
Enlèvements internationaux d'enfants — solutions internationales et responsabilités étatiques

Aude Fiorini*

L'auteure examine l'application interne d'instruments de coopération internationale ayant pour but la coordination d'efforts administratifs nationaux visant à combattre un phénomène particulier. Plus spécifiquement, elle examine l'efficacité de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et des ententes régionales ou bilatérales abritant des obligations de combattre la soustraction transfrontalière d'enfants. La Convention exige le retour immédiat de tout enfant habituellement résident dans un État contractant et déplacé dans un autre État contractant en violation d'un droit de garde, pour garantir la protection effective dans les autres États contractants du droit de garde et de visite existant dans l'État de la résidence habituelle des enfants.

Bien qu'elle considère que le traitement pratique de la soustraction transfrontalière d'enfants est encore imparfait, l'auteure conclut que la Convention est un instrument important et utile, qui alimente considérablement le dialogue international des droits fondamentaux des enfants. Selon elle, quoique la matière soit largement tributaire de la bonne volonté des individus touchés par l'enlèvement, les États doivent faire face à leurs responsabilités en prenant les mesures concrètes nécessaires pour atteindre les objectifs internationaux auxquels ils ont souscrit.

The author examines the internal application of cooperative international instruments aimed at coordinating national administrative efforts to combat a particular problem. More specifically, she considers the effectiveness of the Hague Convention on the civil aspects of international child abduction and the regional or bilateral agreements that contain obligations to combat the cross-border kidnapping of children. The Convention requires the immediate return of any child habitually resident in a contracting state removed to, or retained in, another contracting state in violation of custody arrangements. This guarantees the effective protection of custody orders and visitation rights existing in the child's state of habitual residence while in other contracting states.

Though it is the author's opinion that the response to cross-border abduction is still insufficient in practical terms, the author concludes that the Convention is an important and useful legal instrument that plays a major part in the international discourse surrounding the fundamental rights of children. While she admits that the area largely depends on the goodwill of the individuals involved in child abduction cases, the author stresses that states must face their responsibilities and take all the concrete steps necessary to meet their international obligations.

* Aude Fiorini, LL.M (Köln), DEA de Droit international privé et Droit du commerce international (Paris I), ancienne Monitrice de l'Enseignement Supérieur et Attachée temporaire d'Enseignement et de Recherche à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne (France), est aujourd'hui Lecturer à l'Université d'Aberdeen (UK).

© Aude Fiorini 2006

Mode de référence : (2006) 51 R.D. McGill 279

To be cited as: (2006) 51 McGill L.J. 279

Introduction	281
I. Les réponses internationales	287
A. <i>L'impossible remède miracle à portée mondiale</i>	287
1. L'opportunité d'un nouvel instrument ?	287
2. L'irréalisme d'un recours à une juridiction internationale	289
3. Les mérites et les limites de l'activité de la Conférence de La Haye	293
B. <i>L'insuffisance de l'apport régional</i>	295
1. Exemples d'initiatives bilatérales	296
2. Aperçu des principaux efforts régionaux	297
II. Les réponses internes : analyse des obligations des États	301
A. <i>Obligations découlant directement de la Convention de La Haye de 1980</i>	301
B. <i>Obligations découlant d'autres d'instruments</i>	303
1. Instruments universels	303
a. <i>Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant</i>	303
b. <i>Le Pacte international sur les droits civils et politiques</i>	306
2. Instruments régionaux de protection des droits fondamentaux	310
a. <i>La Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969</i>	311
b. <i>La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950</i>	315
i. Exécution des ordonnances de retour fondées sur la <i>Convention de La Haye de 1980</i>	317
ii. Inaptitude des États à organiser la remise des enfants enlevés	321
Conclusion	323

Introduction

L'application des règles posées par les conventions multilatérales de droit international privé, qu'elles soient relatives à la loi applicable, la compétence juridictionnelle internationale ou la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères, ne pose généralement pas davantage de difficultés que celle des dispositions internes de même nature¹. Il en va différemment des instruments de coopération entre autorités qui comportent, comme la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*², un important volet administratif. L'étude des moyens de rendre plus efficace le traitement des enlèvements d'enfants prévu par cette convention permet d'illustrer la difficulté de parvenir à une mise en œuvre optimale des conventions de coopération entre autorités, sans toutefois s'inscrire entièrement dans la problématique plus large de la sanction du droit international.

La soustraction internationale d'enfants peut prendre des visages variés³. Elle consiste au fond à altérer unilatéralement les relations entre un enfant et une personne disposant d'un droit sur celui-ci en l'emmenant ou le maintenant à l'étranger. Si les auteurs de l'enlèvement n'exploitent pas toujours à *dessein* la discontinuité des ordres juridiques, il convient d'observer que l'existence de frontières légales et, parfois, culturelles, rend le traitement de ces affaires particulièrement ardu.

Du fait de la mise en cause de plusieurs systèmes de droit, les moyens unilatéraux et non concertés traditionnellement utilisés afin de lutter contre ce phénomène, qu'ils soient de nature préventive⁴, répressive⁵ ou conflictualiste⁶, se sont révélés inaptes à

¹ Une fois que sont résolues les questions de l'entrée en vigueur, du caractère autoexécutoire et d'une éventuelle condition de réciprocité, ainsi que la difficulté de l'interprétation uniforme de l'instrument international dans les États contractants.

² *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, 25 octobre 1980, R.T. Can. 1983 n° 35 (entrée en vigueur : 1^{er} décembre 1983), en ligne : HcCH <http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.pdf&cid=24> [*Convention de La Haye de 1980*].

³ L'enlèvement est souvent le fait d'un des parents de l'enfant. Quoique l'attention se soit largement portée, à l'origine, sur l'enlèvement paternel, on constate aujourd'hui que les mères, même détentrices de la garde physique de l'enfant, sont de plus en plus fréquemment auteures des enlèvements. Ces derniers peuvent avoir lieu, avant, pendant ou après la séparation du couple parental. L'enlèvement peut également être le fait de grands-parents. Voir par ex. en France Cass. civ. 1^{re}, 7 juin 1995, D. 1996.Jur.393 (note Massip), de mères de substitution : voir la décision anglaise *W. and B. v. H. (Child Abduction: Surrogacy)*, [2002] 1 FLR 1008, en ligne : INCADAT <<http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0470.htm>>, ou d'étrangers agissant pour le compte d'un parent. Voir aussi la décision allemande 2 BvR 1206/98, *Bundesverfassungsgericht*, 29 octobre 1998, résumé disponible en ligne : Das Bundesverfassungsgericht <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs_19980817_2bvr120698.html>.

⁴ Voir Louis Chatin, « Comment prévenir les déplacements ou les rétentions illicites d'enfants à l'étranger : L'arrêt de la Cour de cassation du 3 février 1982 », *Gaz. Pal.* 1982. 1^{er} sem. Doctr. 342 aux pp. 343-44 ; Hugues Fulchiron, dir., *Conflit familial, déplacements d'enfants et coopération judiciaire internationale en Europe*, Lyon, Centre de droit de la famille, Université Jean Moulin Lyon III, 2003

résoudre ces situations. Ainsi, les États désireux d'améliorer la protection de la sécurité des enfants dans les relations transfrontalières se sont naturellement engagés dans la voie de la coopération internationale⁷. Ce mouvement est désormais soutenu

aux pp. 431 et s. [Fulchiron, *Rapport*]. Voir aussi Conférence de La Haye de droit international privé (HccH), *Document de référence — Projet de La Haye sur les mesures préventives* (a.d.), en ligne : HccH <http://hcch.e-vision.nl/upload/wop/prevmeas_backf.pdf>, qui a mené à la publication en 2005 d'un troisième volet du guide de bonnes pratiques, consacré aux mesures préventives. Voir Conférence de La Haye de droit international privé (HccH), *Guide de bonnes pratiques en vertu de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants : Troisième partie-Mesures préventives*, La Haye, Family Law (Jordan), 2005, en ligne : HccH <http://hcch.e-vision.nl/upload/abdguideiii_f.pdf> [HccH, *Mesures préventives*].

Les mesures préventives s'organisent principalement autour de deux axes. Il s'agit soit de limiter dans l'espace l'exercice du droit de visite accordé au parent non gardien (localisation du droit de visite au domicile du parent gardien ou d'un tiers, interdiction de sortie du territoire de l'enfant, etc.), soit d'exiger des garanties judiciaires ou administratives (exequatur préalable de la décision relative à la garde, remise du passeport, dépôt de garantie, etc.). Toutefois, ces démarches prétoriques sont rendues délicates du fait de la difficulté d'établir la matérialité du risque d'enlèvement et sont souvent menées au détriment des droits fondamentaux de l'enfant ou du parent non-gardien. Voir M.L. Chatin, «Les conflits relatifs à la garde des enfants et au droit de visite en droit international privé (Communication)» (1981-82) *Travaux du Comité français de droit international privé* 107 [Chatin, «Conflits»].

⁵ Chatin, «Conflits», *ibid.* L'inefficacité du traitement répressif de l'enlèvement international est liée à la réticence des autorités policières à intervenir dans les conflits d'ordre principalement familial. Voir Adair Dyer, «International Child Abduction by Parents» (1980) 168:3 *Rec. des Cours* 231 à la p. 247 [Dyer, «Parents»]. Même en cas d'introduction d'une instance au pénal, il convient de constater que le parent-rapteur dispose de défenses dans bien des États. De plus, l'extradition du parent est souvent difficile et, surtout, la condamnation du parent rapteur ne garantit en aucun cas le retour de l'enfant.

⁶ L'enlèvement international est souvent motivé par l'espoir d'obtenir une décision judiciaire favorable au parent-rapteur qui, en déplaçant l'enfant, affecte non seulement le for de décision, mais sans doute également la loi applicable. Voir Paul R. Beaumont et Peter E. McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford, Oxford University Press, 1999 aux pp. 17-18 [Beaumont et McEleavy, *Hague Convention*].

Le parent victime a, en dehors de tout accord international, le choix entre deux alternatives. Il peut, d'une part, s'adresser aux autorités du pays de refuge. Dans ce cas, à la difficulté de plaider dans un ordre juridique étranger s'ajoute le risque de partialité de la juridiction saisie. D'autre part, il peut saisir les juridictions de son propre pays, mais se heurtera sans doute à des difficultés d'exécution : voir *Encyclopédie juridique Dalloz : répertoire de droit international*, 6^e éd., «Mineur», par Yves Lequette, au n^o 130. Sur les faiblesses de l'application du droit international privé commun à l'exemple du droit français, voir Bertrand Ancel, «La réaction du droit international privé français à l'enlèvement international d'enfant», *Aspectos civiles de la sustraccion internacional de menores : Jornadas de derecho internacional privado*, Tolède, 26 au 27 février 1990. Sur les solutions apportées au problème dans les systèmes de common law, voir John M. Eekelaar, «International Child Abduction by Parents» (1982) 32 *U.T.L.J.* 281 [Eekelaar, «International Child Abduction»].

⁷ Le problème de l'enlèvement international d'enfants avait été examiné lors de l'élaboration de la *Convention de La Haye de 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs*, mais sans être expressément résolu. Voir Adair Dyer, «Rapport sur l'enlèvement international d'un enfant par un de ses parents ("kidnapping légal")» dans Conférence de La Haye de droit international privé (HccH), *Actes et documents de la XIV^e session*, t. 3, La Haye, Bureau permanent, 1982, 12.

par la *Convention relative aux droits de l'enfant*⁸, qui consacre l'obligation des États d'agir et de coopérer en la matière⁹. Parmi les accords interétatiques contractés, la *Convention de La Haye de 1980*, le seul instrument à vocation mondiale en la matière¹⁰, connaît un vif succès. L'instrument a mis en place un mécanisme simple mais original¹¹ axé sur le retour immédiat de tout enfant habituellement résident dans un État contractant et déplacé vers ou retenu dans un autre État contractant en violation d'un droit de garde¹². Il s'agit, en rétablissant le *statu quo ante*, de garantir la protection effective dans les autres États contractants du droit de garde et de visite existant dans l'État de la résidence habituelle des enfants. On vise ainsi à décourager les enlèvements en privant le déplacement d'un État à l'autre de tout effet pratique ou juridique.

La *Convention de La Haye de 1980* se distingue d'un grand nombre d'autres traités de droit international privé en ce qu'elle n'a pas pour objet d'unifier les règles de conflit de lois ni de poser des règles de conflit de juridiction applicables à la matière. Au contraire, elle consiste principalement en un instrument de coopération entre autorités en vue du retour immédiat de l'enfant dans son État de résidence habituelle. Cette nature particulière de la Convention explique en partie le grand succès qu'elle connaît. Vingt-deux ans après son entrée en vigueur entre le Canada¹³,

⁸ 20 novembre 1989, 1577 R.T.N.U. 3, R.T. Can. 1992 n° 3, en ligne : Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme <<http://www.ohchr.org/french/law/crc.htm>> [*Convention de New York*].

⁹ *Ibid.*, art. 11: «1. Les États parties prennent des mesures pour lutter contre les déplacements et les non-retours illicites d'enfants à l'étranger. 2. A cette fin, les États parties favorisent la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux ou l'adhésion aux accords existants.»

Le Comité des Droits de l'enfant incite «les États qui ne sont pas encore parties à la Convention de La Haye à la ratifier ou à y adhérer» (Doc. off. Comité des droits de l'enfant NU, 34^e sess., Doc. NU CRC/C/15/Add.215 (2003) au para. 29).

Sur le choix de la place accordée à la question de l'enlèvement international d'enfants lors de la négociation de la *Convention de New York*, voir Sharon Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1999 aux pp. 203-212.

¹⁰ Sur le continent européen, on peut citer la *Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants*, 20 mai 1980, S.T.E. 105 [*Convention de Luxembourg*], qui a été adoptée sous l'égide du Conseil de l'Europe la même année que la *Convention de La Haye de 1980*. Son application est peu fréquente. Pour une étude comparée des mécanismes des deux conventions, voir Eekelaar, «International Child Abduction», *supra* note 6. Sur le continent américain, voir *Inter-American Convention on the International Return of Children*, 15 juillet 1989, O.A.S.T.S. n° 70, en ligne : Organization of American States <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-53.htm>> [*Convention de Montevideo*].

¹¹ Les autres voies explorées semblaient impraticables ou inefficaces (Beaumont et McEleavy, *Hague Convention*, *supra* note 5 aux pp. 16 et s.).

¹² Pour une présentation de la Convention dans le contexte d'une analyse de ses conséquences sur les lois canadiennes, voir Keith B. Farquhar, «The Hague Convention on International Child Abduction Comes to Canada» (1983) 4 Can. J. Fam. L. 5.

¹³ L'intérêt du Canada à la soustraction internationale d'enfants s'était largement manifesté en amont de l'étape de ratification. L'expert du Canada, M. Bradbrooke Smith, avait déjà suggéré que la

le Portugal et la France le 1^{er} décembre 1983, la Convention lie aujourd'hui soixante-quinze États répartis sur cinq continents. Force est toutefois de constater qu'il n'est pas aisé de relever le défi d'une application cohérente et harmonieuse d'un instrument vieillissant¹⁴ dans des systèmes juridiques nombreux et issus de traditions diverses¹⁵.

Le système mis en place à La Haye, à l'heure des bilans, fait l'objet d'un certain nombre de critiques¹⁶. On dénonce d'abord la limitation du champ d'application de la Convention aux enfants de moins de seize ans¹⁷, l'existence d'exceptions au principe du retour immédiat des enfants enlevés¹⁸, le recours à une notion encore obscure de résidence habituelle¹⁹, la définition incomplète du droit de garde²⁰, la protection

question du «kidnapping légal» soit incluse à l'ordre du jour, au cours de la Commission spéciale sur les affaires diverses de janvier 1976.

¹⁴ L'âge de la Convention se fait sentir à différents égards. Le profil des parents raptés a changé ; alors que les rédacteurs envisageaient principalement le problème de l'enlèvement par un parent (le plus souvent le père) n'ayant pas de droit de garde en application de la loi de la résidence habituelle de l'enfant, les statistiques récentes montrent que les mères (généralement détentrices de la garde et de la résidence des enfants) ont désormais deux fois plus de chance d'enlever leurs enfants. Voir Peter McEleavy, «Past and Future : The Hague Child Abduction Convention at the Crossroads» dans Hugues Fulchiron, dir., *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières : actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille (Lyon 20 et 21 novembre 2003)*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 99 aux pp. 100-01 [McEleavy, «Crossroads»]. Par ailleurs, le traitement limité du droit de visite, dont la protection effective était pourtant un des objets de la Convention, s'avère aujourd'hui insuffisant. Voir Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé (HccH), *Rapport et conclusions de la Commission spéciale concernant la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (27 septembre — 1 octobre 2002)* (mars 2003) à la p. 32, en ligne : HccH <http://hcch.e-vision.nl/upload/abd2002_rpt_f.pdf> [HccH, *Commission spéciale*].

¹⁵ Sur la difficulté d'application de la Convention dans les États islamistes, voir par ex. Caroline Gosselain, *Enlèvement d'enfants et droit de visite transfrontière : conventions bilatérales et États de tradition islamique, Rapport de recherche* (Doc. pré. No 7) (août 2002), en ligne : HCCCH <http://hcch.e-vision.nl/upload/abd2002_pd7f.pdf>, et la position adoptée par la Commission spéciale de 2002 représentée dans HccH, *Commission spéciale, ibid.* aux pp. 37-38.

¹⁶ On vise par exemple les difficultés liées à la forme conventionnelle de l'instrument. Il a été suggéré que le fondement conventionnel de la protection internationale soit insuffisant, et que la construction du droit sous la forme de règlements communautaires, laquelle présente «d'indéniables vertus» doive lui être préférée, en dépit de la création d'un «millefeuille institutionnel» que cela implique (Sylvain Grataloup, «L'interprétation de la Convention EDH à la lumière de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur l'enlèvement international d'enfants» [2002] *Droit de la famille* 11).

¹⁷ Thierry Garé, «Réflexions sur l'efficacité de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 relative aux aspects civils de l'enlèvement international d'enfants» dans *Mélanges Christian Mouly*, t. 1, Paris, Litec, 1998, 299 à la p. 302 [Garé, «Efficacité»].

¹⁸ *Ibid.* à la p. 307.

¹⁹ McEleavy, «Crossroads», *supra* note 14 à la p. 102 et s.

²⁰ Sur les dangers d'une application trop stricte de l'art. 13 de la *Convention de La Haye de 1980*, *supra* note 2, voir Jude Reddaway et Heather Keating, «Child abduction : would protecting vulnerable children drive a coach and four through the principles of the Hague Convention?» (1997) 5 *Int'l J. Child. Rts.* 77 à la p. 87 et s. Sur les dangers d'une application trop libérale de l'article 13, voir Garé, «Efficacité», *supra* note 17 à la p. 305.

insuffisante du droit de visite²¹, l'application contestable de la Convention au détriment de parents investis de la garde physique des enfants en cause²² et le manque d'uniformité dans l'interprétation de certains concepts conventionnels susmentionnés²³. D'autres critiques ont également visé la contrariété de la Convention à la *Convention de New York*²⁴, l'insuffisante dissémination d'informations relatives à la Convention²⁵ et la formation imparfaite des individus chargés de la mettre en œuvre²⁶, la possible inertie des autorités centrales dont la mise en œuvre de la Convention dépend pourtant dans une large mesure²⁷, la longueur²⁸ et le coût²⁹ de la procédure dans certains États contractants, l'absence, dans nombre de cas, de mesures préparatoires au retour³⁰, et l'inexécution des décisions ordonnant le retour de l'enfant³¹.

