



AS/Soc/Inf (2017) 03
28 avril 2017
Fsocdocinf03_2017

**Commission des questions sociales, de la santé
et du développement durable**

Les conflits d'autorité parentale

Un rapport pour la Commission des questions sociales,
de la santé et du développement durable
du Conseil de l'Europe

Mme Juliane Hirsch
Consultante en Droit International et Droit International de la Famille

Avril 2017

Les conflits transnationaux d'autorité parentale

1. Introduction

Dans notre monde globalisé, de plus en plus de familles et de couples binationaux ont à faire, dans le cadre de leur vie quotidienne, avec plus d'un système juridique à la fois. Les divorces et les séparations faisant malheureusement autant partie de la vie que les mariages et les naissances, les différends familiaux transnationaux liés aux enfants sont de plus en plus courants.

La rupture entre les parents d'enfants mineurs est toujours une épreuve. Avec qui les enfants vivront-ils : avec un parent, avec l'autre parent, avec les deux, en garde alternée ? Comment seront organisées les vacances, notamment les fêtes de famille importantes (anniversaires, Noël, etc.) ? Les aspects financiers jouent également souvent un rôle important. Le fait de vivre dans non plus un mais deux foyers fait en effet peser une charge financière supplémentaire. La question connexe de la pension alimentaire constitue souvent une source de conflit supplémentaire.

Lorsque les parents sont issus de pays différents, plusieurs autres questions peuvent entrer en jeu, par exemple : comment garantir que l'enfant continuera à être élevé dans les deux cultures et en apprenant les deux langues ? Par ailleurs, à la suite de la rupture, l'un ou l'autre parent souhaitera peut-être retourner dans son pays d'origine. Comment alors organiser l'exercice de la responsabilité parentale ? Comment assurer le maintien de la relation entre un parent et son enfant par-delà les frontières, et qui prendra en charge les frais de voyage ?

Le présent rapport présente brièvement les instruments régionaux et internationaux pertinents en matière de conflits transnationaux d'autorité parentale. Il explique comment ces instruments contribuent au règlement des conflits familiaux dans des cas individuels et expose les problèmes rencontrés dans la pratique dans ce domaine du droit ainsi que les dernières évolutions enregistrées.

2. Exemple de conflit transnational en matière de responsabilité parentale

La situation décrite ci-après illustre un cas extrême de conflit transnational en matière de responsabilité parentale, à savoir l'enlèvement transnational d'un enfant par un de ses parents. La manière dont le cadre juridique régional et international peut contribuer à résoudre ce type de conflit sera présentée ci-après.

Anna (de nationalité allemande) et Andres (de nationalité espagnole) se sont rencontrés en 2009 à Barcelone, où ils travaillent tous deux. À la suite de la naissance de leurs filles jumelles en 2013, ils connaissent de graves difficultés conjugales. Anna ne se sent pas suffisamment soutenue par Andres dans la vie quotidienne. Elle a du mal à concilier son rôle de mère avec la reprise de sa vie professionnelle. Andres travaille beaucoup et est souvent en mission à l'étranger. Les grands-parents allemands et espagnols vivent loin et ne peuvent pas aider.

En décembre 2016, avec l'accord d'Andres, Anna se rend en Allemagne avec ses jumelles pour passer les vacances de Noël avec ses parents. Elle ne revient pas à Barcelone ; au téléphone, elle déclare à Andres qu'elle compte rester en Allemagne avec les enfants. Andres est sous le choc et entend tout mettre en œuvre pour que ses enfants reviennent en Espagne.

3. Vue d'ensemble du cadre juridique régional et international

Avant d'examiner les différentes manières de résoudre cette étude de cas, on trouvera ci-après un bref aperçu du cadre juridique régional et international pertinent, avec une référence au champ d'application géographique.

3.1. Instruments internationaux particulièrement pertinents :

La **Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant** (ci-après la CIDE)¹ énonce des principes fondamentaux en matière de protection des droits de l'enfant et accorde une attention particulière aux droits de l'enfant dans les situations familiales transnationales. Voir en particulier l'article 10, paragraphe 2, sur les relations personnelles et les contacts entre les enfants et les parents qui

¹ Texte disponible à l'adresse : <<http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>>.

vivent dans des pays différents, ainsi que l'article 11, relatif à l'enlèvement d'enfants. La Convention compte 196 Parties, dont les 47 États membres du Conseil de l'Europe.

La **Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants** (ci-après la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants)² établit des règles communes en matière de compétence, de loi applicable, de reconnaissance et d'exécution dans le domaine de la responsabilité parentale et de la protection des enfants. Elle instaure un système de coopération entre autorités centrales chargées d'aider les personnes concernées dans chaque partie contractante à régler des conflits familiaux transnationaux. Tout État peut adhérer à cet instrument international, auquel sont parties 46 pays (en mars 2017), dont l'ensemble des États membres de l'Union européenne (UE) et 39 des 47 États membres du Conseil de l'Europe³.

