et la recherche de mécanismes efficaces d'entraide judiciaire internationale ne soient pas dépassées par la complexité des relations familiales transfrontières. On sait combien il est facile et rapide de voyager d'un pays à l'autre, d'obtenir un emploi ou une résidence dans un autre pays, de terminer des études ou une formation, de se marier ou d'avoir des enfants, mais l'entraide judiciaire, dans certains cas, dépend encore d'instruments anciens, presque médiévaux ou post-westphaliens.

L'entraide judiciaire fondée sur les réseaux judiciaires et les communications judiciaires directes s'est révélée être un élément essentiel afin d'établir une confiance mutuelle dans les systèmes juridiques concernés, conformément aux décisions rendues par les autorités compétentes des États contractants, en harmonisant les solutions juridiques sur la base de principes communs et de bonnes pratiques.

Malgré la complexité et la diversité des systèmes juridiques, c'est toujours par le biais des tribunaux que les domaines de la liberté et de l'administration de la justice doivent être affirmés. Cela est dû à un sens commun de la coopération entre les juges des États concernés, encourageant l'échange d'expériences et le croisement des concepts et des pratiques. Il est important que cette

coopération soit façonnée par les mêmes valeurs d'ouverture, de partage, de compatibilité, de coopération, de confiance mutuelle et, surtout, en utilisant les moyens de communication les plus récents, efficaces et informels.

De cette manière, le régime procédural devrait également prévoir des procédures juridiques à respecter dans les communications judiciaires directes et dans l'intervention des réseaux judiciaires, dans le respect des lignes de conduite internationales.

La représentation juridique par un avocat est un élément essentiel de l'administration de la justice, requis dans toute procédure et nécessaire devant toute juridiction, autorité ou entité publique ou privée.

Dans les affaires de retour, les questions juridiques peuvent impliquer des complexités que les parents ne sont pas en mesure de résoudre sans les conseils spécialisés nécessaires que seul un avocat peut fournir.

Les implications économiques doivent également être prises en considération dans la mesure où certains parents peuvent ne pas avoir les ressources nécessaires pour désigner un avocat qualifié pour les représenter dans un tel cas, ce qui nécessite donc une assistance juridique.

Conclusions

Les lignes directrices et les recommandations qui ont été adoptées concernant les régimes procéduraux ainsi que notre contribution font toutes deux référence à un ensemble de principes qui peuvent se résumer comme suit :

1. Tout modèle adopté doit respecter les objectifs de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et des autres instruments internationaux relatifs à l'intérêt supérieur de l'enfant et aux droits fondamentaux de l'enfant et des parents, tels qu'ils sont consacrés dans les dispositions liant chacun des États ;
2. Les procédures de retour doivent être menées devant des tribunaux spécialisés, en première instance et en appel, et il est recommandé de concentrer la compétence aux différents stades de la procédure ;
3. La procédure garantit le droit de l'enfant à être entendu, sous réserve de son âge et de sa maturité, en veillant à ce que cette audition soit effectuée par des professionnels spécialisés dans un environnement approprié et, le cas échéant, à ce qu'une assistance soit fournie ;
4. Tout modèle procédural doit garantir l'exécution adéquate par les Autorités centrales de leurs obligations, y compris le devoir de coopération ;

5. Le modèle choisi devrait garantir qu'une procédure rapide est disponible, permettant de prendre une décision dans un délai raisonnable (de préférence dans un délai de six semaines) ;

6. Lorsque cela est possible, les conditions nécessaires au retour volontaire de l'enfant à tout moment du processus de retour, y compris par la médiation, devraient être réunies et garanties ;

7. Les exceptions au retour doivent faire l'objet d'une interprétation restrictive et ne doivent pas être refusées si l'État requérant peut assurer le retour de l'enfant en toute sécurité et, le cas échéant, l'instauration de mesures de protection ;

8. Le recours contre une décision ordonnant le retour doit être examiné dans un délai très court et, de préférence, il ne doit y avoir qu'un seul recours ;

9. Pendant la procédure de retour, le droit de visite de l'enfant auprès du parent délaissé doit être garanti ; ce droit ne peut être limité que s'il est justifié par l'intérêt supérieur de l'enfant ;

10. Les juges participant aux procédures de retour devraient disposer de mécanismes de communication judiciaire directe par l'intermédiaire des réseaux judiciaires et de leurs juges de liaison ou points de contact nationaux ; ces mécanismes devraient être connus des parties.

Il est vrai que la complexité de ce domaine n'a pas empêché l'application ou l'exécution de ces instruments de droit international, mais dans le même temps, le développement de ces instruments n'a pas été à l'abri des difficultés que nous avons tenté d'exposer dans cet article. Il a également été difficile de respecter certaines obligations contractées, en particulier au sein de l'Union européenne.