Si l'identification des difficultés affectant la matière est relativement aisée, l'origine de celles-ci n'est pas l'objet premier de l'attention des commentateurs. L'ensemble des problèmes semble être presque automatiquement mis sur le compte de la *Convention de La Haye de 1980* elle-même. Le raisonnement est simple : puisque les États ont choisi de lutter contre les enlèvements par la voie de la coopération internationale, les difficultés rencontrées ne peuvent être que le résultat

²¹ Le caractère insatisfaisant et insuffisamment détaillé de l'art. 21 de la *Convention de La Haye de 1980*, *supra* note 2, a été reconnu par la Commission spéciale sur les affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye de droit international privé, qui a, en mai 2000, chargé le Bureau permanent de «préparer un rapport démontrant s'il est souhaitable et potentiellement utile d'établir un Protocole à la Convention qui devrait régler [...] l'exercice efficace du droit [...] de visite entre l'enfant et ses parents—ayant ou non la garde—dans le cadre des enlèvements internationaux et des mouvements parentaux, et comme une alternative à des demandes de retour» (Conférence de La Haye de droit international privé (HccH), *Conclusions de la Commission spéciale de mai 2000* (Doc. Prél. No 10) (juin 2000), en ligne : HccH <http://hcch.e-vision.nl/upload/wop/genoff2000concl_f.pdf>).

²² Merle H. Weiner, «Navigating the Road Between Uniformity and Progress : The Need for Purposive Analysis of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction» (2000) 33 Colum. H.R.L. Rev. 275.

²³ McEleavy, «Crossroads», *supra* note 14 aux pp. 102 et s. ; François Boulanger, *Les rapports juridiques entre parents et enfants : perspectives comparatistes et internationales*, Paris, Economica, 1998 au para. 264 et s. ; Sylvain Grataloup, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998 au para. 764.

²⁴ Voir Rhona Schuz, «The Hague Child Abduction Convention and Children's Rights» (2002) 12 *Transnat'l L. & Contemp. Probs.* 393 ; Fulchiron, *Rapport*, *supra* note 4 au para. 8.

²⁵ Fulchiron, *Rapport*, *ibid.* au para. 2.

²⁶ *Ibid.* aux paras. 1, 3.

²⁷ Garé, «Efficacité», *supra* note 17 à la p. 311.

²⁸ Voir Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé (HccH), *Conclusions et Recommandations de la Quatrième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (22-28 mars 2001)* (avril 2001) aux pp. 5, 9, en ligne : HccH <http://hcch.e-vision.nl/upload/concl28sc4_f.pdf> [HccH, *Quatrième réunion*].

²⁹ Fulchiron, *Rapport*, *supra* note 4 au para. 10.

³⁰ *Ibid.* au para. 6.

³¹ *Ibid.* au para. 9.

de faiblesses de l'instrument utilisé. Ainsi, une magistrate du Bureau de l'entraide judiciaire en matière civile et commerciale du Ministère français de la Justice concluait-elle il y a quelques années un article consacré à la Convention en ces termes : «[la *Convention de La Haye 1980*] est très certainement perfectible en de nombreux points — tels que les moyens d'investigations des États membres quant à la localisation des enfants déplacés, la durée et le coût des procédures ou encore l'exécution effective des décisions rendues»³². Il n'est pas contestable que, sur les points cités, des progrès restent à accomplir, mais il paraît difficile d'admettre que c'est essentiellement le mécanisme conventionnel qui devrait être perfectionné afin de répondre à ces faiblesses. Au premier chef, ce sont bien les autorités étatiques qui sont responsables de la localisation des enfants, du coût de la procédure, ainsi que de l'exécution des décisions rendues sur le fondement de la Convention. De fait, si l'on excepte l'exclusion des mineurs de seize à dix-huit ans du champ d'application de la Convention³³ et, dans une certaine mesure, les rares critiques liées au mécanisme conventionnel lui-même³⁴, il faut reconnaître que tous les problèmes recensés relèvent davantage de la mise en pratique de l'instrument par les États contractants que de sa substance elle-même.

Comment, dans ces conditions, parfaire le traitement des enlèvements transfrontières d'enfants ? Aucun remède miracle de nature internationale ou régionale qu'on ajouterait ou substituerait à la *Convention de La Haye de 1980* n'existe encore (I). Dès lors, et puisqu'une très grande partie des problèmes est imputable aux États³⁵, il ne peut appartenir qu'à ces derniers de trouver en eux-mêmes les clefs de la guérison. Or, améliorer la gestion des cas de soustraction internationale d'enfants n'est pas pour les États contractants de l'ordre de la faculté. Leur rôle ne saurait s'épuiser avec la ratification d'instruments internationaux ; ils sont, à plus d'un titre, débiteurs d'obligations diverses en la matière (II).

³² Agnès Bodard-Hermant, «La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants», *Gaz. Pal.* 2000. 1^{er} sem. Doctr. 194 à la p. 197.

³³ Le fait que la *Convention de La Haye de 1980* ne s'applique qu'aux enfants de moins de 16 ans, alors que la *Convention de New York* (et les autres conventions de La Haye) protègent même les 16 à 18 ans, ne doit pas apparaître contradictoire ni problématique. Les rédacteurs de la *Convention de La Haye de 1980* ont estimé qu'une personne de plus de 16 ans a une volonté propre qui pourra difficilement être ignorée soit par ses parents, soit par une autorité judiciaire ou administrative. Voir Elisa Pérez-Vera, «Rapport explicatif de Mlle Elisa Pérez-Vera» dans Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents de la Quatorzième session*, t. 3, La Haye, Bureau permanent de la Conférence, 1982, 426 au para. 77. Cette position est renforcée par l'exception ouverte par l'art. 13 al. 2 de la *Convention de La Haye de 1980*, *supra* note 2.

³⁴ Ces critiques sont les suivantes : (1) l'application de la Convention au détriment de parents investis de la garde physique des enfants ; et (2) contrariété de la *Convention de La Haye de 1980* à la *Convention de New York*.

³⁵ La *Convention de La Haye de 1980* connaissant une application décentralisée, les autorités étatiques, appelées à jouer un rôle majeur, ont l'entière responsabilité de sa mise en œuvre.

I. Les réponses internationales

A. L'impossible remède miracle à portée mondiale

Un bref examen des solutions susceptibles d'être apportées à l'échelle internationale révèle qu'à l'heure actuelle, la panacée est hors d'atteinte, en dépit des efforts non négligeables déployés par la Conférence de La Haye de droit international privé.

1. L'opportunité d'un nouvel instrument ?

Il n'est pas douteux que la création d'un nouvel instrument à vocation mondiale soit susceptible de répondre à certaines critiques. Sans altérer le cœur du mécanisme mis en place par la *Convention de La Haye de 1980*, qui n'est pas lui-même contesté, une nouvelle convention ou un protocole additionnel pourrait préciser les définitions des concepts dont l'interprétation présente des difficultés, et diminuer le risque de contrariété à la *Convention de New York*. Le nouvel instrument pourrait également organiser un régime spécifique en cas d'enlèvement par le parent investi de la garde physique de l'enfant, renforcer les dispositions relatives à la coopération administrative, expliciter davantage les obligations des pouvoirs publics en la matière, et compléter les dispositions relatives au fonctionnement pratique de la Convention.

Toutefois, les États, avant de s'engager dans la voie de nouvelles négociations inter-gouvernementales, doivent être convaincus que la somme des avantages de l'élaboration d'un nouvel instrument dépasserait celle des inconvénients. À cet égard, il convient de se rappeler que, quels que soient les mérites d'une nouvelle convention, la simple introduction d'un instrument additionnel au niveau international n'aide pas directement les plaideurs potentiels. Les processus de ratification ou d'adhésion peuvent être longs, et bon nombre des soixante-quinze États parties à la *Convention de La Haye de 1980* pourraient se montrer réticents à l'idée d'adhérer à un nouvel instrument. En outre, une convention de coopération administrative pourrait, comme la *Convention de La Haye de 1980*, prévoir que les adhésions produisent un effet limité.³⁶ De la sorte, la matière de l'enlèvement international se trouverait régie par une série encore plus longue d'instruments bilatéraux, régionaux, et internationaux dont l'articulation réciproque pourrait s'avérer difficile. De tels inconvénients ne sont

³⁶ La Convention n'a d'effet qu'«entre l'[É]tat adhérent et les [É]tats contractants qui auront déclaré accepter cette adhésion. Une telle déclaration [doit] également être faite par tout [É]tat membre [de la Conférence de La Haye de droit international privé] ratifiant, acceptant ou approuvant la Convention ultérieurement à l'adhésion» (*Convention de La Haye de 1980, supra note 2, art. 38*).

toutefois pas nécessairement déterminants lorsque le besoin d'une nouvelle convention se fait impérieusement sentir³⁷.

En dépit des faiblesses recensées plus haut, il semble que la nécessité même d'une nouvelle convention n'est pas ressentie. De fait, la dernière Commission spéciale de suivi de la *Convention de La Haye de 1980* a conclu que «de manière générale, la Convention continue à bien fonctionner dans l'intérêt des enfants et qu'elle répond largement aux besoins pour lesquels elle a été élaborée»³⁸. Certes, la préparation d'un protocole additionnel à la Convention n'a pas été totalement exclue, mais seulement sur un point particulier. Selon la Commission spéciale de 2002, la Conférence de La Haye de droit international privé pourrait à l'avenir reconsidérer l'opportunité de travailler sur un protocole additionnel relatif au droit de visite/droit d'entretenir un contact transfrontière³⁹. Toutefois, la Conférence ne s'engagera dans la voie de l'articulation d'un nouveau protocole que si les autres mesures envisagées ne permettent pas d'améliorer significativement la situation en la matière⁴⁰.

Même dans le cadre régional, l'expérience récente montre que les États européens parties à la *Convention de La Haye de 1980* se sont montrés très partagés sur la question de créer un régime spécial pour les enlèvements intra-communautaires⁴¹. Enfin, il est permis de douter que l'élaboration d'un nouvel instrument permette de résoudre absolument tous les problèmes. Ainsi, la nouvelle convention ferait, elle aussi, l'objet d'une application décentralisée. Elle ne serait pas davantage que la *Convention de La Haye de 1980* à l'abri d'interprétations nationales divergentes et devrait, comme elle, s'articuler avec des dispositions internes parfois

³⁷ Cela a été notamment le cas du domaine de l'obligation alimentaire : la Commission spéciale d'avril 1999 sur le fonctionnement des conventions de La Haye relatives aux obligations alimentaires et de la *Convention sur le recouvrement des aliments à l'étranger* (20 juin 1956, 268 R.T.N.U. 3),

après avoir examiné le fonctionnement pratique de ces Conventions et tenu compte d'autres instruments et arrangements régionaux et bilatéraux, [...] constatant le besoin de moderniser et d'améliorer le système international de recouvrement des aliments pour enfants et pour d'autres personnes à charge, [a] recommand[é] que la Conférence de La Haye [de droit international privé] entame des travaux en vue de l'établissement d'un nouvel instrument mondial (Conférence de La Haye de droit international privé [HccH], *Rapport et Conclusions de la Commission spéciale sur les obligations alimentaires d'avril 1999* (Doc. pré-l. No 1) (mars 2000) au para. 46, en ligne : HccH <http://www.hcch.net/upload/wop/gen_pdf.pdf>).

³⁸ HccH, *Quatrième réunion*, *supra* note 28 à la p. 14.

³⁹ HccH, *Commission spéciale*, *supra* note 14 à la p. 34.

⁴⁰ Parmi ces mesures se trouvent la ratification de la *Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, 29 mai 1993, R.T. Can. 1997 n° 12, concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesure de protection des enfants, et la formulation d'un guide de bonnes pratiques (ou de recommandations) sur le droit de visite (voir *ibid.*).

⁴¹ Voir Peter McEleavy, «The New Child Abduction Regime in the European Union : Symbiotic Relationship or Forced Partnership?» (2005) 1 *Journal of Private International Law* 5 [McEleavy, «European Union»].

inadaptées à la matière. On touche ici à une faiblesse majeure des Conventions de La Haye par rapport aux lois nationales : l'absence d'Autorité centrale veillant à l'efficacité et la cohérence de leur mise en œuvre et de leur application dans une grande diversité d'États contractants.

2. L'irréalisme d'un recours à une juridiction internationale

Bon nombre des difficultés affectant la *Convention de La Haye de 1980* pourraient néanmoins être résolues si sa mise en œuvre était confiée à une juridiction proprement internationale. Idéalement, une telle solution aurait l'avantage d'éliminer tout reproche de partialité à l'adresse du juge saisi⁴², de minimiser les problèmes d'interprétation, de combler certaines lacunes et de permettre, au terme d'une procédure adéquate et adaptée à la matière (procédure que l'on imagine donc rapide, peu coûteuse, et efficace), une application uniforme et harmonieuse de la *Convention de La Haye de 1980*. Si cette proposition est encore formulée par certains auteurs⁴³, il convient de rappeler qu'elle a été presque unanimement rejetée par les États et organisations qui ont participé à l'élaboration de la Convention⁴⁴. Sur le continent européen, le projet de *Convention relative à un tribunal international en matière de garde d'enfants*, élaboré en 1976 par le comité d'experts du Conseil de l'Europe, n'avait reçu en son temps qu'un soutien très limité⁴⁵. Il faut reconnaître que l'établissement d'un tribunal international chargé d'appliquer la *Convention de La Haye de 1980*, quoique de nature à résoudre certains des problèmes cités, entraînerait beaucoup d'autres. En particulier, on se heurterait à la difficulté de définir

⁴² Le risque de partialité affecte l'ensemble du droit international privé — commun et conventionnel. Il est peut-être cependant plus manifeste dans un domaine aussi sensible que l'enlèvement d'enfant. C'est généralement dans l'espoir d'obtenir des autorités du pays de refuge le droit de garde sur l'enfant que le parent rapté a enlevé celui-ci. Cet espoir est fondé sur le fait que le juge (dont la compétence a été artificiellement établie) va appliquer la loi du for, mais aussi qu'il aura tendance à considérer que l'intérêt du mineur est d'être élevé sur le territoire du for par un parent souvent ressortissant de ce pays. En organisant une action de remise de l'enfant, la *Convention de La Haye de 1980* a pour objectif d'empêcher que la garde soit déterminée dans de telles conditions. Toutefois, le juge de l'État de refuge, saisi de la demande de retour, ne sera pas nécessairement à l'abri de ce réflexe nationaliste souvent déploré par la doctrine. Voir par ex., en France, Aix-en-Provence, 23 mars 1989, Rev. crit. dr. int. privé 1990.II.535 (note Yves Lequette). Dans le même ordre d'idées, on dénonce le danger de «l'impérialisme culturel», particulièrement élevé en matière d'enlèvement international, et qui s'insinue souvent dans le traitement des déplacements et non-retours illicites par le truchement de l'art. 13 de la *Convention de La Haye de 1980*, *supra* note 2. Voir Linda Silberman et Karin Wolfe, «The Importance of Private International Law for Family Issues in an Era of Globalization : Two Case Studies — International Child Abduction and Same-Sex Unions» (2003) 32 Hofstra L. Rev. 233 ; Marie-Christine Meyzeaud-Garaud, «Enlèvement international d'enfants : les considérations nationalistes prendraient-elles le pas sur l'esprit de la Convention de La Haye ?» (2002) 6 *Personnes et Famille* 20 à la p. 21.

⁴³ Voir par ex. Garé, «Efficacité», *supra* note 17 à la p. 302, qui se demande toutefois si cette proposition ne relève pas de l'utopie.

⁴⁴ Beaumont et McEleavy, *Hague Convention*, *supra* note 6 à la p. 18.

⁴⁵ Dyer, «Parents», *supra* note 5 à la p. 251.

d'une manière neutre la composition d'un tel tribunal et de s'accorder sur les pouvoirs de cette juridiction, dont l'établissement et le fonctionnement seraient par ailleurs fort coûteux. Même si l'on admettait que la *Convention de La Haye de 1980* puisse être appliquée par cette juridiction internationale⁴⁶, le nombre d'enlèvements internationaux, et donc de saisines, est à ce jour tel que des retards considérables ne pourraient qu'être déplorés dans le traitement des demandes, alors que la rapidité est pourtant un objectif essentiel de la Convention. Une fois la décision rendue, le problème de son exécution dans les États contractants concernés se poserait. Cette difficulté serait exacerbée par la charge émotionnelle inhérente à ce domaine⁴⁷. Il est néanmoins curieux que, à la faveur de compromis politiques, ce dernier obstacle n'ait pas été considéré comme sérieux dans le cadre du nouveau système mis en place en Europe par le *Règlement 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*⁴⁸.

Il serait néanmoins envisageable de confier à une juridiction internationale la responsabilité de l'interprétation uniforme de la *Convention de La Haye de 1980* tout en laissant aux tribunaux internes des États contractants le soin de la mettre en œuvre. Cette suggestion est déjà l'objet d'un consensus international dépassant le domaine de la Convention. En vertu du *Protocole pour reconnaître à la Cour permanente de Justice internationale la compétence d'interpréter les conventions de La Haye de droit international privé*⁴⁹, la Cour permanente de Justice internationale (et désormais la Cour internationale de Justice) a été déclarée compétente pour résoudre les litiges relatifs à l'interprétation des conventions de La Haye de droit international privé. En matière d'enlèvement, l'usage de ce protocole pourrait avoir le potentiel de résoudre un certain nombre des difficultés auxquelles fait face la *Convention de La Haye de 1980*. Par la précision du sens et du contenu des exceptions de l'article 13, de la protection du droit de visite prévue à l'article 21 ou des mesures à prendre par les autorités étatiques (prévues aux articles 2, 7, 9, 10 et 11), c'est toute la mise en œuvre pratique, et par là l'effectivité de la Convention, qui pourrait s'en trouver améliorée.

Devant les avantages d'une interprétation uniforme des concepts conventionnels, il pourrait être étonnant de constater que le *Protocole de 1931* n'a jamais été invoqué en matière d'enlèvement international d'enfants. En réalité, le Protocole n'a été utilisé qu'une fois, dans l'*Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour*

⁴⁶ Une des raisons invoquées pour rejeter l'idée de créer une juridiction internationale pouvant intervenir en matière d'enlèvement était qu'il serait difficile pour les États de s'accorder sur les principes juridiques applicables par un tel tribunal.

⁴⁷ Sur l'ensemble, voir Voir Dyer, «Parents», *supra* note 5 aux pp. 243-44.

⁴⁸ CE, [2003] J.O. L. 338/1, en ligne : Eur-Lex <<http://europa.eu.int/eur-lex/fr/index.html>> [*Règlement Bruxelles II bis*]. Le règlement ne contient pas de dispositions relatives à l'exécution.

⁴⁹ 27 mars 1931, 167 R.T.S.N. 342 (entrée en vigueur : 12 avril 1936) [*Protocole de 1931*].

*régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède)*⁵⁰ en 1958 au sujet de l'interprétation de la *Convention pour régler la tutelle des mineurs* de 1902⁵¹. Le peu de succès de cet instrument s'explique pourtant aisément. D'une part, dans la mesure où les conventions de La Haye sont relatives à des droits et obligations privés, lesquels sont d'abord mis en œuvre par les parties elles-mêmes, les États n'en sont pas à première vue les débiteurs et créanciers immédiats. D'autre part, la juridiction internationale ne peut être saisie que par les États, qui sont généralement peu préoccupés par le règlement de litiges familiaux internationaux auxquels ils ne sont souvent pas directement parties. L'existence d'une divergence d'interprétation doit créer une difficulté suffisamment sérieuse pour, de simple litige familial assorti d'un élément d'extranéité, se muer en un véritable litige interétatique : selon les termes mêmes du *Protocole de 1931*, ce sont bien les «différend[s] entre [États contractants du protocole] concernant l'interprétation des conventions élaborées par la Conférence de La Haye de [d]roit international privé» qui sont soumis à la juridiction de la Cour internationale de Justice⁵². Sauf lorsque la résolution de problèmes récurrents d'interprétation soulevés à l'occasion de litiges privés coïncide avec un intérêt étatique fort⁵³, il faut s'attendre à ce que celui-ci répugne, pour des raisons politiques, à saisir la Cour dans les conditions prévues par le *Protocole de 1931*⁵⁴.

