ENLÈVEMENT D'ENFANTS / PROTECTION DES ENFANTS
CHILD ABDUCTION / PROTECTION OF CHILDREN

Doc. prél. No 13
Prel. Doc. No 13

décembre / December 2011

HccH
HAGUE CONFERENCE ON
PRIVATE INTERNATIONAL LAW
CONFÉRENCE DE LA HAYE
DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

GUIDE DE LA DEUXIÈME PARTIE DE LA SIXIÈME RÉUNION DE LA COMMISSION SPÉCIALE ET EXAMEN DE L'OPPORTUNITÉ ET DE LA FAISABILITÉ DE POURSUIVRE DES TRAVAUX DANS LE CADRE DES CONVENTIONS DE LA HAYE DE 1980 ET DE 1996

établi par le Bureau Permanent

* * *

GUIDE TO PART II OF THE SIXTH MEETING OF THE SPECIAL COMMISSION AND CONSIDERATION OF THE DESIRABILITY AND FEASIBILITY OF FURTHER WORK IN CONNECTION WITH THE 1980 AND 1996 CONVENTIONS

drawn up by the Permanent Bureau

Document préliminaire No 13 de décembre 2011 à l'intention de la Commission spéciale de janvier 2012 sur le fonctionnement pratique de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et de la Convention Protection des enfants de 1996

Preliminary Document No 13 of December 2011 for the attention of the Special Commission of January 2012 on the practical operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention

Permanent Bureau | *Bureau Permanent*
6, Scheveningseweg 2517 KT The Hague | *La Haye* The Netherlands | *Pays-Bas*
telephone | *téléphone* +31 (0)70 363 3303 fax | *télécopieur* +31 (0)70 360 4867
e-mail | *courriel* secretariat@hcch.net website | *site internet* http://www.hcch.net

GUIDE DE LA DEUXIÈME PARTIE DE LA SIXIÈME RÉUNION DE LA COMMISSION SPÉCIALE ET EXAMEN DE L'OPPORTUNITÉ ET DE LA FAISABILITÉ DE POURSUIVRE DES TRAVAUX DANS LE CADRE DES CONVENTIONS DE LA HAYE DE 1980 ET DE 1996

établi par le Bureau Permanent

* * *

GUIDE TO PART II OF THE SIXTH MEETING OF THE SPECIAL COMMISSION AND CONSIDERATION OF THE DESIRABILITY AND FEASIBILITY OF FURTHER WORK IN CONNECTION WITH THE 1980 AND 1996 CONVENTIONS

drawn up by the Permanent Bureau

TABLE DES MATIÈRES

Page

I. INTRODUCTION 4

II. CONTEXTE ET MANDAT 6

III. DÉVELOPPEMENTS DEPUIS LA DIFFUSION DU RAPPORT PRÉLIMINAIRE SUR L'OPPORTUNITÉ ET LA FAISABILITÉ D'UN PROTOCOLE À LA CONVENTION DE 1980 (MAI 2011) 9

IV. STRUCTURE DE LA COMMISSION SPÉCIALE DE 2012 (DEUXIÈME PARTIE) ET DU PROJET D'ORDRE DU JOUR 11

A. Reconnaissance et exécution sur le plan international / transfrontière des accords résultant d'une médiation 11

B. Établissement d'une base juridique pour les communications judiciaires directes 21

C. Outil(s) potentiel(s) de droit non contraignant concernant les allégations de violence conjugale dans le contexte d'une procédure de retour 22

D. Déménagement international des familles et travaux futurs potentiels 24

E. L'avenir du Processus de Malte 26

F. Services assurés par la Conférence de La Haye de droit international privé en liaison avec les Conventions de 1980 et de 1996 27

V. CONCLUSION - UN PLAN POUR L'AVENIR 29

ANNEXE 30

I. INTRODUCTION

1. L'objet de ce document est de fournir des informations complémentaires concernant la deuxième partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* (ci-après la « Convention de 1980 ») et de 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 1996 »), à savoir la partie politique de la Commission spéciale[1], qui se tiendra du 25 au 31 janvier 2012 (ci-après la « Commission spéciale de 2012 (deuxième partie) »). En particulier, ce document vise à fournir des informations complémentaires concernant les développements intervenus depuis la diffusion, en mai 2011, du rapport préliminaire sur les consultations relatives à l'opportunité et à la faisabilité d'un protocole à la Convention de 1980 (ci-après le « Rapport préliminaire »)[2]. Celui-ci reposait sur les réponses qui avaient été reçues au « Questionnaire relatif 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* » (ci-après le « Questionnaire II »)[3].

2. Depuis la rédaction du Rapport préliminaire, tel qu'évoqué à la section III *infra*, plusieurs événements ont entraîné la modification du principal thème à aborder lors de la Commission spéciale de 2012 (deuxième partie). Ce thème, qui devait porter sur l'opportunité et la faisabilité d'un protocole à la Convention de 1980, portera désormais sur les domaines précis qui pourraient faire l'objet d'éventuels travaux futurs. À l'issue de l'ensemble du processus de consultation des États contractants et des Membres de la Conférence de La Haye[4], intervenant notamment par le biais du Questionnaire II, des discussions de la première partie de la réunion de la Commission spéciale de juin 2011 (ci-après la « Commission spéciale de 2011 (première partie) ») et d'autres consultations de divers Membres, il semble impossible d'atteindre un consensus afin d'obtenir un mandat du Conseil sur les affaires générales et la politique en vue de travailler sur un protocole au moment présent. En outre, la Suisse, auteur de la proposition de protocole, a indiqué qu'elle ne cherchait pas actuellement à ce que le projet de protocole de 2007 soit considéré comme un document de travail pour la Commission spéciale de 2012 (deuxième partie)[5].

---

[1] La première partie de la Commission spéciale s'est concentrée sur le fonctionnement pratique de la Convention de 1980 et de la Convention de 1996. Voir les « Conclusions et Recommandations et le Rapport de la première partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* et de 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* », établis par le Bureau Permanent, Doc. prél. No 14 de novembre 2011 à l'intention de la Commission spéciale de janvier 2012 (Ci-après le « Rapport de la première partie de la Commission spéciale »), disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Enlèvement d'enfants ».

[2] « 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* – Un rapport préliminaire », établi par le Bureau Permanent, Doc. prél. No 7 de mai 2011 à l'intention de la Commission spéciale de juin 2011, disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye, *ibid*.

[3] Établi par le Bureau Permanent, Doc. prél. No 2 de décembre 2010 à l'intention de la Commission spéciale de juin 2011, disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye, *ibid*.

[4] Veuillez noter que le Questionnaire II a été envoyé à tous les Organes nationaux et de liaison des Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé, ainsi qu'à tous les États non membres parties à la Convention de 1980. Par conséquent, l'utilisation du terme « États » dans le contexte du Questionnaire II englobera, le cas échéant, les États membres parties à la Convention de 1980, les États non membres parties à la Convention de 1980, les États membres non parties à la Convention de 1980 et l'Union européenne.

[5] Voir la lettre de la Suisse en date du 7 novembre 2011, diffusée avec L.c. ON No 37(11) le 9 novembre 2011 (voir également *infra* note 21).

3. Les avis très divergents des États mis en lumière par le processus de consultation (dont les réponses au Questionnaire II [6]), combinés aux positions fermes et vraisemblablement inébranlables de certains États opposés à un protocole à la Convention de 1980, étayent l'impossibilité actuelle d'atteindre un consensus afin de recommander le commencement de travaux sur un protocole à la Convention de 1980 lors de la Commission spéciale de 2012 (deuxième partie). Parallèlement, le processus de consultation (notamment, en particulier, les discussions intervenues lors de la Commission spéciale de 2011 (première partie)) a démontré que de nombreux États souhaitaient évoquer des travaux futurs en lien avec les Conventions de 1980 et de 1996, sans nécessairement prendre la forme d'un protocole mais portant sur certains thèmes précis recensés dans le Questionnaire II.

4. Ces développements supplémentaires sont traduits dans le projet d'ordre du jour proposé pour la Commission spéciale de 2012 (deuxième partie). Ainsi, il est prévu que la deuxième partie se concentre désormais sur les sujets limités et précis qui, au cours du processus de consultation, ont été identifiés par un grand nombre d'États souhaitant envisager des travaux futurs à cet égard, suggérant par conséquent la possibilité d'aboutir à un accord en vue d'un engagement futur. Ces sujets sont les suivants : (1) la force exécutoire des accords issus de la médiation dans les différends familiaux internationaux concernant des enfants ; (2) une base juridique pour les communications judiciaires directes ; et (3) le traitement des problèmes de violence conjugale et familiale dans le contexte des procédures de retour. En outre, les thèmes identifiés à l'origine pour examen lors de la Commission spéciale de 2012 (deuxième partie) restent inclus dans le projet d'ordre du jour proposé, notamment le déménagement international des familles, l'avenir du « Processus de Malte » et le rôle de la Conférence de La Haye dans l'accompagnement de la mise en œuvre des Conventions de 1980 et de 1996[7].

5. Ce document vise à prodiguer des conseils en vue des discussions lors de la Commission spéciale de 2012 (deuxième partie) concernant les questions que les États pourraient souhaiter étudier, conformément au projet d'ordre du jour proposé. Des informations complémentaires sont disponibles dans les documents suivants :

- Conclusions et Recommandations et Rapport de la première partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants et de la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants (Doc. prél. No 14 de novembre 2011[8]) ;
- 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* – Un rapport préliminaire (Doc. prél. No 7 de mai 2011)[9] ; et

[6] Voir l'annexe à ce document, qui résume les réponses reçues au Questionnaire II au premier novembre 2011.
[7] D'autres sujets identifiés en vue de leur inclusion potentielle dans un éventuel protocole, ont été abordés au cours de la première partie ; des Conclusions et Recommandations ont été adoptées pour répondre à certaines questions. Toutefois, les consultations menées ont permis de constater qu'au moment présent, il était manifestement peu probable qu'un consensus en vue de travaux futurs soit atteint, comme indiqué plus en détail en annexe. L'aide apportée par les Guides de bonnes pratiques correspondants a fréquemment été mentionnée. Ces Guides comprennent les suivants : *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* (Jordan Publishing, 2003) ; *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* (Jordan Publishing, 2003) ; *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* (Jordan Publishing,2005) ; *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, Quatrième partie – Exécution* (Jordan Publishing, 2010) ; *Contacts transfrontières relatifs aux enfants – Principes généraux et Guide de bonnes pratiques* (Jordan Publishing, 2008). Ces Guides de bonnes pratiques sont disponibles sur le site Internet de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Espace Enlèvement d'enfants » puis « Guides de bonnes pratiques ».
[8] Rapport de la première partie de la Commission spéciale, *op. cit.* (note 1).
[9] Rapport préliminaire, *op. cit.* (note 2).

- Réponses au Questionnaire II[10].

II. CONTEXTE ET MANDAT

6. La question d'un éventuel protocole à la Convention de 1980 a été suggérée pour la première fois à la Conférence de La Haye de droit international privé dans le cadre de discussions concernant le droit de visite / droit d'entretenir un contact transfrontière. En mai 2000, en réponse à la proposition des délégations d'Australie, d'Espagne, des États-Unis d'Amérique et du Royaume-Uni[11], la Commission spéciale sur les affaires générales et la politique de la Conférence[12] a demandé au Bureau Permanent d'établir un rapport sur l'opportunité et la faisabilité d'un protocole susceptible d'améliorer l'article 21 de la Convention[13]. En réponse à cette demande, le rapport relatif au droit de visite / droit d'entretenir un contact transfrontière a été publié en juillet 2002[14]. La Commission spéciale d'octobre 2002 a décidé qu'il serait prématuré de commencer des travaux portant sur un protocole, tout en déclarant que les travaux portant sur l'élaboration d'un guide de bonnes pratiques sur le droit de visite / droit d'entretenir un contact transfrontière dans le contexte de la Convention de 1980 devraient se poursuivre, lequel a été finalisé en 2008[15].

7. La Suisse avait proposé pour la première fois de commencer des travaux sur un protocole lors de la Commission spéciale d'avril 2005[16] sur les affaires générales et la politique de la Conférence[17] et a réitéré sa proposition lors de la réunion de la Commission spéciale sur les affaires générales et la politique de 2006. Lors de la Commission spéciale de 2006 sur les Conventions de 1980 et de 1996[18], la Suisse a

---

[10] Doc. prél. No 2 de décembre 2010, *op. cit.* (note 3).

[11] Doc. trav. No 3, soumis à la Commission spéciale sur les affaires générales et la politique de la Conférence (8-12 mai 2000). Publié en annexe III aux « Conclusions de la Commission spéciale de mai 2000 sur les affaires générales et la politique de la Conférence », Doc. prél. No 10 de juin 2000 à l'intention de la Dix-neuvième session, Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents de la Dix-neuvième session (2001/2002)*, tome I, *Matières diverses*, La Haye, Koninklijke Brill, 2008, p. 102.

[12] En 2007, les travaux commencés par la Commission spéciale sur les affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye ont été repris par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (voir le Statut de la Conférence de La Haye de droit international privé).

[13] La Commission spéciale sur les affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye (8-12 mai 2000) s'est engagée à demander au Bureau Permanent : « [avant la Dix-neuvième Session diplomatique de la Conférence de La Haye, de] préparer un rapport démontrant s'il est souhaitable et potentiellement utile d'établir un protocole à la Convention [de 1980] qui devrait régler, d'une façon plus satisfaisante et plus détaillée que ne le fait l'article 21 de cette Convention, l'exercice efficace du droit de contact et 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 » (Voir les « Conclusions de la Commission Spéciale de mai 2000 sur les affaires générales et la politique de la Conférence », Doc. prél. No 10 de juin 2000, à l'intention de la Dix-neuvième session, *op. cit.* (note 11), p. 99, également disponibles sur le site Internet de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Affaires générales »).

[14] W. Duncan, « Le droit de visite / droit d'entretenir un contact transfrontière et la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* – Rapport final », Doc. prél. No 5 de juillet 2002, à l'intention de la Commission spéciale de septembre / octobre 2002, disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Espace Enlèvement d'enfants » puis « Commissions spéciales sur le fonctionnement de la Convention » et « Documents préliminaires ».

[15] Voir le « 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 – 1er octobre 2002) », disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Espace Enlèvement d'enfants » puis « Commissions spéciales sur le fonctionnement de la Convention », Conclusions et Recommandations Nos 2(a) et 2(c).

[16] Voir note 12.

[17] Voir le « Rapport de la Commission spéciale sur les affaires générales et la politique de la Conférence du 31 mars – 1er avril 2005 », Doc. prél. No 32 A de mai 2005 à l'intention de la Vingtième session, disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Affaires générales », p. 34.

[18] Cinquième 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* et la mise en œuvre de 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* (30 octobre – 9 novembre 2006).

présenté une proposition plus générale concernant la question d'un protocole, énumérant certaines dispositions possibles[19]. Cette proposition n'a pas fait l'unanimité parmi les experts présents à la Commission spéciale. Bien que reconnaissant la valeur potentielle d'un protocole, ils ont décidé de ne pas y accorder de priorité immédiate[20].

8. La Suisse a réitéré sa proposition de commencer des travaux sur un protocole lors de la réunion du Conseil sur les affaires générales et la politique de 2007. Elle a ensuite présenté un projet de protocole additionnel en 2007, pour examen par le Conseil en 2008[21]. Cette même année, le Conseil a décidé de reporter à plus tard sa décision sur la faisabilité d'un protocole contenant des règles subsidiaires destinées à améliorer le fonctionnement de la Convention[22].

9. Par la suite, lors de sa réunion de mars-avril 2009, le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence a autorisé le Bureau Permanent à engager une consultation préliminaire « concernant l'opportunité et 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*] comprenant des règles auxiliaires afin d'améliorer le fonctionnement de la Convention[23]. »

10. En outre, en avril 2010, le Conseil sur les affaires générales et la politique a demandé au Bureau Permanent d'établir un rapport sur cette consultation, destiné à être examiné lors de la réunion suivante de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions de 1980 et de 1996 en 2011. En effet, il était entendu que seul le Conseil pouvait décider de la question d'un protocole. Le Conseil a déclaré que le

---

[19] Voir para. 251 et s. du « Rapport de la Cinquième 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* et la mise en œuvre pratique de la C*onvention 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* (30 octobre - 9 novembre 2006) », disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Espace Enlèvement d'enfants » puis « Commissions spéciales sur le fonctionnement de la Convention ». Dans sa proposition, la Suisse préconisait qu'un protocole contienne des dispositions :

- imposant les tentatives de médiation ou de conciliation visant à garantir le retour volontaire de l'enfant au sens de l'art. 10 (en association avec l'art. 7 (2) *c)*) ;
- donnant à l'enfant et aux parents la possibilité d'être entendus ;
- exposant en détail la procédure et les mesures assurant le retour sans danger de l'enfant (conformément à l'art. 7 (2) *h)*), ainsi que les modalités garantissant les droits de visite (art. 21) ;
- établissant des règles supplémentaires permettant aux autorités de l'État requis d'obtenir des informations concernant les droits de garde, la relation entre l'enfant et ses parents et le bien-être de l'enfant une fois celui-ci retourné dans l'État de sa résidence habituelle ;
- raccourcissant la période d'un an visée à l'art. 12 ; et
- modifiant l'art. 13(1) *b)* de manière à clarifier le lien entre le principe de retour de l'enfant enlevé et les intérêts de l'enfant.