La **Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants** (ci-après la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants)⁴ vise à protéger les enfants contre les effets nuisibles d'un non-retour ou d'un déplacement illicites dans un État autre que l'État de leur résidence habituelle. La Convention porte uniquement sur les aspects civils de tels faits et ne traite pas des conséquences pénales qui peuvent en découler. En établissant un cadre juridique international permettant le retour immédiat de ces enfants déplacés ou retenus illicitement, la Convention contribue au maintien d'une relation régulière entre l'enfant et ses deux parents. Elle empêche les décisions de garde contradictoires dans les situations de déplacement ou de non-retour illicites d'un enfant en interdisant aux tribunaux de l'État où l'enfant a été déplacé ou retenu de statuer sur le fond du droit de garde tant que la procédure de retour n'est pas achevée. Le système des autorités centrales établi par la Convention aide les parents en cas d'enlèvement mais aussi en cas de visites transfrontalières sans déplacement ni non-retour illicites. La Convention de La Haye de 1980 est ouverte à la signature de tous les pays et est en vigueur dans 97 pays (en mars 2017). Tous les États membres du Conseil de l'Europe, à l'exception de l'Azerbaïdjan et du Liechtenstein, y sont parties.

3.2. Instruments de l'UE particulièrement pertinents :

La **Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne** (2010/C 83/02) (ci-après la Charte des droits fondamentaux de l'UE)⁵ énonce les droits fondamentaux des citoyens et résidents de l'Union européenne. Proclamée à Nice en décembre 2000, la Charte, dans sa version révisée de décembre 2007, a désormais un caractère contraignant dans l'Union européenne, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, en décembre 2009.

Le **Règlement (CE) n° 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** (ci-après le Règlement Bruxelles II bis)⁶ unifie les règles en matière de compétence, de reconnaissance et d'exécution des décisions et accords exécutoires dans le domaine de la responsabilité parentale dans les États membres de l'Union européenne et établit un système de coopération administrative entre les États, chargés de désigner des autorités centrales pour aider les personnes ayant besoin d'assistance dans des conflits transnationaux en matière de responsabilité parentale. Ce règlement est uniquement applicable entre États membres de l'UE (il ne s'applique pas au Danemark). Il importe de relever que le Règlement prime la Convention de La Haye de 1996 pour les questions visées dans son dispositif, à savoir la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions. La Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants demeure pleinement applicable au sein de l'UE, mais est complétée par certaines dispositions du Règlement de Bruxelles II bis. Une proposition de refonte de ce règlement est actuellement à l'étude⁷.

² Texte disponible à l'adresse : <<https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=70>> ; rapport explicatif disponible à l'adresse : <<http://www.hcch.net/upload/expl34.pdf>>; Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention disponible à l'adresse : <<https://assets.hcch.net/docs/5eadb8e0-db64-4f0a-98de-a7254837a419.pdf>>.

³ Ne sont pas parties à la Convention de La Haye de 1996 les États membres suivants du Conseil de l'Europe : l'Andorre, l'Azerbaïdjan, la Bosnie-Herzégovine, l'Islande, le Liechtenstein, la Moldova, Saint-Marin et « l'ex-République yougoslave de Macédoine ».

⁴ Texte disponible à l'adresse : <<https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=24>> ; rapport explicatif disponible à l'adresse : <<http://www.hcch.net/upload/expl28.pdf>>.

⁵ Texte disponible à l'adresse : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:12010P&from=FR>>.

⁶ Texte disponible à l'adresse :

<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:338:0001:0029:FR:PDF>> ; voir également le Guide pratique pour l'application du règlement Bruxelles II bis, disponible à l'adresse : <http://ec.europa.eu/justice/civil/files/brussels_ii_practice_guide_fr.pdf>.

⁷ Voir la Proposition COM(2016) 411 final du 30.6.2016 relative à la refonte du Règlement Bruxelles II bis à l'adresse suivante : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0411&from=FR>>

La **Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale** (ci-après la Directive européenne sur la médiation)⁸ vise à favoriser le règlement amiable des litiges en matière civile et commerciale en encourageant le recours à la médiation et en faisant en sorte « *que les parties qui y recourent puissent se fonder sur un cadre juridique prévisible* »⁹. Tous les États membres de l'Union européenne, à l'exception du Danemark, sont liés par la Directive et devaient avoir assuré leur mise en conformité avec ses dispositions avant le 21 mai 2011.

3.3. Instruments du Conseil de l'Europe particulièrement pertinents :

La **Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950** (ci-après la Convention européenne des droits de l'homme)¹⁰ énonce des libertés et droits fondamentaux, notamment le droit au respect de la vie privée et familiale (article 8). Afin de garantir le respect des engagements contractés par les États parties, la Convention a établi la Cour européenne des droits de l'homme, à Strasbourg, pour connaître des requêtes individuelles et interétatiques. Les 47 États membres du Conseil de l'Europe ont signé et ratifié la Convention.

La **Convention européenne du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants** (ci-après la Convention européenne de 1980 en matière de garde)¹¹ protège les droits en matière de garde et de visite dans les situations internationales et crée un système d'autorités centrales pour apporter une assistance rapide, gratuite et non bureaucratique aux parents qui cherchent à localiser leur enfant déplacé illicitement et à rétablir leur droit de garde. La Convention est ouverte à la signature de tous les États membres du Conseil de l'Europe et des États non membres invités à y adhérer (voir les articles 21, 23). À ce jour (mars 2017), 37 États membres du Conseil de l'Europe ont ratifié la Convention, dont tous les États membres de l'UE, à l'exception de la Slovaquie.