Il convient d'observer qu'à l'échelle européenne, l'entreprise de «communautarisation» du droit international de la famille ne permettra pas davantage

⁵⁰ [1958] C.I.J. rec. 55. Voir J.H.A. van Loon, «The Hague Conventions on Private International Law» dans Francis Jacobs et Shelley Roberts, dir., *The Effects of Treaties in Domestic Law*, London, Sweet & Maxwell, 1987, 221 à la p. 242 [Van Loon, *Hague Conventions*].

⁵¹ *Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède)*, «Convention pour régler la tutelle des mineurs», [1958] C.I.J. Mémoires 65.

⁵² *Protocole de 1931*, *supra* note 49 à la p. 342.

⁵³ Voir par ex. la *Convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale*, 18 mars 1970, reproduit dans Conférence de La Haye de droit international privé, *Recueil des conventions (1951-1996)*, a.l., Bureau permanent, a.d., 152, tel que cité par Van Loon, *Hague Conventions*, *supra* note 50 à la p. 243, qui a donné lieu à la présentation par certains États parties de mémoires d'*amicus curiae* dans plusieurs litiges.

⁵⁴ Voir par ex. la frilosité des États à faire usage de leur droit de former une communication à l'encontre d'autres États pour méconnaissance de leurs obligations internationales dans le domaine des droits de l'homme : dans le cadre onusien, les mécanismes organisant la possibilité de contrôles sur l'initiative des États (conduisant à une conciliation et aboutissant au mieux à la formulation de simples propositions facultatives), institués par la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 7 mars 1966, 660 R.T.N.U. 195, arts. 11-13, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, arts. 41-42, en ligne : Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme <<http://www.ohchr.org/french/law/ccpr.htm>> [Pacte], et la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, 1465 R.T.N.U. 85, art. 21, n'ont à ce jour jamais été utilisés. Dans le cadre européen de la protection des droits de l'homme, une douzaine de requêtes interétatiques peuvent être dénombrées, mais celles-ci, à quelques exceptions près, se sont inscrites dans le cadre de «différends politiques plus vastes». Voir Frédéric Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2003 au para. 307 et s. [Sudre, *Droit européen*].

à la *Convention de La Haye de 1980* de bénéficier d'une interprétation régionale uniforme, quoique le *Règlement Bruxelles II bis* «incorpore» la Convention⁵⁵. La Cour de Justice des Communautés européennes, compétente pour l'interprétation de la législation communautaire⁵⁶, ne pourra pas se prononcer sur le sens de concepts utilisés par la Convention, bien que le Règlement y fasse globalement référence⁵⁷. La Convention n'ayant pas fait l'objet d'une incorporation matérielle dans le Règlement, c'est en tant que telle (quoique complétée par celui-ci) qu'elle continuera de s'appliquer aux enlèvements intra-communautaires. Quant aux notions, qui, bien qu'ayant leur origine dans la *Convention de La Haye de 1980*, ont été matériellement reprises, voire définies, par le Règlement⁵⁸, leur nombre est limité et il est fort probable que le nombre de renvois préjudiciels sera également. En effet, en vertu de l'article 68 du *Traité instituant la Communauté européenne*, seules les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne pourront poser une question préjudicielle d'interprétation du *Règlement de Bruxelles II bis* à la Cour de Justice des Communautés européennes. Or, peu de litiges relatifs à un enlèvement international atteignent la juridiction suprême des États membres requis⁵⁹, et cette proportion se trouvera encore limitée du fait du jeu de l'article 42 du Règlement⁶⁰. Même alors, une difficulté d'interprétation soulevée par les parties ne doit pas être soumise à la Cour de Justice si le tribunal national estime que la question n'est pas pertinente ou que la législation communautaire est claire⁶¹.

⁵⁵ *Supra* note 48, art. 17.

⁵⁶ CE, *Version consolidée du Traité instituant la Communauté européenne*, [2002] J.O. C. 325/33 à la p. 127, art. 234, en ligne : Eur-Lex <<http://europa.eu.int/eur-lex/fr/index.html>> [*Traité instituant la Communauté européenne*].

⁵⁷ *Règlement Bruxelles II bis*, *supra* note 48, préambule (17), arts. 11-12, 18, 42, 60, 62.

⁵⁸ Telles les notions de déplacement ou de non-retour illicite, d'acquiescement, d'intégration de l'enfant dans son nouveau milieu, de droit de garde, d'exercice effectif de la garde. Voir *Règlement Bruxelles II bis*, *ibid.*, arts. 2, 10; *Convention de La Haye de 1980*, *supra* note 2, arts. 3, 5.

⁵⁹ Il suffit pour s'en convaincre d'observer la situation du Royaume-Uni. Alors que le Royaume-Uni traite chaque année d'un grand nombre d'affaires d'enlèvement dans les différentes unités qui le composent, seules quatre affaires ont été soumises à la Chambre des Lords en 20 ans d'application de la Convention de La Haye de 1980. Voir pour l'Angleterre et le Pays de Galles Sarah Armstrong, «Is the Jurisdiction of England and Wales Correctly Applying the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction?» (2002) 51 I.C.L.Q. 427 [Armstrong, «England and Wales»].

⁶⁰ *Règlement Bruxelles II bis*, *supra* note 48. Si le parent victime est débouté de sa demande de retour, il préférera certainement recourir à l'art. 42 plutôt que de former un recours contre la décision de l'État requis refusant d'ordonner le retour de l'enfant. Il semble donc que seuls les recours du parent ravisseur contre des décisions ordonnant le retour de l'enfant enlevé pourraient donner lieu à une question préjudicielle d'interprétation des dispositions du *Règlement Bruxelles II bis*.

⁶¹ L'urgence qui caractérise la procédure en matière d'enlèvement n'empêche pas le juge de demander à la Cour de Justice des Communautés européennes de statuer sur une question d'interprétation sous le deuxième al. de l'art. 177 du *Traité instituant la Communauté européenne*, *supra* note 56. Voir par ex. *Hoffmann-La Roche v. Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, C-107/76, [1977] E.C.R. I-957. Le juge pourrait toutefois demander à la Cour de soumettre le renvoi préjudiciel à une procédure accélérée, dans les conditions prévues par l'art. 104

Certes, l'article 68(3) du *Traité instituant la Communauté européenne* ouvre également la possibilité au Conseil de l'Union européenne, à la Commission européenne ou à un État membre de demander à la Cour de Justice de statuer sur une question d'interprétation du *Règlement Bruxelles II bis*. Dans un domaine comme l'enlèvement d'enfants, il est néanmoins à prévoir qu'il ne sera pas fréquemment fait usage de cette faculté, sauf si des difficultés d'interprétation ont été révélées de manière récurrente dans la pratique. Évidemment, la décision rendue par la Cour de Justice en réponse à une question d'interprétation ne vaudra, par ailleurs, que dans l'espace communautaire. Il reste toutefois que les juridictions des États contractants pourraient s'inspirer spontanément de la jurisprudence européenne interprétant ces dispositions, de sorte que l'interprétation communautaire pourrait parfois être reprise et appliquée à des enlèvements mettant en cause un État de l'Union (État requis) et un État tiers (État requérant). On est bien loin, toutefois, d'une mise en œuvre uniforme du régime de l'enlèvement d'enfants.

À défaut d'intervention d'un organe juridictionnel proprement international, la résolution concertée des difficultés affectant le kidnapping international ne peut sans doute dépendre que de l'organisation à l'origine de la *Convention de La Haye de 1980*.

3. Les mérites et les limites de l'activité de la Conférence de La Haye

La Conférence de La Haye de droit international privé⁶² ne peut, en tant qu'organisation inter-gouvernementale de coopération transfrontalière en matière de droit civil et commercial, avoir qu'une emprise limitée en ce qui concerne les difficultés liées directement à l'application décentralisée de la *Convention de La Haye de 1980* ou aux choix organisationnels ou procéduraux des États contractants. Toutefois, le Bureau permanent⁶³ a pris une série d'initiatives en vue de soutenir les États parties dans leurs efforts visant à améliorer le fonctionnement pratique de la Convention.

Depuis 1989, des commissions spéciales quadriennales portant sur la mise en œuvre de la *Convention de La Haye de 1980* sont organisées. Ces réunions périodiques ont le grand mérite de contribuer à l'identification et la discussion des difficultés fréquentes ou importantes affectant l'application pratique de la Convention en vue d'une résolution uniforme⁶⁴. Les Commissions se soldent par la formulation de

bis du *Règlement de procédure de la Cour de justice* (CE, *Version codifiée du règlement de procédure*, [1999] J.O. C. 65/1, mod. par CE, *Modifications du Règlement de procédure de la Cour de justice*, [2000] J.O. L. 122/43).

⁶² Depuis 1893, la Conférence de La Haye de droit international privé (Hcch) fait naître et assure le suivi de conventions répondant à des besoins mondiaux dans des domaines tels que la protection internationale des enfants. Voir généralement en ligne : Hcch <<http://www.hcch.net/>>.

⁶³ L'activité de la conférence est coordonnée par un secrétariat multinational — le Bureau permanent — qui a son siège à La Haye. Voir généralement *ibid*.

⁶⁴ Voir Hcch, *Quatrième réunion*, *supra* note 28 pour les dernières recommandations, élaborées à l'issue de la quatrième réunion de la Commission spéciale.

recommandations relativement détaillées à l'attention des États contractants. Ces résolutions sont de nature à guider les autorités administratives et judiciaires des États contractants, et en particulier des nouveaux États contractants, dans leur utilisation de la Convention, mais sont dénuées de force obligatoire.

Ces dernières années, le Secrétariat de la Conférence, conscient que le succès de la Convention ne peut se construire que sur la base de l'engagement d'acteurs divers⁶⁵, a élaboré des stratégies innovantes afin d'améliorer son fonctionnement pratique. En particulier, le Bureau permanent a créé INCADAT, une banque de données qui rassemble les décisions judiciaires rendues sur le fondement de la Convention dans les divers États parties⁶⁶. De plus, il a développé des programmes de formation pour le personnel des Autorités centrales et autres organismes chargés de satisfaire aux obligations qui leur sont imposées par les conventions de La Haye en matière de protection des enfants⁶⁷, a produit des guides de bonnes pratiques⁶⁸, et préside à la création d'un réseau de magistrats⁶⁹. Le Secrétariat de la Conférence publie également la Lettre des juges⁷⁰. Il a par ailleurs été proposé de créer un institut

⁶⁵ Voir William Duncan, «Action in Support of the Hague Child Abduction Convention : A View from the Permanent Bureau» (2000) 33 N.Y.U.J. Int'l L. & Pol. 103. Cet article cite, entre autres, le personnel des Autorités centrales, les juges, les enseignants, les avocats, les autres professionnels du droit, les organisations non-gouvernementales et les victimes d'enlèvement comme acteurs principaux envers cette cause, mais omet d'inclure dans son inventaire les États eux-mêmes, alors que l'application de la Convention dépend pour beaucoup de l'arsenal juridique de ces derniers.

⁶⁶ Voir Conférence de La Haye de droit international privé (HccH), *INCADAT*, en ligne : INCADAT <www.incadat.com>. Sur ce site accessible gratuitement sont publiés plusieurs centaines de résumés de décisions judiciaires en français et en anglais, assortis de brefs commentaires et du texte intégral dans leur langue d'origine.

⁶⁷ Voir Conférence de La Haye de droit international privé (HccH), *Projet de La Haye pour la coopération internationale et la protection des enfants : Aperçu des objectifs*, La Haye, Bureau permanent, 2002, en ligne : HccH <http://hcch.e-vision.nl/index_fr.php?act=publications.details&pid=484>.

⁶⁸ Voir Conférence de La Haye de droit international privé (HccH), *Guide de bonnes pratiques en vertu de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants : Première partie — Pratique des Autorités centrales*, La Haye, Family Law (Jordan), 2003, en ligne : HccH <http://hcch.e-vision.nl/upload/abdguide_f.pdf>; Conférence de La Haye de droit international privé (HccH), *Guide de bonnes pratiques en vertu de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants : Deuxième partie — Mise en œuvre*, La Haye, Family Law (Jordan), 2003, en ligne : HccH <http://hcch.e-vision.nl/upload/abdguide2_f.pdf> [HccH, *Mise en œuvre*]; Conférence de La Haye de droit international privé (HccH), *Mesures préventives*, *supra* note 4.

⁶⁹ HccH, Commission spéciale, *supra* note 14 à la p. 40 et s.

⁷⁰ La lettre des juges est publiée semestriellement par le Bureau permanent. Son objectif est de promouvoir la coopération, la communication et l'échange d'idées entre les autorités judiciaires et autres engagées dans des affaires liées à la protection internationale des enfants. Voir en dernier lieu Conférence de La Haye de droit international privé (HccH), *La lettre des juges* n° 10 (automne 2005), en ligne : HccH <<http://hcch.e-vision.nl/upload/autumn2005.pdf>>.

international de formation juridique à La Haye, lequel serait spécialisé dans l'éducation, la formation et l'assistance technique⁷¹.

Les activités dans lesquelles s'est engagé le Bureau permanent contribuent à la résolution progressive d'un certain nombre des difficultés citées. Elles permettent d'apporter une réponse limitée aux problèmes liés à la substance même de la *Convention de la Haye de 1980* et de guider les États contractants sur la voie d'une mise en œuvre optimale de l'instrument. L'action de la Conférence de La Haye est exemplaire en ce qu'elle use d'une notion très compréhensive de «suivi» de la Convention-enlèvement. Aucun aspect de la Convention, qu'il soit de nature substantielle ou pratique, n'est négligé. Le Bureau permanent promeut également l'échange et la coopération, s'emploie à assurer une dissémination aussi complète que possible des informations dont il dispose, et s'engage dans les domaines de la prévention, comme de l'exécution. Toutefois, non seulement les contraintes financières et humaines limitent-elles la capacité du Secrétariat de la Conférence à fournir un éventail plus large des services nécessaires, mais l'éducation et la préparation de modèles non contraignants doivent évidemment être relayées par des réformes et autres mesures concrètes prises par les pouvoirs publics des États contractants, et propres à garantir une gestion effective des enlèvements.

En l'absence de solutions universelles miraculeuses, on a pu envisager de compléter la *Convention de La Haye de 1980* et de renforcer l'efficacité du traitement des enlèvements d'enfants par la mise en place de mécanismes bilatéraux et régionaux plus contraignants pour lutter contre l'enlèvement international d'enfants.

B. L'insuffisance de l'apport régional

Il est toujours possible pour des États parties à un instrument international de s'entendre en vue de renforcer, dans leurs rapports bilatéraux et multilatéraux, le dispositif mis en place. La *Convention de La Haye de 1980* elle-même, à l'article 36, permet explicitement aux États contractants qui le souhaitent de convenir entre eux de déroger aux dispositions imposant des restrictions au retour de l'enfant⁷². L'article 36 reflète l'idée que la Convention «n'est inspirée par aucune idée d'exclusivité dans son domaine d'application»⁷³, mais reconnaît au contraire que des accords complémentaires puissent être conclus par des États souhaitant s'engager à plus que

⁷¹ Sur ce point, voir Conférence de La Haye de droit international privé (Hcch), *Conclusions de la Commission spéciale du 1^{er} au 3 avril 2003 sur les affaires générales et la politique de la Conférence* (avril 2003) à la p. 10, en ligne : Hcch <http://hcch.e-vision.nl/upload/wop/genaff_concl2003.pdf>.

⁷² Sur les conventions conclues dans ce cadre, voir Conférence de La Haye de droit international privé (Hcch), *Rapport de la deuxième réunion de la Commission Spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants tenue du 18 au 21 janvier 1993* (1993) à la p. 27, en ligne : Hcch <<http://hcch.e-vision.nl/upload/abdrpt93f.pdf>>.

⁷³ Pérez-Vera, *supra* note 33 au para. 146.

le strict respect des obligations posées par la Convention⁷⁴. Quoique la nature des restrictions auxquelles l'article 36 fait référence ne soit pas précisée, ce sont essentiellement les exceptions des articles 13 et 20 qui étaient visées par cette disposition⁷⁵. Les États parties à la *Convention de La Haye de 1980* ont-ils fait usage de cette possibilité en vue de renforcer l'efficacité du traitement de la soustraction internationale d'enfants ?

1. Exemples d'initiatives bilatérales

On peut certainement citer la *Convention de coopération judiciaire entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République portugaise relative à la protection des mineurs*⁷⁶ comme un exemple d'instrument bilatéral conclu entre deux États parties à la *Convention de La Haye de 1980* en vue «d'assurer une meilleure protection des mineurs en facilitant le rétablissement de la garde des enfants déplacés ou retenus de façon illicite»⁷⁷. Si la *Convention franco-portugaise* a un objet plus large que la *Convention de La Haye de 1980*, son volet «enlèvement» comporte des conditions qui y sont similaires. Toutefois, bien que certaines exceptions au principe de retour immédiat de l'enfant soient maintenues, elles font l'objet d'une formulation plus restrictive : la référence au consentement et à l'acquiescement en tant qu'exceptions au jeu de la *Convention de La Haye de 1980*⁷⁸ disparaît au profit d'une référence à l'absence d'exercice «de bonne foi» du droit de garde sur l'enfant⁷⁹. Par ailleurs, l'exception du risque grave de la *Convention de La Haye de 1980*⁸⁰ est encore réduite. Dans les rapports franco-portugais, ce n'est que si le parent ravisseur parvient à établir que «la remise de l'enfant serait de nature à mettre gravement en cause sa santé ou sa sécurité en raison de la survenance d'un événement exceptionnel depuis l'attribution de la garde» que le juge pourra décider de ne pas ordonner son retour⁸¹. Enfin, l'opposition de l'enfant au retour⁸² a disparu de la liste des exceptions possibles. L'instrument franco-portugais a également créé une commission consultative mixte, chargée de promouvoir et faciliter son

⁷⁴ «Procès-verbal No 15» dans Conférence de La Haye de droit international privé (Hcch), *Actes et documents de la XIV^e session*, t. 3, La Haye, Bureau permanent, 1982, 353 à la p. 357.

⁷⁵ Pérez-Vera, *supra* note 33 au para. 146.

⁷⁶ 20 juillet 1983, en ligne : Ministère de la Justice (France) <<http://www.enlèvement-parental.justice.gouv.fr/bilaterale.html>> [*Convention franco-portugaise*].

⁷⁷ *Ibid.*, préambule. La *Convention franco-portugaise* n'a certes pas été négociée sur le fondement de l'art. 36 de la *Convention de La Haye de 1980* dont elle a précédé de quelques mois l'entrée en vigueur.

⁷⁸ *Supra* note 2, art. 13, al. 1(a).

⁷⁹ *Convention franco-portugaise*, *supra* note 76, art. 19(1)(b).

⁸⁰ *Supra* note 2, art. 13, al. 1(b).

⁸¹ *Convention franco-portugaise*, *supra* note 76, art. 19(1)(c).

⁸² *Convention de La Haye de 1980*, *supra* note 2, art. 13, al. 2.

application et de «proposer toute modification qu'elle jug[e] opportune pour améliorer son efficacité»⁸³.