Ces obligations et exigences découlent de la nécessité d'assurer des procédures justes et équitables qui permettent de prendre des décisions dans un délai raisonnable, mais surtout de mieux prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant qui est déplacé ou retenu illicitement.

-
1. Au Portugal, la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 devrait également être conciliée avec l'application d'autres instruments dont les normes sont importantes afin de compléter le cadre de la protection des enfants en cas de déplacement ou de non-retour illicite :
a) Règlement (CE) No 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 (Bruxelles II bis) ;
b) Convention Protection des enfants de 1996.
 2. La procédure de retour concerne le retour d'un enfant qui a été déplacé ou retenu illicitement dans un autre État, sans tenir compte des aspects relatifs à l'exercice de la responsabilité parental.

3. La pratique judiciaire d'autres États a montré que, bien que les parents (et leurs avocats) soient obligés de parcourir de longues distances pour se rendre au tribunal, ils disent souvent qu'un tel déplacement ne pose pas de problème dans la mesure où ils sont assurés de présenter leur cause devant un tribunal plus spécialisé et habilité ; par conséquent, la spécialisation des tribunaux améliore le degré de satisfaction des parties.
La concentration des compétences consiste à donner compétence à un nombre limité de tribunaux sur une question spécifique ; elle est considérée comme un instrument efficace et essentiel afin d'accélérer le traitement des affaires d'enlèvement d'enfants dans plusieurs États puisque les juges chargés d'évaluer un grand nombre de ces affaires développent des compétences spécifiques.
Selon la structure du système juridique, la compétence pour connaître des affaires de déplacement ou de non-retour illicites d'enfants peut être concentrée dans un tribunal unique pour l'ensemble du pays ou dans un nombre limité de tribunaux.
4. L'art. 11(1) de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et l'art. 11(3), du règlement Bruxelles II bis prévoient que les autorités judiciaires ou administratives des États doivent procéder d'urgence en vue du retour de l'enfant en fixant un délai de six semaines pour statuer, sauf si cela s'avère impossible en raison de circonstances exceptionnelles.
5. Dans une approche plus réaliste, le règlement Bruxelles II bis prévoit un délai de six semaines pour que l'Autorité centrale examine la demande (y compris l'assistance pour connaître le lieu où se trouve l'enfant), pour promouvoir la médiation ou, dans certains cas, pour permettre au demandeur d'avoir un avocat qualifié pour porter l'affaire devant les tribunaux.
Le tribunal disposera d'un délai de six semaines pour décider du retour ou du refus de retour, selon la procédure la plus rapide prévue par le droit national.
Enfin, en cas d'appel, la décision ordonnant le retour de l'enfant doit également être prise dans les six semaines suivant l'introduction du recours, dans tous les cas en garantissant l'existence de circonstances exceptionnelles qui peuvent rendre impossible l'exécution de ces décisions.
Afin d'éviter les recours dilatoires, la Cour peut provisoirement exécuter une décision ordonnant le retour de l'enfant, même si un recours a été formé contre cette décision, quand bien même le droit national ne prévoit pas cette possibilité provisoire d'exécution.
6. La juridiction ne peut refuser le retour de l'enfant si la personne qui a demandé le retour n'a pas eu la possibilité d'être entendue (art. 11(5) du Règlement Bruxelles II bis).
7. Au niveau international, l'audition et la participation de l'enfant sont expressément consacrées par l'art. 12 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, les art. 3 et 6 de la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant, Recommandation 1864 (2009) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Recommandation CM/Rec (2012) du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée pour les enfants, art. 24(1) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Recommandation de la Commission européenne du 20 février 2013 (2013/112/EU).
La complexité des questions soulevées dans les instruments internationaux relatifs au déplacement et au non-retour illicite d'enfants exige que l'audition et la participation de l'enfant à la procédure le concernant tiennent compte des raisons qui peuvent justifier un refus de retour de l'enfant lorsque celui-ci s'oppose à son retour et que le demandeur a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion (art. 13 de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et 11(2), 12 et 13 du règlement Bruxelles II bis) ou comme condition essentielle de la force exécutoire des décisions relatives au droit de garde ou de cohabitation de l'enfant avec ses parents (art. 23(2)(b) de la convention Protection des enfants de 1996 et art. 23(b), art. 41(3)(c) et art. 42(2)(a) du Règlement Bruxelles II bis).
Dans le système juridique national, le droit d'entendre l'enfant est expressément prévu aux art. 4 et 5 du Régime général de la tutelle civile et ces dispositions normatives servent de référence aux art. 84 de la loi sur la protection des enfants et des jeunes, aux art. 47 et 96 de la loi sur les jeunes délinquants, aux art. 3 et 54, (1)(c) et à l'art. 2 du Cadre juridique du processus d'adoption.
8. Il est important que la personne qui procède à l'audition ait reçu une formation adéquate, qu'elle sache comment communiquer avec l'enfant et qu'elle soit consciente du risque de l'influence et des pressions que les parents peuvent avoir sur l'enfant. Il faut également donner à l'enfant toute les informations nécessaires sur la façon d'exercer efficacement son droit et lui expliquer que son audition ne conditionnera pas nécessairement la décision finale qui sera prise et que les moyens utilisés seront adaptés à ses capacités, au rythme et à la capacité d'attention de l'enfant, dans un langage clair et simple, adapté à son âge et à son niveau de compréhension.
9. L'audition doit se dérouler dans un environnement informel et discret, non intimidant, qui renforce la spontanéité et la sincérité de l'enfant, si nécessaire avec l'aide de conseils spécialisés.
10. Les objectifs de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 reposent sur l'idée que la principale victime d'un enlèvement international est l'enfant qui est « retiré » du milieu social et familial qu'il connaît, de ses habitudes et amis, privé de contact avec l'un des parents ou une branche de la famille, instrumentalisé par un parent pour atteindre l'autre, et conduit dans un pays qu'il ne connaît pas, parfois sans parler la langue du pays dans lequel il se trouve.
11. Certaines règles de procédure prévoient expressément qu'une audition préliminaire entre les parents, sous réserve du principe d'immédiateté et d'oralité, doit avoir lieu dans un délai très court, au cours de laquelle le tribunal recherche une solution consensuelle, oriente les parents vers la médiation ou, si cela est impossible, détermine chacune des questions qui empêchent un retour volontaire, et peut également renvoyer la situation aux services de protection des enfants. Lors de cette audience préliminaire, le juge peut également proposer ou déterminer le droit de l'enfant de vivre avec le parent du contact en raison du déplacement ou du non-retour illicite, en particulier pendant la procédure en cours ou en profitant de la présence du parent à l'audience.
12. Afin de faciliter la mise en œuvre et l'application des conventions relatives à la protection des enfants ainsi que la fourniture d'outils de communication entre les juges, le Réseau international de juges de La Haye (RIJH) a été créé pour établir un lien entre les juges concernés, soutenir, assister ou coopérer avec l'Autorité compétente, fournir des communications judiciaires directes pour obtenir des informations sur le statut des procédures, échanger des points de vue, des informations sur le droit applicable ou sur la compétence des tribunaux, les droits de garde ou de visite, éviter des situations de litispendance et harmoniser des décisions en matière préventive ou de protection qui sont fondées sur les meilleurs intérêts des enfants.
13. La confiance mutuelle est un facteur essentiel dans ce type de communication, encourageant des solutions pragmatiques et imaginatives qui sont le plus souvent agrémentées par des connaissances personnelles, des contacts et une assistance mutuelle entre les juges du réseau et les juges nationaux.
14. Cf. (en plusieurs langues) <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6024>.
15. Au Portugal, la qualification des mesures de protection civile impliquant le retour d'enfants déplacés ou retenus illicitement comme procédure soumise à une compétence facultative implique que la représentation légale par un avocat n'est pas obligatoire, sauf au stade du recours.