La **Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants du 25 janvier 1996** (ci-après la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants)¹² vise à protéger l'intérêt supérieur des enfants et à promouvoir l'exercice de leurs droits dans les procédures judiciaires les concernant. La Convention est ouverte à la signature de tous les États membres du Conseil de l'Europe et des États non membres ayant participé à son élaboration. En outre, d'autres États non membres peuvent être invités à y adhérer (voir l'article 22). À l'heure actuelle (mars 2017), 20 États membres du Conseil de l'Europe ont ratifié la Convention¹³.

La **Convention du Conseil de l'Europe sur les relations personnelles concernant les enfants** (ci-après la Convention du Conseil de l'Europe sur les relations personnelles)¹⁴ énonce des principes généraux à appliquer aux décisions relatives aux relations personnelles et établit des mesures de sauvegarde et des garanties appropriées pour assurer le bon déroulement des visites et le retour immédiat de l'enfant à l'issue de celles-ci. La Convention vise en outre à instaurer une coopération entre toutes les instances et autorités compétentes et renforce les instruments juridiques internationaux en vigueur dans ce domaine du droit. Elle est ouverte à la signature de tous les États membres du Conseil de l'Europe, des États non membres ayant participé à son élaboration et des États non membres invités à y adhérer (voir les articles 22, 23). À ce jour (mars 2017), neuf États membres du Conseil de l'Europe l'ont ratifiée¹⁵.

⁸ Texte disponible à l'adresse :

<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:Fr:PDF>>.

⁹ Voir le considérant (7) de la Directive.

¹⁰ Texte disponible à l'adresse : <<http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005>>.

¹¹ Texte disponible à l'adresse : <<http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/105>> ; rapport explicatif disponible à l'adresse :

<<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800ca443>>.

¹² Texte disponible à l'adresse : <<http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/160>>; rapport explicatif disponible à l'adresse : <<http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/160.htm>>.

¹³ À savoir l'Albanie, l'Allemagne, l'Autriche, la Croatie, Chypre, l'Espagne, la Finlande, la France, la Grèce, l'Italie, la Lettonie, Malte, le Monténégro, la Pologne, le Portugal, la Slovaquie, la République tchèque, la Turquie, l'Ukraine et « l'ex-République yougoslave de Macédoine ».

¹⁴ Texte disponible à l'adresse : <<http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/192>> ; Rapport explicatif disponible à l'adresse :

<<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d3845>>.

¹⁵ À savoir l'Albanie, la Bosnie-Herzégovine, la Croatie, Malte, la Roumanie, Saint-Marin, la République tchèque, la Turquie et l'Ukraine.

3.4. Par ailleurs, il convient de mentionner, pour leur importance, les recommandations et lignes directrices suivantes :

Prévention et résolution des conflits sur le déménagement de l'enfant, Recommandation CM/Rec(2015)4, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 11 février 2015¹⁶ ;

Déclaration de Washington sur la relocalisation internationale des familles, du 25 mars 2010¹⁷ ;

Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants, adoptées par le Comité des Ministres le 17 novembre 2010¹⁸ ;

Recommandation n° R (84) 4 aux États membres sur les responsabilités parentales, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 28 février 1984¹⁹ ;

Résolution 2079 (2015) sur l'égalité et la coresponsabilité parentale : le rôle des pères, adoptée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe en octobre 2015²⁰ ;

Recommandation n° R (98) 1 aux États membres sur la médiation familiale, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 21 janvier 1998²¹ ;

Lignes directrices visant à améliorer la mise en œuvre des Recommandations existantes concernant la médiation familiale et en matière civile, CEPEJ(2007)14²² ;

Principes pour la mise en œuvre de structures de médiation dans le cadre du Processus de Malte, élaborés par le groupe de travail sur la médiation de la Conférence de La Haye en 2010²³.

4. Résolution et prévention des conflits transnationaux en matière de responsabilité parentale

4.1. Droits humains et droits de l'enfant influençant le droit international de la famille

L'analyse du cadre juridique régissant les conflits transnationaux en matière de responsabilité parentale exige de prendre en compte plusieurs dispositions contraignantes importantes relatives aux droits humains et aux droits de l'enfant, car elles façonnent la pratique du droit international de la famille. Il s'agit des dispositions de la CIDE, de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, des articles 7 et 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, ainsi que des dispositions de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants et de la Convention du Conseil de l'Europe sur les relations personnelles concernant les enfants. Ces dispositions contraignantes en matière de droits humains et de droits de l'enfant sont développées dans plusieurs instruments non contraignants, à l'instar des Lignes directrices du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants.

Le développement des droits de l'enfant au cours des dernières décennies pourrait être qualifié de « révolutionnaire ». En particulier, la CIDE et d'autres initiatives connexes ont contribué au changement radical de conception du rôle de l'enfant dans le droit national et international de la famille. Aujourd'hui, les enfants sont reconnus comme des sujets de droits et leur rôle dans les procédures a considérablement évolué. Cette nouvelle conception se traduit également par l'adoption d'une nouvelle terminologie dans le droit de la famille. En effet, l'expression « droits de garde » est largement délaissée pour celle de « responsabilité parentale », et la notion de « relations personnelles » remplace désormais celle de « droits de visite » – l'objectif dans les deux cas étant de mieux refléter la réciprocité des droits dans la relation enfant-parents.