La recherche d'un traitement plus satisfaisant des enlèvements transfrontières sur le plan bilatéral a pu également être menée hors d'un cadre strictement conventionnel : un exemple puisé dans les relations franco-allemandes fournit une illustration récente de ce phénomène. À la suite de diverses difficultés rencontrées dans l'application de la *Convention de La Haye de 1980* dans le cadre d'enlèvements franco-allemands, une commission parlementaire de médiation extrajudiciaire a été créée en 1999⁸⁴, laquelle peut être saisie à tout moment d'un conflit d'autorité parentale franco-allemand. Cette Commission a engagé une réflexion sur l'élaboration d'une charte de médiation franco-allemande, la définition de la notion d'intérêt de l'enfant au sens des conventions internationales, et l'harmonisation des pratiques juridiques des deux pays. Si l'on peut se réjouir de l'engagement de l'État dans la résolution des dossiers d'enlèvements franco-allemands, il est permis de se demander si ces efforts sont nécessaires et suffisants⁸⁵.

2. Aperçu des principaux efforts régionaux

À l'échelle régionale, et quoiqu'elle rassemble des États qui ne sont pas tous parties à la *Convention de La Haye de 1980*⁸⁶, la *Convention de Montevideo* du 15 juillet 1989 peut également être considérée comme un instrument complétant l'arsenal universel⁸⁷, prévoyant des délais de procédure stricts⁸⁸ et détaillant davantage le rôle des Autorités centrales au cours de la localisation et de la remise de

⁸³ *Convention franco-portugaise*, *supra* note 76, art. 3(1).

⁸⁴ Voir *Déclaration finale des consultations franco-allemandes de Potsdam*, 1 décembre 1998, en ligne : Office franco-allemand pour la Jeunesse <<http://www.ofaj.org/reseau/decoff/potsdam.html>>.

⁸⁵ La définition franco-allemande de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant ne saurait résoudre l'ambiguïté de ce standard applicable à bien d'autres relations que celles se nouant de part et d'autre du Rhin. De même, la généralisation de la médiation devrait être envisagée pour tous les dossiers d'enlèvement. On peut se réjouir qu'elle l'ait finalement été en 2001. Quant à l'harmonisation des pratiques juridiques des deux pays, elle n'est ni nécessaire ni suffisante. Si les pratiques en question ne sont pas adaptées au système de La Haye, elles doivent être éliminées totalement (pas seulement dans le contexte franco-allemand). Si elles ne sont pas inadaptées, leur harmonisation ne s'impose pas.

⁸⁶ À l'heure actuelle, 11 des 13 États parties à la *Convention de Montevideo* sont également parties à la *Convention de La Haye de 1980* (à l'exception de la Bolivie et d'Antigua et Barbude) ; toutefois, certains États, pourtant signataires de la première, ne l'ont pas ratifiée, préférant devenir parties à la seconde (Colombie, Guatemala).

⁸⁷ Voir Inter-American Children's Institute, *Report on International Abductions of Minors in the Americas by one of their Parents. Meeting of Government Experts*, Doc. SIM/doc.8/02 (2002) au para. 3, en ligne : Inter-American Children's Institute <http://www.iin.oea.org/Reunion_Sustraccion_internacional/Informe_situacion_sustraccion_internacional_de_menores_ingles.pdf>.

⁸⁸ *Convention de Montevideo*, *supra* note 10, art. 12. Les exceptions au retour doivent être invoquées dans un délai de huit jours ouvrables courant à partir du moment où les autorités de l'État de refuge rencontrent l'enfant ; la décision de celles-ci doit intervenir dans un délai de 60 jours après invocation de l'exception. Voir aussi *ibid.*, arts. 13,14, 20.

l'enfant⁸⁹. Cette attention aux aspects pratiques du phénomène pourrait être de nature à contribuer à un traitement plus efficace des enlèvements internationaux d'enfants.

Tout récemment, dans le contexte européen, la proposition d'inclure le problème des enlèvements transfrontières intra-communautaires dans le domaine du *Règlement Bruxelles II bis*⁹⁰, a fait surface⁹¹. Au soutien de cette proposition, on faisait valoir qu'un traitement communautaire de la soustraction internationale d'enfants permettrait de mettre «un coup d'arrêt aux enlèvements d'enfants»⁹², suggérant que le régime issu de la *Convention de La Haye de 1980*, qui pourtant liait alors tous les États membres de l'Union européenne, était insuffisant⁹³. La proposition a divisé les États membres au point que le dossier n'a pu être résolu qu'à l'échelle ministérielle⁹⁴. Le compromis que reflète le Règlement consiste essentiellement à maintenir l'applicabilité de la *Convention de La Haye de 1980* dans les rapports intra-communautaires, mais complète celle-ci par un mécanisme communautaire dont la principale caractéristique, outre la plus grande rigueur du régime du retour, est qu'il donne le pouvoir à l'État de la résidence habituelle de l'enfant de décider de maintenir sa compétence, même si les autorités de l'État de refuge refusent d'ordonner le retour de l'enfant.

Le *Règlement Bruxelles II bis* a introduit toute une série de petits changements d'ordre procédural⁹⁵. Désormais, le juge appliquant les articles 12 et 13 de la *Convention de La Haye de 1980*⁹⁶ à un enlèvement intra-communautaire veillera à ce

⁸⁹ *Ibid.*, arts. 7, 10, 18-20.

⁹⁰ Sur les rapports entre le nouveau *Règlement Bruxelles II bis* et la *Convention de La Haye de 1980*, voir McEleavy, «European Union», *supra* note 41 à la p. 16 et s.

⁹¹ CE, *Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000 et modifiant le règlement (CE) n° 44/2001 en ce qui concerne les questions alimentaires*, [2002] O.J. C. 203 E/155.

⁹² Commission européenne, Communiqué IP/02/654, «La Commission propose la reconnaissance dans toute l'Union européenne, des décisions rendues dans le domaine du droit de la famille afin de résoudre le problème de l'enlèvement d'enfants» (3 mai 2002), en ligne : Europa <<http://europa.eu.int/rapid/>>.

⁹³ Les nouvelles dispositions communautaires sur la reconnaissance des décisions rendues dans le domaine du droit de la famille et contenues dans le *Règlement Bruxelles II bis* sont en revanche présentées comme devant «mettre un terme aux enlèvements d'enfants dans l'Union européenne» (Commission européenne, «Les nouvelles dispositions communautaires sur la reconnaissance des décisions rendues dans le domaine du droit de la famille devraient mettre un terme aux enlèvements d'enfants dans l'Union européenne», Communiqué IP/05/228 (1^{er} mars 2005), en ligne : Europa <<http://europa.eu.int/rapid/>>).

⁹⁴ McEleavy, «Crossroads», *supra* note 14 à la p. 108.

⁹⁵ *Bruxelles II bis*, *supra* note 48, arts. 11.1-11.5.

⁹⁶ *Supra* note 2, art. 12-13. L'article 12 établit que

[] lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement au sens de l'article 3 et qu'une période de moins d'un an s'est écoulée à partir du déplacement ou du non-retour au moment de l'introduction de la demande devant l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat contractant où se trouve l'enfant, l'autorité saisie ordonne son retour

que l'enfant soit entendu (sauf si cela paraît inapproprié eu égard à son âge ou sa maturité)⁹⁷, et ne pourra refuser le retour que si le parent victime a également eu la possibilité d'être entendu⁹⁸. Un traitement plus rigoureux (à défaut d'être nécessairement plus efficace) des enlèvements est également garanti : d'une part, alors que l'article 11 de la *Convention de La Haye de 1980* se contente de prévoir que les autorités judiciaires ou administratives de l'État de refuge doivent «procéder d'urgence» en vue du retour de l'enfant⁹⁹, le nouveau Règlement impose que le juge rende sa décision au plus tard six semaines après sa saisine, sauf si cela s'avère impossible en raison de circonstances exceptionnelles¹⁰⁰. D'autre part, le juge ne peut refuser d'ordonner le retour de l'enfant sur le fondement de l'article 13, alinéa 1(b) de la *Convention de La Haye de 1980* lorsqu'il «est établi que des dispositions adéquates ont été prises pour assurer la protection de l'enfant après son retour»¹⁰¹. Enfin, l'innovation principale du nouveau Règlement communautaire réside dans les paragraphes 6 à 8 de son article 11 concernant les hypothèses dans lesquelles le juge de l'État requis, tout en constatant que le déplacement de l'enfant est illicite, décide de refuser d'ordonner le retour sur le fondement de l'exception du risque grave de danger¹⁰². Dans ce cas, les autorités de l'État de refuge devront «immédiatement [...]

immédiat. [...] L'autorité judiciaire ou administrative, même saisie après l'expiration de la période d'un an prévue à l'alinéa précédent, doit aussi ordonner le retour de l'enfant, à moins qu'il ne soit établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu. [...] Lorsque l'autorité judiciaire ou administrative de l'État requis a des raisons de croire que l'enfant a été emmené dans un autre État, elle peut suspendre la procédure ou rejeter la demande de retour de l'enfant.

L'art. 13 établit que

[n]onobstant les dispositions de l'article précédent, l'autorité judiciaire ou administrative de l'État requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant, lorsque la personne, l'institution ou l'organisme qui s'oppose à son retour établit : a) que la personne, l'institution ou l'organisme qui avait le soin de la personne de l'enfant n'exerçait pas effectivement le droit de garde à l'époque du déplacement ou du non-retour, ou avait consenti ou acquiescé postérieurement à ce déplacement ou à ce non-retour; ou b) qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable. [...] L'autorité judiciaire ou administrative peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion. [...] Dans l'appréciation des circonstances visées dans cet article, les autorités judiciaires ou administratives doivent tenir compte des informations fournies par l'Autorité centrale ou toute autre autorité compétente de l'État de la résidence habituelle de l'enfant sur sa situation sociale.

⁹⁷ *Bruxelles II bis*, supra note 48, art. 11(2).

⁹⁸ *Ibid.*, art. 11(5).

⁹⁹ *Supra* note 2, art. 11, al. 1. L'art. 11, al. 2 dispose que «[l]orsque l'autorité judiciaire ou administrative n'a pas statué dans un délai de six semaines à partir de sa saisine, le demandeur ou l'Autorité centrale de l'État requis [...] peut demander une déclaration sur les raisons de ce retard».

¹⁰⁰ *Règlement Bruxelles II bis*, supra note 48, art. 11(3), al. 2.

¹⁰¹ *Règlement Bruxelles II bis*, *ibid.*, art. 11(4).

¹⁰² *Ibid.*, arts. 11(6)-11(8).

transmettre une copie de la décision [...] de non-retour et des documents pertinents» aux autorités compétentes de l'État de résidence habituelle de l'enfant¹⁰³. À moins que les juridictions de l'État de résidence habituelle de l'enfant aient déjà été saisies, l'autorité ayant reçu les documents devra inviter les parties à présenter leurs observations dans les trois mois, afin qu'un juge de cet État examine la question de la garde de l'enfant¹⁰⁴. Ainsi, les juridictions de l'État de refuge qui avaient refusé d'ordonner le retour de l'enfant pourront voir leur décision «remplacée» par une décision ultérieure de la juridiction de l'État de la résidence habituelle de l'enfant¹⁰⁵. «Si cette [nouvelle] décision implique le retour de l'enfant, le retour [devra] être effectué sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure pour la reconnaissance et l'exécution de ladite décision dans l'État membre où se trouve l'enfant enlevé»¹⁰⁶. Pourtant, on peut se demander si, à lui seul, le caractère directement exécutoire de la deuxième décision dans l'État de refuge suffira à venir à bout de la réticence du parent rapté à renvoyer un enfant à l'étranger conformément à une décision étrangère alors que le non-retour de l'enfant enlevé est soutenu par des juges locaux pour des motifs «précis [et] dûment justifiés»¹⁰⁷. Il est probable qu'en cas de résistance de la part de l'auteur de l'enlèvement, le litige sera résolu uniquement après l'introduction d'une procédure d'exécution dans l'État de refuge, laquelle sera soumise au droit interne de cet État¹⁰⁸.

Sans remettre totalement en cause le mécanisme de l'action en restitution d'enfant mis en place par la *Convention de La Haye de 1980*, les instruments régionaux ont ainsi tenté d'éliminer de manière plus ou moins extensive certains obstacles au bon fonctionnement du processus. Toutefois, ces instruments ne résolvent pas toutes les difficultés recensées.

S'il n'est donc pas certain que les efforts bilatéraux ou régionaux aient les effets escomptés, on pourrait malgré tout s'en satisfaire si toute action en la matière relevait pour les États de la faculté, non de l'obligation.

¹⁰³ *Ibid.*, art. 11(6). Les documents doivent être reçus dans un délai d'un mois suivant la date de la décision de non-retour.

¹⁰⁴ *Ibid.*, art. 11(7).

¹⁰⁵ *Ibid.*, préambule (17).

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*, art. 47. Si la révision de la décision étrangère est exclue à ce stade, il reste que l'intérêt de l'enfant, demeuré dans l'État de refuge pendant toute la durée du litige, ne saurait être ignoré. Voir McEleavy, «European Union», *supra* note 41 à la p. 33.

Même si les juges statuent sur la demande de retour dans le délai de six semaines imposé par le Règlement, plusieurs semaines voire mois supplémentaires peuvent s'écouler avant que la question de la garde ne soit résolue par les autorités de l'État de résidence habituelle puis que la décision impliquant le retour soit mise à exécution dans l'État de refuge. Or, le temps écoulé rendra l'exécution extrêmement difficile, sauf si des mesures préparatoires au retour ont été prises. Il est regrettable que le Règlement ne prévoit ni n'impose de telles mesures.

II. Les réponses internes : analyse des obligations des États

La *Convention de La Haye de 1980* prévoit un certain nombre d'obligations assumées par les États qui y sont parties, directement ou par l'intermédiaire de leurs organes, au premier rang desquels on trouve, en matière d'enlèvement d'enfants, les Autorités centrales. Au-delà de ces obligations conventionnelles spécifiques, l'analyse du domaine de l'enlèvement international d'enfants en termes de droits fondamentaux révèle l'existence d'importantes obligations dépassant le cadre du régime élaboré par la *Conférence de La Haye de 1980*.

A. Obligations découlant directement de la Convention de la Haye de 1980

En devenant parties à la *Convention de La Haye de 1980*, les États sont tenus de prendre «toutes mesures appropriées pour assurer [...] la réalisation des objectifs de la Convention»¹⁰⁹. Cependant, la Convention ne précise pas la teneur des mesures à prendre par les parties contractantes pour assurer le rétablissement du *statu quo ante* et le respect effectif «dans les autres États contractants [d]es droits de garde et de visite existant dans un État contractant»¹¹⁰, à l'exception de l'obligation imposée aux États contractants de désigner une Autorité centrale¹¹¹. Il faut reconnaître que, vu le caractère relativement imprécis des buts de la Convention, les mesures prises par les États vont nécessairement varier non seulement en fonction de l'arsenal juridique dont ils disposent, mais aussi en fonction de chaque situation particulière.

Instrument de coopération qui repose, dans une large mesure, sur la création d'Autorités centrales chargées de coordonner et de canaliser cette coopération¹¹², la *Convention de La Haye de 1980* dresse une liste non exhaustive¹¹³ des mesures que ces dernières doivent prendre «directement [ou] avec le concours de tout intermédiaire» aux fins d'assurer la réalisation des objectifs de la Convention¹¹⁴. Les États, par l'intermédiaire des Autorités centrales, sont ainsi tenus de prendre les mesures nécessaires à l'accomplissement des buts suivants : la localisation de l'enfant

¹⁰⁹ *Convention de La Haye de 1980*, *supra* note 2, art. 2.

¹¹⁰ *Ibid.*, art. 1.

¹¹¹ *Ibid.*, art. 6.

¹¹² La Convention tient également compte du rôle majeur que d'autres organes de l'État peuvent être appelés à jouer ; les autorités judiciaires ou administratives peuvent intervenir, quoique leurs obligations ne fassent pas l'objet d'une définition conventionnelle précise. Voir Pérez-Vera, *supra* note 33 aux paras. 43-44.

¹¹³ *Supra* note 2, art. 7. Le caractère non limitatif de la liste est révélé par l'usage des termes «[e]n particulier», qui montre que les mesures citées ne sont que de possibles illustrations du devoir général d'action des Autorités posé par l'al. 1. Ce choix est le reflet du compromis opéré par les rédacteurs entre les délégations qui souhaitaient des Autorités centrales fortes avec des compétences d'action et d'initiative amples et celles qui les envisageaient comme de simples mécanismes administratifs pour faciliter l'action des parties. Voir Pérez-Vera, *supra* note 33 au para. 88 et s.

¹¹⁴ *Convention de La Haye de 1980*, *ibid.*

enlevé¹¹⁵, la prévention de nouveaux dangers pour l'enfant ou de préjudices pour les parties, la remise volontaire de l'enfant¹¹⁶, l'échange d'informations relatives à la situation sociale de l'enfant ou au droit de l'État, l'introduction ou la facilitation de procédures judiciaires afin de permettre le retour de l'enfant et, le cas échéant, l'organisation ou l'exercice paisible et effectif du droit de visite¹¹⁷, l'obtention de l'assistance judiciaire et juridique, le retour sans danger de l'enfant, l'obtention de l'information réciproque sur le fonctionnement de la Convention et la levée des obstacles à son application.

Quoiqu'elle énumère ainsi certaines obligations à la charge des autorités étatiques, la Convention laisse à chacun des États contractants la possibilité de déterminer le meilleur moyen de les exécuter. La réalisation effective de l'obligation de coopération dont les États sont débiteurs dépend ainsi dans une large mesure de l'initiative de ceux-ci et, en particulier, de la capacité d'action accordée aux Autorités centrales dans le droit interne. La *Convention de La Haye de 1980* ne met toutefois en place aucun mécanisme permettant de résoudre les difficultés liées à l'inexécution par les États contractants des obligations qu'elle impose. Au-delà de la possibilité pour les autres États parties de soulever le problème à l'échelle diplomatique ou ministérielle¹¹⁸, il est également possible de discuter, lors des commissions spéciales quadriennales relatives à la mise en œuvre pratique de la Convention, de la situation d'États dont la méconnaissance des obligations est patente et particulièrement aiguë. C'est ainsi que le cas de l'Espagne a été considéré lors de la première de ces Commissions spéciales, en 1989¹¹⁹, et celui de la Bosnie-Herzégovine lors de la

¹¹⁵ L'art. 9 de la *Convention de La Haye de 1980, ibid.*, précise à cet égard que lorsque l'Autorité centrale saisie a des raisons de penser que l'enfant se trouve dans un autre État contractant, elle transmet directement la demande à l'Autorité centrale compétente.

¹¹⁶ Cette obligation, d'une importance particulière, est réitérée à l'art. 10 de la *Convention de La Haye de 1980, supra* note 2.

¹¹⁷ Voir aussi *ibid.*, art. 21.

¹¹⁸ Le Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé peut également intervenir à titre d'intermédiaire afin de faciliter la coopération entre Autorités centrales.

¹¹⁹ Voir Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé (HccH), *Conclusions générales de la Commission spéciale d'octobre 1989 sur le fonctionnement de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* (a.d.) à la p. 24, en ligne : HccH <<http://hcch.e-vision.nl/upload/abdrpt89f.pdf>>:

A raison de difficultés fondamentales de structure et de nature légale et procédurale rencontrées par les États Parties dans le traitement par l'Espagne de demandes de retour d'enfants depuis l'entrée en vigueur de la Convention pour ce pays en 1987, l'Espagne est fortement encouragée à prendre sans délai toutes les mesures appropriées pour assurer que soient donnés à son Autorité centrale et à ses autorités judiciaires et administratives les pouvoirs nécessaires et les moyens adéquats permettant à ce pays de remplir complètement ses obligations conventionnelles.