[20] Voir les « Conclusions et Recommandations de la Cinquième 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* et la mise en œuvre pratique de 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* (30 octobre - 9 novembre 2006) », disponibles sur le site Internet de la Conférence de La Haye, *ibid.*, Recommandations Nos 1.7.3 et 1.8.3. La proposition suisse a été réitérée lors des réunions de la Commission spéciale / du Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence en 2006, 2007, 2008 et 2009.

[21] « Projet de protocole additionnel à la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* » (soumis par la délégation suisse), disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Affaires générales ». Cette proposition a été communiquée aux Organes nationaux et de liaison des Membres, à tous les États parties à la Convention de 1980, ainsi qu'aux autres États et Organisations ayant assisté à la Cinquième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de 1980, le 1er novembre 2007 (L.c. ON No 35(7)), pour obtenir leur opinion à ce sujet.

[22] Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (1-3 avril 2008), disponibles sur le site Internet de la Conférence de La Haye, *ibid*., p. 2.

[23] Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (31 mars – 2 avril 2009), disponibles sur le site Internet de la Conférence de La Haye, *ibid*., p. 2.

rapport devrait également « prendre en compte dans quelle mesure les règles de la Convention de 1996 complét[aient] celles de la Convention de 1980[24]. »

11. En avril 2010, afin de faciliter l'établissement de ce rapport, le Conseil sur les affaires générales et la politique a autorisé le Bureau Permanent à diffuser un questionnaire « aux États parties et aux Membres pour commentaire général et pour obtenir leurs vues sur les éléments spécifiques pouvant faire partie d'un protocole[25] » à la Convention de 1980.

12. Lors du Conseil sur les affaires générales et la politique de 2010, la Suisse a également présenté une liste de points à étudier en vue d'un instrument supplémentaire à la Convention de 1980[26].

13. En décembre 2010, le Bureau Permanent a diffusé le Questionnaire II auprès des États parties et des Membres, à la fois pour commentaire général et pour obtenir leurs vues sur l'opportunité d'un protocole et sur les éléments spécifiques pouvant en faire partie. Le Questionnaire II n'avait pas pour objectif de recueillir des avis sur les règles ou les formulations précises qui devraient figurer dans un protocole, mais plutôt de recueillir des observations sur les éléments généraux qui pourraient en faire l'objet, ainsi que sur la probabilité d'atteindre un consensus en la matière. Ces avis étaient sollicités en particulier concernant les sujets suivants : médiation, conciliation et autres modes analogues pour promouvoir le règlement amiable des affaires relevant de la Convention ; communications judiciaires directes ; procédures expéditives ; retour sans danger de l'enfant ; allégations de violence conjugale ; avis de l'enfant ; exécution des décisions de retour ; droit de visite / droit d'entretenir un contact ; définitions ou précisions de définitions ; déménagement international d'un enfant ; et examen du fonctionnement de la Convention de 1980.

14. En mai 2011, le Rapport préliminaire sur les réponses au Questionnaire II a été diffusé afin de fournir autant d'informations complémentaires que possible en vue de la Commission spéciale de 2011 (première partie). Ce rapport reposait sur les réponses de seize[27] États contractants ou Membres et neuf réponses reçues d'universitaires et de chercheurs au 1er mai 2011.

15. La Commission spéciale de 2011 (première partie) s'est tenue du premier au 10 juin 2011. Au cours de l'examen détaillé du fonctionnement pratique des Conventions de 1980 et de 1996, ont notamment été abordés la plupart des sujets que le Questionnaire II mentionnait en tant qu'éléments précis qui pourraient faire partie d'un éventuel protocole à la Convention de 1980. En particulier, la Commission spéciale a examiné plusieurs sujets de manière très approfondie, notamment le droit de visite et le droit d'entretenir un contact, le retour sans danger, l'interprétation de concepts clés des deux Conventions, l'avis de l'enfant, les communications judiciaires directes ainsi que le recours à la médiation et à d'autres mécanismes analogues en vertu de la Convention de 1980[28].

16. Au premier novembre 2011, la Conférence de La Haye avait reçu huit[29] autres réponses d'États au Questionnaire II, portant le nombre total de réponses émanant

---

[24] Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil sur les affaires générales et la politique (7 - 9 avril 2010), disponibles sur le site Internet de la Conférence de La Haye, *ibid*., p. 2.
[25] *Ibid*.
[26] Doc. trav. No 2 du 7 avril 2010.
[27] Australie, Bahamas, Burkina Faso, Chili, Chine (Chine continentale, RAS de Hong-Kong), Colombie, El Salvador, Mexique, Monténégro, Norvège, Nouvelle-Zélande, République dominicaine, Suisse, Ukraine, Union européenne, Zimbabwe. Vingt-cinq universitaires et chercheurs ont été contactés dans les États suivants : Allemagne, Argentine, Brésil, Canada, Espagne, États-Unis d'Amérique, France, Japon, Nouvelle-Zélande, Royaume-Uni, Suisse.
[28] Voir le Rapport sur la première partie de la Commission spéciale.
[29] Argentine, Arménie, Canada, États-Unis d'Amérique, Israël, Monaco, Panama, Venezuela.

d'États ou de Membres à 24[30], y compris une réponse de l'Union européenne, dont les 27 États membres sont tous parties à la Convention de 1980[31].

III. DÉVELOPPEMENTS DEPUIS LA DIFFUSION DU RAPPORT PRÉLIMINAIRE SUR L'OPPORTUNITÉ ET LA FAISABILITÉ D'UN PROTOCOLE À LA CONVENTION DE 1980 (MAI 2011)

17. Si l'on se fonde sur les réponses au Questionnaire II, sur les discussions intervenues lors de la Commission spéciale de 2011 (première partie) et sur d'autres consultations menées auprès des États, représentatives de la diversité des positions quant à l'opportunité d'un protocole à la Convention de 1980, il s'avère qu'un consensus ne pourrait être atteint actuellement. Il existe au contraire une claire séparation entre États quant à la nécessité d'un protocole, les États s'y disant opposés ayant adopté une position ferme qui semble peu susceptible d'évoluer[32]. De la même manière, parmi les États se disant en faveur d'un protocole, nombreux sont ceux qui ont accordé une priorité élevée à cette activité[33], ce qui laisse une fois de plus présager de la difficulté à atteindre un consensus. Au cours de la Commission spéciale de 2011 (première partie), les débats ont également souligné les divergences d'opinion concernant plusieurs domaines pouvant faire l'objet de règles auxiliaires dans un protocole. Les réponses des États au Questionnaire II ne font que renforcer ces divergences, tel que résumé en annexe au présent document.

18. Plusieurs domaines précis mais néanmoins limités se sont dégagés, principalement sur la base des réponses au Questionnaire II, des discussions intervenues lors de la Commission spéciale de 2011 (première partie) et des réponses supplémentaires au Questionnaire I[34], concernant lesquels un consensus suffisant pourrait être atteint afin de recommander au Conseil qu'il envisage d'autoriser des travaux futurs. Ces domaines, évoqués plus en détail dans la section IV de ce document, constituent le cœur du projet d'ordre du jour proposé pour la Commission spéciale de 2012 (deuxième partie).

19. Les consultations ont également permis de souligner l'absence d'accord concernant la nécessité d'un protocole. C'est dans cet esprit que la Suisse, en tant que premier État à avoir encouragé l'examen d'un protocole et continué de le faire depuis plusieurs années, a indiqué qu'elle demanderait que le Document de travail de 2007 en vue d'un protocole[35] ne soit pas examiné cette fois-ci.

20. Le projet d'ordre du jour de la Commission spéciale de 2012 (deuxième partie) a évolué tout au long du processus de consultation et présente désormais trois propositions de domaines généraux concernant lesquels un consensus pourrait être atteint, sur la base des réponses au Questionnaire II ainsi que des discussions intervenues lors de la Commission spéciale de 2011 (première partie). Ces domaines sont les suivants : (1) la force exécutoire des accords issus de la médiation en matière familiale ; (2) une base juridique pour les communications judiciaires directes ; (3) le traitement des questions de violence conjugale dans le cadre d'une procédure de retour. En outre, le projet d'ordre

---

[30] Argentine, Arménie, Australie, Bahamas, Burkina Faso, Canada, Chili, Chine (Chine continentale, RAS de Hong-Kong), Colombie, El Salvador, États-Unis d'Amérique, Israël, Mexique, Monténégro, Norvège, Nouvelle-Zélande, Panama, République dominicaine, Suisse, Ukraine, Union européenne, Venezuela, Zimbabwe.

[31] Il devrait être noté que, à ce stade, l'Union européenne n'a pas formulé d'observations sur les éléments précis qui pourraient faire partie d'un éventuel protocole, ni sur la priorité qu'il conviendrait de leur attribuer.

[32] Canada, États-Unis d'Amérique, Norvège, Nouvelle-Zélande.

[33] Argentine, Australie, Colombie, Mexique, Monténégro, République dominicaine, Suisse, Venezuela, Zimbabwe.

[34] « Questionnaire sur le fonctionnement pratique de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* et de 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 le « Questionnaire I »), établi par le Bureau Permanent, Doc. prél. No 1 de novembre 2010 à l'intention de la Commission spéciale de juin 2011, disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Enlèvement d'enfants ».

[35] *Op. cit.* note 21.

du jour prévoit également d'aborder trois domaines déjà prévus pour la deuxième partie : le déménagement international, l'avenir du Processus de Malte et le rôle joué par la Conférence de La Haye pour assurer des services en rapport avec les Conventions de 1980 et de 1996. Le projet d'ordre du jour proposé s'efforce de se conformer aux avis exprimés par les États. Par ailleurs, il s'efforce d'employer au mieux leur temps, reconnaissant la grande diversité des opinions exprimées lors de la première partie, diversité qui laisse entendre qu'il est actuellement impossible d'atteindre un consensus en vue d'un protocole.

21. Le Rapport préliminaire, tel que mentionné plus haut, évoquait en détail les 16 réponses au Questionnaire II qui avaient alors été reçues des États contractants ou Membres, ainsi que neuf réponses reçues d'universitaires et de chercheurs. Certains États, en particulier l'Union européenne, ont réservé leur position, rendant difficile l'évaluation des perspectives de consensus, tant au sujet de la question d'ordre général de l'opportunité d'entamer des négociations concernant un protocole qu'au sujet des éléments précis pouvant y figurer. Comme l'exigeait le Conseil au titre du mandat de 2009, le Rapport préliminaire s'intéressait également à savoir dans quelle mesure la Convention de 1996 pourrait apporter une solution à la nécessité d'un protocole prévoyant des règles auxiliaires à la Convention de 1980, ou atténuer cette nécessité.

22. Déjà le Rapport préliminaire évaluant les seize premières réponses d'États ou de Membres aux Questionnaire II faisait remarquer que si « les États parties [étaient] tout de même relativement d'accord concernant les domaines de pratique liés à la Convention qui pourraient être renforcés et améliorés [...], la question des moyens opportuns permettant de réaliser ces améliorations [avait reçu des réponses très variées] [...], certains États [étant] convaincus de la nécessité de règles contraignantes, prenant la forme d'un protocole, tandis que d'autres [étaient] plus favorables […] aux améliorations qu'engendr[aient] le développement de bonnes pratiques (« droit non contraignant ») (*soft Law*), la formation et d'autres formes d'assistance permettant une meilleure coopération transfrontière[36]. »

23. Certains des États opposés au protocole craignaient que d'éventuelles futures négociations concernant un protocole à la Convention de 1980 modifient notablement l'interprétation des principaux articles existants de la Convention, risquant de compromettre le consensus délicat entre les États contractants dans le domaine de l'enlèvement d'enfants par un parent, qui est aussi à la base de certains instruments régionaux. Plusieurs États considéraient certains sujets précis (procédures de médiation, procédures expéditives et exécution des décisions de retour) comme des matières relevant du droit interne, quelques-uns d'entre eux souhaitant que les États soient invités à réviser leur droit interne et à mettre en œuvre des mesures visant à réaliser les objectifs de la Convention. Toutefois, les travaux actuels de la Conférence de La Haye visant à fournir davantage de conseils sur la médiation et les communications judiciaires étaient également appuyés.

24. Certains États formulaient des préoccupations quant à la nature des travaux sur certains domaines mentionnés dans le Questionnaire II, qui consisteraient en fait à harmoniser le droit matériel, s'écartant ainsi de l'approche générale de la Conférence de La Haye tendant à harmoniser le droit international privé.

25. À la lumière des réponses reçues d'autres États depuis mai 2011 (toutes disponibles sur le site Internet de la Conférence de La Haye), une annexe à ce document a été préparée afin de résumer les réponses des vingt-quatre États, ainsi que toute Conclusion et Recommandation visant un sujet précis et adoptée lors de la Commission spéciale de 2011 (première partie).

[36] *Op. cit.* (note 2), p. 40-41.

26. En bref, les vingt-quatre réponses (les seize figurant dans le Rapport préliminaire et les réponses de huit autres États reçues après le 1er mai 2011) indiquent clairement qu'il est peu probable qu'un consensus soit atteint entre les États en faveur d'un protocole à la Convention de 1980.

IV. STRUCTURE DE LA COMMISSION SPÉCIALE DE 2012 (DEUXIÈME PARTIE) ET DU PROJET D'ORDRE DU JOUR

27. Ce document ne reprend pas le contenu du Rapport préliminaire de mai 2011. Par contre, il s'efforce de se concentrer sur les points pertinents pour la Commission spéciale de 2012 (deuxième partie) et d'apporter des informations contextuelles supplémentaires aux États en vue de préparer la deuxième partie.

28. Comme indiqué ci-dessus, sur la base des réponses au Questionnaire II, des délibérations de la Commission spéciale de 2011 (première partie) et des consultations additionnelles, il semble que le besoin de poursuivre des travaux n'est généralement pas contesté s'agissant des trois domaines suivants : force exécutoire des accords issus de la médiation en matière familiale ; base juridique pour les communications judiciaires directes ; et traitement des questions de violence conjugale dans le cadre d'une procédure de retour.

A. Reconnaissance et exécution sur le plan international / transfrontière des accords issus d'une médiation[37]

1. Introduction

29. Dans le Questionnaire II, il était demandé aux États s'ils pensaient que des dispositions relatives à la « médiation, conciliation et autres modes analogues pour promouvoir le règlement amiable des affaires relevant de la Convention [de 1980][38] » pourraient s'avérer utiles dans un protocole à la Convention de 1980. En particulier, il était demandé aux États si des dispositions étaient nécessaires, premièrement s'agissant d'« autoriser expressément le recours à [divers] modes pour promouvoir le règlement amiable des affaires relevant de la Convention [de 1980][39] » et deuxièmement s'agissant des « questions de fond et de procédure entourant le recours à ces modes de règlement[40] . » Dans leurs réponses, les États reconnaissaient l'importance de la médiation et des autres modes de résolution amiable des différends[41]. Toutefois, ces réponses ne faisaient état d'aucun consensus quant à la nécessité de règles contraignantes autorisant expressément le recours à ces procédures amiables dans le contexte de la Convention de 1980[42] . Plusieurs États faisaient remarquer que les dispositions existantes de la Convention de 1980 conféraient une base juridique suffisante à cet égard (en particulier les art. 7(2) *c)* et 10)[43] , tandis que d'autres considéraient que l'autorisation expresse du recours à la médiation, à la conciliation ou à d'autres méthodes dans les affaires relevant de la Convention pouvait s'avérer utile[44].