¹⁶ Disponible à l'adresse :

<[https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommandations/CMRec\(2015\)4F%20et%20Expose%20de%20Motifs_d%C3%A9m%C3%A9nagement%20de%20l'enfant.pdf](https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommandations/CMRec(2015)4F%20et%20Expose%20de%20Motifs_d%C3%A9m%C3%A9nagement%20de%20l'enfant.pdf)>.

¹⁷ Disponible à l'adresse : <https://assets.hcch.net/upload/decl_washington2010f.pdf>.

¹⁸

<<https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommandations/GuidelinesChildrenFriendlyJusticeF.pdf>>.

¹⁹ Disponible à l'adresse : <<http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/rec.84.4.F.pdf>>.

²⁰ Disponible à l'adresse : <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-FR.asp?FileID=22220&lang=FR>>.

²¹ Disponible à l'adresse :

<[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/7th%20conference_en_files/Rec\(98\)1%20F.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/7th%20conference_en_files/Rec(98)1%20F.pdf)>.

²² Voir :

<[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CEPEJ\(2007\)14&Language=lanFrench&Ver=original&Site=&BackColorIntern et=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CEPEJ(2007)14&Language=lanFrench&Ver=original&Site=&BackColorIntern et=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864&direct=true)>.

²³ Disponible à l'adresse : <<https://www.hcch.net/fr/publications-and-studies/details4/?pid=5317&dtid=52>>.

Le principe fondamental selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les décisions qui le concernent (article 3 de la CIDE) est repris et développé dans les législations nationales et internationale, ainsi que dans la jurisprudence pertinente, notamment celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Par ailleurs, le droit qui lui est conféré d'exprimer son opinion sur toute question l'intéressant et de voir ses opinions dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité (article 12 de la CIDE) fait l'objet d'une attention importante dans le règlement des différends familiaux transnationaux²⁴. En ce qui concerne les procédures d'audition des enfants et l'âge auquel ces derniers peuvent être entendus dans le cadre des procédures judiciaires familiales, il convient de noter que les normes et les pratiques nationales varient d'un pays à l'autre, ce qui peut poser problème dans les affaires familiales transnationales²⁵. Les droits procéduraux de l'enfant sont développés dans plusieurs instruments régionaux et multilatéraux. On mentionnera tout particulièrement la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, qui vise également à promouvoir le droit de l'enfant d'être informé et représenté. Au sein de l'Union européenne, l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne a encore renforcé les droits de l'enfant²⁶.

4.2. Instruments de droit international privé pertinents pour régler les conflits transnationaux en matière de responsabilité parentale

Plusieurs instruments de droit international privé dans le domaine du droit de la famille, notamment la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants, la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants et, au sein de l'UE, le Règlement Bruxelles II bis, ainsi que, dans la région paneuropéenne, la Convention européenne de 1980 en matière de garde, fournissent des outils pour prévenir et régler les conflits transnationaux en matière de responsabilité parentale. Tous ces instruments concourent au même objectif : éviter des décisions contradictoires en matière de responsabilité parentale et favoriser la résolution rapide des conflits transnationaux afin de protéger les enfants concernés. A l'image des instruments internationaux modernes du droit de la famille, tous ces instruments prévoient l'établissement d'un système de coopération entre autorités centrales afin d'aider les personnes à prévenir et à résoudre des différends familiaux transnationaux. Les règles de conflit de lois qu'ils instaurent apportent une preuve supplémentaire du changement d'approche opéré dans le droit international de la famille, désormais davantage centré sur l'enfant : le facteur de rattachement privilégié en matière de responsabilité parentale est la résidence habituelle de l'enfant. L'accent est donc mis sur la proximité de l'enfant avec son environnement quotidien habituel. Le tribunal situé dans la localité où l'enfant réside habituellement est généralement considéré comme le plus compétent pour statuer sur les questions qui concernent l'enfant.

En faisant de la résidence habituelle de l'enfant le chef principal de compétence, la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants contribue à éviter les procédures parallèles et les décisions contradictoires. Le Règlement Bruxelles II bis, dont les règles en matière de compétence remplacent, au sein de l'UE, celles fixées par la Convention de La Haye de 1996, suit la même logique. La Convention de La Haye introduit en outre des règles communes en matière de loi applicable pour les questions relatives à la protection internationale des enfants : d'une manière générale, les tribunaux compétents appliquent leur loi (article 15). Le fait de faire de la résidence habituelle de l'enfant le principal chef de compétence signifie qu'en matière de protection, c'est la loi de l'État de résidence habituelle de l'enfant qui sera principalement appliquée. Un autre aspect très important des règles de la Convention de 1996 relatives à la loi applicable doit être souligné : la Convention garantit la non-extinction de la responsabilité parentale existant selon la loi de l'État de la résidence habituelle de l'enfant en cas de changement de cette résidence habituelle et, partant, de changement de la loi applicable en matière de protection (voir l'article 16, paragraphe 3, de la Convention). Enfin, la Convention de La Haye de 1996, le Règlement de Bruxelles II bis et la Convention européenne de 1980 en matière de garde prévoient des procédures de reconnaissance et d'exécution simplifiées et rapides.