16. L'avocat est le professionnel dont l'activité est déployée dans « trois aspects : l'appui et l'information juridique, une instance de règlement amiable des conflits et l'agent chargé de la procédure pour les parties ».
17. Par conséquent, la spécialisation devrait également être requise dans le plan d'assistance technico-juridique, ce qui n'est possible qu'avec l'intervention d'avocats préparés à traiter la spécificité de ces questions juridiques, conscients des instruments procéduraux à leur portée et, surtout, qualifiés pour connaître les systèmes juridiques qui peuvent être impliqués et fournir ainsi aux parents le soutien juridique et technique qui leur permettra de faire des choix plus informés sur les options qui peuvent être placées dans ces processus.
18. Une obligation en vertu de l'art. 26 de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et à laquelle le Portugal n'a formulé aucune réserve ou objection.
19. Loi modèle de procédure concernant l'application des conventions relatives à l'enlèvement international d'enfants, élaborée par un groupe d'experts d'Amérique latine réunis par la Conférence de La Haye de droit international privé et l'Institut interaméricain de l'enfant et présenté lors de la deuxième réunion d'experts gouvernementaux du « Programme interaméricain de coopération pour la prévention et la résolution d'affaires d'enlèvement international d'enfants par l'un de leurs parents », Buenos Aires (Argentine), du 19 au 21 septembre 2007) (Doc. info. No 6, mai 2011), disponible à l'adresse <<https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2011info06edf>>
20. Cette contribution a intentionnellement laissé de côté d'autres questions tout aussi absentes dans la densification adjacente, en particulier les procédures de reconnaissance des décisions en matière matrimoniale et des responsabilités parentales dans le cadre de Bruxelles II bis, l'exécution du droit de visite (art. 21 de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980), la demande de transfert de compétence (art. 8 et 9 de la Convention Protection des enfants de 1996 et du Règlement Bruxelles II bis) et le placement transfrontière des enfants (art. 33 et 56 de la Convention Protection des enfants de 1996).