Sur la réponse finalement apportée par l'Espagne, voir Elisa Pérez Vera, «Some Considerations on the Enforcement in Spain of the Hague Convention of October 25, 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction», Meeting of Government Experts on the International Abduction of Minors by One of their Parents, Montevideo (Uruguay), 12-13 août 2002, Inter-American Children's

troisième, en 1997¹²⁰. En dehors de ces cas exceptionnels, le bon fonctionnement de la Convention paraît ne dépendre que de la bonne volonté des signataires¹²¹.

Pourtant, lorsque la méconnaissance des obligations assumées par les États en la matière confine à la violation de droits fondamentaux des individus concernés par l'enlèvement d'enfant, les États auxquels ces violations sont imputables pourraient être incités par les instruments de promotion et de protection des droits de l'homme à faire face à leurs responsabilités, voire être contraints de prendre des mesures positives afin d'échapper aux sanctions mises en place par ces conventions.

B. Obligations découlant d'autres instruments

Les obligations découlant d'instruments internationaux de protection des droits de l'homme sont doublement limitées. Premièrement, aucune convention ne contient de disposition consacrant avec précision le droit des enfants ou des parents concernés de s'attendre à ce que les États parties prennent des mesures *spécifiques* pour lutter contre la soustraction internationale d'enfants. Deuxièmement, la violation de droits de l'homme est sanctionnée de manière plus ou moins énergique selon les instruments envisagés. Parce que les droits fondamentaux, quelle que soit la source considérée, «présentent les mêmes caractéristiques de normes faiblement déterminées par le texte qui les énonce», le juge, quel qu'il soit, est amené à participer au travail de détermination du sens de la norme par «une interprétation créatrice»¹²². Une fois ce travail de précision effectué se pose néanmoins toujours le problème de la sanction des droits ainsi reconnus. À cet égard, il convient de distinguer les conséquences du recours aux instruments à portée mondiale de celles du recours aux instruments régionaux.

1. Instruments universels

a. Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant

La *Convention de New York* relative aux droits de l'enfant, entrée en vigueur le 2 septembre 1990, impose aux États qui y sont parties de prendre des mesures pour

Institute, Doc. SIU/doc.9/02 (2002) à la p. 9 et s., en ligne : Inter American Children's Institute <www.iin.oea.org/2004/redic/Ponencia_Dra_Perez_Vera_ingles.pdf>.

¹²⁰ La situation en Bosnie-Herzégovine a été envisagée en des termes plus mesurés. Voir Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé (HccH), *Rapport de la troisième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (17-21 mars 1997)* (août 1997) au para. 23, en ligne : HccH <<http://hcch.e-vision.nl/upload/abduc97f.pdf>>.

¹²¹ Beaumont et McEleavy, *Hague Convention*, *supra* note 6 à la p. 242.

¹²² M. Delmas-Marty, «Introduction» dans M. Delmas-Marty et C. Lucas de Leyssac, dir., *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Éditions du Seuil, 1996, 28.

lutter contre les déplacements et les non-retours illicites d'enfants à l'étranger¹²³. L'article 11 de la Convention précise qu'à cette fin, les États parties «favorisent la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux ou l'adhésion aux accords existants»¹²⁴. Une lecture superficielle de cette disposition pourrait conduire à penser que les États, en devenant parties à la *Convention de La Haye de 1980* (ou aux autres conventions conclues en la matière), remplissent effectivement leurs obligations résultant de cet article de la *Convention de New York*. Toutefois, l'alinéa 1 de l'article 11, formulé en termes compréhensifs, suggère que la lutte contre les enlèvements ne se limite pas à la conclusion d'instruments internationaux¹²⁵. Par ailleurs, comme toutes les dispositions de la *Convention de New York*, l'article 11 doit se conjuguer avec l'article 4 relatif aux mesures d'application générale de cette Convention¹²⁶. Cette dernière disposition prévoit de manière générale que les États parties prendront «toutes les mesures [...] nécessaires»¹²⁷ pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la Convention. Les mesures auxquelles fait référence l'article 4 sont aussi bien d'ordre législatif qu'administratif «et autre»¹²⁸. Elles comprennent donc un vaste éventail allant de la mise en place de structures spéciales et de moyens de surveillance, au lancement d'activités de formation ou de sensibilisation à tous les niveaux : dans l'administration, au parlement, comme dans l'appareil judiciaire¹²⁹.

Par ailleurs, l'article 9 de la *Convention de New York*, dont le troisième alinéa prévoit que «[l]es États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant»¹³⁰, est également pertinent en la matière, et ce, à deux principaux égards. Si les États parties à la *Convention de La Haye de 1980* ne prennent pas de mesures afin d'organiser une mise en œuvre rapide de cet instrument puis, la procédure s'éternisant, ne font pas en sorte de permettre au parent victime de conserver des contacts directs et réguliers avec l'enfant illicitement déplacé ou retenu, ils

¹²³ La *Convention de New York* connaît un succès sans précédent : finalisée en 1989, elle est entrée en vigueur dès l'année suivante ; il s'agit de l'instrument de protection des Droits de l'Homme qui a été ratifié le plus rapidement et par le plus grand nombre d'États, à l'exception des États-Unis d'Amérique et de la Somalie. Ce succès est néanmoins tempéré par le grand nombre de réservations. Voir Haut Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme (HCDH), *Ratification and Reservations: Convention on the Rights of the Child New York, 20 November 1989* (8 mai 2006), en ligne : HCDH <<http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/11.htm>>.

¹²⁴ *Convention de New York*, *supra* note 8, art. 11, al. 2.

¹²⁵ *Ibid.*, art. 11, al. 1.

¹²⁶ *Ibid.*, art. 4.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ *Ibid.* Sur la définition générale des obligations qu'ont les États parties à la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant, voir Doc. off. Comité des droits de l'enfant NU, 34^e sess., Doc. NU CRC/GC/2003/5 (2003).

¹²⁹ Voir Doc. off. Comité des droits de l'enfant NU, 22^e sess., Doc. NU CRC/C/90 (1999) au para. 291.

¹³⁰ *Convention de New York*, *supra* note 8, art. 9(3).

méconnaissent certainement l'article 9 de la *Convention de New York*¹³¹. Au-delà de l'organisation des relations personnelles pendant l'instance tendant au retour, une violation des articles 9 et 4 de la *Convention de New York* se réalise sans doute également dans les hypothèses où l'enfant déplacé et dont le retour a été ordonné sur la base de la *Convention de La Haye de 1980* n'est pas remis conformément à la décision de justice. En effet, un enfant illicitement déplacé ou retenu qui n'est pas renvoyé dans son État de résidence habituelle en dépit d'une décision ordonnant son retour perdra sans doute tout contact avec le parent victime de la soustraction¹³². Même lorsque le tribunal saisi d'une demande de retour décide de ne pas ordonner la remise de l'enfant sur la base d'une exception prévue par la *Convention de La Haye de 1980*, on constate une grande réticence de la part des parents rapteurs à autoriser l'enfant à sortir de l'État de refuge pour une période de visite chez le parent victime¹³³. Cette réticence ne peut se muer qu'en opposition complète lorsque le parent rapteur refuse obstinément d'obtempérer à une décision de justice lui enjoignant de renvoyer l'enfant.

En matière d'enlèvement, il convient donc de considérer que les États doivent, en application de la *Convention de New York*, non seulement prendre les mesures nécessaires à la lutte contre les déplacements illicites mais aussi, plus concrètement, prendre les mesures de tous ordres indispensables au maintien des relations personnelles entre l'enfant et le parent dont il est séparé à la suite de l'enlèvement. Le contenu exact de ces obligations n'est toutefois pas dénué d'ambiguïtés. S'il est clair, par exemple, que l'on compte l'établissement d'Autorités centrales chargées de mettre en œuvre la *Convention de La Haye de 1980* parmi les mesures nécessaires, on peut se demander si les États contractants sont également débiteurs, au sens de la *Convention de New York*, d'une obligation de doter ces Autorités centrales de pouvoirs étendus qui reprennent ou prolongent ceux cités par la *Convention de La Haye de 1980*. Le Comité des droits de l'enfant, établi par la *Convention de New York*¹³⁴, n'a pas apporté de précisions sur ce point.

Le Comité des droits de l'enfant est uniquement chargé de l'analyse de rapports périodiques que doivent rédiger les États parties à la *Convention de New York*¹³⁵. Par

¹³¹ La rapidité est de l'essence de la *Convention de La Haye de 1980* (*supra* note 2, arts. 2, 11). Voir aussi Pérez-Vera, *supra* note 33 au para. 104 et s. ; HccH, *Quatrième réunion*, *supra* note 28 à la p. 9.

¹³² La situation est évidemment fort différente lorsque le retour de l'enfant enlevé n'a pas été ordonné en application d'une des exceptions prévues par la *Convention de La Haye de 1980* (*supra* note 2, art. 13, al. 1(a), al. 1(b), al. 2, 20). Dans une telle hypothèse, le refus du juge d'ordonner le retour est fondé sur l'intérêt (concret) de l'enfant en cause, ce qui est conforme au principe posé par l'art. 3 de la *Convention de New York*, *supra* note 8. La conséquence du non-retour est que la question de la garde pourra compétemment être résolue par les tribunaux de l'État de refuge, lesquels se prononceront évidemment sur l'étendue du droit de garde et du droit de visite du parent «victime» d'une manière qui devra être conforme à l'art. 9, mais également à l'art. 3 de cette même convention.

¹³³ Pour une illustration de cette tendance, voir par ex. *Re D. (Abduction : Discretionary Return)* [2000] 1 FLR 24, en ligne : INCADAT <<http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0267.htm>>.

¹³⁴ *Supra* note 8, art. 43.

¹³⁵ *Ibid.*, art. 44.

ce biais, il contribue à l'interprétation de la Convention et à l'identification de domaines dans lesquels l'État auteur du rapport considéré devrait intervenir. Toutefois, l'analyse est menée *in abstracto*. Contrairement à certains autres comités créés dans le cadre d'autres conventions des Nations Unies¹³⁶, le Comité des droits de l'enfant ne peut être saisi de recours individuels ou inter-étatiques à l'occasion desquels il pourrait préciser, affiner et concrétiser les obligations très générales formulées dans la *Convention de New York*. Même s'il le faisait, les États parties à cette Convention ne seraient pas davantage poussés à agir qu'ils ne le sont dans le cadre de la *Convention de La Haye de 1980*. En effet, la *Convention de New York* n'est pas plus que la *Convention de La Haye de 1980* assortie de mécanismes d'exécution contraignants. La procédure du rapport a simplement pour effet d'orienter les politiques nationales : le Comité adresse certes des *observations* pour attirer l'attention des États sur les insuffisances du rapport. Ces observations, au reste souvent fort limitées¹³⁷, n'ont qu'un pouvoir d'incitation, mais aucune force obligatoire.

b. *Le Pacte international sur les droits civils et politiques*

Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* de 1966 s'adresse à toute personne, mais ne contient pas de dispositions obligatoires applicables spécifiquement aux enfants victimes de soustraction internationale. De la relative généralité du *Pacte* on doit pourtant se garder de déduire qu'il ne contient aucune obligation à la charge des États dans ce domaine.

En effet, les articles 17, 23 et 24, en conjonction avec l'article 2 du *Pacte*¹³⁸,

¹³⁶ Sur le rôle que joue le Comité des droits de l'homme dans le cadre du Pacte international des droits civils et politiques, voir *infra* note 156.

¹³⁷ S'agissant de l'enlèvement international, les observations que le Comité des droits de l'enfant formulait par exemple en 2003 après examen du rapport du Canada se limitait à deux courts paragraphes (Doc. off. Comité des droits de l'enfant NU, 34^e sess., Doc. NU CRC/C/15/Add.215 (2003) aux paras. 28-29).

¹³⁸ *Supra* note 54, art. 2 :

1. Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.
2. Les États parties au présent Pacte s'engagent à prendre, en accord avec leurs procédures constitutionnelles et avec les dispositions du présent Pacte, les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte qui ne seraient pas déjà en vigueur.
3. Les États parties au présent Pacte s'engagent à :

créent des obligations à la charge des États contractants en matière d'enlèvement international d'enfants. Les quatre dispositions seront discutées à tour de rôle. D'abord, l'article 24(1) dispose que «[t]out enfant, sans discrimination aucune [...] a droit, de la part de sa famille, de la société et de l'État, aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur»¹³⁹. Il ne semble pas contestable que les mesures nécessaires à la lutte contre l'enlèvement d'enfant puissent être un volet des «mesures de protection qu'exige [l]a condition de mineur»¹⁴⁰. Par ailleurs, dans le cadre de la défense de la famille qu'il institue, l'article 23 consacre son quatrième alinéa à la protection de l'enfant lors de la dissolution du lien conjugal¹⁴¹. Le Comité des droits de l'homme établi par le *Pacte*¹⁴² a eu l'occasion d'estimer que le paragraphe 4 reconnaît «sauf circonstances exceptionnelles, le droit à des contacts réguliers entre les enfants et chacun des deux parents lors de la dissolution du mariage. La volonté unilatérale contraire de l'un des deux parents ne constitue généralement pas une circonstance exceptionnelle au sens de la disposition»¹⁴³. Il ne fait aucun doute que cette interprétation pourrait également s'appliquer aux affaires d'enlèvement qui interviennent alors qu'une procédure de divorce est pendante, ainsi qu'à celles qui précèdent chronologiquement la demande de divorce. Étant donné que le principe de non-discrimination s'applique¹⁴⁴ et que l'article 23 protège la famille¹⁴⁵ en plus de protéger le mariage, son paragraphe 4 pourrait peut-être même être appliqué à tous les enfants dont les parents, mariés ou non, se séparent.

a) Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles;

b) Garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'Etat, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et développer les possibilités de recours juridictionnel;

c) Garantir la bonne suite donnée par les autorités compétentes à tout recours qui aura été reconnu justifié.

¹³⁹ *Ibid.*, art. 24(1).

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ *Ibid.*, art. 23(4) : «Les États parties au présent Pacte prendront les mesures appropriées pour assurer l'égalité de droits et de responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. En cas de dissolution, des dispositions seront prises afin d'assurer aux enfants la protection nécessaire».

¹⁴² *Ibid.*, art. 28.

¹⁴³ Doc. off. Comité des droits de l'homme NU, 53^e sess., Doc. NU CCPR/C/53/D/514/1992 (1995) au para. 8.9.

¹⁴⁴ *Pacte*, *supra* note 54, arts. 24, 26.

¹⁴⁵ Le Comité des droits de l'homme a eu l'occasion de préciser qu'il appartient aux États de définir la notion de famille ; l'art. 23 du *Pacte*, *ibid.*, est applicable à toutes les formes de liens considérés comme familiaux dans les États en cause (y compris aux couples non mariés et à leurs enfants). Voir Comité des droits de l'homme, *General comment n° 19 : Article 23 (The family)*, Doc. off. HCDH NU, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.7 (2004) 149.

Enfin, l'article 17 prévoit que : «1. Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. 2. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes»¹⁴⁶. À première vue, un enlèvement semble pouvoir s'analyser comme une immixtion du ravisseur dans la vie privée du parent victime, voire de l'enfant. En dépit de la formulation relativement ouverte de cette disposition, on pourrait toutefois se demander si elle est applicable en cas de soustraction internationale d'enfants. En effet, si les bénéficiaires des instruments de protection des droits de l'homme sont les individus, ce sont les États qui sont débiteurs des obligations corollaires : le *Pacte* n'a pas, à proprement parler, d'effet horizontal direct. Toutefois, le Comité des droits de l'homme considère que l'obligation des États parties de garantir les droits protégés par le *Pacte* ne peut être remplie que si les individus sont non seulement protégés des violations commises par les États et leurs agents, mais aussi de celles commises par des personnes privées. Dans certains cas, les États qui permettent les violations ou ne font pas en sorte de les prévenir, les punir ou les réparer, peuvent être tenus responsables de ces violations. Le Comité considère ainsi que l'article 17 constitue une des dispositions du *Pacte* imposant aux États parties de telles obligations positives¹⁴⁷. Appliquant cette interprétation à une affaire d'exercice difficile par un père de son droit de visite, le Comité des droits de l'homme a condamné un État qui n'avait pas pris de mesures permettant d'assurer l'exécution de décisions judiciaires établissant un droit de visite, estimant qu'en cas de séparation des parents «l'article 17 garantit d'une manière générale une protection *effective* du droit d'un parent d'avoir des relations régulières avec ses enfants mineurs» [nos italiques], nonobstant l'opposition farouche du parent gardien¹⁴⁸.

Comme cette illustration le montre, le Comité des droits de l'homme est compétent non seulement pour analyser les rapports soumis périodiquement par les États¹⁴⁹, mais peut également, à la différence de l'organe de contrôle de la *Convention de La Haye de 1980*, être saisi de recours individuels à l'occasion desquels il est appelé à se prononcer sur l'existence ou l'absence de violation concrète des dispositions du *Pacte* par les États mis en cause. Les décisions rendues par le Comité sont d'autant plus importantes que, loin de se borner à donner son avis sur une

¹⁴⁶ *Pacte*, supra note 54, art. 17.

¹⁴⁷ Voir Doc. off. Comité des droits de l'homme NU, 80^e sess., 2187^e séance, Doc. NU CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004) au para. 8 [*General comment n^o 31*], sur la nature de l'obligation juridique imposée par le *Pacte* aux États qui y sont parties, et, déjà, quoiqu'en termes beaucoup plus mesurés et restrictifs ; Comité des droits de l'homme, *General comment no 16 : Article 17 (Right to privacy)*, Doc. off. HCDH, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, supra note 145 au para. 9.

¹⁴⁸ Doc. off. Comité des droits de l'homme NU, 75^e sess., Doc. NU CCPR/C/75/D/946/2000 (2002) au para. 7.3.

¹⁴⁹ Sur le rôle et les limites de la surveillance par le biais des rapports périodiques, on se rapportera aux développements rédigés dans le contexte de la *Convention de New York*, qui s'appliquent également au *Pacte*.

éventuelle violation, le Comité indique à l'État défendeur les mesures individuelles ou générales qu'il doit prendre pour se conformer au *Pacte*¹⁵⁰. Le droit de recours individuel n'est toutefois reconnu qu'à titre optionnel : c'est par le biais du premier protocole additionnel que les États qui y sont parties reconnaissent la compétence du Comité de recevoir et examiner des communications individuelles dénonçant la violation par l'État partie de l'un des droits protégés par le *Pacte*¹⁵¹. En outre, les «décisions» rendues par le Comité ne sont pas juridiquement obligatoires, de sorte que les États responsables de violations du *Pacte*, quoique liés par les dispositions obligatoires de celui-ci et, par-là «dans l'obligation de prendre immédiatement des mesures pour faire strictement respecter les dispositions du [*Pacte*]»¹⁵², ne sont pas directement tenus de mettre en œuvre les constatations du Comité ayant conclu à une violation¹⁵³. Enfin, si l'attitude des États parties au *Pacte* peut être passée au crible des articles cités plus haut, l'enlèvement international d'enfants (au sens où l'entend la *Convention de La Haye de 1980*) n'a, en tant que tel, donné lieu à aucune pétition individuelle¹⁵⁴. Le *Pacte* recèle toutefois une autre arme qui pourrait être utilisée : les communications étatiques¹⁵⁵. Les plaintes inter-étatiques ne peuvent être utilisées que si l'un et l'autre des États concernés ont fait une déclaration selon laquelle ils acceptent la compétence du Comité des droits de l'homme¹⁵⁶. Dans ce cas, les communications peuvent certes donner lieu à la formulation de «possibilités de règlement amiable de l'affaire» par une Commission de conciliation indépendante

¹⁵⁰ *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 U.N.T.S. 302, art. 5(4) [*Protocole facultatif*].