²⁴ Le droit, pour l'enfant, d'être entendu est également consacré par la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants (voir l'article 23 2 b) de la Convention) et par le Règlement de Bruxelles II bis (voir les articles 11.2. et 11.5., 23 b), 41.2. c) et 42.2. a) du Règlement).

²⁵ Les discussions intracommunautaires sur une refonte du Règlement Bruxelles II bis ont ainsi mis au jour le fait qu'il existe « des divergences dans l'interprétation des motifs de non-reconnaissance des décisions rendues dans d'autres États membres, en particulier en ce qui concerne l'audition de l'enfant », voir la Proposition COM(2016) 411 *supra* note de bas de page 7, p. 5.

²⁶ Voir Canetta / Meurens / McDonough / Ruggiero, EU Framework of Law for children's rights, PE462.445, 2012, pp. 18 et suivantes, disponible en anglais à l'adresse : <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/462445/IPOL-LIBE_NT\(2012\)462445_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/462445/IPOL-LIBE_NT(2012)462445_EN.pdf)>.

4.3. Différences dans les législations nationales

Il importe de noter que les instruments de droit international privé n'ont pas vocation à harmoniser le droit matériel de la famille des différents États. Tous les instruments mentionnés ci-dessus se fondent sur le principe du respect mutuel de traditions juridiques différentes. Certes, les normes contraignantes et non contraignantes en matière de droits humains et de droits de l'enfant ont influencé le droit national de la famille et favorisé une évolution commune et des réformes analogues au cours des dernières années. Cela étant, en matière de responsabilité parentale, le droit de la famille continue de varier considérablement d'un pays à l'autre de la région paneuropéenne. À la faveur du mouvement pour les droits de l'enfant, les dernières décennies ont progressivement effacé la distinction entre les enfants nés dans le cadre du mariage et les enfants nés hors mariage. Toutefois, les législations nationales continuent d'afficher des différences en matière de responsabilité parentale des pères célibataires. Dans certains pays, un père célibataire qui reconnaît son enfant se voit automatiquement conférer la responsabilité parentale ; dans d'autres, il doit faire des démarches complémentaires.

Les lois et les pratiques juridiques européennes ont également des conceptions différentes en ce qui concerne les modalités d'exercice de la responsabilité parentale après la séparation des parents. Ces dernières décennies, un grand pas en avant a été franchi dans la reconnaissance des droits des pères. Alors qu'il n'y a pas si longtemps, il était jugé relativement normal qu'à la suite du divorce, la « garde » de l'enfant soit confiée à la mère, le père jouissant d'un simple « droit de visite », la norme veut désormais que le père comme la mère continuent d'assumer conjointement la responsabilité parentale, que l'enfant vive avec l'un ou avec l'autre. Ainsi, les deux parents ont le droit et le devoir de prendre des décisions concertées sur des questions importantes pour la vie de l'enfant. Dans les lois et les pratiques nationales, la grande différence en matière de responsabilité parentale de parents séparés concerne la question du domicile de l'enfant. Dans certains pays, il est d'usage que l'enfant vive avec un seul parent (le plus souvent la mère). Dans d'autres, les tribunaux ont tendance à appliquer le principe de la résidence alternée²⁷ – l'enfant vit alors une partie du temps avec sa mère, l'autre partie avec son père. Lorsque l'enfant vit avec un seul de ses parents, se pose alors une autre question, à laquelle les législations nationales répondent différemment : le parent en question peut-il prendre seul la décision de déménager, que ce soit ailleurs dans le pays ou dans un autre pays ?

4.4. Résolution de notre cas d'étude

Revenons à notre exemple de conflit transnational en matière de responsabilité parentale, que l'on pourrait qualifier de situation type d'« enlèvement international d'enfants ». Un parent déplace un enfant hors de son pays de résidence habituelle sans le consentement de l'autre parent ou, comme dans notre exemple, un parent retient un enfant dans un État qui n'est pas celui de la résidence habituelle de l'enfant – l'un comme l'autre cas porte atteinte aux droits de garde effectivement exercés. La Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants, la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants et le Règlement de Bruxelles II bis utilisent tous trois les mêmes termes (déplacement et non-retour illicites) pour qualifier l'enlèvement international d'un enfant par un de ses parents²⁸. La question de savoir si le parent lésé jouit de droits de garde au sens de ces instruments est déterminée par la loi de l'État où l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement/non-retour illicite, soit, dans le cas qui nous intéresse, la loi espagnole. En Espagne, un père assume de plein droit la responsabilité parentale du fait de sa paternité, quel que soit le statut marital des parents²⁹. La rétention des enfants en Allemagne sans le consentement du père est donc illégale au sens de ces trois instruments.

Notre cas d'étude entre dans le champ d'application géographique des trois instruments. Comme indiqué plus haut, la Convention de La Haye de 1980 n'est pas remplacée mais complétée par le Règlement Bruxelles II bis. Le mécanisme de retour immédiat prévu par la Convention de la Haye de 1980 peut donc être utilisé dans le cas d'un enlèvement transnational d'enfants au sein de l'UE.