7. Convention Enlèvement d'enfants de 1980 Concentration des compétences en Floride

Par l'honorable Judith L. Kreeger, Juge, Tribunal du onzième circuit judiciaire de Floride (Miami), ancienne membre du Réseau international de juges de La Haye

Par sa récente ordonnance administrative, le Président de la Cour suprême de Floride a créé une concentration de compétence pour que les tribunaux de première instance de l'état de Floride puissent statuer sur les demandes déposées par les parents d'enfants se trouvant en Floride qui cherchent un remède juridique pour leurs enfants sur le fondement de la Convention de la HCCH du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (ci-après, la « Convention »). Cette étape importante devrait permettre à la Floride d'atteindre l'objectif principal de la Convention, à savoir que ces affaires soient jugées dans un délai de six semaines suivant la date de dépôt de la demande par des juges qui disposent d'une connaissance approfondie de la Convention.

Renseignements contextuels : Dans le système judiciaire de l'état de Floride, les affaires relevant de la Convention peuvent être déposées devant n'importe quel tribunal de circuit, soit le tribunal de première instance civil de l'état exerçant une compétence générale. Plus de 500 juges siègent dans les 20 circuits judiciaires de la Floride et sont habilités par la loi à statuer sur ces affaires. La Floride est l'un des quatre principaux états américains qui reçoit le plus grand nombre de demandes fondées sur la Convention (les trois autres états étant l'état de New York, la Californie et le Texas) ; elle en reçoit environ 45 chaque année. De toute évidence, la plupart des juges de la Floride qui président des affaires relevant du droit de la famille n'auront jamais à se prononcer sur une affaire relevant de la Convention. Par conséquent, la formation des juges de Floride se concentre sur leur formation judiciaire continue sur des questions qui relèvent du quotidien telles que le recouvrement des aliments destinés aux enfants, la création d'un plan de parentalité, les pensions alimentaires, le partage des biens et la violence familiale. Le résultat d'un tel système de formation judiciaire est qu'il est probable que les affaires relevant de la Convention ne recevront pas l'attention accélérée et le traitement éclairé qu'elles devraient recevoir.

À la fin du mois d'octobre 2018, le juge Alan Lawson de la Cour suprême de Floride a accepté de prononcer un discours de bienvenue lors de la troisième réunion mondiale des membres du Réseau international de juges de La Haye (RIJH), organisée par la Florida International University à Miami (Floride). Le juge Lawson a passé deux jours sur place et a profité de l'occasion pour s'entretenir

avec Philippe Lortie, Premier secrétaire au sein du Bureau Permanent (Secrétariat), Conférence de La Haye de droit international privé (HCCH), sous les auspices de laquelle la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 a été adoptée. Le juge Lawson s'est également entretenu avec le juge Alistair MacDonald (Londres) et s'est rendu compte des avantages du système britannique de concentration des juges chargés de trancher les affaires relevant de la Convention. Il a également eu l'occasion de s'entretenir avec d'autres juges du RIJH qui ont participé à la réunion de Miami.

J'ai également eu l'occasion d'échanger avec le juge Lawson et de lui décrire ce que j'ai vécu il y a quelques années, lorsqu'un père britannique délaissé a déposé une demande fondée sur la Convention dans une communauté du centre de la Floride ; le délai de traitement judiciaire de l'affaire en Floride a été très long. Dans le système judiciaire britannique, le père était impliqué dans une affaire de garde connexe et un représentant de ce tribunal m'avait contacté, en ma qualité de juge du réseau américain afin de connaître l'état de l'affaire en Floride. Lorsque j'ai tenté de contacter notre confrère de Floride pour obtenir cette information, mes appels téléphoniques ont été ignorés. Le juge britannique, dans la décision finale qu'il a rendue dans l'affaire relative à la garde de l'enfant, a inclus un paragraphe dans lequel il décrivait sa frustration de voir que le tribunal de Floride n'avait pas agi dans les meilleurs délais et avait ignoré les tentatives appropriées pour communiquer. Lorsque le juge Lawson est retourné à Tallahassee (capitale de la Floride), il a informé le Président de la Cour suprême de Floride du déroulement de la réunion et de ses impressions. Quelques mois plus tard, le 12 avril 2019, le Président a signé l'ordonnance administrative AOSC19-19 qui instaure la concentration de la compétence du système judiciaire de première instance de l'état de Floride pour ce qui est des affaires relevant de la Convention. Dans cette ordonnance, il a indiqué que : « L'intention du système des tribunaux de l'état de Floride est de mieux protéger les enfants contre les effets de leur déplacement illicite grâce à l'établissement d'un réseau de juges de Floride qui développent une expertise dans cet important domaine du droit. » [traduction du Bureau Permanent]. L'ordonnance AOSC19-19 exige que le Président de chacun des 20 circuits judiciaires de la Floride désigne un juge ayant la responsabilité principale de traiter toutes les demandes relevant de la Convention déposées dans cette juridiction. Elle exige en outre que ces 20 juges participent à des activités de formation leur permettant d'apprendre le droit substantiel ainsi que les exigences procédurales des affaires relevant de la Convention.