30. En réponse à la question 1.2, plusieurs États ont entre autres sujets identifié celui de la reconnaissance et de l'exécution des accords issus d'une médiation ou d'autres procédures amiables similaires comme étant un sujet concernant lequel des dispositions

---

[37] Voir *infra* para. 33, concernant le fait que les discussions portant sur la médiation et les accords issus de la médiation doivent être interprétées comme englobant les accords résultant de moyens similaires de résolution amiable des différends.
[38] *Op. cit.* (note 3), question 1.
[39] *Ibid*., question 1.1.
[40] *Ibid*., question 1.2.
[41] Par ex., Arménie, Bahamas, Colombie, El Salvador, Israël, Monaco, Monténégro, Nouvelle-Zélande, Panama, République dominicaine, Suisse, Ukraine, Zimbabwe.
[42] Questionnaire II, *ibid*., question 1.1.
[43] Par ex., Argentine, Bahamas, Canada, États-Unis d'Amérique.
[44] Arménie, Australie, Bahamas, Burkina Faso, Chili, Chine (RAS de Hong-Kong), Colombie, El Salvador, Israël, Monténégro, Panama, République dominicaine, Suisse, Ukraine, Venezuela, Zimbabwe.

pourraient s'avérer d'une utilité considérable[45], puisque les accords doivent souvent être rendus juridiquement contraignants dans divers États ou unités territoriales dans le cadre des différends transfrontières concernant les enfants : par exemple, dans l'État de la résidence habituelle de l'enfant, ainsi que dans l'État où le droit d'entretenir un contact avec l'enfant doit être exercé, si cet État est différent du premier. En outre, au cours des discussions intervenues lors de la Commission spéciale de 2011 (première partie), plusieurs experts ont indiqué qu'ils avaient rencontré des difficultés considérables à cet égard[46].

31. La Commission spéciale a favorablement accueilli le projet de Guide de bonnes pratiques sur la médiation[47] en ce qu'il fournit une assistance générale utile en rapport avec le recours à la médiation dans le contexte de la Convention de 1980. Cependant, les discussions ont souligné que la question de la reconnaissance et de l'exécution des ententes à l'amiable, tant dans le contexte des demandes fondées sur la Convention de 1980 que dans le contexte plus général des différends transfrontières concernant les enfants, exigeait une étude plus approfondie. Cette question a également été soulignée par la Suisse, dans sa lettre concernant la Commission spéciale de 2012 (deuxième partie), dans laquelle elle déclarait : « si l'on veut sérieusement encourager les parties à se soumettre à la médiation, il faudrait pouvoir garantir qu'un éventuel accord qui en serait le fruit soit susceptible d'homologation judiciaire et de reconnaissance et d'exécution dans les pays membres de la Convention[48]. »

32. Cette section du Document préliminaire peut donc servir de base initiale permettant aux États de discuter plus avant de cette question lors de la Commission spéciale de 2012 (deuxième partie). Les points suivants seront étudiés : le contexte des travaux de la Conférence de La Haye dans le domaine de la médiation transfrontière en matière familiale (voir section 2 ci-dessous) ; les difficultés pratiques actuelles s'agissant de rendre juridiquement contraignants les accords issus de la médiation (ou autres accords similaires) conclus dans le cadre de différends transfrontières concernant des enfants dans tous les systèmes juridiques pertinents (voir section 3 ci-dessous) ; les propositions de prochaines étapes à envisager (voir section 6 ci-dessous).

33. Il convient de faire une remarque préliminaire : le reste de cette section mentionnera principalement les « accords issus de la médiation ». De fait, la médiation est l'un des mécanismes de résolution amiable les plus encouragés en droit de la famille[49]. Toutefois, il existe d'autres mécanismes qui visent à la résolution amiable des différends concernant des enfants (par ex. la conciliation, l'évaluation indépendante préalable, le droit collaboratif, etc.). Ces autres mécanismes sont évoqués dans le projet de Guide de bonnes pratiques sur la médiation[50]. Lorsque l'on étudie les difficultés pratiques pouvant se poser au moment de rendre juridiquement contraignantes les ententes amiables dans le cadre de différends transfrontières concernant des enfants, il va de soi que les difficultés recensées ne seront pas propres aux accords issus d'une médiation. Par conséquent, la discussion ci-dessous portant sur les « accords issus de la

[45] Par ex., Arménie, Australie, Israël, Panama, Suisse, Ukraine.
[46] Voir Procès-verbal No 14 et commentaires des experts, notamment de l'Australie, de l'Allemagne et de la Suisse. Cette question a également été soulevée dans le contexte des discussions portant sur le « Projet révisé du Manuel pratique sur le fonctionnement de 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* », établi par le Bureau Permanent, Doc. Prél. No 4 de mai 2011 à l'intention de la Commission spéciale de juin 2011, disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Enlèvement d'enfants ».
[47] « Projet de 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*, Cinquième partie – Médiation », Doc. prél. No 5 de mai 2011 à l'intention de la Commission spéciale de juin 2011, disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye, *ibid*.
[48] Voir *supra* note 5.
[49] Projet de Guide de bonnes pratiques sur la médiation, *op. cit.* (note 47), p. 11.
[50] *Ibid*., chapitre 15.

médiation » doit être interprétée comme englobant les accords résultant d'autres mécanismes similaires.

2. Contexte : Travaux de la Conférence de La Haye dans le domaine de la médiation transfrontière en matière familiale

34. La Conférence de La Haye travaille depuis fort longtemps dans le domaine de la médiation transfrontière en matière familiale[51]. Ces travaux ont été entrepris d'une part dans le contexte des discussions sur le fonctionnement de la Convention de 1980[52] et d'autre part, plus généralement, à la demande du Conseil sur les affaires générales et la politique, dans le contexte plus général de la « médiation transfrontière en matière familiale[53]. »

35. En prévision de la Commission spéciale de 2006, le Bureau Permanent a établi une « Note relative au développement de la médiation, de la conciliation et de moyens similaires en vue de faciliter les solutions négociées entre les parties dans les contentieux familiaux transfrontières impliquant des enfants dans le cadre de la Convention de La Haye de 1980[54]. » Cette étude a été préparée à la lumière du recours croissant à la médiation dans les différends familiaux internes et de l'augmentation du nombre d'initiatives de médiation entreprises dans le contexte de demandes fondées sur la Convention de 1980[55]. La Commission spéciale de 2006 a accueilli favorablement « les initiatives […] de médiation développées dans les États contractants dans le cadre de la Convention de La Haye de 1980[56] » et a invité « le Bureau Permanent à continuer d'informer les États des développements en matière de médiation dans le cadre des litiges transfrontières relatifs au droit d'entretenir un contact et à l'enlèvement[57]. » En 2006, la Commission spéciale sur les affaires générales et la politique suivante[58] a également accueilli favorablement cette recherche. Elle a en outre invité le Bureau Permanent à « préparer une étude de faisabilité sur la médiation transfrontière en matière familiale, notamment sur la possibilité d'élaborer un instrument sur le sujet[59]. »

36. Cette « Étude de faisabilité sur la médiation transfrontière en matière familiale » plus large a été présentée au Conseil sur les affaires générales et la politique d'avril 2007[60]. Elle présentait les développements intervenus dans le domaine de la médiation familiale sur les plans national et international et étudiait les orientations possibles des travaux futurs de la Conférence de La Haye en la matière, notamment :

---

[51] En effet, les dispositions des Conventions modernes de La Haye relatives aux enfants visent à promouvoir une résolution amiable des différends : voir par ex., art. 7(2) *c)* et 10 de la Convention de 1980, art. 31 *b)* de la Convention de 1996 et art. 6(2) *d)* et 34(2) *i)* de la *Convention de La Haye du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille* (ci-après la « Convention de 2007 »).

[52] Voir *infra*, para. 35.

[53] Voir *infra*, para. 36 et s.

[54] Établie par Sarah Vigers (ancienne Collaboratrice juridique au Bureau Permanent), Doc. prél. No 5 d'octobre 2006 à l'intention de la Commission spéciale de 2006, disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Espace Enlèvement d'enfants » puis « Réunions des Commissions spéciales sur le fonctionnement de la Convention » et « Documents préliminaires ».

[55] *Ibid*., p. 6.

[56] Conclusions et Recommandations de la Commission spéciale de 2006, *op. cit.* (note 20), Recommandation No 1.3.2.

[57] *Ibid*., para. 1.3.3.

[58] Voir note 12.

[59] « Conclusions de la Commission spéciale des 3 - 5 avril 2006 sur les affaires générales et la politique de la Conférence » , Doc. prél. No 11 de juin 2006 à l'intention du Conseil d'avril 2007 sur les affaires générales et la politique, disponibles sur le site Internet de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Affaires générales », Conclusion No 3.

[60] établie par le Bureau Permanent, Doc. prél. No 20 de mars 2007 à l'intention de la Commission spéciale d'avril 2007 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye, *ibid*.

(a) La possibilité que le Bureau Permanent se voie « confier une mission plus générale de veille sur les développements de la médiation transfrontière en matière familiale et à faire périodiquement rapport[61] ; »

(b) À défaut, qu'il conduise « d'autres travaux, y compris des consultations, sur les éventuels inconvénients ou obstacles pratiques – de nature à justifier l'élaboration d'un instrument de droit international privé – posés pour la procédure de médiation par l'absence de régime complet de règles de droit international privé concernant les accords en matière familiale[62] ; » ou

(c) « Des consultations [...] avec les États membres pour examiner l'opportunité d'élaborer un instrument conçu pour améliorer le flux d'informations et permettre une coopération plus étroite entre les États afin de faciliter le recours à la médiation et de donner effet aux accords conclus par voie de médiation[63]. »

37. Le Conseil sur les affaires générales et la politique de 2007 a invité les Membres à « transmettre leurs observations avant la fin de l'année 2007 [...] afin de permettre la poursuite des discussions sur ce thème lors de la réunion du Conseil au printemps 2008[64]. » En avril 2008, le Conseil sur les affaires générales et la politique, ayant reçu les observations de divers Membres[65], « a invité le Bureau Permanent à continuer à suivre les développements intervenant dans le domaine de la médiation transfrontière en matière familiale et à en informer les Membres[66]. » En outre, en guise de « première étape », il a demandé au Bureau Permanent de commencer des travaux portant sur « un Guide de bonnes pratiques sur le recours à la médiation dans le cadre de la [Convention de 1980, qui] devrait être soumis à la Commission spéciale [...] en 2011[67]. » Comme indiqué ci-dessus, ce Guide est sur le point d'être achevé, tout comme cette « première étape ». Toutefois, comme l'ont révélé les discussions intervenues lors de la Commission spéciale de juin 2011 (première partie), d'importantes difficultés pratiques concernant le caractère exécutoire des accords issus de la médiation restent à surmonter. Elles sont énumérées *infra*, à la section 3.

38. L'importance de garantir le caractère exécutoire (dans tous les États et unités territoriales concernés) des accords issus de la médiation[68] conclus dans le cadre de différends familiaux transfrontières a déjà été abordée dans le contexte des travaux de la Conférence de La Haye en la matière. Par exemple, une proposition d'instrument

---

[61] *Ibid*., para. 5.11 (1).
[62] *Ibid*., para. 5.11 (2).
[63] *Ibid*., para. 5.11 (3).
[64] Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (2 - 4 avril 2007), para. 3.
[65] « Étude de faisabilité sur la médiation transfrontière en matière familiale - Réponses au Questionnaire », Doc. prél. No 10 de mars 2008 à l'intention du Conseil d'avril 2008 sur les affaires générales et la politique de la Conférence.
[66] Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (1 - 3 avril 2008), p. 1.
[67] *Ibid*. En réponse à cette demande, le projet de Guide de bonnes pratiques sur la médiation (*op. cit.* note 47) a été présenté à la Commission spéciale (première partie) en juin 2011.
[68] Il convient également de noter que plusieurs initiatives européennes soulignent qu'il est fondamental de garantir qu'un accord de médiation est juridiquement contraignant dans tous les systèmes juridiques concernés. Voir : Conseil de l'Europe, *Recommandation No R (98) 1 du Comité des Ministres aux États membres sur la médiation familiale*, adoptée par le Comité des Ministres le 21 janvier 1998, disponible à l'adresse < http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/7th%20conference_en_files/Rec(98)1%20F.pdf > (consulté le 6 décembre 2011), voir IV, « Le statut des accords de médiation » ; Conseil de l'Europe, *Recommandation (2002) 10 du Comité des Ministres aux États membres sur la médiation en matière civile*, adoptée par le Comité des Ministres le 18 septembre 2002, disponible à l'adresse < https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=306391&Site=CM > (consulté le 6 décembre 2011), voir en particulier les para. 17 et 46 ; *Code de conduite européen pour les médiateurs*, établi par la Commission européenne et un groupe de parties prenantes en 2004, texte disponible à l'adresse < http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.htm > (consulté le 6 décembre 2011), voir point 3.3. ; *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*, texte disponible à l'adresse < http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:FR:PDF > (consulté le 6 décembre 2011), voir préambule 19 et art. 6 de la directive appelant à ce que des procédures appropriées permettent de rendre exécutoires les accords issus de la médiation, que ce soit par homologation du tribunal, par enregistrement auprès du tribunal ou par un autre moyen.

international sur la médiation transfrontière en matière familiale, présentée par Israël au Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence en 2009, soulignait le besoin de rendre les accords issus de la médiation juridiquement contraignants dans les divers systèmes juridiques concernés[69]. Par ailleurs, le Groupe de travail sur la médiation dans le cadre du Processus de Malte[70] a indiqué que le caractère exécutoire des accords issus de la médiation était un élément central à cet égard.

3. Difficultés pratiques

39. Deux questions distinctes doivent être régulièrement prises en considération dans les discussions portant sur la façon dont les ententes amiables deviennent juridiquement contraignantes et exécutoires dans le cadre de différends transfrontières et, partant, dans divers systèmes juridiques :

(1) Question (1) : la nécessité de rendre juridiquement contraignant et exécutoire l'accord dans le système juridique au sein duquel il a été conclu[71] (ci-après l'« État A ») ; et

(2) Question (2) : la nécessité de garantir que l'accord, juridiquement contraignant et exécutoire dans l'État A, soit également juridiquement contraignant et exécutoire dans tout autre système juridique concerné (ci-après l'« État B » et éventuellement les États C, D, etc.).

40. Dans de nombreux systèmes juridiques, dans les différends concernant des enfants, la question (1) consiste à demander que le tribunal homologue l'accord, de manière à ce qu'il devienne juridiquement contraignant et exécutoire en prenant la forme d'une décision de justice[72]. Les parents demandant qu'un accord soit rendu exécutoire de cette manière peuvent être confrontés à la question de savoir si le tribunal de l'État où ils ont entrepris la procédure de médiation est compétent pour prononcer une décision suivant les termes de leur accord. Dans les différends familiaux transfrontières, la compétence internationale[73] et interne[74] jouera un rôle s'agissant de décider si un tribunal donné pourra assumer la compétence pour prononcer une décision suivant les termes de l'accord. Des problèmes particuliers peuvent survenir lorsque l'accord de

---

[69] Doc. trav. No 1 du 31 mars 2009, voir la proposition d'art. 7 (Caractère exécutoire de l'accord de médiation) :

« 1. Un accord de règlement conclu dans un État contractant aura droit à l'exécution dans tout autre État contractant sous réserve qu'il soit exécutoire dans l'État de la médiation ; dans le cas où, dans cet État, un accord de règlement peut être exécuté par décision de justice, l'accord de règlement aura droit à la reconnaissance et à l'exécution.

2. La reconnaissance et l'exécution d'un accord de règlement peuvent être refusées si l'exécution est manifestement contraire à l'ordre public de l'État contractant requis. »

[70] Pour de plus amples renseignements, voir « Les 'Principes pour la mise en œuvre de structures de médiation dans le cadre du Processus de Malte' et le Mémoire explicatif », établis par le Bureau permanent, Doc. prél. No 6 de mai 2011 à l'intention de la Commission spéciale de juin 2011, disponibles sur le site Internet de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Enlèvement d'enfants ».

[71] La médiation peut intervenir en un endroit précis ou à travers les frontières, sous la forme d'une médiation longue distance ; l'accord peut être conclu à un autre endroit.

[72] Par ex., Argentine, Australie, Brésil, Chine (RAS de Hong-Kong), Costa Rica, Danemark, Espagne, Estonie, États-Unis d'Amérique, Finlande (tout accord doit être approuvé par les comités d'assistance sociale (*Social Welfare Board*)), France, Grèce, Israël, Lettonie, Lituanie, Maurice, Mexique, Paraguay, Pologne, République tchèque, Roumanie, Suède, Suisse (informations obtenues à partir des réponses au Profil des États - question 19.5 - en mai 2011). Cependant, dans certains États, il est également possible de rendre un accord « exécutoire » soit en procédant à son enregistrement auprès du tribunal (sans avoir à obtenir l'homologation de ses termes) soit par d'autres mécanismes : par ex., en Australie, Estonie (notarisation ou enregistrement), Norvège (sur demande des deux parents, le gouverneur de comté peut décider qu'un accord écrit concernant l'autorité parentale, le domicile et le temps passé avec l'enfant peut être exécuté) et Suède (approbation officielle des services sociaux).