La Convention européenne de 1980 en matière de garde a un champ d'application plus étroit et ne s'applique pas directement à notre cas d'espèce. Le déplacement sans droit d'un enfant tel que défini à l'article 1 d) de la Convention présuppose une violation d'une décision relative à la garde. Dans notre cas, le père jouit de plein droit de « droits de garde ». Il faudrait donc qu'il obtienne d'abord, en Espagne, une décision relative à la garde qui déclare le déplacement illicite au sens de la Convention (article 12) avant de

²⁷ Comme préconisé par exemple par la Résolution 2079 (2015) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur l'égalité et la coresponsabilité parentale : le rôle des pères, point 5.5.

²⁸ Voir l'article 3 de la Convention de La Haye de 1980, l'article 7 de la Convention de La Haye de 1996 et l'article 10 du Règlement Bruxelles II bis.

²⁹ Voir le rapport national sur la responsabilité parentale élaboré par la professeure Cristina Gonzalez Beilfuss <<http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Spain-Parental-Responsibilities.pdf>>.

pouvoir invoquer les dispositions de la Convention. Une fois rendue, la décision relative à la garde pourrait être exécutée sur la base des dispositions de la Convention portant sur la reconnaissance et l'exécution, selon lesquelles les États parties doivent appliquer une procédure simple et rapide (article 14 de la Convention). Comme avec la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants, le requérant bénéficierait de l'aide de l'autorité centrale (articles 4 et 5). L'auteur de ce rapport ne dispose d'aucune statistique sur le recours à la Convention européenne de 1980 en matière de garde. Il semble toutefois que dans la pratique, cette convention soit beaucoup moins invoquée que celle de 1980 sur l'enlèvement d'enfants, peut-être parce que cette dernière a un champ d'application plus large, prévoit des procédures de retour immédiat *sui generis* et est renforcée par la Convention de La Haye de 1996 et, au sein de l'UE, par le Règlement Bruxelles II bis.

Concernant les faits de notre cas d'étude, il faut expliquer brièvement comment le mécanisme de retour prévu par la Convention de La Haye de 1980 fonctionne dans la pratique : le parent lésé, Andres, peut contacter l'autorité centrale espagnole prévue par la Convention afin d'obtenir de l'aide. Cette autorité se rapprochera de l'autorité centrale allemande en vue de localiser les enfants et d'obtenir la remise volontaire des enfants. Si Anna refuse, l'autorité centrale allemande engagera la procédure de retour prévue par la Convention. En Allemagne, comme dans plusieurs autres parties contractantes à la Convention de La Haye de 1980, seuls quelques tribunaux spécialisés compétents peuvent connaître de la procédure de retour prévue par la Convention. Le tribunal saisi ordonnera rapidement le retour des enfants dans l'État de leur résidence habituelle, à moins qu'une des exceptions limitées définies par la Convention en la matière s'applique. Les faits dans notre exemple ne donnent aucune indication sur des circonstances qui justifieraient une exception au retour des enfants en vertu de la Convention. Le tribunal allemand ordonnerait par conséquent le retour des enfants en Espagne. Anna peut faire appel de la décision mais, au regard des faits connus, les décisions de l'instance supérieure et de l'instance de dernier recours seraient identiques. Dans le cas où Anna ne se conformerait pas à la décision, celle-ci serait rendue exécutoire.

Le délai « envisagé » par la Convention pour rendre une décision dans le cadre d'une procédure de retour est fixé à six semaines (voir l'article 11 de la Convention). Le Règlement de Bruxelles II bis rend le respect de ce délai obligatoire (voir l'article 11, paragraphe 3, du Règlement). Les statistiques sur les procédures de retour indiquent cependant que dans de nombreux États, malgré l'ouverture de procédures d'urgence, les tribunaux ont du mal à respecter ce délai serré et, quand bien même le Règlement de Bruxelles II bis impose des règles plus strictes, les procédures de retour au sein de l'UE ne sont pas plus rapides³⁰. Il convient de noter que cette question figure parmi celles examinées dans la perspective d'une refonte de ce règlement³¹.

Si cette solution à notre étude de cas semble simple et directe, d'autres aspects doivent encore être réglés. En effet, le conflit parental n'est pas résolu. La Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants vise le rétablissement de la situation antérieure à l'enlèvement, sans préjudice toutefois de la décision sur le « fond du droit de garde » (voir l'article 19 de la Convention). Même si Anna revenait en Espagne avec ses enfants, on ne sait toujours pas avec qui les enfants vivraient, les parents étant désormais séparés. Conformément aux dispositions du Règlement de Bruxelles II bis relatives à la compétence, il appartient aux tribunaux espagnols de trancher en l'espèce.