¹⁵¹ *Ibid.*, art. 1. Le *Protocole facultatif* est entré en vigueur en même temps que le *Pacte* lui-même. Parmi les 149 États parties au *Pacte* de 1966, seuls 104 sont également parties au premier protocole (Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH), *Statut des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme* (2003), en ligne : HCDH <<http://www.unhcr.ch/pdf/reportfr.pdf>>).

¹⁵² Doc. off. Comité des droits de l'homme NU, 7^e sess., Doc. NU CCPR/C/7/D/5/1977 (1979) au para. 10.

¹⁵³ Le Comité s'efforce toutefois de surveiller l'exécution de ses propositions, en demandant aux États concernés de l'informer, dans un délai qu'il fixe, des mesures prises pour donner suite à sa «décision». Les États en cause sont également invités à publier la décision du Comité constatant la violation. Le Comité a récemment renforcé ces mesures de suivi. Voir Doc. off. Comité des droits de l'homme NU, 60^e sess., Doc. NU E/CN.4/2004/98 (2004).

¹⁵⁴ Le Comité des droits de l'homme a certes été saisi de deux affaires considérées comme des enlèvements internationaux d'enfants par des auteurs de communications individuelles. Toutefois, dans les deux cas, la qualification (contestable) des faits relatés comme enlèvement international n'a pas pu être débattue, ni la conformité du traitement de ces prétendus enlèvements au *Pacte* de 1966 vérifiée, le Comité ayant déclaré les demandes inadmissibles. Voir Doc. off. Comité des droits de l'homme NU, 24^e sess., Doc. NU CCPR/C/24/D/175/1984 (1985) ; Doc. off. Comité des droits de l'homme NU, 71^e sess., Doc. NU CCPR/C/71/D/834/1998 (2001).

¹⁵⁵ *Pacte*, *supra* note 54, art. 41.

¹⁵⁶ *Ibid.* Seuls 49 États ont fait cette déclaration. Voir Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH), *Declarations and Reservations: International Covenant on Civil and Political Rights New York, 16 December 1966* (8 mai 2006), en ligne : HCDH <http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/4_1.htm>.

désignée par le Comité des droits de l'homme¹⁵⁷. De telles conclusions formulées par cette Commission pourraient être assez proches des constatations du Comité dans le cadre des plaintes individuelles, et indiquer aux États les mesures à prendre pour faire cesser les violations en question¹⁵⁸. Bien que cette forme de contrôle n'ait «pas pour objet de juger un État à la demande d'un autre mais de concilier des points de vue divergents quant à une appréciation de la conformité au [Pacte] du comportement d'un État»¹⁵⁹, elle est ressentie comme telle et n'a, à ce jour, jamais été utilisée¹⁶⁰.

On constate ainsi que les conventions conclues sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies sont, en pratique, assez impuissantes à assurer le respect par les États de leurs obligations en matière de soustraction internationale d'enfants. En l'absence de mécanismes de sanction très contraignants, les conventions des Nations Unies peuvent encourager et soutenir ce respect, mais ne peuvent pas le garantir.

Devant la relative faiblesse du système onusien de protection des droits de l'homme, les plaideurs victimes d'enlèvement peuvent néanmoins se tourner vers les systèmes régionaux parfois plus énergiquement sanctionnés. Ainsi, les systèmes américain et européen ouvrent à ceux-ci une voie de recours *juridictionnel* leur permettant de faire respecter l'exercice effectif de leurs droits, et, si la violation en est établie, d'obtenir réparation.

2. Instruments régionaux de protection des droits fondamentaux

Seules la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*¹⁶¹ européenne et la *Convention américaine relative aux droits de l'homme : «Pacte de San José de Costa Rica»*¹⁶² ouvrent actuellement la possibilité pour les individus s'estimant victimes de violations d'introduire des recours proprement contentieux permettant, à l'issue d'une procédure judiciaire, de

¹⁵⁷ *Pacte*, *supra* note 54, art. 42(7)(c). En cas de communication étatique, le Comité des droits de l'homme institue une commission *ad hoc*, chargée d'aider les États à parvenir à une solution amiable, en cas d'échec de sa propre intervention. Voir *ibid.*, art. 41.

¹⁵⁸ En ce sens, voir Sudre, *Droit européen*, *supra* note 54 à la p. 612, qui relève qu'une «telle perspective ne peut que conforter les États dans leur attitude de non-utilisation de la procédure des communications étatiques». La procédure de communication étatique se comprend pourtant dans la mesure où, bien que l'art. 2 du *Pacte*, *ibid.*, soit formulé en termes d'obligations des États au bénéfice de l'individu, le Comité des droits de l'homme considère que tout État partie est juridiquement intéressé au respect par chacun des autres États parties de ses obligations. Attirer l'attention sur de possibles violations du *Pacte* par d'autres États et les engager à respecter leurs obligations conventionnelles ne devrait, selon le Comité, pas être perçu comme un acte inamical, mais comme le reflet d'un intérêt communautaire légitime. Voir *General comment n° 31*, *supra* note 147 au para. 2.

¹⁵⁹ Sudre, *Droit européen*, *ibid.* à la p. 610.

¹⁶⁰ Voir Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH), *Human Rights Bodies—Complaints Procedures: Complaining about Human Rights Violations* (a.d.), en ligne : HCDH <<http://www.ohchr.org/english/bodies/petitions/index.htm>>.

¹⁶¹ 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. 5 [CEDH].

¹⁶² 22 novembre 1969, 1144 R.T.N.U. 123 [Pacte de San José].

déboucher sur des décisions *obligatoires* rappelant aux États la teneur de leurs engagements et sanctionnant les violations des droits conventionnellement protégés¹⁶³.

a. *La Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969*

Le système inter-américain de protection des droits de l'homme créé par l'Organisation des États américains («OÉA») est relativement complexe, en ce sens qu'il repose sur deux instruments qui se superposent partiellement : la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*¹⁶⁴ de 1948, complétée par le *Pacte de San José* de 1969. Organe permanent de l'OÉA¹⁶⁵, la Commission inter-américaine des droits de l'homme, est compétente pour recevoir des pétitions individuelles alléguant une violation de droits reconnus dans la *Déclaration américaine de 1948* et dirigées contre un État membre de l'OÉA (qu'il soit ou non partie au *Pacte de San*

¹⁶³ La *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 27 juin 1981, 1520 R.T.N.U. 217, 21 I.L.M. 58, en ligne : Union africaine <<http://www.africa-union.org/home/bienvenue.htm>>, a ouvert un mécanisme de pétition individuelle non contentieux simple (proche des procédures de communication individuelle mises en place dans le système onusien) : la Commission africaine des droits de l'homme ne peut qu'adopter un rapport qui restera souvent confidentiel. Dans la même veine, la *Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant*, 11 juillet 1990, Union africaine, Doc. CAB/LEG/153/Rev.2, en ligne : Union africaine <<http://www.africa-union.org/home/bienvenue.htm>>, a mis en place un système de communications individuelles, dont l'examen est confié à un simple Comité indépendant dépourvu de fonctions juridictionnelles. Il convient toutefois de noter que l'efficacité du système de protection africain des droits de l'homme est en voie d'être renforcée depuis l'entrée en vigueur, le 25 janvier 2004, du *Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*, 9 juin 1998, Organisation de l'Unité Africaine, Doc. OAU/LEG/EXP/AFCHPR/PROT(III), en ligne : Union africaine <<http://www.africa-union.org/home/bienvenue.htm>>. Quant à la *Charte arabe des droits de l'homme*, 15 septembre 1994, reproduite dans 18 H.R.L.J. 151, elle ne prévoit qu'un mécanisme de contrôle sommaire par voie de rapports périodiques.

¹⁶⁴ Rés. IX^{ème} Conférence internationale américaine (1948), reproduite dans OÉA, Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH), *Documents de base concernant les Droits de l'Homme dans le système interaméricain*, Doc. off. OEA/Ser.L/V/I.4, rev. 9 (2003), en ligne : CIDH <<http://www.cidh.oas.org/docdbase.htm>> [*Déclaration américaine de 1948*]. La Déclaration a été à l'origine adoptée sous la forme de recommandation, mais elle a désormais un caractère juridiquement contraignant en tant qu'instrument de référence pour interpréter les droits de l'homme mentionnés dans la *Charte de l'Organisation des États américains*, 30 avril 1948, 119 U.N.T.S. 3. Voir *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights* (1989), Avis consultatif OC-10/89, Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. A) n° 10, en ligne : World Legal Information Institute <<http://www.worldlii.org/int/cases/IHRL/1989/2.html>> [*Avis consultatif OC-10/89*].

¹⁶⁵ *Protocol of Amendment to the Charter of the Organization of American States*, "Protocol of Buenos Aires", 27 février 1967, O.A.S.T.S. n° 1-A, art. 112, en ligne : OAS <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-31.htm>>.

José)¹⁶⁶. Ces pétitions, proches de celles ouvertes dans le cadre du système onusien, se soldent par de simples rapports de la Commission contenant des recommandations à l'adresse de l'État «défendeur» et qui sont susceptibles d'être publiés¹⁶⁷. La Commission n'a, à ce titre, jamais été saisie de plaintes liées au traitement de la soustraction internationale d'enfants.

Toutefois, le *Pacte de San José* a également prévu la possibilité pour les États et les individus qui s'estiment victimes de la violation d'un droit prévu par le Pacte d'initier une action juridictionnelle¹⁶⁸. Cette possibilité de recours reste pourtant limitée. La Cour inter-américaine des droits de l'homme ne peut être saisie que par la Commission (laquelle est aussi un des organes du *Pacte de San José*) ou un État¹⁶⁹, et sa compétence est subordonnée à une acceptation préalable de l'État mis en cause¹⁷⁰. En matière d'enlèvement d'enfants du type envisagé par la *Convention de La Haye de 1980*, la Cour inter-américaine des droits de l'homme n'a jamais été saisie de recours juridictionnels. Une affaire d'enlèvement basée sur le *Pacte de San José* a cependant été portée à la connaissance de la Commission, qui a déclaré en 2000 que la plainte n'était pas fondée, de sorte que l'affaire n'a pas été renvoyée à la Cour¹⁷¹.

La demande discutée précédemment tendait à déterminer si les autorités argentines avaient violé leurs obligations résultant du *Pacte de San José* en exécutant une ordonnance de retour dans les vingt-quatre heures qui avaient suivi son prononcé par l'instance d'appel. En particulier, il convenait de décider si une violation des articles 8 alinéa 1 et 25 du *Pacte de San José* résultait de la participation d'une autorité non-judiciaire à l'exécution de la décision d'appel, de la mise à exécution de cette décision alors qu'elle n'était pas encore passée en force de chose jugée et qu'un recours extraordinaire était pendant devant la Cour suprême ou du rejet de ce recours¹⁷².

¹⁶⁶ *Statut de la Commission interaméricaine des droits de l'homme*, octobre 1979, O.A.S.T.S. n° 36, arts. 19, 20.

¹⁶⁷ *Pacte de San José*, supra note 162, art. 51. *Ibid.*, art. 20(b).

¹⁶⁸ *Ibid.*, arts. 44, 45.

¹⁶⁹ *Ibid.*, art. 61.

¹⁷⁰ *Ibid.* Seuls 19 États ont reconnu la compétence de la Cour, parfois sous conditions. Voir Department of Legal Affairs and Services : Office of Inter-American Law and Programs, B-32 : *American Convention on Human Rights «Pact of San Jose, Costa Rica»*, en ligne : OAS <<http://www.oas.org/juridico/english/Sigs/b-32.html>>.

¹⁷¹ *"X" and "Z" v. Argentina* (2000), Inter-Am. Comm. H.R. No.71/00 au para. 64, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights : 2000*, OEA/Ser.L/V/II.III/doc.20 rev., en ligne : IACHR <<http://www.cidh.org/annualrep/2000eng/ChapterIII/Merits/Argentina11.676.htm>> [Argentina].

¹⁷² Le jeu conjugué des art. 8, al. 1 et art. 25 du *Pacte de San José*, supra note 162, consacre selon la Commission le droit de tout individu à ce que les dispositions procédurales soient observées afin de lui permettre d'avoir accès aux tribunaux mais aussi afin de garantir l'exécution effective des décisions judiciaires rendues : *Avis consultatif OC-10189*, supra note 164 au para. 40.

Sur le premier point, la Commission estima que la *Convention de La Haye de 1980* était «le résultat d'un travail interdisciplinaire mené en droit civil et processuel international qui non seulement harmonisait et unifiait le droit privé, mais également influençait les dispositions procédurales internes afin de faciliter l'assistance judiciaire internationale et de permettre le droit fondamental d'accès aux tribunaux» [notre traduction et nos italiques]¹⁷³. Cette influence avait pour conséquence, selon la Commission, qu'il n'y avait pas de violation des articles 8 et 25 du *Pacte de San José* lorsque des autorités normalement non compétentes étaient, comme en l'espèce, mandatées par un tribunal en vue de contribuer, avec les parents et le Ministère des affaires étrangères, à l'exécution de la décision de retour prononcée par celle-ci¹⁷⁴.

Sur le second point, la Commission considéra que l'exécution d'une ordonnance de retour n'affectait en rien le droit à un recours effectif du parent rapté dans la mesure où, en cas de succès de ce recours, l'enfant aurait pu être rendu à la garde de sa mère¹⁷⁵ jusqu'à ce que les autorités de l'État de résidence habituelle de l'enfant se

¹⁷³ *Argentina, supra* note 171 au para. 43. L'objectif de la *Convention de La Haye de 1980*, tel qu'exprimé en son préambule et ses deux premiers articles, exige, on le rappelle, que les autorités étatiques prennent des mesures (éventuellement originales) afin de parvenir au retour immédiat de l'enfant (*supra* note 2, arts. 1, 2).

¹⁷⁴ *Argentina, ibid.* aux paras. 39-60. Sur ce point, la position adoptée dans la décision argentine ne se distinguait d'ailleurs pas fondamentalement de la pratique des autres États parties à la *Convention de La Haye de 1980*. Ainsi même lorsque les États n'ont pas mis en place de régime procédural spécifique en vue de garantir le retour prompt et effectif de l'enfant enlevé (tel qu'il en existe par exemple en Finlande (art. 46 de la loi 1983/361 du 8 avril 1983), ou en Italie (art. 7, al. 4 de la loi 1994/64 du 15 janvier 1994)), il est considéré de bonne méthode que le tribunal ordonnant le retour de l'enfant précise au cas par cas et en détail la manière dont l'enfant sera renvoyé dans l'État dont il a été enlevé : voir HccH, Quatrième réunion, *supra* note 28 au para. 3.10.

¹⁷⁵ La décision de la Commission repose sur l'idée que les autorités de l'État de la résidence habituelle de l'enfant (for présumé naturel) seraient prêtes à renvoyer celui-ci à l'étranger au motif qu'une décision étrangère (certes définitive, mais par nature provisoire) a infirmé l'ordonnance de retour sur le fondement de laquelle l'enfant avait été ramené dans son État de résidence habituelle. Une telle hypothèse est évidemment liée à la reconnaissance par les autorités étrangères de la décision relative au retour rendue dans l'État d'accueil. Cette reconnaissance n'est envisageable qu'en l'absence de décisions locales en sens contraire et si toutes les autres conditions du droit commun, conventionnel ou réglementaire de la reconnaissance applicables dans cet État se trouvent remplies. Même à admettre la reconnaissance de cette décision étrangère, son exécution subséquente n'est en aucun cas garantie et implique bien souvent une bonne volonté à laquelle le parent (qui par hypothèse s'estime victime d'un déplacement ou d'un non-retour illicite) ne sera pas enclin. Il n'en demeure pas moins que la position des juridictions argentines n'est pas isolée à cet égard ; d'autres États parties à la *Convention de La Haye de 1980* acceptent également de connaître des recours contre des ordonnances de retour exécutées. Voir aux États-Unis *Fawcett v. McRoberts*, 326 F.3d 491 (4th Cir. Va., 2003), en ligne : INCADAT <<http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0494.htm>>, à titre distinct de *Bekier v. Bekier*, 248 F.3d 1051 (11th Cir. Ct. 2001) ; en France, voir par ex. Cass. Civ. 1^{re}, 23 octobre 1990, Bull. Civ. 1990.I.157, n^o 220, en ligne : INCADAT <<http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0339.htm>>. Il n'est pas inhabituel de rencontrer des dispositions prévoyant spécifiquement que les ordonnances de retour doivent être exécutées immédiatement (sauf à être assorties d'un sursis à l'exécution) nonobstant l'existence d'une voie de recours. Voir en Allemagne

prononcent sur le fond de la question de la garde¹⁷⁶. Enfin, la Commission inter-américaine, après avoir souligné qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer sur d'éventuelles erreurs d'interprétation de la *Convention de La Haye de 1980* commises par des juridictions de l'État défendeur, sauf s'il y avait violation d'une disposition du *Pacte de San José*¹⁷⁷, considéra après examen de la décision de la cour argentine que celle-ci n'avait été ni manifestement arbitraire ni infondée¹⁷⁸.

L'effectivité de l'exécution des décisions rendues en matière d'enlèvement d'enfant est un aspect dont les instances européennes de protection des droits de l'homme ont également eu à connaître ces dernières années, encore que le contentieux européen se soit noué autour de situations diamétralement opposées: c'est l'incapacité des États à mettre en œuvre pratiquement leurs propres décisions qui fut critiquée¹⁷⁹.

§ 8 alinéa 1 SorgeRÜbkAG ; en Italie : art 7 alinéa 4 de la loi précitée. Quant aux possibles allers-retours de l'enfant enlevé entre l'État requérant et l'État requis, ils sont monnaie courante dans le contentieux de la soustraction internationale. Il n'est pas peu fréquent que des enfants soient renvoyés dans l'État de leur résidence habituelle pour y être finalement autorisés à s'installer à l'étranger : voir par ex. la décision du tribunal fédéral suisse du 29 mars 1999 (5 P.1/1999). Les perturbations que cette position peut induire pour l'enfant ballotté d'un État à un autre ne sont généralement pas considérées comme relevant de l'art. 13, al. 1(b). Voir la décision de la Cour suprême des Pays-Bas dans *X c. De directie Preventie, en namens Y*, 14 avril 2000, ELRO n° AA5524, Zaaksnr R99/076HR, en ligne : INCADAT <<http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0316.htm>>. Certaines juridictions saisies de demandes de retour parviennent toutefois parfois à minimiser ces hypothèses en reconnaissant les décisions accordant la garde au parent rapté et prononcées dans l'État de résidence habituelle de l'enfant alors que l'instance en vue du retour étant encore pendante dans le for. Voir par ex. l'arrêt de la Cour suprême d'Autriche RS U OGH 1998/04/15 7 Ob 72/98h, en ligne : Justiz <<http://www.ris.bka.gv.at/jus/>>, ou celui de la Cour de cassation française Cass. Civ. 1^{re}, 13 avril 1999, en ligne : Legifrance <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=INCA&nod=IXCXCX1999X04X01X00130X000>>.

¹⁷⁶ *Argentina, supra* note 171.

¹⁷⁷ *Ibid.* au para. 58.

¹⁷⁸ *Ibid.* au para. 59. La Commission, expliquant que la *Convention de La Haye de 1980* consacrait le droit à une procédure équitable, impartiale et rapide offrant la possibilité, mais ne garantissant pas le succès de la demande, conclut à l'absence de violation des art. 8 al. 1 et art. 25 du *Pacte de San José*. Estimant que la possible violation des arts. 17 et 19 ne pourrait avoir son origine que dans la méconnaissance des art. 8 et 25 et rappelant qu'elle venait de conclure qu'une telle méconnaissance n'était pas caractérisée, la Commission décida qu'il ne pouvait y avoir violation des art. 17 et 19.