La première occasion de formation des juges de Floride, offerte en Floride et à laquelle ils sont tenus de participer, est un programme d'une journée qui aura lieu le 6 août 2019. Le corps professoral comprendra Ignacio Goicoechea, Collaborateur juridique principal et Représentant de la HCCH pour l'Amérique latine et les

Caraïbes ; Scott Renner, Directeur du Bureau des affaires relatives aux enfants du Département d'état des États-Unis, qui est l'Autorité centrale des États-Unis en vertu de la Convention de 1980 ; le juge James Garbolino, auteur du remarquable traité *International Child Custody : Handling Hague Convention cases in U.S. courts*, dont des copies seront remises à chacun des 20 juges de Floride ; et Stephen Cullen, un éminent avocat de Washington D.C., qui a représenté de nombreux parents dans des affaires relevant de la Convention.

Le Président de mon circuit judiciaire, qui comprend le comté de Miami-Dade, a désigné mon collègue, le juge Scott Bernstein, pour traiter ces affaires ; ce dernier s'est récemment vu confier ses deux premières affaires. Le greffier de notre tribunal élabore actuellement un système de réception permettant d'identifier les affaires relevant de la Convention dès leur dépôt afin qu'elles soient spécialement assignées au juge du RIJH désigné. Le juge Bernstein tiendra une conférence sur la gestion de l'instance dans chacune de ces affaires et fixera les dates des dernières audiences pour les parties peu après. Tous les greffiers des tribunaux de circuit de la Floride élaborent actuellement des processus d'admission visant à accélérer l'attribution de ces affaires aux juges spécialisés appropriés.

En tant qu'ancien juge du RIJH, je suis d'avis que la concentration de juges compétents est un jalon important pour notre système judiciaire qui permet d'améliorer l'administration de la justice pour les familles internationales dont les enfants subissent les conséquences liées au retard des processus judiciaires.

8. Une expérience à partager

Par Graciela Tagle de Ferreyra, Membre argentin du Réseau international de juges de La Haye

En tant que représentante du Réseau international de juges de La Haye en République argentine, je voudrais faire part à mes collègues d'une expérience très novatrice menée dans le cadre des activités de formation dans le domaine du retour international des enfants, et des modalités internationales de visite que nous avons proposées cette année. Je me réfère aux sessions de formation en ligne et sur place organisées par la Junta Federal de Cortes y Tribunales de Justicia de las Provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (le Conseil fédéral des cours de justice des provinces et de la ville autonome de Buenos Aires) que j'ai eu l'honneur de diriger et de programmer. Au total, 900 participants venus de vingt-deux provinces de la République argentine étaient présents. Les sessions de formation s'adressaient aux juges, aux procureurs de district, aux conseillers à la protection des enfants, aux fonctionnaires, aux équipes techniques pour les familles et les enfants, à la police judiciaire et aux médiateurs de tout le pays. Ces formations ont duré deux mois et se sont tenues le vendredi. Elles comprenaient 25 heures de cours au total qui ont été conçues pour couvrir dix-huit modules, comprenant à la fois les aspects théoriques et pratiques. Pour cela, j'ai sélectionné les conférenciers les plus éminents, et j'ai choisi des ateliers pratiques récents sur le sujet.

Les objectifs généraux et spécifiques sont compris dans le programme et une lecture attentive de son objet clarifie sa proposition initiale : reconnaître l'impact de la coopération juridique internationale, point de départ nécessaire dans un monde globalisé dans lequel les personnes et les biens se déplacent en continu d'un endroit à un autre, dans le but de garantir la sécurité juridique, l'accès à la justice et la protection effective des droits essentiels quel que soit l'endroit où se trouve un individu.

L'étude des outils de l'entraide judiciaire internationale s'est intensifiée en raison de la prise de conscience selon laquelle les droits de l'homme accordés en vertu de différents instruments internationaux dépendent largement de l'efficacité de cette entraide. Les travaux se sont développés en utilisant le Réseau, les communications judiciaires directes dans le cadre du Réseau international de juges de La Haye et les vidéoconférences, un outil technologique indispensable récemment mis à la disposition des juges dans tout le pays.