[73] C-à-d. quel État a compétence pour prononcer une décision de justice concernant le ou les enfants intéressés et l'objet précis de l'accord.

[74] C-à-d. quel tribunal, au sein d'un État donné, a compétence pour prononcer une décision de justice concernant l'objet précis de l'accord (il peut s'agir de différents tribunaux au sein dudit État, par exemple, si l'accord porte sur des questions de droit de garde / droit d'entretenir un contact, ou bien s'il s'agit d'un accord portant sur l'entretien de l'enfant).

médiation couvre divers points concernant lesquels des règles de compétence différentes s'appliquent. En outre, même s'il est théoriquement possible d'obtenir une telle décision dans un système juridique donné, dans la pratique, cette procédure peut s'avérer longue, contraignante et coûteuse dans certains États.

41. La question (2) pourrait être résolue de deux façons : (i) en présentant l'accord à un tribunal de l'État B (ou C, D, etc.) pour qu'il prononce une décision intégrant les termes de l'accord – la possibilité, pour le tribunal de l'État B (ou C, D, etc.), de prononcer cette décision dépendra là encore de questions de compétence internationale et interne (voir *supra*) ; ou (ii) une fois que l'accord sera juridiquement contraignant et exécutoire dans l'État A, en demandant la reconnaissance et l'exécution, dans l'État B, de la décision de justice prononcée dans l'État A[75] – en l'absence d'un accord international, régional ou bilatéral en vigueur entre les États A et B, le droit interne de l'État B peut permettre la reconnaissance et l'exécution de la décision.

42. Parmi les Conventions modernes de La Haye relatives aux enfants, la Convention de 1996 et celle de 2007 peuvent aider les parents à obtenir la reconnaissance de leur entente amiable dans le cadre d'un différend transfrontière concernant des enfants dans tous les États contractants concernés[76]. Toutefois, il se peut que ces Conventions n'offrent pas de solution satisfaisante dès lors que l'accord couvre des questions qui sortent du champ d'application de l'une de ces Conventions, voire des deux. En outre, certains aspects de l'affaire peuvent entraîner des difficultés supplémentaires, tel que décrit *infra*.

Les Conventions de 1980 et de 1996 et l'acquisition de la force obligatoire par les ententes amiables dans tous les États concernés

(a) Situations impliquant le déplacement ou le non-retour illicite d'un enfant[77]

43. Tel que décrit plus haut, les réponses au Questionnaire II et les discussions lors de la Commission spéciale de 2011 (première partie) ont souligné que des difficultés pouvaient se poser en termes de compétence lorsque les parties souhaitaient obtenir qu'une entente amiable concernant une demande fondée sur la Convention de 1980 soit rendue juridiquement contraignante et exécutoire dans l'État requis en demandant une décision de justice dans ledit État (ci-après l'« État A », en général l'État où la médiation s'est déroulée[78]). En effet, dans ces cas, il est fréquent que l'entente amiable traite non seulement de la question précise du retour ou non-retour de l'enfant, mais également de questions de droit de garde et d'entretenir un contact à long terme[79]. En outre, les différentes parties de l'accord sont généralement corrélées, c'est-à-dire que l'accord concernant le retour ou non-retour est subordonné à la mise en œuvre de l'accord en

[75] Une autre possibilité peut exister, dès lors qu'un accord traitant de questions familiales est juridiquement contraignant et exécutoire dans l'État A sans avoir besoin d'être transformé en décision de justice et qu'un cadre juridique existant entre l'État A et l'État B prévoit la reconnaissance de l'accord dans les mêmes conditions que les jugements ; voir, par ex., l'art. 46 du Règlement Bruxelles *II bis* (Règlement (CE) No 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) No 1347/2000). Voir aussi l'art. 30 de la Convention Recouvrement des aliments de 2007.

[76] Tandis que le recours à la Convention de 1996 à cet effet nécessite que l'accord soit intégré dans une décision de justice (ou autre mesure prise par une autorité publique), conformément aux termes de la Convention, la Convention de 2007 peut avoir pour effet qu'un accord soit exécutoire dans un autre État sans qu'il soit nécessaire de le transformer en décision de justice : voir art. 30 de la Convention de 2007. À ce jour, seule la Norvège est partie à la Convention de 2007, qui n'est dont pas encore entrée en vigueur.

[77] Voir art. 3 de la Convention de 1980 et art. 7 de la Convention de 1996.

[78] Voir également la section 4.4 du projet de Guide de bonnes pratiques sur la médiation (*op. cit.* note 47).

[79] Ces accords combinés seraient très fréquents, car les parties peuvent convenir du retour ou non-retour de l'enfant à la condition que l'exercice du droit de garde et d'entretenir un contact suite au retour ou non-retour soit convenu selon des modalités précises. Par ex., un père privé de son enfant peut accepter que l'enfant déménage dans l'État B, à condition qu'il dispose de périodes de visite convenues dans l'État A. Dans l'autre sens, une mère qui a emmené son enfant peut accepter de retourner dans l'État A avec celui-ci, à condition que le père accepte que l'enfant vive avec elle dans l'État A et que le père dispose d'un droit de visite précis à son égard.

matière de contact et de garde à long terme. Ceci signifie qu'une homologation partielle de l'accord (à savoir une décision de justice rendant juridiquement contraignant et exécutoire uniquement le retour ou non-retour) ne constituera pas une solution satisfaisante pour les parties, qui ont négocié plusieurs questions en tant que « tout », et peut compromettre la résolution amiable définitive du différend.

44. La Convention de 1980 repose sur le principe que le lieu le plus approprié pour trancher le fond des questions de droit de garde et d'entretenir un contact à long terme concernant un enfant est généralement l'État de la résidence habituelle de cet enfant. Le déplacement unilatéral de l'enfant ou sa rétention dans un autre État par un parent en violation des droits de garde de l'autre parent ne doit pas entraîner un changement de compétence[80]. C'est en se fondant sur ce principe que l'article 16 de la Convention de 1980 dispose :

> « Après avoir été inform[é] du déplacement illicite d'un enfant ou de son non-retour, […] l'État contractant où l'enfant a été déplacé ou retenu *ne pourr[a] statuer sur le fond du droit de garde jusqu'à ce qu'il soit établi que les conditions de la présente Convention pour un retour de l'enfant ne sont pas réunies* […][81]. »

45. Par conséquent, dans une affaire d'enlèvement, si les parents ont conclu une entente amiable sur la question du retour ou non-retour de l'enfant ainsi que sur les questions de droit de garde et d'entretenir un contact à long terme concernant l'enfant, dans le cadre de l'ensemble de l'accord, l'article 16 de la Convention de 1980 peut[82] produire l'effet suivant :

(a) Accord prévoyant entre autres le *retour* de l'enfant dans l'État B : le tribunal de l'État A, saisi de la procédure de retour, peut considérer que, bien qu'il puisse prononcer une décision concernant l'accord sur le retour de l'enfant (consistant de fait à mettre fin à la procédure de retour par consentement mutuel), l'article 16 (qui interdit une décision sur le fond des droits de garde « jusqu'à ce qu'il soit établi que les conditions pour un retour de l'enfant *ne sont pas* réunies[83] ») continue de lui interdire d'approuver les termes de l'accord dans la mesure où ceux-ci traitent du fond des questions du droit de garde et d'entretenir un contact.

(b) Accord prévoyant entre autres le *non-retour* de l'enfant (c-à-d. que l'enfant reste dans l'État A) : le tribunal de l'État A, saisi de la procédure de retour, peut considérer qu'il peut approuver, dans une décision de justice, la partie de l'accord relative au non-retour de l'enfant (consistant de fait à mettre fin à la procédure de retour par consentement mutuel). Il peut également considérer qu'il peut ensuite immédiatement approuver, dans une décision de justice, l'accord relatif aux questions de droit de garde et d'entretenir un contact à long terme (en vertu de l'art. 16, qui ne « bloque » plus la compétence de l'État A en matière de droit de garde, puisqu'il a été établi que les conditions pour un retour de l'enfant « *ne sont pas* réunies[84] »). Toutefois, cela ne sera possible qu'en fonction de la compétence

---

[80] Voir para. 16 du Rapport explicatif Pérez-Vera sur la Convention de 1980 : « Les difficultés insurmontables rencontrées pour fixer [...] des critères de compétence directe en la matière ont en effet conduit au choix de cette voie qui, bien que détournée, va, dans la plupart des cas, permettre que la décision finale sur la garde soit prise par les autorités de la résidence habituelle de l'enfant, avant sont déplacement. » Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents de la Quatorzième session (1980)*, tome III, *Enlèvement d'enfants*, La Haye, Imprimerie Nationale, 1982, p. 425 à 473, p. 429. *Cf*. questions *temporaires* de droit de garde et d'entretenir un contact (par ex., visant à assurer le retour sans danger de l'enfant et sa sécurité générale en attendant que le fond des questions de droit de garde et d'entretenir un contact soit tranché dans l'État de la résidence habituelle de l'enfant). Ces questions *temporaires* à court terme peuvent être traitées par l'État A selon les modalités prévues par la Convention de 1996 si elles entrent dans le champ d'application de l'art. 11 de la Convention de 1996 (voir art. 7(3)).

[81] Le Bureau Permanent souligne. Voir également le para. 121 du Rapport explicatif Pérez-Vera, *ibid*., p. 463.

[82] Naturellement, l'interprétation et l'application de l'art. 16 dans les États contractants appartiendront à chaque État contractant concerné. Ces exemples sont tirés des rapports fournis par certains États contractants au sujet des difficultés rencontrées.

[83] Le Bureau Permanent souligne.

[84] *Id*.

internationale et interne du tribunal pour connaître de telles questions. Le droit procédural interne peut également interdire à un tribunal saisi d'une procédure de retour, une fois celle-ci officiellement arrivée à son terme, de trancher immédiatement les questions de garde[85].

46. En ce qui concerne la compétence *internationale*, dans les cas où la Convention de 1996 est en vigueur entre les deux États concernés, l'article 7 de la Convention de 1996 devra également être pris en considération. Cet article expose une règle de compétence spéciale qui s'applique dans les affaires d'enlèvement international d'enfants[86]. En cas d'enlèvement, l'article 7 produit l'effet suivant : l'État de la résidence habituelle de l'enfant immédiatement avant l'enlèvement conserve sa compétence pour prendre des mesures tendant à la protection de la personne (et des biens) de l'enfant (à savoir, notamment, des mesures sur le fond des questions de garde et d'entretenir un contact) jusqu'à ce que : (a) l'enfant ait acquis une résidence habituelle dans un autre État (généralement l'État A) ; et (b) les conditions énoncées à l'article 7(1) *a)* ou *b)* soient remplies. Il s'ensuit, à moins que les conditions cumulatives visées à l'article 7 puissent être remplies, que l'État B conservera sa compétence concernant le fond des questions du droit de garde et d'entretenir un contact à long terme. Dans ces circonstances, l'État A n'aurait pas compétence pour approuver ces questions dans une décision de justice, même si les parents souhaitaient que le tribunal ait compétence pour homologuer leur accord couvrant des points autres que le simple retour et réglant à l'amiable des questions relatives à la future résidence habituelle de l'enfant et au droit de visite à son égard.

47. Par contre, dans ces circonstances, d'autres dispositions de la Convention de 1996 semblent offrir une solution (ou tout du moins une solution partielle) : premièrement, les parties peuvent demander une décision de justice dans l'État B pour que l'accord soit juridiquement contraignant dans cet État (qui conserve sa compétence à l'égard du fond des questions de droit de garde et d'entretenir un contact à long terme, conformément à l'article 7 de la Convention de 1996) ; ou deuxièmement, un transfert de compétence de l'État B en faveur de l'État A, conformément à l'article 8 ou, plus habituellement, de l'article 9 de la Convention de 1996, pourrait être demandé pour que l'accord devienne juridiquement contraignant dans l'État A par voie de justice[87]. Dans les deux cas, les parties bénéficieront des dispositions de la Convention de 1996 en matière de reconnaissance et d'exécution, rendant la décision de justice fondée sur leur accord juridiquement contraignante et exécutoire dans tous les États contractants à ladite Convention[88].

48. Toutefois, ces deux solutions peuvent entraîner des difficultés pratiques et des dépenses supplémentaires considérables pour les parties. Par exemple, quelle que soit la solution retenue, la Convention n'impose pas au tribunal saisi des questions de garde dans l'État B (qu'il soit chargé de rendre l'accord juridiquement contraignant ou de se prononcer sur le transfert de compétence) de traiter l'affaire avec célérité (contrairement au tribunal saisi de la procédure de retour dans l'État A). Même si les tribunaux de

---

[85] La conclusion d'une procédure de retour par une décision de non-retour rendant ainsi juridiquement contraignant l'accord en ce qui concerne le non-retour sans rendre immédiatement juridiquement contraignant le reste de l'accord en ce qui concerne les questions de droit de garde et d'entretenir un contact à long terme peut, comme indiqué *supra*, compromettre le règlement amiable du différend à cause de la corrélation des différentes parties de l'accord.

[86] L'art. 7 de la Convention de 1996 est conçu pour appuyer, tout comme l'art. 16 de la Convention de 1980, la notion selon laquelle un parent qui a emmené son enfant ne doit pas pouvoir obtenir un changement de compétence en rapport avec le fond d'un litige portant sur la garde d'un enfant en enlevant ce dernier.

[87] Tel qu'indiqué ci-dessus, conformément à la formulation de l'art. 16 de la Convention de 1980, les tribunaux de l'État B ne peuvent trancher les questions de garde qu'une fois la procédure de retour arrivée à son terme, son issue étant que « les conditions pour le retour de l'enfant ne sont pas réunies. » On peut donc avancer qu'un transfert de compétence au titre de la Convention de 1996 ne serait utile que dans les affaires où les accords entre parents sont consensuels quant au « non-retour » de l'enfant.

[88] En tant que « mesure tendant à la protection de la personne de l'enfant » (*cf.* art. premier), la décision de justice fondée sur un accord et prononcée conformément aux règles de compétence de la Convention de 1996 sera reconnue de plein droit (art. 23) et pourra être déclarée exécutoire (art. 26 et s.) dans tout autre État contractant à la Convention de 1996 (sous réserve qu'aucun motif en vertu de l'art. 23(2) ne soit établi).

nombreux États ont tendance à traiter rapidement les questions de garde, les procédures de l'État B peuvent s'avérer trop longues pour que la procédure de retour fondée sur la Convention de 1980 dans l'État A reste en instance.

49. Comme indiqué ci-dessus, en raison de la corrélation entre les termes de l'accord, il n'est pas satisfaisant de mettre fin à la procédure de retour conformément à l'accord sans que le reste de l'accord traitant des questions de garde à long terme ne devienne juridiquement contraignant et exécutoire[89]. En outre, le fait que l'État B saisi pour transformer l'accord parental en matière de garde et de contact en décision de justice puisse exiger la présence des deux parties à l'audience et souhaiter entendre l'enfant peut constituer un obstacle pratique à la solution consistant à retourner dans l'État B. En accédant à cette demande, le parent qui a emmené l'enfant serait contraint de revenir dans l'État B avec l'enfant, ce qui constituerait un retour de fait, sans pour autant que l'accord (intégral) ne soit devenu juridiquement contraignant et exécutoire. Par ailleurs, les questions d'immigration et les procédures pénales éventuellement ouvertes à l'encontre du parent qui a emmené l'enfant dans l'État B peuvent compliquer la situation.

(b) Différends transfrontières concernant des enfants sans enlèvement ou non-retour illicite d'un enfant

50. Dans les situations « sans enlèvement », certaines difficultés peuvent survenir lors des tentatives visant à rendre juridiquement contraignant et exécutoire, dans les systèmes juridiques concernés, un accord de médiation à ce qui est ou pourrait devenir un différend transfrontière concernant un enfant. En outre, tel qu'indiqué plus haut, dans certaines situations et systèmes juridiques, il peut être difficile de transformer l'accord de médiation en décision de justice.