Pour expliquer le mécanisme dit « qui l'emporte » établi par le Règlement de Bruxelles II bis pour compléter, au sein de l'UE, ce qui a été prévu par la Convention de la Haye de 1980, imaginons que les faits dans notre étude de cas laissent penser qu'il existe un risque grave que le retour des jumelles en Espagne ne les expose à un danger physique ou psychique et que le tribunal allemand saisi de la procédure de retour rende une décision défavorable à leur retour. En vertu de l'article 11, paragraphe 6, du Règlement de Bruxelles II bis, une juridiction qui rend une décision de non-retour conformément à l'article 13 de la Convention de La Haye de 1980 « doit immédiatement, soit directement soit par l'intermédiaire de son autorité centrale, transmettre une copie de la décision judiciaire de non-retour et des documents pertinents, en particulier un compte rendu des audiences, à la juridiction compétente ou à l'autorité centrale de l'État membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicites, conformément à ce que prévoit le droit national. » Le Règlement fixe en la matière un délai d'un mois. Le tribunal compétent dans l'État membre où l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement peut, dans sa décision ultérieure sur le fond du droit de garde, exiger le retour de l'enfant et donc « annuler » la décision de non-retour (article 11, paragraphe 8, du Règlement). Par ailleurs, le Règlement supprime l'exequatur pour cette décision d'« annulation ». La question de l'utilité de ce mécanisme dit « qui l'emporte », censé renforcer le mécanisme de retour de La Haye mais finalement

³⁰ Doc. Prél. n° 8 B de mai 2011 - Analyse statistique des demandes déposées en 2008 en application de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. Partie II - Rapport régional, p. 10, <<https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd08be.pdf>>.

³¹ Voir la Proposition COM(2016) 411 *supra* note de bas de page 7, p. 13.

source de discordance entre les États membres de l'UE, a suscité de vifs débats. Des adaptations de ce mécanisme sont donc proposées dans le cadre de la proposition de refonte du Règlement³².

4.5. Travaux en cours visant à améliorer le fonctionnement des conventions de la Haye

La Conférence de La Haye de droit international privé (HCCH) et les États parties à la Convention de 1980 sur l'enlèvement d'enfants et à la Convention de 1996 sur la protection des enfants s'emploient de manière permanente à améliorer le fonctionnement de ces conventions, notamment à travers les réunions de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de ces instruments, qui ont lieu tous les quatre à cinq ans. La prochaine réunion de la Commission spéciale est prévue pour l'automne 2017.

Si le fonctionnement général de la Convention de 1980 est jugé satisfaisant, plusieurs aspects continuent de poser problème dans la pratique, notamment : l'ouverture parallèle, dans le pays de retour, de poursuites pénales à l'encontre du parent ayant enlevé l'enfant, qui l'empêchent de revenir avec l'enfant ; le fait que certains États parties ne parviennent pas à mettre en place des procédures de retour et/ou des mécanismes d'exécution des décisions de retour suffisamment rapides ; le manque de spécialisation des juges, avocats et autres parties prenantes. À l'évidence, la mauvaise application du mécanisme de retour immédiat prévu par la Convention de La Haye de 1980 crée des situations difficiles, comme l'atteste entre autres la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme³³. L'on s'interroge également depuis quelques années sur la question de savoir si la Convention de 1980, adoptée il y a plus de trente ans, est toujours adaptée, compte tenu des évolutions modernes. Les statistiques relatives au fonctionnement de la Convention indiquent que contrairement à ce qu'on aurait pu croire, la majorité des enlèvements transnationaux d'enfants sont le fait de la personne qui a la charge, exclusivement ou conjointement, de l'enfant. Souvent, il s'agit de la mère qui a quitté son pays d'origine pour vivre avec son époux à l'étranger et qui, à la suite de leur rupture, retourne dans son pays avec l'enfant. Pour l'enfant, les dangers d'un enlèvement transnational demeurent : contrairement aux enfants déplacés en toute légalité dans un autre État, les enfants déplacés ou retenus illicitement risquent de perdre contact avec le parent laissé derrière, la famille élargie et les amis, et ses liens culturels avec l'autre pays peuvent se distendre. Il faut donc que le cadre juridique international apporte des solutions en la matière. Or, le fait que le parent ayant la charge principale de l'enfant soit souvent celui qui le déplace illicitement crée des complications imprévues dans la pratique. Comment rétablir, comme l'envisage la Convention, la situation antérieure si le parent qui a la charge principale de l'enfant décide de ne pas l'accompagner lorsqu'il retourne dans l'autre pays (ou ne peut pas l'accompagner car il y fait l'objet d'une procédure pénale et risque d'être emprisonné) ? Si la décision de retour prévue par la Convention de La Haye de 1980 est sans préjudice de la décision sur le fond du droit de garde, dans les cas susmentionnés, elle peut en réalité entraîner un changement, sur le court et long terme, du pourvoyeur principal aux besoins de l'enfant. Pour toutes ces raisons, certains États parties ont proposé de réviser la Convention de La Haye de 1980 et d'élaborer un protocole additionnel. L'étude approfondie³⁴ de cette question par la sixième Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de cet instrument, en 2011/2012, a révélé une préférence pour le développement de bonnes pratiques liées à l'application de la Convention et pour l'élaboration d'instruments d'orientation, afin d'adapter la Convention aux nouveaux enjeux et d'aider les nouveaux États adhérents en particulier à appliquer avec discernement le mécanisme de retour prévu par la Convention³⁵. Des travaux supplémentaires sont également en cours, notamment dans trois domaines : la reconnaissance et l'exécution transnationale des accords par voie de médiation, la base juridique des communications judiciaires directes transnationales et les allégations de violence domestique dans le contexte des procédures de retour.