Une autre proposition consistait à apprendre les concepts clés de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et de la Convention interaméricaine de Montevideo de 1989, d'étudier les normes qui régissent ces processus et, à

partir de la pratique, de développer un « jugement critique de la situation actuelle », et d'analyser ses causes afin de pouvoir y remédier.

La question des retards dans les procédures a fait l'objet d'un examen approfondi, et nous avons présenté les lois en matière de procédure en vigueur dans les différentes provinces, ainsi que le projet de loi au niveau fédéral, qui a récemment été approuvé par le Sénat national. Nous avons constaté avec satisfaction que depuis ce séminaire, les provinces de La Rioja et de Salta ont commencé à élaborer un projet de loi en matière de procédure.

La structure était nouvelle en ce sens que les juges du Réseau national étaient nommés « tuteurs » de chacune de leurs provinces afin de guider leurs assistants. Ils ont aidé à mettre à jour les modules du programme, à répondre aux questions, à tenir des consultations, à superviser les tâches pratiques ainsi qu'à envoyer le matériel théorique et pratique requis aux participants avant la tenue des modules d'étude.

Il y avait également des coordinateurs qui assistaient les conférenciers, les juges des réseaux nationaux de chaque province, ainsi que le directeur du programme.

La méthodologie a été très dynamique puisque chaque conférence a été suivie d'ateliers pratiques, de questionnaires, de forums de discussion, de « TED talks », de discussions ouvertes, de sessions pratiques de communications judiciaires directes, d'analyses de jurisprudence et d'un procès fictif sur une affaire d'enlèvement international d'enfants.

L'aspect théorique portait sur la protection internationale des enfants, une analyse de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et de la Convention Protection des enfants de 1996, le rôle de l'Autorité centrale, la défense publique, les conseillers à la protection des enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant, les exceptions, la procédure judiciaire, l'exécution du jugement, la médiation, etc. Cela s'est terminé par un compte-rendu des expériences en relation avec le système judiciaire américain présenté par ceux ayant participé au « International Visitors Leadership Program » (IVLP), le principal programme d'échange professionnel organisé par le Département d'État américain, ainsi que par des informations sur la pratique des communications judiciaires directes au Royaume d'Espagne et dans l'Union européenne, fournies par Javier Forcada, juge du Réseau international de La Haye, éminent spécialiste en la matière qui a présenté cet outil dans une optique globale.

La partie pratique s'est terminée par un procès fictif sur une affaire d'enlèvement international d'enfants, du moment où la demande parvient au tribunal jusqu'au rendu de la décision. Des magistrats et des fonctionnaires ont participé à ce procès simulé, avec la participation du

juge, du procureur, du conseiller à la protection des enfants, de l'équipe technique et des avocats de chaque partie. Toutes ces personnes ont offert leur point de vue et leur expérience tout au long du processus qui a mené à la résolution de l'affaire.

Pour obtenir le certificat de participation à ce séminaire, les participants devaient assister à 80 % des événements et accomplir tous les travaux pratiques de chaque module. Ces travaux ont été corrigés par les tuteurs, suivis d'un feedback global pour chacun des participants. L'équipe technique mérite une mention spéciale pour l'excellente communication qui a été maintenue tout au long du cours et pour la mise à disposition d'enregistrements de chaque module et du matériel livré afin qu'ils puissent être compilés et envoyés aux participants.

Des résultats positifs ont déjà été constatés : le cours a été déclaré d'intérêt judiciaire par un grand nombre de provinces et le premier cours sur la médiation familiale a eu lieu pendant l'élaboration du programme.

Nous avons pu mener à bien ce programme de formation grâce au Conseil fédéral des tribunaux et au travail que nous avons développé au fil des ans dans la formation des juges des réseaux avec l'aide du Bureau régional de la HCCH pour l'Amérique latine et les Caraïbes.

La plus grande reconnaissance se retrouve dans les propos d'un juge participant : « Ce programme de formation marque un avant et un après dans l'histoire de notre province dans ces domaines ».

9. Le rapport annuel du Bureau du juge de liaison sur la protection internationale de l'enfant (« BLIK »)

Par Judith van Ravenstein, juge en droit de la famille au tribunal de district de La Haye et présidente du Bureau néerlandais du juge de liaison sur la protection internationale de l'enfant (BLIK).

Quelques informations générales

En juillet 2005, le Conseil néerlandais de la magistrature¹ a nommé le Président et le vice-Président de la Division de la famille du Tribunal de district de La Haye comme juges de liaison pour les Pays-Bas. Ces juges de liaison sont les principaux points de contact des juges aux Pays-Bas, et des juges de liaison à l'étranger qui traitent des affaires relatives à la protection internationale des enfants.