51. Dans une affaire de déménagement international, par exemple, le parent qui ne déménage pas peut souhaiter qu'un accord contenant des clauses relatives au droit de visite après le déménagement devienne juridiquement contraignant dans l'État dans lequel l'autre parent s'établira et ce, *avant* que le déménagement n'intervienne (pour garantir que le droit de visite puisse être mis à exécution dans cet État, le cas échéant). Il convient de souligner que la Convention de 1996 peut apporter une solution dans ce genre de situation[90]. Si les parents transforment leur accord en décision de justice dans l'État de la résidence habituelle actuelle de l'enfant, cette décision sera reconnue de plein droit dans tous les États contractants à la Convention de 1996 (sous réserve de l'article 23 (2)). Pour lever tout doute, les parents pourraient demander la « reconnaissance préalable » de la décision, conformément à l'article 24 de la Convention de 1996. Cependant, si la Convention de 1996 ou un cadre juridique comparable n'est pas en vigueur entre les deux États concernés, les tribunaux de l'État dans lequel le parent et l'enfant vont s'établir peuvent considérer qu'ils n'ont pas compétence pour connaître de l'affaire avant le déménagement (en raison de l'absence de lien avec ledit État).

52. En outre, des problèmes peuvent également survenir lorsqu'un accord contient des clauses portant sur des questions sortant du champ d'application de la Convention de 1996.

53. Dans l'ensemble, le processus consistant à rendre juridiquement contraignant dans tous les États concernés un accord de médiation conclu dans le cadre d'un différend familial transfrontière et réglant diverses questions peut s'avérer long, contraignant et onéreux.

---

[89] Tel que décrit *supra* (voir note 85).

[90] Voir chapitre 10 (en particulier 10 c) du Projet révisé du Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention de 1996 (Doc. prél. No 4 de mai 2011, *op. cit.* note 46).

4. Prochaines étapes possibles à envisager

54. Les difficultés pratiques se posant actuellement quand il s'agit de rendre les accords issus de la médiation juridiquement contraignants, surtout dans le cadre d'affaires d'enlèvement international d'enfants, soulignées dans les discussions intervenues lors de la Commission spéciale de 2011 (première partie) ainsi que dans les réponses au Questionnaire II, suggèrent qu'il faut étudier l'opportunité et la faisabilité, pour la Conférence de La Haye, de poursuivre ses travaux dans ce domaine, dans le cadre de l'élaboration de règles de droit international privé en la matière. Naturellement, toute étude en prévision de travaux futurs devrait notamment évaluer attentivement la façon dont d'éventuelles étapes pourraient être conçues de manière à être compatibles tant avec la Convention de 1980 qu'avec celle de 1996, puisqu'il est primordial que les objectifs de ces deux Conventions ne soient pas menacés. En outre, il pourrait être envisagé d'établir un instrument qui ne soumettrait pas l'exécution à l'existence d'une décision de justice et se fonderait au contraire sur la nature exécutoire de l'accord de médiation dans l'État dans lequel il a été conclu, sous réserve que les parties et les droits de l'enfant bénéficient de certaines protections.

55. Un nouvel instrument de droit international privé autonome concernant les accords issus de la médiation en matière familiale[91] pourrait avoir son utilité, non seulement dans les situations d'enlèvement mais également pour aider les familles de manière plus générale en offrant un mécanisme efficace pour rendre juridiquement contraignants et exécutoires, dans les divers systèmes juridiques concernés, les accords recouvrant divers aspects du droit de la famille dans une situation transfrontière. À cet égard, la compatibilité avec d'autres instruments internationaux tels que la Convention de 2007 devrait également être étudiée. D'autres recherches devraient également être menées pour établir si les États qui hésitent actuellement à devenir parties à la Convention de 1996, tels que certains États suivant la Charia, pourraient, en premier lieu, souhaiter devenir parties à un instrument de droit international privé traitant de la reconnaissance et de l'exécution des règlements amiables de différends familiaux transfrontières.

56. Le Bureau Permanent considère que la Commission spéciale pourrait notamment envisager les prochaines étapes suivantes :

(a) de nouvelles recherches comparatives en la matière, permettant d'évaluer la faisabilité et l'opportunité d'élaborer des règles de droit international privé concernant l'exécution des accords issus de la médiation en matière familiale transfrontière ; et

(b) la constitution d'un groupe d'experts exploratoire chargé d'étudier en premier lieu la faisabilité et l'opportunité de poursuivre les travaux sur la reconnaissance et l'exécution des accords issus de la médiation.

[91] Si ce document s'intéresse aux accords conclus dans le cadre de différends familiaux transfrontières concernant des enfants, l'Étude de faisabilité sur la médiation familiale de 2007 (Doc. prél. No 20 de mars 2007, *op. cit.* note 60), qui recensait les orientations possibles des futurs travaux de la Conférence de La Haye, faisait pour sa part référence aux accords conclus en matière familiale de manière plus générale.

B. Établissement d'une base juridique pour les communications judiciaires directes

57. Le Document préliminaire No 3 D[92] contient une analyse exhaustive aux fins de ce point inscrit à l'ordre du jour. Cette analyse tient compte : (1) de la base juridique offerte par les instruments internationaux existants ; (2) des réponses à la question 2 du Questionnaire II ; (3) des réponses à la question 21 du Profil des États aux fins de la Convention de 1980 en ce qui concerne les communications judiciaires directes[93] ; (4) des Conclusions et Recommandations des conférences et réunions judiciaires ; et (5) des discussions intervenues lors de la Commission spéciale de 2011 (première partie).

58. D'après l'analyse figurant dans le Document préliminaire No 3 D, il est manifeste que les instruments juridiques internationaux existants n'offrent pas de base juridique adéquate aux fins des communications judiciaires directes. En outre, cette analyse révèle que de nombreux États ont besoin d'une base juridique pour les communications judiciaires directes, qu'ils aient ou non désigné un membre au sein du Réseau international de juges de La Haye[94]. Par contre, plusieurs États ou unités territoriales n'ont pas besoin de cette base juridique[95]. En étudiant comment aller de l'avant, il serait souhaitable d'entendre les États contractants qui n'ont pas encore complété le Profil des États ou qui n'ont pas exprimé leurs vues à ce sujet.

59. Dès le départ, il est important de noter que des communications judiciaires directes interviennent depuis plus d'une décennie sans qu'il existe de cadre international précis ; elles sont fondées sur la confiance mutuelle que s'accordent les juges concernés.

60. Depuis juin 2011, un cadre pour les communications judiciaires directes a été souscrit sous la forme d'un instrument juridique international non contraignant (à savoir les Principes généraux relatifs aux communications judiciaires[96]). Même si ce cadre ne

---

[92] « Note sur l'opportunité et la faisabilité d'un instrument juridique potentiel fournissant une base aux communications judiciaires directes », établie par le Bureau Permanent, Doc. prél. No 3 D de décembre 2011 à l'intention de la Commission spéciale de janvier 2012, disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Enlèvement d'enfants ».

[93] Les Profils des États complétés par les États contractants à la Convention de 1980 sont disponibles sur le site Internet de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Conventions » puis « Convention No 28 » et « Profils des États ». À ce jour, quarante-huit États ont complété leur Profil des États.

[94] Dans leurs réponses au Questionnaire II, plusieurs États ont indiqué qu'ils étaient favorables à ce qu'un protocole prévoie une base juridique (à savoir Argentine, Arménie, Australie, Bahamas, Chili, Chine (RAS de Hong-Kong), Colombie, El Salvador, Israël, Monténégro, Panama, Suisse, Ukraine). Il est important de noter que cette question se rapportait à une base juridique internationale qui serait prévue dans un protocole à la Convention de 1980 et non dans un instrument autonome traitant exclusivement des communications judiciaires directes. En outre, l'analyse des Profils des États aux fins de la Convention de 1980 indique que dix États ne peuvent pas entreprendre de communications judiciaires en l'absence de base juridique (par ex., Brésil, Burkina Faso, El Salvador, Grèce, Honduras, Israël, Maurice, Panama, Ukraine, Uruguay). Enfin, au cours de la réunion interaméricaine de juges du Réseau international de La Haye et d'Autorités centrales tenue du 23 au 25 février 2011, des juges de 21 États de la région ont exprimé clairement le besoin d'une base juridique en droit interne.

[95] Une analyse des Profil des États aux fins de la Convention de 1980 révèle que 22 États qui ont désigné un membre au sein du Réseau international de juges de La Haye peuvent entreprendre des communications judiciaires directes en l'absence de base juridique : Argentine, Australie, Belgique, Canada, Chili, Chine (RAS de Hong-Kong), Chypre, Danemark, États-Unis d'Amérique, Finlande, France, Irlande, Malte, Mexique, Norvège, Paraguay, Pérou, République dominicaine, Roumanie, Royaume-Uni, Suède, Venezuela. Par ailleurs, l'analyse des Profils des États révèle que sept États qui n'ont pas désigné de membre au sein du Réseau international de juges de La Haye peuvent entreprendre des communications judiciaires directes en l'absence de base juridique : Estonie, Lettonie, Lituanie, Pologne, Portugal, Suisse, Turquie.

[96] « Règles émergentes relatives au développement du Réseau international des juges de La Haye et projet de Principes généraux relatifs aux communications judiciaires, y compris les garanties communément acceptées pour les communications judiciaires directes dans des affaires particulières, dans le contexte du Réseau international de juges de La Haye », établies par le Bureau Permanent, Doc. prél. No 3 A de mars 2011 à l'intention de la Commission spéciale de juin 2011, disponibles sur le site Internet de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Enlèvement d'enfants ». Au cours de la Commission spéciale de 2011 (première partie), il a été décidé de qualifier ces règles d'« émergentes ». Les Règles émergentes et les Principes généraux relatifs aux communications judiciaires ont

prévoit pas de réciprocité obligatoire[97], il fonctionne sur la base de la confiance mutuelle que s'accordent les juges participant aux communications judiciaires directes. Il est espéré que ce cadre incitera les États qui ne l'ont pas encore fait à désigner des membres au sein du Réseau international de juges de La Haye. Par ailleurs, les Principes généraux, qui pourront être amenés à évoluer et à se préciser avec le temps, apporteront de la flexibilité dans l'élaboration de normes adéquates à mesure que les États acquièrent davantage d'expérience dans ce domaine.

61. L'analyse de la nécessité d'un instrument international contraignant effectuée dans le Document préliminaire No 3 D montre que plusieurs États se déclarent intéressés par l'élaboration d'un tel instrument[98]. Toutefois, il se peut que leur intérêt pour un instrument international contraignant qui traiterait uniquement d'une base juridique pour les communications judiciaires directes ne soit pas suffisant pour garantir qu'il soit élaboré dès à présent[99]. Par contre, l'intérêt manifesté pour ce projet pourrait croître si cette base juridique était prévue par un instrument plus étendu traitant de questions de protection internationale de l'enfant. Cet instrument pourrait présenter l'avantage de créer des obligations réciproques et de fixer une règle juridique internationale pour la désignation des juges. Cependant, plusieurs États sont de l'avis que l'élaboration de règles contraignantes internationales concernant les communications judiciaires directes est prématurée et que les États ont besoin de temps pour acquérir davantage d'expérience dans ce domaine afin d'identifier des règles communes.

C. Outil(s) potentiel(s) de droit non contraignant concernant les allégations de violence conjugale dans le contexte des procédures de retour

62. La Commission spéciale de 2011 (première partie) a étudié le Document préliminaire No 9 de mai 2011 sur la « Violence conjugale et familiale et l'exception du 'risque grave' prévue par l'article 13 dans le fonctionnement de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* : un document de réflexion[100] ». À ce sujet, l'examen de la Commission spéciale était axé sur trois points : (1) la jurisprudence et les études existantes, les questions concernant les preuves et la définition de la violence conjugale dans le cadre de l'article 13(1) *b)* ; (2) les questions concernant la protection, notamment les mesures de protection visant à assurer le retour sans danger de l'enfant et du parent qui l'accompagne ; et (3) les autres actions et moyens à envisager en vue de promouvoir la cohérence[101].

63. S'agissant des discussions sur les prochaines étapes qui pourraient suivre à ce sujet, les trois propositions suivantes ont été présentées lors de la Commission spéciale de 2011 (première partie) et débattues par les États.

64. Le Document préliminaire No 9, paragraphe 151, proposait de créer un groupe d'experts, comprenant en particulier des juges, des experts issus des Autorités centrales et d'autres experts en matière de dynamique de la violence conjugale, en vue d'élaborer des principes ou un guide relatifs aux pratiques concernant le traitement des allégations de violence conjugale dans le cadre des procédures de retour de La Haye[102].

été élaborés en consultation avec un groupe d'experts en majorité membres du Réseau international de juges de La Haye.

[97] C-à-d. qu'il n'oblige pas les juges du Réseau à participer à des communications judiciaires directes dans les cas précis où la communication est demandée par un autre État ayant désigné un membre du Réseau.

[98] Voir *supra,* para. 58.

[99] Voir *supra*, para. 58. Les États n'ayant pas besoin de base juridique ne souhaiteront peut-être pas négocier un instrument dont l'unique objectif serait de fournir une base juridique pour les communications judiciaires directes.

[100] Établi par le Bureau Permanent, Doc. prél. No 9 de mai 2011 à l'intention de la Commission spéciale de juin 2011, disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye, *ibid*.

[101] Un résumé de la discussion sur ces sujets figure dans le Rapport de la Commission spéciale (première partie), para. 92 à 130.

[102] « Le Bureau Permanent suggère, comme piste éventuelle afin de pousser plus avant ces questions, d'entamer les travaux avec l'élaboration de principes ou d'un guide pratique sur la gestion des allégations d'actes de violence conjugale dans les procédures de retour introduites en application de la Convention de

65. Le Document de travail No 1 contenait les propositions de plusieurs délégations d'Amérique latine. Ce document invitait la Commission spéciale à recommander l'adoption de quatre critères pour traiter les allégations de violence conjugale (points 1 à 4 de la proposition) et l'élaboration d'un guide de bonnes pratiques concernant la mise en œuvre et le fonctionnement de l'article 13(1) *b)* (point 5 de la proposition)[103]. En réponse à cette proposition[104], de nombreux experts ont indiqué qu'un tel guide pourrait être d'une très grande utilité. Toutefois, certains experts ont exprimé des préoccupations en particulier concernant le fait que le pouvoir discrétionnaire de l'autorité judiciaire ne devait pas être minimisé lorsqu'une exception était soulevée au titre de l'article 13(1) *b)* de la Convention, compte tenu des faits d'un cas particulier. Un expert de l'Uruguay a précisé que la proposition soutenait l'élaboration d'un guide de bonnes pratiques concernant les exceptions visées à l'article 13(1) *b)* et ne cherchait pas à exclure les juges du processus.

66. Un expert du Canada a proposé le Document de travail No 2, suggérant que les travaux sur cette question seraient mieux menés par des juges, en particulier sous la forme d'un groupe de travail composé principalement de membres du Réseau international de juges de La Haye, assistés par des experts des Autorités centrales et d'autres experts de la dynamique de la violence conjugale. Il était suggéré que l'élaboration d'un ou de plusieurs outils appropriés pouvant inclure, par exemple, des principes, un guide de bonnes pratiques et des modules de formation, pour faciliter l'examen de l'article 13(1) *b)*, pourrait avoir plus d'influence si elle était faite par ceux qui seront amenés à appliquer la Convention. L'expert du Canada a également déclaré qu'il conviendrait de se demander si cette étude pourrait inclure des situations autres que la violence conjugale, qui sont invoquées au titre de l'exception prévue à l'article 13(1) *b)*, telles que l'alcoolisme et la toxicomanie, et si d'autres études sur cette question pourraient se révéler nécessaires. En réponse à cette proposition[105], un expert a indiqué que, quand bien même il soutenait la proposition de la délégation du Canada et éprouvait une sympathie envers celle des délégations d'Amérique latine, les juges n'étaient pas liés par les guides de bonnes pratiques, faisant que la solution consistant à élaborer des règles contraignantes dans ce domaine devrait également être retenue. Il a également noté que son État n'avait pas désigné de membre au sein du Réseau international de juges de La Haye et que le groupe de travail qui serait créé ainsi que le proposait la délégation du Canada ne devrait donc pas être limité aux juges membres du Réseau. Plusieurs experts ont marqué leur accord en ce qui concerne la suggestion d'inclure, dans tout groupe de travail susceptible d'être constitué, des spécialistes de la violence conjugale et familiale, ainsi que des praticiens.