¹⁷⁹ Il convient de distinguer les affaires dans lesquelles la non-exécution des ordonnances de retour résulte de l'absence de diligence des autorités (souvent combinée à l'obstination des parents concernés) de celles où le retour se révèle impossible ou particulièrement difficile en raison d'obstacles pratiques, tel que le refus des autorités de l'État d'accueil de délivrer un visa d'entrée ou de séjour au parent-rapté (voir par ex. la décision australienne *State Central Authority of Victoria v. Ardito*, 29 octobre 1997 (Family Court of Australia), en ligne : INCADAT <<http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0283.htm>>), ou l'existence de poursuites pénales du fait de l'enlèvement (voir par ex. la décision de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud dans l'affaire *Sonderup v. Tondelli* 2001 (1) SA 1171 (CC)) ou de la résistance physique des enfants (voir par ex. les trois affaires anglaises *Re M. (A Minor) (Child Abduction)* [1994] 1 FLR 390, en ligne : INCADAT <<http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0056.htm>> dans laquelle les enfants tentèrent d'ouvrir les portes de l'avion qui devait les

b. *La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950*

Œuvre majeure du Conseil de l'Europe, la *CEDH*, conclue à Rome le 4 novembre 1950¹⁸⁰, organise une protection des droits de l'homme à travers l'établissement de standards et la création d'un imposant système de contrôle. L'un et l'autre volet ont largement évolué en un demi-siècle à la faveur de nombreux protocoles additionnels, dont le 11^{ème}, entré en vigueur en 1998, a entièrement restructuré le mécanisme de contrôle jusqu' alors mi-juridictionnel, mi-politique¹⁸¹. Depuis cette date, les individus ont le droit de saisir de plein droit la Cour européenne des droits de l'homme¹⁸², qui, se substituant aux trois organes institués en 1950¹⁸³, est désormais l'unique organe de décision. La Cour européenne des droits de l'homme statue sur des requêtes individuelles¹⁸⁴ ou interétatiques¹⁸⁵ et peut également, à la demande du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, donner des avis consultatifs concernant l'interprétation de la *CEDH* et de ses protocoles¹⁸⁶. De ce fait, le système mis en place dispose non seulement des moyens de préciser et développer les engagements pris par les États contractants, mais aussi d'en garantir le respect effectif et collectif¹⁸⁷.

Si la *CEDH* est très générale et ne contient pas de référence au phénomène de l'enlèvement international d'enfants, la Commission et la Cour européenne des droits de l'homme sont progressivement parvenues à en dégager des obligations spécifiques

ramener en Australie et *T.B. v. J.B.* (Abduction : Grave Risk of Harm) [2001] 2 FLR 515, en ligne : INCADAT <<http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0419.htm>>, dans laquelle les enfants s'opposèrent au personnel qui devait les accompagner à l'aéroport, ou *Re H.B.* (Abduction : Children's Objections) [1998] 1 FLR 422, en ligne : INCADAT <<http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0167.htm>>, où l'une des enfants refusa de monter dans l'avion qui devait la renvoyer au Danemark. Dans les deux derniers cas, il fut admis judiciairement qu'il convenait de ne pas mettre en œuvre l'ordonnance de retour originelle).

¹⁸⁰ *CEDH*, *supra* note 161.

¹⁸¹ *Protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention*, 11 mai 1994, S.T.E. 155 [*Protocole n° 11*].

¹⁸² *Ibid.*, arts. 34-35. Avant la réforme de 1998, la compétence de la Cour était facultative et ne s'exerçait qu'à l'égard des États qui l'avaient reconnue. Voir *CEDH*, *supra* note 161, art. 48.

¹⁸³ Soit la *Commission européenne des droits de l'homme*, le Comité des Ministres et la Cour. Voir *CEDH*, *ibid.*, arts. 19, 32.

¹⁸⁴ *Protocole n° 11*, *supra* note 181, art. 34.

¹⁸⁵ *Ibid.*, art. 33.

¹⁸⁶ *Ibid.*, art. 47. Selon l'al. 2, «[c]es avis ne peuvent porter ni sur les questions ayant trait au contenu ou à l'étendue des droits et libertés définis au titre I de la Convention et dans les protocoles ni sur les autres questions dont la Cour ou le Comité des Ministres pourraient avoir à connaître par suite de l'introduction d'un recours prévu par la Convention».

¹⁸⁷ *Ibid.*, art. 46: «1. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties. 2. L'arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution». Sur l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, voir Elizabeth Lambert-Abdelgawad, *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme : Dossiers sur les Droits de l'Homme n°19*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2002.

en matière de garde et de droit de visite¹⁸⁸. Les plaideurs (et la Cour) ont en effet perçu la difficulté de dissocier l'enfant de sa famille¹⁸⁹ : en l'absence de dispositions spécifiquement consacrées aux droits de l'enfant, c'est sur le fondement du droit au respect de la vie privée et familiale que la Cour européenne des droits de l'homme s'est appuyée pour rappeler aux États le contenu et les limites de leurs obligations¹⁹⁰. Il convient néanmoins de noter que les décisions rendues sur le fondement de la *Convention de La Haye de 1980* n'ont pas été uniquement passées au crible de l'article 8 de la *CEDH*. Avant 1998, aucune décision relative à une affaire d'enlèvement d'enfants ne fut rendue par la Cour européenne de droits de l'homme, toutes les affaires ayant été déclarées irrecevables par la Commission¹⁹¹. La Commission avait toutefois considéré non seulement l'article 8, mais également l'article 6, qui donne droit à un procès équitable, s'intéressant en particulier à la durée et au coût de la procédure en vue de la remise de l'enfant, ainsi qu'à la prise en compte par le juge saisi d'une demande de retour de la position de l'enfant en cause¹⁹².

Ces dernières années, la Cour a été saisie à plusieurs reprises de recours intentés par des parents victimes à la suite de difficultés rencontrées dans la mise en œuvre de procédures ou dans l'exécution de décisions tendant au retour d'enfants enlevés¹⁹³.

¹⁸⁸ Voir notamment *Hokkanen c. Finlande* (1995), 299 Cour Eur. D.H. (Sér. A.) 3, 19 E.H.R.R. 139 [*Hokkanen* avec renvois aux Cour. Eur. D.H.].

¹⁸⁹ Le préambule de la *Convention de New York*, *supra* note 8, reconnaît lui-même le rôle de la famille dans la vie de l'enfant : «l'enfant (...) doit grandir dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension».

¹⁹⁰ *CEDH*, *supra* note 161, art. 8 :

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Il convient d'observer que cette disposition comprend la notion de vie familiale de manière large, indépendante de la forme du couple ou du maintien d'un éventuel lien conjugal.

¹⁹¹ La Commission européenne des droits de l'homme a été abolie à l'entrée en vigueur en 1998 du *Protocole n° II*.

¹⁹² Pour une analyse des décisions rendues par la Commission, voir Andrea Schulz, «The 1980 Hague Child Abduction Convention and the European Convention on Human Rights» (2002) 12 *Transnat'l L. & Contemp. Probs.* 355.

¹⁹³ Il convient d'observer toutefois que les parents raptés ont aussi parfois invoqué la *CEDH*, s'estimant victimes d'une violation de leurs droits fondamentaux. Ainsi, dans l'affaire *Tiemann c. France et Allemagne* (2000), IV Cour Eur. D.H., la Cour a décidé que si une ordonnance de retour pouvait être considérée comme une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie familiale du parent rapté, cette ingérence était (en l'espèce) justifiée au sens de l'art. 8(2) de la *CEDH*, *supra* note 161.

i. Exécution des ordonnances de retour fondées sur la *Convention de La Haye de 1980*

La Cour a d'abord eu à connaître d'affaires dans lesquelles les juridictions saisies en application de la *Convention de La Haye de 1980* avaient ordonné le retour des enfants concernés, mais s'étaient heurtées à l'obstination du parent raptéur¹⁹⁴. L'auteur de l'enlèvement était parvenu dans ces deux cas à déjouer le mécanisme de la *Convention de La Haye de 1980* par une attitude procédurière et par une opposition méticuleuse et systématique à toutes les tentatives d'exécution. La *Convention de La Haye de 1980* est particulièrement démunie face à ce type de comportement. Elle ne contient aucune disposition relative à l'exécution des décisions prononcées sur son fondement et se trouve ainsi tributaire du droit judiciaire privé et des procédures d'exécution des États parties.

L'affaire *Ignaccolo* avait commencé par des difficultés rencontrées par le parent qui n'avait pas la garde des enfants (la mère) dans l'exercice de son droit de visite. Alors que celle-ci demeurait en France, le père et les enfants s'étaient installés aux États-Unis. Un litige se noua entre les parents sur le terrain du droit de garde et du droit de visite et diverses décisions furent rendues en France et aux États-Unis (au Texas et en Californie). Ignorant l'ensemble de ces décisions, dont les dernières fixaient la résidence des enfants la mère, le père emmena les enfants en Roumanie, son État d'origine. Les Autorités centrales française et américaine déposèrent des demandes tendant au retour des enfants et, le 14 décembre 1994, un tribunal de Bucarest ordonna la restitution des enfants à la mère. Le père forma plusieurs recours à l'encontre de cette décision. Les recours ayant été rejetés, le père fit judiciairement opposition à l'exécution du même jugement de décembre 1994, mais il fut débouté. Pendant ce temps, l'exécution du jugement de 1994 fut tentée à plusieurs reprises, en vain, les autorités roumaines ne parvenant pas à localiser les enfants ou le père n'honorant pas les rendez-vous fixés. La mère rencontra brièvement ses enfants en janvier 1997. Ce premier contact en sept ans se révéla si difficile que la mère renonça à demander leur retour.

La Cour européenne des droits de l'homme fut, quelque temps plus tard, saisie d'une autre affaire mettant en cause l'incapacité de l'État défendeur à exécuter ses propres ordonnances de retour : l'affaire *Sylvester*. En l'espèce, c'est directement une soustraction internationale d'enfant qui conduisit les parties devant les tribunaux. Moins d'un an et demi après leur mariage, la mère quitta le père et les États-Unis et emmena l'enfant avec elle en Autriche. Les tribunaux autrichiens ordonnèrent le retour de l'enfant aux États-Unis, déboutant la mère de chacun de ses recours. L'exécution de l'ordonnance de retour fut également ordonnée ; le tribunal saisi au stade de l'exécution releva que des mesures coercitives devaient être prises, la mère ayant fait savoir aux médias qu'elle ne restituerait pas l'enfant et qu'elle changeait fréquemment de résidence, à dessein. Les tentatives d'exécution échouèrent et la

¹⁹⁴ *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie* (2000), I Cour Eur. D.H. 205, 31 E.H.R.R. 71 [*Ignaccolo* avec renvois aux Cour Eur. D.H.] ; *Sylvester v. Austria* (2003), 37 E.H.R.R. 17 [*Sylvester*].

mère forma appel de la décision ordonnant l'exécution de l'ordonnance de retour. Un an après les premières tentatives d'exécution, un tribunal cantonal de Graz rejeta la demande d'exécution, estimant que le retour d'une enfant aussi jeune, qui imposerait sa séparation de la personne dont elle dépendait le plus, l'exposerait à un danger psychologique grave. Les recours du père furent rejetés.

Les parents victimes dénonçaient dans les deux cas l'absence de mesures de nature à faire exécuter les ordonnances de retour ou à tout le moins «le manque de sérieux des tentatives entreprises»¹⁹⁵. La Cour estima, dans les deux affaires, qu'il y avait eu violation du droit au respect de la vie familiale des requérants et condamna les États concernés sur le fondement de l'article 41¹⁹⁶. Elle considéra en effet que les États parties à la *CEDH* étaient, dans le cadre de l'article 8, débiteurs d'obligations positives qui, «en matière de réunion d'un parent à ses enfants [devaient] s'interpréter à la lumière de la [*Convention de La Haye de 1980*]» et ce «d'autant plus [...] que l'État défendeur [était] également partie à cet instrument»¹⁹⁷.

L'idée que l'article 8 de la *CEDH* puisse contenir des obligations positives à la charge des États parties n'est pas neuve. Les organes de contrôle de la Convention, s'éloignant de l'interprétation libérale classique des droits de l'homme en termes de droits négatifs, ont développé il y a un quart de siècle l'idée que les États parties ne peuvent se contenter de s'abstenir d'une ingérence¹⁹⁸ : dans certains cas, des obligations positives pèsent sur eux afin que les droits soient garantis de manière effective¹⁹⁹. Sans cette interprétation large, propre à garantir l'effet utile²⁰⁰ de l'article 8, le droit au respect de la vie familiale pourrait se révéler illusoire, voire théorique : l'ingérence dans la sphère familiale est, en effet, bien souvent le fait de personnes privées. En matière d'enlèvement international d'enfants, c'est ainsi le parent ravisseur qui, en privant l'enfant de tout contact avec le parent victime, interfère avec

¹⁹⁵ *Ignaccolo, ibid.* au para. 90.

¹⁹⁶ L'art. 41 du *Protocole n° II*, *supra* note 181, prévoit que «[s]i la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable».

¹⁹⁷ *Ignaccolo, supra* note 194 au para. 95.

¹⁹⁸ *Marckx c. Belgique* (1979), 31 Cour Eur. D.H. (Sér. A) 5 au para. 31, 2 E.H.R.R. 330. Cette affaire avait à connaître de la situation juridique des enfants non légitimes. La Cour a découvert des obligations positives pour assurer «le respect effectif de la mise en œuvre d[es] droits».

¹⁹⁹ Voir Frédéric Sudre, «Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme» (1995) 23 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 363. La jurisprudence a consacré une grande variété d'obligations positives garantissant notamment l'effectivité du droit d'accès à la justice (voir *Airey c. Irlande* (1979), 32 Cour Eur. D.H. (Sér. A) 4, 2 E.H.R.R. 335), le respect de la vie familiale (voir *Gaskin c. Royaume-Uni* (1989), 160 Cour Eur. D.H. (Sér. A) 4, 12 E.H.R.R. 36), ou la protection des malades mentaux (voir *Affaire X et Y c. Pays Bas* (1985), 91 Cour Eur. D.H. (Sér. A) 6, 8 E.H.R.R. 235).

²⁰⁰ De manière générale, les organes de la *CEDH* considèrent que la Convention a pour rôle et son interprétation pour objet de rendre *efficace* la protection de l'individu, voir *Affaire Golder* (1973), 16 Cour Eur. D.H. (Sér. B) 9 au para. 57.

le droit au respect de la vie familiale de ceux-ci, la violation privée étant alors liée à l'abstention ou l'inertie de l'État²⁰¹.

Quoique la teneur exacte des obligations positives des États en matière d'enlèvement n'ait pas été explicitée de manière très détaillée et ne puisse pas l'être, les États disposant d'une certaine marge d'appréciation²⁰² et devant avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble²⁰³, la Cour européenne des droits de l'homme en a largement précisé les contours. L'obligation de prendre les mesures propres à réunir un parent avec son enfant, imposée aux États par l'article 8, n'est pas absolue et sa définition dépend des circonstances de l'espèce. De manière générale, la Cour estime que la compréhension et la coopération des personnes concernées sont fondamentales et que les États doivent s'évertuer à faciliter cette coopération. En matière d'enlèvement, il convient par ailleurs que les mesures nécessaires à la réunion du parent victime et de l'enfant, qui comprennent celles qui sont énumérées par l'article 7 de la *Convention de La Haye de 1980*, soient prises rapidement²⁰⁴. Ces mesures peuvent être, selon la Cour, aussi bien d'ordre préparatoire que coercitif. Les États sont dans l'obligation de prendre des mesures préparatoires au retour de l'enfant lorsque celui-ci a vécu avec le parent ravisseur «depuis un certain temps»²⁰⁵. En effet, la réunion du parent victime et de l'enfant ne peut pas avoir lieu immédiatement dans un tel cas, l'enfant devant y être préparé, en association avec des travailleurs sociaux, des pédopsychiatres ou des psychologues²⁰⁶. Lorsque, eu égard aux circonstances, une ou plusieurs rencontres préparatoires doivent être organisées dans le pays de refuge, celles-ci doivent se dérouler «dans des conditions propres à favoriser un développement positif des relations»²⁰⁷ entre le parent victime et l'enfant. En cas de résistance du parent ravisseur, il appartient également aux États d'user de la coercition. Leurs obligations

²⁰¹ On approche ici de la question délicate de l'effet horizontal de la *CEDH*. Sur ce point, voir Andrew Clapham, «The 'Drittwerking' of the Convention» dans R. St. J. MacDonald, F. Matscher et H. Petzold, dir., *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht (Pays-Bas), Martinus Nijhoff, 1993, 163; Dean Spielmann, *Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention* dans François Sudre, dir., *L'interprétation de la Convention européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 152.

²⁰² *Affaire De Wilde, Ooms et Versyp* (1971), 10 Cour Eur. D.H. (Sér. B). S'agissant de l'article 8, voir l'affaire *Keegan c. Irlande* (1994), 290 Cour Eur. D.H. (Sér. A) 6 au para. 49, 18 E.H.R.R. 342.

²⁰³ *Nuutinen c. Finlande* (2000), VIII Cour Eur. D.H. 51 au para. 127; *Hokkanen*, *supra* note 188 au para. 55; *Ignaccolo*, *supra* note 194 au para. 153.

²⁰⁴ *Ignaccolo*, *ibid.* au para. 102. Le passage du temps a des conséquences dramatiques dans une matière qui doit être dominée par l'urgence. La *Convention de La Haye de 1980* elle-même tient compte de cet élément, le retour de l'enfant ne sanctionnant utilement un déplacement ou un non-retour illicite que s'il intervient dans les meilleurs délais. Voir *supra* note 2, arts. 2, 11, 12. Voir Beaumont et McEleavy, *Hague Convention*, *supra* note 6 à la p. 202 et s. Le passage du temps a des conséquences d'autant plus importantes que l'enfant en cause est jeune comme l'atteste l'affaire *Sylvester*, *supra* note 194.

²⁰⁵ *Ignaccolo*, *ibid.* au para. 94.

²⁰⁶ *Ibid.* au para. 112. Voir *Olsson c. Suède (N° 2)* (1992), 250 Cour Eur. D.H. (Sér. A) aux paras. 89-91.

²⁰⁷ *Ignaccolo*, *ibid.* à la p. 234.

dans ce domaine sont néanmoins limitées par les intérêts, droits et libertés de toutes les personnes concernées et notamment de l'enfant²⁰⁸. Si de telles mesures à l'égard des enfants «ne sont pas souhaitables dans ce domaine délicat, le recours à des sanctions ne doit pas être écarté en cas de comportement illégal du parent»²⁰⁹ ravisseur. L'éventail de sanctions peut varier d'un État à un autre, pourvu que l'arsenal juridique dont s'est doté l'État en cause soit concrètement «adéquat et suffisant pour assurer le respect des obligations positives qui lui incombent en vertu de l'article 8»²¹⁰, ce que la Cour contrôle. La Cour considère à cet égard l'astreinte comme un outil de contrainte insuffisant du fait de son caractère de «voie indirecte et exceptionnelle d'exécution»²¹¹. Le comportement de l'un et l'autre parent peut évidemment peser sur la résolution de l'enlèvement. Toutefois, si l'inexécution de la décision ordonnant le retour par le parent ravisseur doit être sanctionnée, le fait que le parent victime n'ait pas fait toutes les démarches qui étaient à sa disposition pour obtenir l'exécution de l'ordonnance de retour «ne [peut] relever les autorités des obligations leur incombant, en tant que dépositaires de la force publique, en matière d'exécution»²¹². La Cour européenne des droits de l'homme admet certes qu'un changement des circonstances de la cause peut exceptionnellement justifier l'inexécution d'une ordonnance de retour devenue définitive²¹³. Néanmoins, du fait des obligations positives incombant aux États en application de l'article 8 de la *CEDH*, mais aussi du respect dû aux règles de droit, il importe que ledit changement de circonstances ne soit pas la conséquence de l'incapacité de l'État en cause à prendre toutes les mesures qu'on pouvait raisonnablement attendre en vue de l'exécution de l'ordonnance de retour. À cet égard, le fait que la séparation de l'enfant et du parent victime ait été extrêmement longue ne suffit pas à justifier l'inexécution d'une ordonnance de retour lorsque les autorités de l'État de refuge ont contribué à allonger la durée de cette séparation en laissant non seulement la procédure d'exécution s'éterniser, mais aussi en ne prenant pas de mesures préparatoires à l'exécution pendant la durée de l'instance²¹⁴.