Par ailleurs, depuis que les Pays-Bas ont mis en place une concentration de compétence pour les affaires relevant de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, les juges de liaison (ainsi que six à huit autres juges de la jeunesse et de la famille travaillant au Tribunal de district de La Haye) traitent tous les affaires relevant de cette Convention qui concernent des enfants qui ont été (illicitement) déplacés ou sont retenus aux Pays-Bas.

Afin de remplir correctement les fonctions de liaison, la Division de la famille du Tribunal de district de La Haye a mis en place un bureau : le Bureau du juge de liaison sur la protection internationale de l'enfant. Ce bureau est communément désigné par son acronyme néerlandais « BLIK ». Un certain nombre de juges et de collaborateurs juridiques (principaux) qui travaillent à la Division de la famille du Tribunal de district de La Haye consacrent une partie de leur semaine de travail à des tâches et activités de liaison pour le BLIK.

Le rapport annuel du BLIK

Le BLIK a commencé ses activités le premier janvier 2006. Dans la mesure où le BLIK est cofinancé par le Conseil de la magistrature et par le Tribunal de district de La Haye, son rapport annuel est l'un des moyens par lesquels le BLIK (par rapport à ses sponsors) peut être tenu responsable de ses activités. Le rapport annuel sert également à informer les praticiens et les universitaires des activités du BLIK dans le domaine en mouvance de la protection internationale des enfants. À en juger par les réactions que le BLIK reçoit sur son rapport annuel, ce dernier n'est pas seulement lu (et utilisé) par les juges, avocats, médiateurs et fonctionnaires de l'État aux Pays-Bas et par les juges des réseaux internationaux du BLIK (le Réseau international de juges de La Haye (« RIJH ») et le Réseau judiciaire européen (« RJE »)), mais il est également considéré comme une source précieuse

d'informations pour les étudiants en licence, master et doctorat, et autres universitaires néerlandais et étrangers. En outre, le rapport annuel constitue une source d'information importante pour les juges (d'appel) eux-mêmes. Si, par exemple, le rapport montre qu'il y a une augmentation des retards, cela pourrait être une raison de rechercher la cause de ces retards, et d'aborder ce problème avec des collègues ou des tiers.

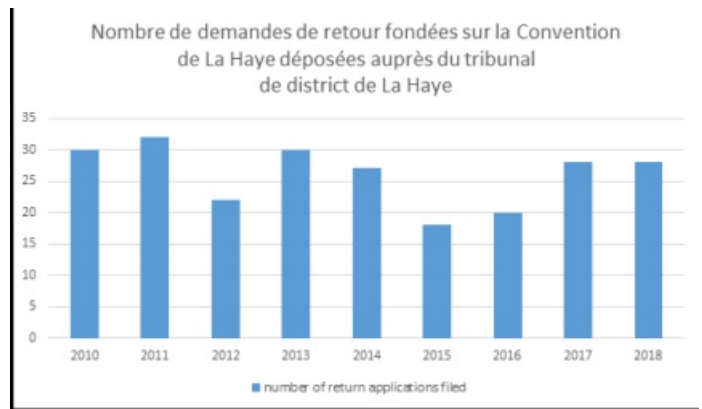
Le premier rapport du BLIK était un rapport semestriel et il portait sur l'ensemble des activités des deux premières années (2006 et 2007). Depuis 2010, le rapport est devenu une publication annuelle.

Le rapport annuel est rédigé en néerlandais, puis traduit en anglais par un traducteur professionnel. Pendant quelques années, il a également été traduit en français et en arabe, mais pour des raisons de gestion des coûts, cette pratique a été abandonnée après quelques années. Le rapport annuel est disponible en version numérique (sur demande : blik@rechtspraak.nl) ainsi qu'en version papier. Il est en outre disponible sur internet et l'intranet.



Rapport annuel de 2015 en arabe et rapport annuel de 2017 en français

Le rapport annuel est publié chaque année aux alentours de mars-avril et vise à donner un aperçu complet de toutes les activités du BLIK. Ces activités peuvent être divisées en quatre grandes catégories : (1) accélérer les demandes de liaison en provenance de l'étranger ; (2) traiter les demandes d'assistance des juges néerlandais en matière familiale et des juges pour mineurs et, si nécessaire, les transmettre aux juges de liaison à l'étranger ; (3) traiter les demandes de retour relevant de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 ; et (4) assister aux conférences (internationales) et faire des présentations sur les (sous-)thèmes de la protection internationale des enfants. Dans le rapport annuel, les graphiques et les statistiques sont de plus en plus utilisés pour visualiser les informations et montrer les tendances dans le temps :



Graphique montrant la fluctuation du nombre de demandes de retour fondées sur la Convention de La Haye déposées aux Pays-Bas