67. Les discussions intervenues lors de la Commission spéciale de 2011 (première partie) à ce sujet coïncidaient avec l'approche adoptée par de nombreux États dans leurs réponses au Questionnaire II, dans lequel il avait été demandé aux États de s'exprimer sur l'utilité d'inclure des dispositions « [prévoyant] des lignes directrices sur la manière dont [les] allégations [de violence conjugale] devraient être traitées dans le cadre de la procédure de retour d'un enfant » dans un éventuel protocole à la Convention de 1980. Si de nombreux États se disaient préoccupés par la perspective d'un protocole contraignant contenant des dispositions à cet égard[106], plusieurs États ont reconnu l'importance de la question et le besoin de conseils supplémentaires, en particulier à

La Haye. On pourrait envisager la création d'un groupe d'experts, comprenant en particulier des membres du monde judiciaire ainsi que des experts issus des Autorités centrales, et d'autres experts interdisciplinaires dans la dynamique de la violence familiale, pour aider le Bureau Permanent dans l'élaboration de ces principes ou guide. »

[103] En ce qui concerne le second para. du Doc. trav. No 1, un expert de l'Argentine a précisé qu'il fallait remplacer le terme « *conclusive* » (concluant) par « *relevant enough* » (suffisamment pertinent).

[104] Voir en particulier les para. 122, 123 et 127 du Rapport de la première partie de la Commission spéciale, qui résume les discussions au sujet de cette proposition.

[105] Voir en particulier les para. 125 à 128 du Rapport de la première partie de la Commission spéciale, qui résume les discussions au sujet de cette proposition.

[106] Voir, par ex., les réponses de l'Argentine, du Canada, des États-Unis d'Amérique et du Monténégro.

l'intention des juges[107]. De fait, deux États ont expressément proposé d'élaborer un nouveau guide de bonnes pratiques sur la violence conjugale[108].

68. D'après les discussions intervenues lors de la Commission spéciale de 2011 (première partie) et les réponses au Questionnaire II, il s'avère que la prise de nouvelles mesures visant à promouvoir une application homogène de l'article 13(1) *b)* en cas d'allégations de violence conjugale et familiale est largement soutenue[109].

69. Afin de faciliter les discussions lors de la Commission spéciale de 2012 (deuxième partie) quant à la forme précise que pourraient prendre ces mesures, il est suggéré que les experts examinent les questions suivantes :

(a) L'étendue des éventuels travaux futurs : ceux-ci (qu'ils consistent à élaborer des principes, un guide de bonnes pratiques, un guide à l'intention des juges (*Bench Book*) ou d'autres outils appropriés) devraient-ils être limités aux questions de violence conjugale et familiale dans le contexte de l'exception visée à l'article 13(1) *b)*, ou serait-il bénéfique que cet article soit pris en considération de manière plus large dans le(s) outil(s) de droit non contraignant ?

(b) Le type d'outils (principes, guide de bonnes pratiques, cahier d'audience ou autres outils appropriés) à élaborer dans ce domaine fait-il l'objet d'un accord général ou faut-il d'abord constituer un groupe d'experts afin de recommander quels seraient les outils qu'il conviendrait de développer ?

(c) Qui devrait participer aux travaux futurs ? Si l'hypothèse d'un groupe de travail est retenue, il semble y avoir accord (d'après les discussions de la Commission spéciale de 2011 (première partie)) sur le fait qu'il devrait être composé de juges, d'experts interdisciplinaires de la dynamique de la violence conjugale et familiale, ainsi que de membres du personnel des Autorités centrales et d'éventuels praticiens. Comment la composition d'un tel groupe devrait-elle être structurée pour que les contributions de ces experts soient prises en compte ?

(d) S'il existe un accord quant à la nécessité d'élaborer des outils appropriés, à qui les outils de droit non contraignant devraient-ils d'adresser ? Aux juges, au personnel des Autorités centrales ou à toutes les personnes concernées par l'application de la Convention, praticiens compris ?

D. Déménagement international des familles et travaux futurs potentiels

70. Les travaux que la Conférence de La Haye a menés au cours de la dernière décennie témoignent de l'importance croissante du thème relatif au déménagement international des familles et des efforts permanents visant à assurer une approche internationale plus homogène des différends transfrontières concernant un déménagement. Le terme « déménagement international des familles » englobe l'établissement à long terme, dans un autre pays, d'un enfant avec l'un de ses parents, généralement celui qui en est principalement responsable. En droit national, les approches à la problématique juridique du déménagement international peuvent différer, entre autres, en rapport avec les éléments suivants :

- les circonstances dans lesquelles il peut s'avérer nécessaire qu'un parent obtienne une décision de justice lui permettant de déménager avec un enfant ;
- les facteurs que le tribunal doit prendre en considération afin d'établir s'il convient de permettre le déménagement ; et

[107] Voir, par ex., les réponses de l'Argentine, du Canada, d'El Salvador, des États-Unis d'Amérique et de l'Ukraine, soulignant l'importance et le sérieux de la question, ainsi que les réponses des Bahamas, du Canada et des États-Unis d'Amérique (et dans un degré moindre, celles de la Nouvelle-Zélande), qui proposaient d'élaborer de nouvelles lignes directrices à ce sujet.
[108] Canada, États-Unis d'Amérique.
[109] Voir la conclusion du président, para. 129 du Rapport de la première partie de la Commission spéciale.

- l'approche adoptée par le tribunal pour garantir et assurer le droit du parent restant dans le pays d'origine d'entretenir un contact avec ce dernier.

71. Ce sujet a été abordé pour la première fois et est abordé le plus fréquemment dans le contexte de différends concernant le droit d'entretenir un contact transfrontière et des mesures préventives visant à protéger les enfants contre un enlèvement. Le *Guide de bonnes pratiques sur les mesures préventives* (2005) et le *Guide de bonnes pratiques en matière de contacts transfrontières relatifs aux enfants* (2008) soulignent tous deux l'importance de garantir la reconnaissance et l'exécution, dans le pays d'établissement, des décisions en matière de contact prononcées dans le contexte d'un déménagement international de la famille. Le chapitre 8 du Guide sur les contacts transfrontières est consacré à la question du déménagement et du droit de visite. Il fait remarquer que le degré de protection possible du droit d'entretenir un contact doit toujours être considéré par le tribunal comme un facteur pertinent aux fins de décider s'il convient ou non de permettre un déménagement international. Il souligne également à quel point il est important de garantir que les modalités d'une décision de contact bénéficient d'un extrême respect dans l'État de d'établissement. À cet effet, le Guide présente de manière détaillée plusieurs mécanismes, tels que la reconnaissance préalable, les ordonnances miroirs et les communications judiciaires directes. La Convention de 1996 est particulièrement pertinente à cet égard.

72. Les Conclusions et Recommandations de la Commission spéciale de 2006 encouragent « tous les efforts tendant à concilier les différences entre systèmes juridiques afin d'adopter, dans la mesure du possible, une approche et des critères communs quant à l'établissement dans un autre pays[110]. »

73. En mars 2010, la Conférence de La Haye de droit international privé et l'*International Centre for Missing and Exploited Children* (ICMEC) ont organisé conjointement la Conférence internationale judiciaire sur la relocalisation transfrontière des familles[111]. À l'issue de cette conférence, les délégués ont présenté et adopté un document intitulé la « *Déclaration de Washington sur la relocalisation internationale des familles* »[112]. Cette déclaration expose treize recommandations, comprenant une liste de 13 facteurs qui doivent guider un juge connaissant d'un litige relatif à un déménagement. Elle déclare que l'intérêt supérieur de l'enfant doit toujours être la considération primordiale, sans la moindre présomption pour ou contre le déménagement. Le parent souhaitant déménager devrait notifier dans un délai raisonnable son intention au parent restant dans le pays d'origine à cause du déménagement. La Déclaration souligne également l'objectif visant à régler à l'amiable les différends en matière de déménagement familial à l'étranger par la voie de la médiation et de moyens similaires, ainsi que l'importance de disposer de mécanismes garantissant l'exécution des décisions de déménagement et des modalités d'exercice du droit de visite dans l'État de destination.

74. Les exposés présentés au cours de la Conférence internationale judiciaire sur la relocalisation transfrontière des familles (Washington)[113], ainsi que les réponses des États au Questionnaire I sur le fonctionnement pratique des Conventions de 1980 et de 1996[114], démontrent la diversité notable des approches adoptées par les tribunaux

---

[110] *Op. cit.* (note 20), Recommandation No 1.7.5.

[111] Cette conférence a eu lieu à Washington, D.C. (États-Unis d'Amérique). Elle a réuni plus de 50 juges et autres experts issus de 14 pays afin d'examiner la question du déménagement transfrontière des familles.

[112] Le texte intégral de la déclaration est joint à l'annexe A de la « Note préliminaire sur le déménagement international des familles », établie par le Bureau Permanent, Doc. prél. No 11 d'octobre 2011 à l'intention de la Commission spéciale de janvier 2012, et est également disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Actualités et événements » puis « 2010 ».

[113] Publiés dans *La Lettre des juges sur la Protection internationale de l'enfant*, Édition spéciale No 1, *International Judicial Conference on Cross-Border Family Relocation*, 23-25 March 2010, Washington, D.C., 2010, disponible en anglais seulement sur le site Internet de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.com >, sous les rubriques « Publications » puis « Lettre des juges ».

[114] En particulier, les questions 19.1 à 19.4 portaient spécifiquement sur le déménagement international des familles, sollicitant des informations auprès des États contractants concernant le droit interne et la

examinant des affaires de déménagement familial à l'étranger. Ces différences entre États sont étudiées plus avant dans le Document préliminaire No 11 (« Note préliminaire sur le déménagement international des familles »).

75. Le Questionnaire II, diffusé en prévision de la Commission spéciale de 2012 (deuxième partie), comportait plusieurs questions sur le déménagement international des familles en rapport avec l'opportunité d'un protocole [115]. Les réponses étaient très partagées, certains États exprimant la valeur d'un protocole éventuel précisant les circonstances dans lesquelles un parent pouvait légalement déménager avec un enfant. En outre, certains États voyaient la possibilité de promouvoir les accords consensuels entre parents concernant le déménagement, notant surtout le rôle de la médiation. D'autres États considéraient que des dispositions sur l'un ou l'autre sujet étaient inappropriées ou inutiles, la plupart d'entre eux soulignant le rôle du droit interne pour déterminer la légalité de l'établissement de l'enfant à l'étranger.

76. À la lumière des divergences de vues des États concernant le déménagement international des familles, le Bureau Permanent suggère que les États étudient la possibilité de poursuivre des travaux, notamment en recommandant au Conseil de constituer un groupe d'experts pour envisager les options possibles en vue de ces futurs travaux, pouvant prendre la forme de principes, d'un guide de bonnes pratiques ou d'un manuel pratique ou d'explorer la possibilité, à une étape ultérieure, d'un instrument contraignant abordant la problématique du déménagement familial à l'étranger. Les travaux suggérés sur les accords issus de la médiation (voir *supra* section A) et sur les communications judiciaires directes (voir *supra* section B) sont également pertinents en rapport avec le déménagement international des familles, en ce qu'ils renforcent la coopération entre États afin de garantir que tous les aspects des décisions ou accords de déménagement sont respectés dans le pays d'établissement du parent et de l'enfant.

E. L'avenir du Processus de Malte

77. Le « Processus de Malte » est un dialogue entre juges et fonctionnaires de haut niveau d'États contractants aux Conventions de 1980 et de 1996 et d'États non contractants suivant la Charia. Il vise à améliorer la coopération entre États pour aider à résoudre les différends familiaux transfrontières complexes dans des situations où le cadre juridique international n'est pas applicable. En particulier, il cherche à améliorer la protection de l'enfant entre les États concernés en : (1) veillant à ce que le droit de l'enfant de rester en contact avec ses deux parents soit soutenu (bien qu'ils vivent dans des États différents) ; et (2) combattant l'enlèvement international d'enfants.

78. Le Processus de Malte s'est attaché avant tout à rechercher des principes juridiques communs pour commencer à recenser les éléments constitutifs d'une meilleure coopération et de l'élaboration d'une « règle de droit » entre les États concernés[116]. Cette recherche suppose : « (1) une parfaite connaissance de la manière dont les systèmes juridiques concernés traitent actuellement des problèmes transfrontières de droit de la famille ; (2) un processus par lequel les principes sont établis par consensus – des principes pour lesquels tous les pays concernés ont un « sentiment d'appartenance » ; (3) le respect de la diversité des différents systèmes juridiques et de leurs valeurs fondamentales ; et (4) la volonté d'accepter des compromis dans la recherche d'objectifs

jurisprudence en matière de déménagement international des familles, et leur demandant de s'exprimer sur la Déclaration de Washington.

[115] Les questions étaient les suivantes : « Des dispositions (c'est-à-dire des éléments susceptibles de faire l'objet d'un protocole) sur la question du déménagement international d'un enfant pourraient-elles être utiles ? Quel degré de priorité attacheriez-vous à l'élaboration de dispositions sur ces questions ?

- 10.1 Préciser les circonstances dans lesquelles un parent peut légalement déplacer un enfant pour vivre dans un autre pays
- 10.2 Promouvoir les accords entre les parents en matière de relocalisation à l'étranger
- 10.3 Autres. »

[116] Voir le tome VIII de *La Lettre des juges* et l'article de William Duncan, Secrétaire général adjoint à l'époque de la Conférence de La Haye de droit international privé.

communs, y compris, en ce qui concerne la protection internationale des enfants, les objectifs consacrés par la *Convention des Nations Unies de 1989 relative aux droits de l'enfant*[117]. »

79. Le Processus de Malte est abordé en détail dans le Document préliminaire No 12 (para. 88 à 108) dans le contexte des services offerts par la Conférence de La Haye, par l'entremise de son Bureau Permanent[118]. Ce document expose le contexte du Processus de Malte et étudie les réponses fournies par les États aux questions concernant le Processus de Malte figurant dans le Questionnaire I. Comme indiqué dans le Document préliminaire No 12, les réponses des États à ces questions étaient relativement limitées en nombre[119]. Toutefois, ces États ont été nombreux à formuler des observations circonstanciées soulignant l'importance du Processus de Malte[120]. S'agissant de l'avenir du projet pris dans son ensemble, plusieurs États ont manifesté un intérêt quant à la possibilité de voir évoluer le Processus de Malte[121]. Les suggestions précises reçues des États au sujet de l'avenir du Processus de Malte sont exposées aux paragraphes 105 à 108 du Document préliminaire No 12.

80. Comme l'indique clairement le Document préliminaire No 12, la poursuite du Processus de Malte afin de faire fructifier les travaux passés et d'atteindre de nouveaux résultats concrets emporte un soutien général. Dans ce contexte, plusieurs États ont exprimé la volonté d'étudier s'il convient de continuer à s'appuyer sur les éléments qui sont déjà en place pour développer une « règle de droit » entre ces États.

81. Les États souhaiteront éventuellement saisir l'opportunité de la Commission spéciale de 2012 (deuxième partie) pour discuter de ce qui peut être fait pour renforcer le Processus de Malte. Quelle que soit l'issue des discussions, il est espéré que les États seront favorables à la tenue d'une Quatrième Conférence de Malte, possiblement fin 2012 ou début 2013, pour poursuivre ce dialogue important.

F. Services assurés par la Conférence de La Haye de droit international privé en liaison avec les Conventions de 1980 et de 1996

82. La Conférence de La Haye de droit international privé, par l'entremise de son Bureau Permanent, assure une large gamme de services en liaison avec les Conventions de 1980 et de 1996, allant de l'assistance à la mise en œuvre des Conventions à la formation des juges, en passant par la constitution d'une base de données de jurisprudence sur la Convention de 1980 (INCADAT) et par l'élaboration de guides de bonnes pratiques. Ces services sont principalement assurés par une équipe composée de 1,5 Juriste principal et de 4 Collaborateurs juridiques. Au vu de la gamme des services assurés et des limites des ressources correspondantes, les États pourront exprimer leurs vues sur la priorité à accorder aux différents services. Ils pourront également discuter du rôle que le Bureau Permanent devrait jouer dans divers domaines précis (voir ci-dessous).

83. Les services assurés par la Conférence de La Haye en liaison avec les Conventions de 1980 et de 1996 sont exposés en détail dans le Document préliminaire No 12, qui présente également les observations que les États ont formulées à ce sujet dans leurs réponses au Questionnaire I. Ce Document préliminaire contient diverses suggestions

---

[117] Voir *ibid*., p. 7.

[118] « Rapport sur les services et stratégies offerts par la Conférence de La Haye de droit international privé en rapport avec la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants et la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants, y compris la mise en place de programmes régionaux et le Processus de Malte », établi par le Bureau Permanent, Doc. prél. No 12 de novembre 2011 à l'intention de la Commission spéciale de janvier 2012.

[119] Treize réponses circonstanciées à la question 20.6 (b) et dix-sept réponses circonstanciées à la question 20.6 (c).

[120] Par ex. : Allemagne, Canada, Estonie, Espagne, États-Unis d'Amérique, France, Israël, Suisse, Ukraine.