La Cour européenne des droits de l'homme a réitéré à plusieurs reprises sa position au regard de l'exécution des ordonnances de retour²¹⁵. Par ailleurs, les enseignements des décisions *Ignaccolo* et *Sylvester* ont été subséquemment étendus à l'ensemble du domaine de l'enlèvement. Désormais, en matière d'enlèvement, les

²⁰⁸ *Ibid.* au para. 94.

²⁰⁹ *Ibid.* au para. 106.

²¹⁰ *Ibid.* au para. 108.

²¹¹ *Ibid.* au para. 111.

²¹² *Ibid.*

²¹³ Voir *Sylvester*, *supra* note 194, et, en tant qu'exemple, la décision anglaise rendue dans *T.B. v. J.B.*, *supra* note 179.

²¹⁴ *Sylvester*, *ibid.* aux paras. 69-70.

²¹⁵ *H.N. v. Poland*, [2005] ECHR 287, en ligne: Hudoc <<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>>; *Karadzic v. Croatia*, [2005] ECHR 871, en ligne: Hudoc <<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>>.

obligations des États doivent être interprétées à la lumière de la *Convention de La Haye de 1980*, qu'elle ait été invoquée et appliquée ou non.

ii. Inaptitude des États à organiser la remise des enfants enlevés

Dans l'affaire *Iglesias GIL et A.U.I. c. Espagne*²¹⁶, l'enfant, qui résidait habituellement avec sa mère en Espagne (le père disposant d'un droit de visite) avait été emmené aux États-Unis par le père à l'insu de la mère. Celle-ci déposa une plainte pour soustraction illégale d'enfant et entama diverses procédures pénales en Espagne. Trois jours après le déplacement, un juge d'instruction ordonnait déjà la remise de l'enfant. Toutefois, la mère fut déboutée de diverses demandes destinées à ce que des mesures d'instruction soient prises, et qu'un mandat de recherche et d'arrêt international soit émis²¹⁷. En dépit des décisions prononcées en sa faveur, la mère ne revit pas son enfant pendant plus de trois ans et ne put le reprendre, avec l'aide de la police, qu'à la faveur du retour spontané de celui-ci et de son père en Espagne.

Alors que l'affaire n'avait pas été plaidée sur le terrain de la *Convention de La Haye de 1980*, qui était pourtant applicable en l'espèce, la Cour européenne des droits de l'homme reprit l'idée que les obligations des États en matière de réunion d'un parent avec son enfant devaient s'interpréter à la lumière de la *Convention de La Haye de 1980*²¹⁸. La Cour reconnut que les autorités espagnoles avaient certes rendu certaines décisions au civil²¹⁹, mais indiqua qu'elles n'avaient pris aucune des mesures prévues par les articles 3, 6, 11, 12 et 13 de la *Convention de La Haye de 1980*, alors que de telles mesures pouvaient être mises en œuvre d'office par les autorités compétentes²²⁰. La Cour releva par ailleurs l'insuffisance de la législation pénale espagnole en matière de mandat de recherche et d'arrêt international pour enlèvement d'enfant²²¹ et conclut à la violation de l'article 8 de la *CEDH*.

De même, dans l'affaire *Maire c. Portugal*²²², l'enlèvement n'avait pas été traité en application de la *Convention de La Haye de 1980*, mais cet instrument constitua de nouveau l'aune auquel furent jugées les mesures prises en vue du retour de l'enfant.

L'enfant en cause résidait en France avec son père, qui en avait obtenu la garde provisoire alors que l'instance de divorce des parents était pendante, lorsque la mère

²¹⁶ (2003), V Cour Eur. D.H. 247 [*Iglesias*].

²¹⁷ Selon la jurisprudence espagnole, il n'était alors pas possible de délivrer un mandat d'arrêt international à l'encontre d'un parent ravisseur ayant l'autorité parentale conjointe à l'égard d'un mineur.

²¹⁸ *Iglesias*, *supra* note 218 au para. 56.

²¹⁹ Les juridictions espagnoles avaient accordé à la mère l'autorité parentale conjointe puis exclusive.

²²⁰ *Iglesias*, *supra* note 218 au para. 57.

²²¹ *Ibid.* au para. 61. La cour nota sur ce point que le législateur espagnol avait estimé nécessaire le renforcement, notamment au pénal, des mesures tendant à combattre l'enlèvement d'enfant et qu'une loi organique avait en 2002 modifié les dispositions du code pénal en la matière.

²²² (2003), VII Cour Eur. D.H. 315 [*Maire*].

l'emmena au Portugal. Deux jours plus tard, le père, invoquant à la fois la *Convention de La Haye de 1980* et la *Convention franco-portugaise*²²³ contacta l'Autorité centrale française en vue du retour de l'enfant. Une demande de restitution de l'enfant fut introduite au Portugal sur le fondement du droit interne et de la *Convention franco-portugaise* devant le tribunal dans le ressort duquel la mère et l'enfant résidaient selon les informations du père. La localisation exacte de l'enfant s'avéra infructueuse pendant quatre ans et demi, de sorte qu'aucun des jugements enjoignant à la mère de remettre l'enfant à l'Autorité centrale portugaise ne fut exécuté.

La Cour rappela que l'adéquation des mesures prises par l'État se juge à la rapidité de leur mise en œuvre, se référant sur ce point aux termes de l'article 11 de la *Convention de La Haye de 1980*, alors que la *Convention franco-portugaise*, dont les articles 18 et 19 manifestent aussi l'exigence de rapidité, aurait pu également être invoquée. Sans se référer à l'arrêt rendu dans l'affaire *Ignaccolo*, la cour confirma que lorsque des difficultés sont dues au comportement du parent avec lequel vit l'enfant, il appartient aux autorités compétentes de prendre les mesures adéquates afin de sanctionner le manque de coopération de celui-ci et ajouta que même au cas où

l'ordre juridique interne ne permettrait pas l'adoption de sanctions efficaces [,] il appartient à chaque État contractant de se doter d'un arsenal juridique adéquat et suffisant pour assurer le respect des obligations positives qui lui incombent en vertu de l'article 8 de la [CEDH] et d'autres instruments de droit international qu'il a choisi de ratifier²²⁴.

Il convient de souligner que les obligations positives que fait peser l'article 8 de la *CEDH* sur les États contractants en matière de réunion d'un parent à ses enfants (telles qu'interprétées à la lumière de la *Convention de La Haye de 1980*) ont, par la suite, également été appliquées en matière de non-exécution d'un droit de visite, dans une affaire qui, bien que liée à un enlèvement international, ne fut pas plaidée sur ce terrain²²⁵. Tout récemment, la Cour européenne des droits de l'homme a également sanctionné un État sur le fondement de l'article 8 de la *CEDH* pour avoir, entre autres, mal interprété une disposition clef de la *Convention de La Haye de 1980*²²⁶.

C'est ainsi tout le domaine de la soustraction internationale d'enfants qui bénéficie de l'exigence d'effectivité posée par la jurisprudence européenne, que l'affaire soit traitée par des règles du droit commun (civil ou criminel) ou du droit conventionnel, la Cour européenne des droits de l'homme sanctionnant sur le

²²³ *Supra* note 76. Voir la partie I.B.1, ci-dessus, pour un aperçu de la Convention.

²²⁴ *Maire*, *supra* note 222 au para. 76.

²²⁵ *Hansen v. Turkey* (2003), 39 E.H.R.R. 394. Dans cette décision, la Cour européenne des droits de l'homme reprend la position adoptée dans les affaires *Ignaccolo* et *Sylvester*, lesquelles sont régulièrement citées, sans toutefois faire référence de manière explicite, comme c'était le cas dans ces affaires, au fait que les obligations des États en matière de réunion d'un parent à ses enfants «doivent s'interpréter à la lumière de la [Convention de La Haye de 1980]» : *Ignaccolo*, *supra* note 194 au para. 95.

²²⁶ *Monory v. Romania and Hungary* (2005), 41 E.H.R.R. 771.

fondement de l'article 8 de la *CEDH* l'inaptitude des États à organiser la réunion des enfants enlevés avec le parent resté dans l'État de résidence habituelle.

Conclusion

En matière de relations intra-familiales, le droit est certainement loin d'être omnipotent. Les cadres mis en place sont souvent tributaires de la bonne volonté des individus concernés et la loi, y compris les instruments internationaux, ne saurait, à elle seule, modifier des attitudes parentales parfois très ancrées²²⁷. Le domaine de l'enlèvement international d'enfants n'échappe bien évidemment pas à ce constat. Il illustre au contraire de manière aiguë à quel point il est délicat de garantir à la fois la justice du droit international privé de la famille et son efficacité.

Il serait néanmoins inexact de déduire des quelques difficultés auxquelles elle fait face que la *Convention de La Haye de 1980* est un instrument insatisfaisant, fragile et qui ne doit une grande partie de son effectivité qu'au «soutien» inespéré d'instances régionales de protection des droits de l'homme²²⁸. D'une part, l'application d'un raisonnement en termes de droits fondamentaux en matière d'enlèvement n'est en réalité qu'un nouveau volet prolongeant l'irruption des droits de l'homme dans la réglementation interne des relations entre parents et enfants (notamment dans le domaine connexe du droit de visite). Si les plaideurs ont eu recours au même raisonnement en matière d'enlèvement international d'enfants, ce n'est pas en vue de répondre à des faiblesses propres à l'instrument conventionnel, mais de tenter de résoudre des difficultés qui transcendent son champ d'application. D'autre part, l'apport des droits fondamentaux à la *Convention de La Haye de 1980* ne s'est pas fait à sens unique, la *CEDH* profitant à son tour de la précision de l'instrument mondial sur cet aspect des relations familiales. Le bilan de ce dialogue est positif : c'est dans son ensemble que la matière de la soustraction internationale d'enfants bénéficie du dialogue entre les deux conventions. Par le truchement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la *Convention de La Haye de 1980* est finalement devenue l'outil majeur d'une lutte plus efficace contre l'enlèvement au-delà même du strict champ d'application de celle-ci.

Il est néanmoins indéniable que le traitement pratique de la soustraction transfrontalière d'enfants est encore imparfait. Cet aspect ne peut toutefois être résolu sans que les États fassent preuve de bonne volonté.

²²⁷ Voir, notamment en ce qui concerne le droit de visite, John Eekelaar, «Contact — Over the Limit» (2002) 32 *Family Law* 271 ; Adrian James, «Squaring the circle — the Social, Legal and Welfare Organisation of Contact» dans Andrew Bainham, dir., *Children and Their Families: Contact, Rights and Welfare*, Oxford, Hart, 2003, 133 ; Shelley Day Sclater et Felicity Kaganas, «Contact: Mothers, Fathers and Children» dans Bainham, *ibid.*, 155. Sur l'importance de ne pas mésestimer le potentiel du droit en la matière, voir toutefois Andrew Bainham, «Contact as a Right and Obligation» dans Bainham, *ibid.*, 61.

²²⁸ Ou, en Europe, de règlements communautaires.

Or, sur ce point, l'observation des mesures prises par les parties à la *Convention de La Haye de 1980* révèle de grandes disparités dans l'investissement des États dans la lutte contre la soustraction internationale d'enfants : alors que certaines parties contractantes semblent considérer que leurs devoirs s'épuisent avec la ratification ou l'adhésion de l'instrument, d'autres ont entrepris de réformer une partie de leur droit afin d'assurer une réalisation optimale des objectifs conventionnels. Ainsi, dans certains États, les pouvoirs publics ont pris des mesures concrètes permettant de faciliter le fonctionnement pratique de la Convention : certains ont choisi de concentrer la compétence en matière d'enlèvement entre les mains d'un nombre limité de juges²²⁹, d'autres ont entrepris d'œuvrer fermement afin de multiplier les cas de retours volontaires²³⁰, alors que d'autres encore se sont engagés financièrement, soutenant le mécanisme du retour en en prenant en charge les frais²³¹.

Le manque d'empressement de certains États à prendre des mesures nécessaires au traitement efficace des enlèvements pourrait être en partie corrigé par l'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme. Les décisions de la Cour auront certainement pour effet de raviver la flamme vacillante de la volonté politique de certains des mauvais élèves européens. Le rappel à l'ordre des instances de protection des droits de l'homme se fera peut-être moins pressant à l'égard de ceux d'entre eux qui sont liés par le *Traité instituant la Communauté européenne (version consolidée Amsterdam)*²³². Sans doute parce que le traitement effectif de l'enlèvement international d'enfants est perçu comme un moyen de promouvoir la cohésion et l'intégration européennes et comme un des volets de l'espace judiciaire européen, on constate chez certains États-membres une bonne volonté au regard du *Règlement Bruxelles II bis* dont n'avait malheureusement pas bénéficié la seule *Convention de La Haye de 1980*. Il est troublant de constater par exemple que certains des États les plus favorables à l'inclusion de l'enlèvement d'enfants dans le *Règlement Bruxelles II bis* s'étaient jusqu'alors peu interrogés sur les moyens de perfectionner la mise en application de la Convention sur leur territoire. D'autres États se hâtent de prendre des mesures permettant la réalisation des objectifs et obligations imposées par le nouveau couple *Convention de La Haye de 1980 / Règlement Bruxelles II bis*²³³ alors

²²⁹ La Finlande, l'Angleterre et le Pays de Galles et l'Irlande notamment. Sur la concentration des compétences, voir HccH, *Mise en oeuvre*, *supra* note 68 à la p. 29 s.

²³⁰ Voir toutefois Armstrong, *supra* note 59. Cette étude déplore que les autorités anglaises et galloises négligent de rechercher la remise volontaire de l'enfant.

²³¹ Pour un exemple d'affaire dans laquelle un juge saisi de la demande de retour a pu constater que les autorités de l'État de résidence habituelle de l'enfant (l'Australie) étaient, semble-t-il, prêtes à prendre en charge les frais du billet de retour des enfants et du parent-rapteur, voir *Sealed Appellant v. Sealed Appellee* (décision de la cour d'appel fédérale américaine du 5^{ème} ressort du 15 décembre 2004), 2004 US App. Lexis 26373. La *Convention de La Haye de 1980*, *supra* note 2, consacre son art. 26 à la question des frais découlant de l'application de la Convention.

²³² CE, [1997] J.O. C. 340/0173.

²³³ Voir par ex., en Allemagne, la nouvelle loi sur le droit international de la famille : *Gesetz zum Internationalen Familienrecht*, Bundesgesetzblatt 2005, 162 en ligne : Bundeszentralregister

que les mêmes mesures n'avaient pas été envisagées dans le cadre de l'application de la seule Convention²³⁴.

Mais si aucun progrès ne peut être accompli sans cette volonté politique — quelle qu'en soit la finalité ultime — l'attention des États ne doit pas se concentrer uniquement sur leur seul arsenal, indépendamment de celui des autres. Le processus conduisant au retour d'un enfant enlevé dans l'État de sa résidence habituelle, qui implique d'ailleurs toute une série d'acteurs institutionnels et privés, est évidemment largement amorcé dans l'État d'accueil, mais doit également pouvoir se poursuivre dans celui où il est renvoyé. L'adaptation par les États de leurs systèmes internes aux besoins spécifiques de l'enlèvement transfrontière d'enfants requiert donc non seulement une stratégie concertée de tous les secteurs de la société civile mais aussi une approche coordonnée à l'échelle internationale. Les États ont sans doute besoin d'être soutenus dans cette tâche ; on ne peut donc que se réjouir de la mise en place, à l'échelon inter-gouvernemental, de programmes²³⁵ et autres mesures²³⁶ destinés à les y aider.

<http://www.bundeszentralregister.de/hkue_esue_pdf/intfamvrg.pdf>. Cette loi réforme le droit processuel allemand en la matière.

²³⁴ L'exposé des motifs de la loi allemande précitée (BT Drucks. 15/3981) indique que bien que le Règlement soit d'application directe, un certain nombre de mesures doivent être prises dans le domaine du droit processuel afin de mettre en oeuvre les dispositions de la législation communautaire (point n° 3, p. 17) ; il s'agit en particulier d'accélérer la procédure applicable à l'action en remise de l'enfant et d'imposer au tribunal saisi de s'assurer du respect effectif au droit à un contact personnel pendant la durée de la procédure (point n° 4, p. 18). Le même raisonnement pouvait, dans le même domaine, s'appliquer aux dispositions conventionnelles. L'exposé des motifs ajoute d'ailleurs que l'expérience de la *Convention de La Haye de 1980* montre que les dispositions existantes relatives à l'exécution des décisions judiciaires ne suffisent pas et qu'il convient de s'engager dans un système d'exécution forcée plus répressive. Le nouveau mécanisme est perçu comme permettant non seulement de sanctionner le non respect des ordonnances de retour, mais comme ayant également un intérêt préventif (point n° 5, pp. 18-19).

²³⁵ L'OÉA a accepté l'établissement du Programme inter-américain de coopération pour prévenir et résoudre les affaires d'enlèvements internationaux d'enfants par l'un de leurs parents, dont l'objectif principal est de renforcer la coopération des États en ce domaine en les encourageant et aidant à prendre les mesures concrètes de prévention et des mesures permettant de garantir effectivement le retour immédiat des enfants enlevés. Voir OÉA, Assemblée générale, 34^e sess., *Inter-American Program of Cooperation to Prevent and Remedy Cases of International Child Abduction of Children by One of Their Parents*, Doc. off. OEA AG/RES 2028 (2004), en ligne : OAS <<http://www.oas.org/juridico/english/ag02528e08.doc>>. Sur le progrès accomplis dans ce domaine, voir OÉA, Commission des questions juridiques et politiques, *Progress Report of the Inter-American Children's Institute (IIN) on Operative Paragraphs 2, 3, and 4 of the Resolution AG/RES. 2133 (XXXV-O/05) "Inter-American Program of Cooperation to Prevent and Remedy Cases of International Abduction of Children by One of their Parents"*, Doc. off. OEA/Ser.G/CP/CAJP/INF.22/05, add. 1 (2006), en ligne : OAS <http://scm.oas.org/doc_public/ENGLISH/HIST_06/CP15526E09.doc>.

²³⁶ Le Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé travaille actuellement à l'identification des problèmes structureaux et pratiques en matière d'exécution. La recherche comprend deux volets : l'étude empirique de la pratique de l'exécution des décisions de retour fondées sur la *Convention de La Haye de 1980* et la reconnaissance des domaines de bonne pratique dans ce contexte (en collaboration avec l'Université de Cardiff), et l'étude comparative du



droit interne et de la pratique de l'exécution dans les États contractants. Un rapport sera présenté à la prochaine Commission spéciale sur le suivi de la *Convention de La Haye de 1980* à l'automne 2006.