Chaque année, les membres du BLIK qui travaillent sur le rapport annuel (en règle générale un des juges de liaison et trois collaborateurs juridiques (principaux)) essaient d'évaluer de façon critique les informations contenues dans le rapport. Ainsi, au fil des ans, les informations sur les affaires de retour, notamment, se sont accrues. Alors qu'auparavant ces informations étaient réparties en cinq catégories (nombre d'affaires, sujet, État d'origine, date de la décision et décision de retour / non-retour), le rapport contient désormais également des informations précises sur les délais, la médiation transfrontière (les parties ont-elles accepté l'offre de médiation transfrontière ? la médiation a-t-elle été fructueuse ou a-t-elle abouti à un accord miroir ?), l'intervention de l'Autorité centrale, l'intervention d'un avocat bénévole, etc. À partir de 2019, deux nouvelles catégories ont été introduites : (1) l'âge de l'enfant ou des enfants impliqués dans les affaires de retour relevant de la Convention de La Haye de 1980 ; et (2) si l'audience préliminaire et / ou sur le fond ont eu lieu par téléconférence. En outre, des liens hypertextes vers le texte intégral (en néerlandais) des arrêts de la Cour peuvent être inclus.

Le rapport annuel est un « travail en cours » au sens propre du terme. Cela signifie que les tableaux et les statistiques qui y figurent sont mis à jour chaque semaine : chaque fois qu'une nouvelle demande d'assistance ou de liaison est reçue ou qu'une nouvelle demande de retour est déposée, l'affaire / la demande est enregistrée avec un numéro. Une fois que la décision a été rendue ou que l'enquête ou la demande a été traitée de manière appropriée, celle-ci est immédiatement ajoutée aux tableaux. De plus, immédiatement après qu'un des membres du BLIK a assisté à une conférence (internationale), les détails de la conférence sont ajoutés dans un des tableaux, et un bref compte-rendu est rédigé. En considérant le rapport annuel comme un « document évolutif », et en veillant à ce que les données soient régulièrement ajoutées au cours de l'année, un gain de temps considérable est réalisé à la fin de l'année. En effet, en janvier, il ne reste plus qu'à rédiger les paragraphes d'introduction et d'ordre général, et aucun temps n'est perdu dans la collecte des données. De plus, le risque que

des activités soient oubliées ou omises au cours de l'année est limité. création d'un bureau central comme le BLIK, et la concentration des compétences dont jouissent les Pays-Bas, permettent une collaboration relativement aisée sur ce « document évolutif » tout au long de l'année. En cas d'informations manquantes lors de l'élaboration du rapport annuel, il est bien évidemment pratique d'avoir à proximité un ou une collègue capable de fournir ces informations. Toutefois, étant donné les moyens modernes de communication, il serait également possible, dans les juridictions qui n'ont pas de bureau central similaire au BLIK et / ou qui n'ont pas de concentration de compétence, de nommer des avocats / juges (ou un groupe d'avocats / juges) pour recueillir de manière centralisée et efficace des informations sur les affaires internationales de protection des enfants.

-
1. Le Conseil néerlandais de la magistrature (« Raad voor de rechtspraak »), bien qu'il fasse partie du pouvoir judiciaire, ne statue pas lui-même. Il s'efforce plutôt de veiller à ce que les tribunaux judiciaires puissent s'acquitter efficacement de leurs fonctions (d'arbitrage). Le Conseil représente les intérêts des tribunaux dans l'arène politique et dans l'administration (nationale) et le gouvernement, notamment le ministre de la Sécurité et de la Justice.

Actualités du Bureau Permanent

Décès de la juge Irma Rumilda Alfonso de Bogarín (1948-2019)



Cette année, la communauté internationale de la protection des enfants a été touchée par le décès d'Irma Rumilda Alfonso de Bogarín, membre du Réseau international de juges de La Haye (« RIJH ») pour le Paraguay.

Mme Alfonso de Bogarín a lutté sans relâche pour la protection des enfants, et a joué un rôle prépondérant dans le domaine de la justice pour mineurs en Amérique latine, domaine dans lequel son travail et sa vocation pédagogique ont été des plus précieux. Elle a été présidente de l'Association des juges pour enfants et adolescents du Mercosur.

En 2010, elle a été nommée membre du RIJH et a participé à de nombreuses réunions internationales et régionales sur l'enlèvement international d'enfants. À ce sujet, elle a participé à l'élaboration de l'annexe sur l'enlèvement international d'enfants au Protocole ibéro-américain de coopération judiciaire internationale, un instrument d'une grande importance pour la région.

Le Bureau Permanent tient à la remercier pour son travail, ainsi que pour les efforts continus qu'elle a fournis pour contribuer à la protection transfrontière des enfants.