[121] Par ex. : Allemagne, Autriche, Belgique, Canada (soulignant toutefois que ce point devait être évoqué par le Conseil sur les affaires générales et la politique à la lumière du mandat et des priorités de la Conférence de La Haye), Espagne, États-Unis d'Amérique, France, Israël, Maurice, Portugal, Slovaquie.

concernant des aspects particuliers de ces services que les États pourront discuter à l'occasion de la Commission spéciale de 2012 (deuxième partie).

84. Premièrement, les États pourront envisager le rôle que le Bureau Permanent devrait jouer en réponse aux demandes d'information et d'assistance. Comme indiqué dans le Document préliminaire No 12 (para. 71), l'année dernière, le Bureau Permanent a répondu à plus de 100 demandes d'assistance et d'information en liaison avec les Conventions de 1980 et de 1996. Le Bureau Permanent a noté une augmentation constante du nombre de demandes reçues ces dernières années. Certaines des demandes reçues par le Bureau Permanent émanent des Autorités centrales et d'autres autorités publiques. Cependant, la majorité des demandes d'assistance reçues par le Bureau Permanent émane de parents et d'autres membres de la famille, et occasionnellement de leurs avocats. Même s'il est certain que le traitement de ces demandes emploie des ressources du Bureau Permanent, cela permet néanmoins de porter à son attention les questions de fonctionnement survenant en liaison avec les Conventions. Le traitement de ces demandes peut ainsi bénéficier non seulement aux intéressés, mais également à la Conférence de La Haye.

85. Dans le Questionnaire I, il était demandé aux États d'exprimer leurs vues sur le rôle du Bureau Permanent dans le traitement des demandes émanant de particuliers. La grande majorité des réponses[122] des États soutenait le travail effectué par le Bureau Permanent pour répondre aux particuliers, y compris le(s) renvoi(s) vers un professionnel et la fourniture d'informations générales sur les Conventions. De nombreux États ont précisé qu'ils jugeaient ce service utile[123] ; plusieurs États ont observé que ce service contribuait au fonctionnement efficace des Conventions[124]. Bien que le travail effectué par le Bureau Permanent pour répondre aux demandes individuelles soit hautement estimé par la majorité des États, il nécessite néanmoins la mobilisation de ressources importantes. En outre, il convient de noter que certains États contractants[125] ont suggéré que le Bureau Permanent devrait jouer un rôle encore plus actif à l'avenir dans les affaires individuelles présentant des difficultés entre États contractants et des allégations de non-respect de la Convention de 1980. À cet égard, il est fait référence à la section IV du Document préliminaire No 12. Comme l'indique celui-ci (au para. 114), un point qui a été soulevé sous diverses formes dans les réponses au Questionnaire I est le rôle que le Bureau Permanent devrait jouer pour contrôler le respect de la Convention et répondre aux problèmes de non-respect. Ce point a été soulevé (1) de manière générale ; et (2) dans le contexte de cas individuels. Le rôle du Bureau Permanent pour porter assistance aux États contractants confrontés à ces questions non seulement a des incidences importantes en termes de ressources, mais également pose des questions de confiance mutuelle entre États contractants et peut justifier des discussions lors de la Commission spéciale de 2012 (deuxième partie).

86. Une autre question qui se pose est celle de l'élaboration éventuelle d'un « formulaire modèle d'autorisation de quitter le territoire ». Il en est fait référence aux paragraphes 68 à 70 du Document préliminaire No 12.

87. Enfin, la question primordiale devant être débattue par les États lors de la deuxième partie concernant les services offerts par la Conférence de La Haye, par l'entremise de son Bureau Permanent, est le besoin d'établir des priorités, à la lumière de ses ressources limitées.

---

[122] Sur 21 réponses circonstanciées à la question 22.1 (g), 20 États ont exprimé un avis favorable à ce service.
[123] Par ex. : Argentine, Canada, Chine (RAS de Hong-Kong et RAS de Macao), Chypre, Colombie, Croatie, Estonie, Finlande, Israël, Luxembourg, Norvège, Panama, Portugal, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni (Angleterre et pays de Galles), Slovaquie.
[124] Par ex. : Argentine, Chine (RAS de Hong-Kong et RAS de Macao), Israël, Panama, Royaume-Uni (Angleterre et pays de Galles).
[125] Par ex., voir la réponse de la Norvège au Questionnaire I, question 23 ; voir aussi Doc. prél. No 12 de novembre 2011, *op. cit.* (note 118).

V. CONCLUSION - UNE VOIE POUR L'AVENIR

88. Dans les discussions intervenues lors de la Commission spéciale de 2011 (première partie) et dans les réponses au Questionnaire II, les États ont mentionné diverses possibilités pour remédier à certains des problèmes rencontrés dans le fonctionnement pratique de la Convention de 1980, possibilités qui avaient au départ été suggérées comme éléments susceptibles de faire l'objet d'un protocole. Il s'est avéré que d'autres options – à défaut d'un protocole – pourraient être envisageables, notamment à la lumière de l'impossibilité probable d'atteindre un consensus sur la nécessité d'un protocole ou sur son contenu. Il est aussi devenu plus clair que la division entre États et le degré d'inébranlabilité aux deux extrémités du spectre font qu'il est difficile de concevoir que les discussions lors de la Commission spéciale de 2012 (deuxième partie) seront productives et susceptibles d'aboutir à un accord sur la poursuite des travaux relatifs à un protocole au moment présent.

89. En ce qui concerne le mandat du Conseil pour envisager la faisabilité d'un protocole, il est devenu plus clair, à l'occasion de consultations supplémentaires, notamment de réponses supplémentaires au Questionnaire II, et des discussions intervenues lors de la Commission spéciale de 2011 (première partie), qu'il est possible que le consensus évolue sur certains points, sinon sur un protocole : assurer la reconnaissance transfrontière des accords issus de la médiation conclus dans le cadre de différends familiaux internationaux concernant des enfants ; établir une base juridique pour les communications judiciaires directes ; apporter un soutien supplémentaire, sous la forme de droit non contraignant, pour traiter les questions de violence conjugale et familiale dans le contexte des procédures de retour. Ces sujets, et d'autres sujets devant être débattus lors de la Commission spéciale de 2012 (deuxième partie) et inscrits dans le projet d'ordre du jour proposé, ont été identifiés comme étant des domaines concernant lesquels il serait possible d'atteindre un consensus quant à la nécessité de poursuivre des travaux et de demander un mandat du Conseil en vue de prochaines étapes.

A N N E X E / A N N E X

INTRODUCTION

Cette annexe présente un résumé des 24[1] réponses au Questionnaire II[2] reçues des États[3] au premier novembre 2011. Ce document constitue une mise à jour du Rapport préliminaire préparé par le Bureau Permanent en mai 2011[4], qui a été rédigé sur la base des 16[5] réponses reçues au premier mai 2011. Il suit la structure générale de la cinquième partie du Rapport préliminaire.

Le Questionnaire II visait à recueillir les avis des États[6] concernant : (1) les domaines qui pourraient devenir les composants potentiels d'un protocole (les réponses à cette partie du Questionnaire sont résumées dans la section A ci-dessous) ; (2) l'opportunité et la faisabilité générales d'un protocole à la Convention de 1980 (les réponses à cette partie du Questionnaire sont résumées dans la section B ci-dessous).

Les résumés des réponses dans la section A ci-dessous sont suivis, s'il y a lieu, par des courtes citations des discussions qui ont eu lieu durant la première partie de la réunion de la Commission spéciale de juin 2011 (la « Commission spéciale de 2011 (première partie) »), et qui sont en rapport avec le sujet traité dans la réponse en question. Les Conclusions et Recommandations pertinentes de cette réunion sont également citées[7].

Cette Annexe devrait venir en appui aux travaux de la deuxième partie de la Commission spéciale (la « Commission spéciale de 2012 (deuxième partie) »).

OPINIONS DE CERTAINS ÉTATS

A. Thèmes proposés dans le Questionnaire II en tant qu'éléments susceptibles de faire l'objet d'un protocole[8]

1. Médiation, conciliation et autres moyens similaires visant à promouvoir la résolution amiable des affaires relevant de la Convention de 1980

(i) Réponses au Questionnaire II

---

[1] Argentine, Arménie, Australie, Bahamas, Burkina Faso, Canada, Chili, Chine (continentale, RAS de Hong Kong), Colombie, El Salvador, États-Unis d'Amérique, Israël, Mexique, Monaco, Monténégro, Nouvelle-Zélande, Norvège, Panama, République dominicaine, Suisse, Union européenne, Ukraine, Venezuela et Zimbabwe.

[2] « Questionnaire relatif 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* », établi par le Bureau Permanent, Doc. prél. No 2 de décembre 2010 à l'intention de la Commission spéciale de juin 2011, disponible sur le site Internet de la Conférence, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Enlèvement d'enfants ».

[3] Le Questionnaire II a été envoyé à tous les Organes nationaux et de liaison des Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé, ainsi qu'à tous les États non membres parties à la Convention de 1980. La mention « États » dans le cadre des réponses au Questionnaire II englobera donc, le cas échéant, les États membres parties à la Conventions de 1980, les États non membres parties à la Convention de 1980, les États membres non parties à la Convention de 1980 et l'Union européenne.

[4] « Consultations relatives à l'opportunité et 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 », établi par le Bureau Permanent, Doc. prél No 7 de mai 2011 à l'intention de la Commission spéciale de juin 2011, disponible sur le site Internet de la Conférence, *ibid*.

[5] Australie, Bahamas, Burkina Faso, Chili, Chine (Chine continentale, RAS de Hong Kong), Colombie, El Salvador, Mexique, Monténégro, Norvège, Nouvelle-Zélande, République dominicaine, Suisse, Ukraine, Union européenne, Zimbabwe.

[6] *Op. cit.* note 3.

[7] Voir les « Conclusions et Recommandations adoptées par la Sixième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de La Haye de 1980 et de la Convention de La Haye de 1996 (1-10 juin 2011) », disponibles sur le site Internet de la Conférence, à l'adresse (< www.hcch.net >), sous les rubriques « Espace Enlèvement d'enfants » puis « Commissions spéciales sur le fonctionnement de la Convention » (ci-après Conclusions et Recommandations de 2011 »).

[8] Il convient de noter qu'en l'absence d'observations de l'Union européenne concernant les éléments précis susceptibles de faire l'objet d'un protocole, cette section résume les opinions de 23 États parties à la Convention de 1980 ou Membres de la Conférence de La Haye qui ont répondu au Questionnaire II en date du premier novembre 2011.

Plusieurs réponses indiquent qu'une autorisation expresse du recours à la médiation, à la conciliation ou à d'autres moyens visant à promouvoir la résolution amiable des affaires relevant de la Convention de 1980 pourrait être utile[9]. Dans ce contexte, un grand nombre de réponses vont dans le sens de l'encouragement des solutions amiables au sens large, comprenant d'autres formes de résolution alternative des différends, en plus de la médiation[10]. Toutefois, plusieurs réponses soulignent qu'il faut être attentif à ce que la médiation ou autre mécanisme de résolution amiable n'engendre pas de retards injustifiés dans la procédure de retour[11].

Un certain nombre de réponses[12] sont de l'avis qu'une telle disposition n'est pas nécessaire, avançant que l'article 7 de la Convention de 1980 semble suffire. Certaines de ces réponses[13] soulignent que, au vu des nombreuses questions de fond qu'implique la médiation, l'introduction d'un protocole en la matière pourrait donner naissance à des problèmes de compétence[14] et dépasserait le champ d'application de la Convention de 1980[15]. Le Canada qualifie également d'éventuelles règles sur la médiation résultant d'un protocole de prématurées, soutenant le fait que, dans un premier temps, les États devraient se voir accorder le temps d'étudier et d'appliquer les bonnes pratiques exposées dans le projet de Guide de bonnes pratiques sur la médiation en vertu de la Convention de 1980[16], lequel est sur le point d'être finalisé[17]. Enfin, la Nouvelle-Zélande se dit préoccupée par l'ampleur que prend la promotion de la médiation, ce qui pourrait amener à la rendre automatique dans le cadre d'une procédure de retour et pourrait ainsi dissuader le parent qui a emmené l'enfant à agir dans la légalité avant le retour de celui-ci.

Plusieurs réponses[18] sont de l'avis qu'il serait opportun de régler les questions de fond et de procédure liées au recours à de tels moyens (par ex. concernant la confidentialité, la corrélation entre la médiation et la procédure de retour, la reconnaissance et l'exécution des accords issus de la médiation). L'Australie fait observer que d'éventuelles dispositions pourraient s'inspirer des principes élaborés par le Groupe de travail sur la médiation dans le cadre du Processus de Malte[19].

Les réponses suggèrent plusieurs problèmes relatifs à la médiation pouvant être résolus par différentes dispositions potentielles, notamment : la relation entre la procédure de médiation et la procédure de retour[20] ; les délais de la médiation[21] ; les questions pratiques se posant dans le cadre d'une médiation lorsque l'un des parents se trouve à l'étranger[22] ; l'admission de la médiation[23] ; la procédure relative à la nomination d'un médiateur[24] ; les règles de conduite et d'éthique de la médiation transfrontière[25] ; la

[9] Arménie, Australie, Bahamas, Burkina Faso, Chili, Chine (RAS de Hong Kong), Colombie, El Salvador, Israël, Monténégro, Panama, République dominicaine, Suisse, Ukraine, Venezuela, Zimbabwe.
[10] Australie, Bahamas, Chili, El Salvador, Monaco, Panama, Suisse, Venezuela.
[11] Bahamas, République dominicaine, Suisse.
[12] Argentine, Canada, États-Unis d'Amérique, Nouvelle-Zélande.
[13] Canada, Nouvelle-Zélande.
[14] Nouvelle-Zélande.
[15] Canada.
[16] « Projet de 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*, Cinquième partie – Médiation », établi par le Bureau Permanent, Doc. prél. No 5 de mai 2011 à l'intention de la Commission spéciale de juin 2011, disponible sur le site Internet de la Conférence, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Enlèvement d'enfants ».
[17] L'Argentine a répondu de façon similaire.
[18] Arménie, Australie, Burkina Faso, Chili, Chine (RAS de Hong Kong), El Salvador, Israël, Monaco, Panama, Suisse, Ukraine.
[19] Voir « Les « Principes pour la mise en œuvre de structures de médiation dans le cadre du Processus de Malte » et le Mémoire explicatif », établi par le Bureau Permanent, Doc. prél. No 6 de mai 2011 à l'intention de la Commission spéciale de juin 2011, disponible sur le site Internet de la Conférence, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Enlèvement d'enfants ».
[20] Chili, Suisse, Venezuela.
[21] Bahamas, Chili.
[22] Chili.
[23] Australie.
[24] Bahamas (réponse à la question 1.1).

formation, l'agrément et la poursuite du développement professionnel du médiateur [26] ; la confidentialité du processus de médiation[27] ; la personne et / ou organismes devant supporter le coût de la médiation [28] ; l'évaluation et le contrôle de la qualité de la médiation transfrontière, notamment des procédures pour déposer une plainte [29]. Un groupe légèrement plus important de réponses sont en faveur de dispositions potentielles sur la reconnaissance et l'exécution d'accords issus d'une médiation conduite dans un autre État [30]. Un État propose la création d'un formulaire standard de demande de reconnaissance et d'exécution de tels accords à l'étranger[31].

Les préoccupations quant à la faisabilité d'un instrument réglant les questions énoncées ci-dessus concernent le coût des services en matière de médiation[32], la diversité des lois et les méthodes existant au sein des États parties[33] et des difficultés pratiques que peut poser la coordination des autorités participant au processus de médiation dans l'État concerné (Autorités centrales, organismes de médiation, médiateurs, autorités judiciaires)[34].

D'autres réponses n'estiment pas opportun d'aborder des questions de fond et de procédure liées au recours à des moyens de résolution amiable des différends[35]. La Nouvelle-Zélande note que les questions de fond n'entrent pas dans le champ d'application de la Convention de 1980 et qu'il s'agit de matières relevant du droit interne des autorités compétentes, tandis que la *Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants* (la « Convention de 1996 »), pour sa part, traite expressément de questions de compétence, de reconnaissance et d'exécution.

Les États-Unis d'Amérique, qui manifestent une opinion négative ferme à l'égard du développement d'un protocole, apportent leur soutien à des principes non contraignants comme ceux qui sont élaborés à l'heure actuelle par le Groupe de travail sur la médiation dans le cadre du Processus de malte.