Le présent rapport, succinct, n'a pas vocation à examiner ces questions plus avant. Toutefois, la question de la médiation dans le cadre des différends familiaux transnationaux mérite l'attention.

³² Voir la Proposition COM(2016) 411 supra note de bas de page 7, pp. 4, 13 et suivantes.

³³ La Cour n'a cessé de conclure au manquement à l'obligation visée à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme lorsque les États ne prennent pas de mesures effectives pour garantir le retour immédiat des enfants en vertu de la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants.

³⁴ Voir notamment [Doc. Prél. N° 7 de mai 2011 - Consultations relatives à l'opportunité et à la faisabilité d'un protocole à la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants - rapport préliminaire, disponible à l'adresse : http://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd07e.pdf](http://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd07e.pdf), et le rapport de la deuxième partie de la sixième réunion de la Commission spéciale (25-31 janvier 2012), paragraphe 4, disponible à l'adresse : https://assets.hcch.net/upload/wop/concl28-34sc6_en.pdf.

³⁵ En ce qui concerne les discussions sur l'amélioration du mécanisme de retour de La Haye sur fond de débats sur la refonte du Règlement Bruxelles II bis, voir notamment : van Loon, *The Brussels IIa Regulation towards a review?*, disponible à l'adresse :

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU\(2015\)510003_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU(2015)510003_EN.pdf), pp. 178 et suivantes.

4.6. La médiation familiale transnationale

Tous les instruments régionaux et internationaux modernes du droit de la famille favorisent le règlement amiable des différends. La « médiation » y est donc expressément mentionnée. Parallèlement, ces dernières années, plusieurs organisations régionales et internationales, dont le Conseil de l'Europe, ont pris des initiatives pour promouvoir la médiation familiale transnationale, fournir des orientations et définir des normes minimales afin de garantir la qualité de cette médiation³⁶. Les travaux qui sont probablement les plus approfondis en la matière, concernant notamment la médiation dans le contexte de l'enlèvement international d'enfants, sont le fait de la Conférence de La Haye de droit international privé. Ainsi, en 2010, un groupe de travail a élaboré des « Principes pour la mise en œuvre de structures de médiation dans le contexte du Processus de Malte » visant à établir des points de contact pour la médiation familiale internationale, le but étant d'aider les personnes à trouver des médiateurs spécialisés et de définir des critères généraux à respecter en matière de médiation familiale transnationale. En 2012, le Guide de bonnes pratiques sur la médiation dans le contexte de la Convention de 1980 sur l'enlèvement d'enfants a été diffusé. Ayant relevé des problèmes dans le domaine de la reconnaissance et de l'exécution transfrontières des accords de médiation, la Conférence de La Haye a confié le soin à un groupe d'experts de se pencher sur la question et de concevoir un « outil de navigation » non contraignant présentant les bonnes pratiques en matière de reconnaissance et d'exécution, par un État étranger, des accords relevant du droit de la famille et concernant des enfants, en vertu des conventions de La Haye de 1980, 1996 et 2007³⁷.

S'agissant des problèmes relevés en ce qui concerne les accords de médiation, revenons une fois encore à notre cas d'étude. En présumant qu'Anna et Andres ont été encouragés par les tribunaux allemands à recourir à des services de médiation spécialisés pour régler leur différend et qu'ils sont parvenus à un accord, la question se pose de savoir si cet accord peut être rendu exécutoire en Allemagne et en Espagne. Cette question est compliquée par l'insertion de diverses dispositions dans l'accord, concernant par exemple la responsabilité parentale, les dispositions pratiques en matière de voyage et les aspects relatifs à la pension alimentaire. Si les familles sont encouragées à régler leur différend transnational par voie de médiation, des outils doivent être mis à leur disposition pour leur permettre d'obtenir un résultat fiable et reconnu.

5. Remarques finales

Il existe un certain nombre d'instruments régionaux et internationaux qui fonctionnent bien et contribuent efficacement à prévenir et régler les conflits transnationaux en matière de responsabilité parentale dans la région paneuropéenne. Il importe de continuer à s'employer à améliorer le fonctionnement et l'application judicieuse de ces instruments et à élargir le champ d'application géographique des principes fondamentaux consacrés par ces instruments. La médiation familiale transnationale peut jouer un rôle important dans le règlement des différends familiaux transnationaux, mais des travaux supplémentaires sont nécessaires pour aider les parties à concevoir des solutions fiables et juridiquement contraignantes, conformément au cadre juridique international applicable.

³⁶ Il convient à cet égard de mentionner tout particulièrement les travaux du Conseil de l'Europe dans ce domaine, voir Recommandation n° R (98) 1 aux États membres sur la médiation familiale, suivie en 2007 des Lignes directrices visant à améliorer la mise en œuvre des recommandations existantes concernant la médiation familiale et en matière civile, l'une comme les autres portant sur la médiation familiale transnationale ; voir en outre la Directive de l'UE sur la médiation, qui vise à définir des normes communes minimales en matière de médiation familiale transnationale.

³⁷ Voir les mandats conférés par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye en 2012 et 2016.