(ii) La Commission spéciale de 2011 (première partie)

La Commission spéciale de 2011 (première partie) a abordé en détail la question de la médiation, de la conciliation et d'autres moyens similaires dans le contexte de la Convention de 1980 lors de l'examen du projet de Guide de bonnes pratiques sur la médiation en vertu de la Convention de 1980[36]. Ce sujet de discussion a également été examiné en rapport avec l'obligation des Autorités centrales, en application de l'article 7 de la Convention, d'assurer « le retour volontaire de l'enfant ou pour parvenir à une solution amiable[37] », ainsi que dans le cadre des discussions sur le projet de Manuel pratique relatif à la Convention de 1996[38].

---

[25] Israël.
[26] Israël.
[27] Australie, Chili, Ukraine.
[28] Zimbabwe.
[29] Israël.
[30] Arménie, Australie, Bahamas (réponse à la question 1.1), Chili, Pologne, Suisse, Ukraine.
[31] Ukraine.
[32] Zimbabwe.
[33] Bahamas.
[34] Ukraine, Zimbabwe.
[35] Bahamas, Mexique, Monténégro, Nouvelle-Zélande, République dominicaine.
[36] *Op. cit.* note 16. Voir les « Conclusions et Recommandations et Rapport de la première partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de La Haye du 1980 et de la Convention de La Haye du 1996 », établies par le Bureau Permanent, Doc. prél. No 14 de novembre 2011 à l'intention de la Commission spéciale de janvier 2012 (ci-après, le « Rapport de la première partie de la Commission spéciale »), para. 225 et s.
[37] *Ibid.* para. 43 et s.
[38] « Projet révisé de Manuel pratique sur le fonctionnement de 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* », établi par le Bureau Permanent, Doc. prél.

La Commission spéciale s'est félicitée « du rôle de plus en plus important joué par les Autorités centrales dans les cas d'enlèvement international d'enfants pour faciliter un règlement amiable de la question, notamment au travers de la médiation. En revanche, la Commission spéciale [a] reconn[u] que l'utilisation de mesures à cette fin ne devrait pas entraîner de retards[39]. »

Le projet de Guide de bonnes pratiques sur la médiation[40] a été accueilli favorablement par la Commission spéciale et le Bureau Permanent a été « invité à réviser le Guide à la lumière des discussions tenues lors de la Commission spéciale, en prenant également en compte l'avis des experts[41]. »

Au cours des discussions, la question de savoir quelle est la meilleure façon de conférer la force obligatoire et le caractère exécutoire aux accords passés entre les parents, dans tous les États concernés, lorsque ces accords englobent des questions concernant le droit de garde (c-à-d. des questions pour lesquelles l'État où la procédure de retour est en cours n'a pas la compétence) a été identifiée comme étant la source de défis pratiques particuliers. Ce sujet sera abordé lors de la Commission spéciale de 2012 (deuxième partie). Pour des informations complémentaires, voir le Document préliminaire No 13 (chapitre IV, section A)[42].

2. Communications judiciaires directes

(i) Réponses au Questionnaire II

Un grand nombre de réponses font part du fait que si l'élaboration d'un protocole devait être mise en route, ils seraient favorables à conférer un fondement juridique à l'utilisation des communications judiciaires transfrontières directes concernant les affaires relevant de la Convention de 1980[43]. Plusieurs réponses mettent en exergue l'importance des communications judiciaires directes pour garantir le bon fonctionnement de la Convention[44], surtout dans le contexte du retour sans danger de l'enfant[45] et de l'exécution des décisions de retour[46]. Le fait de prévoir des fondements juridiques en la matière est perçu comme le moyen d'encourager le recours aux communications judiciaires directes dans les États qui ont jusqu'à présent manifesté un certain scepticisme à cet égard[47], notamment à cause de leurs pratiques et traditions juridiques, et comme la possibilité de clarifier le rôle de l'Autorité centrale par rapport à celui des autorités judiciaires dans leurs coopération et communications, y compris les circonstances et procédures permettant aux Autorités centrales, dans certains cas, de demander une assistance par l'entremise du Réseau de juges[48].

En revanche, certaines réponses[49] sont d'avis que, malgré l'utilité des communications judiciaires directes, il ne serait pas nécessaire ou opportun d'en faire l'objet d'un protocole. Les arguments avancés sont les suivants : les communications judiciaires

---

No 4 de mai 2011 à l'intention de la Commission spéciale de juin 2011, disponible sur le site Internet de la Conférence, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Enlèvement d'enfants » ; voir Procès-verbaux Nos 8 et 9 de la Commission spéciale de 2011 (première partie).

[39] Voir les Conclusions et Recommandations de 2011 (*op. cit.* note 7), para. 15.

[40] *Op. cit.* note 16.

[41] Voir les Conclusions et Recommandations de 2011 (*op. cit.* note 7), para. 58.

[42] « Guide de la deuxième partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale et examen de l'opportunité et de la faisabilité de poursuivre des travaux dans le cadre des Conventions de La Haye de 1980 et de 1996 », établi par le Bureau Permanent, Doc. prél. No 13 de décembre 2011 à l'intention de la Commission spéciale de janvier 2012, disponible sur le site Internet de la Conférence, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Enlèvement d'enfants ».

[43] Argentine, Arménie, Australie, Bahamas, Chili, Chine (RAS de Hong Kong), Colombie, El Salvador, Israël, Monténégro, Panama, Suisse, Ukraine.

[44] Chili, Monaco, Monténégro, Suisse.

[45] Chili, Suisse.

[46] Chili.

[47] Chili, , Israël, Panama, Ukraine.

[48] Australie, Suisse, Zimbabwe.

[49] Canada, États-Unis d'Amérique, Nouvelle-Zélande.

directes sont déjà possibles dans le cadre des affaires relevant de la Convention de La Haye[50], ces questions sont réglées par la loi de l'État des autorités judiciaires saisies de l'affaire[51], et les règles contraignantes pourraient éventuellement avoir une incidence sur l'indépendance du pouvoir judiciaire ou sur les principes fondamentaux tels que les droits de la défense[52]. Par contre, il conviendrait de promouvoir[53] les « règles de droit non contraignant » (*Soft Law*), par exemple l'actuel projet de Principes généraux pour les communications judiciaires directes[54].

Plusieurs réponses estiment nécessaire de définir la portée de ces communications directes et / ou d'établir des mesures de protection procédurales s'appliquant en cas de recours à ces communications[55]. En particulier, elles considèrent qu'il est nécessaire de fournir des règles claires sur le rôle que jouent les autorités concernées, notamment les Autorités centrales, dans le contexte de ces communications[56]. En revanche, l'Ukraine ne voit pas l'utilité de prévoir des dispositions contraignantes définissant la portée des communications judiciaires directes et les mesures de protection en la matière et, au lieu de cela, préfèrerait poursuivre l'établissement de règles non contraignantes ou de conseils.

Environ la moitié des réponses estiment qu'il serait utile de prévoir un fondement juridique explicite pour le Réseau international de juges de La Haye[57].

(ii) Commission spéciale de 2011 (première partie)

La question des communications judiciaires directes a été abordée de façon très détaillée durant la Commission spéciale de 2011 (première partie)[58].

Concernant un fondement juridique pour les communications judiciaires directes, la Commission spéciale a conclu ce qui suit :

> « 69. Lorsque des préoccupations existent dans un État quant au fondement juridique approprié pour des communications judiciaires directes, que ce soit en vertu du droit ou des procédures internes ou encore des instruments internationaux pertinents, la Commission spéciale invite les États à prendre les mesures nécessaires pour garantir l'existence d'un tel fondement juridique.
>
> 70. La Commission spéciale note que la question de l'opportunité et de la faisabilité de règles contraignantes dans ce domaine, y compris d'un fondement juridique, sera abordée lors de la deuxième partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale[59]. »

Cette question sera discutée lors de la Commission spéciale de 2012 (deuxième partie) : pour des informations complémentaires, voir le Document préliminaire No 13 (chapitre IV, section B)[60] et le Document préliminaire No 3 D[61].

---

[50] Canada, États-Unis d'Amérique
[51] Nouvelle-Zélande
[52] Canada
[53] « Règles émergentes relatives au développement du Réseau international de juges de La Haye et projet de Principes généraux relatifs aux communications judiciaires, y compris les garanties communément acceptées pour les communications judiciaires directes dans des affaires particulières, dans le contexte du Réseau international de juges de La Haye », Doc. prél. No 3 A de mars 2011 à l'intention de la Commission spéciale de juin 2011, disponible sur le site Internet de la Conférence, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Enlèvement d'enfants ».
[54] Canada, États-Unis d'Amérique, Nouvelle-Zélande.
[55] Arménie, Australie, Bahamas, Chili, Chine (RAS de Hong Kong), El Salvador, Israël, Monaco, Monténégro, Panama, République dominicaine, Suisse, Venezuela.
[56] El Salvador, Suisse.
[57] Australie, Bahamas, Chili, Chine (RAS de Hong Kong), Colombie, El Salvador, Monténégro, Suisse, Ukraine, Venezuela, Zimbabwe.
[58] Voir le Rapport de la première partie de la Commission spéciale (*op. cit.* note 36), para. 184 et s.
[59] Voir les Conclusions et Recommandations de 2011 (*op. cit.* note 7), para. 69 et 70.
[60] *Op. cit.* note 42.

3. Procédures expéditives

(i) Réponses au Questionnaire II

Environ la moitié des réponses estiment que des dispositions plus explicites ou plus strictes visant à assurer que les demandes de retour soient traitées rapidement en première instance, en appel et au stade de l'exécution pourraient s'avérer utiles[62], malgré les doutes exprimés quant à la possibilité d'aboutir à un consensus en la matière[63]. Certaines réponses notent que l'article 11 de la Convention de 1980 ne semble pas suffisant, puisque les affaires d'enlèvement d'enfants connaissent des retards importants[64], notamment du fait des Autorités centrales, qui peuvent différer le dépôt des demandes de retour auprès des autorités judiciaires ou la notification ou signification des décisions[65]. D'autres réponses préconisent que l'inclusion de dispositions plus explicites ou plus strictes et assorties d'une plus grande clarté s'agissant du nombre restreint de matières pouvant être examinées par les tribunaux saisis d'une demande relevant de la Convention, surtout compte tenu de la tendance croissante à examiner un grand nombre de questions relatives à l'« intérêt supérieur de l'enfant » plutôt que de limiter les matières à prendre en considération[66].

Plusieurs réponses sont de l'avis que des dispositions plus strictes ne seraient pas utiles[67]. Les articles 2 et 11 sont perçus comme suffisamment clairs. Par contre, il est estimé que la priorité devrait plutôt porter sur l'importance de la mise en œuvre pratique de ces obligations et sur le contrôle régulier de la pratique des États[68]. Dans la pratique, des dispositions plus strictes n'accéléreraient pas les procédures, puisque les retards sont dus au fait que les États contractants ne respectent pas les dispositions actuelles de la Convention de 1980 et non aux dispositions de la Convention elle-même[69]. Une réponse souligne que le fait de raccourcir le délai pourrait compromettre la qualité des procédures et, partant, l'intérêt supérieur de l'enfant[70]. Enfin, une réponse met l'accent sur le fait que la question de savoir comment garantir une procédure expéditive est traitée de façon détaillée dans les Guides de bonnes pratiques en vertu de la Convention de 1980, et qu'en plus du fait de promouvoir ces bonnes pratiques, l'utilisation des communications judiciaires directes semblent prometteuses quant à l'accélération des procédures de retour[71].

(ii) Commission spéciale de 2011 (première partie)

Comme cela fut le cas lors des réunions précédentes de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de 1980[72], la question de la nécessité de procédures expéditives dans le cadre d'affaires internationales d'enlèvement d'enfants a

---

[61] « Note relative à l'opportunité et la faisabilité d'un instrument juridique potentiel servant de base à l'utilisation des communications judiciaires directes », établi par le Bureau Permanent, Doc. prél. No 3 D de décembre 2011 à l'intention de la Commission spéciale de janvier 2012, disponible sur le site Internet de la Conférence, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours », puis « Enlèvement d'enfants ».

[62] Arménie, Australie, Burkina Faso, Chili, Chine (RAS de Hong Kong), Colombie, El Salvador, Israël, Mexique, Monaco, Norvège, Panama, République dominicaine, Suisse, Venezuela.

[63] Norvège.

[64] Chili, Suisse.

[65] Chili, Mexique.

[66] Australie, Mexique.

[67] Bahamas, États-Unis d'Amérique, Monténégro, Nouvelle-Zélande, Ukraine.

[68] Argentine, Canada, Nouvelle-Zélande.

[69] Canada, Ukraine.

[70] Monténégro.

[71] États-Unis d'Amérique.

[72] Voir, par ex. les Conclusions et Recommandations adoptées par la Cinquième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de 1980 et de la Convention de 1996 (30 octobre – 9 novembre 2006), para. 1.4.1 (réaffirmant les Recommandations 3.3 à 3.5 de la Quatrième réunion de la Commission spéciale (22-28 mars 2001)), disponibles sur le site Internet de la Conférence, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Espace Enlèvement d'enfants » puis « Commissions spéciales sur le fonctionnement de la Convention ».

été un thème de discussion important lors de la Commission spéciale de 2011 (première partie). Cette question a été soulevée à plusieurs reprises durant la réunion et l'importance de la rapidité des procédures à toutes les étapes de telles affaires a également été soulignée[73].

La Commission spéciale a souligné à nouveau « le besoin d'une coopération étroite entre Autorités centrales dans le traitement des demandes et l'échange d'informations en vertu de la Convention de 1980, et [a attiré] [l']attention sur les principes de « réponses immédiates » et de « moyens de communication rapides » tels que prévus par le Guide de bonnes pratiques en vertu de la Convention de 1980 – Première partie – Pratique des Autorités centrales[74] ». En outre, la Commission spéciale a encouragé « l'utilisation des technologies de l'information en vue d'accroître la rapidité des communications et d'améliorer le travail en réseau des Autorités centrales[75] .»

4. Retour sans danger de l'enfant

(i) Réponses au Questionnaire II

Plus de la moitié des réponses[76] estiment qu'il serait utile de préciser les mesures (par ex. les mesures de protection provisoires) pouvant être prises par l'un des États concernés pour assurer le retour sans danger de l'enfant et, le cas échéant, d'un parent qui accompagne l'enfant. Cependant, les opinions divergent quant aux mesures à préciser. Il est suggéré de spécifier davantage les responsabilités des autorités concernées pour assurer le retour sans danger [77] et d'élaborer des dispositions permettant de régir le rôle des ambassades[78] en tant que représentants des Autorités centrales des États requérants car cela serait utile pour les documents de voyage et la logistique du retour. Une autre réponse met l'accent sur le rôle des parents dans la suppression des obstacles au retour ou, autrement, de s'assurer du retour sans danger, et s'oppose à l'idée d'édicter des règles concernant des exigences particulières permettant aux Autorités centrales elles-mêmes de solliciter des décisions en la matière[79]. Deux réponses soulignent que la liste de mesures prévues ne devrait pas être exhaustive[80].

Un certain nombre d'États considèrent qu'il n'est ni opportun ni nécessaire de prévoir de telles dispositions[81]. D'autres soulignent la flexibilité actuelle de la Convention de 1980 à cet égard[82], et craignent que l'inclusion de certaines mesures dans un protocole ne mène à une interprétation restrictive des règles actuelles[83]. D'autres encore mettent l'accent sur le fait qu'édicter des règles concernant des mesures particulières relève du droit interne[84] et qu'une énumération non exhaustive de mesure dans un Guide de bonnes pratiques en vertu de la Convention de 1980 est une solution plus appropriée[85]. Il est également souligné qu'en matière de retour sans danger, la question principale se rapporte à la reconnaissance et à l'exécution des mesures de protection provisoires

[73] Voir par ex. le Rapport de la première partie de la Commission spéciale (*op. cit.* note 36) – concernant les Autorités centrales, para. 21 et s., la médiation, para. 22, les communications judiciaires directes, para. 50, les questions relatives à l'immigration, para. 62, les droits de visite / d'entretenir un contact, para. 83, l'obtention d'une assistance juridique, para. 132, les violences conjugales et familiales, para. 93 et 104. Voir aussi les Conclusions et Recommandations de 2011 (*op. cit.* note 7), para. 15, 33 et 36.
[74] *Ibid.*, para. 7.
[75] *Ibid.*, para. 11.
[76] Arménie, Australie, Burkina Faso, Chili, Chine (RAS de Hong Kong), Colombie, El Salvador, Mexique, Monténégro, Norvège, République dominicaine, Panama, Suisse, Ukraine, Venezuela, Zimbabwe.
[77] Suisse.
[78] Mexique, Suisse.
[79] Australie.
[80] Chili, Ukraine.
[81] Argentine, Bahamas, Canada, États-Unis d'Amérique, Israël, Monaco.
[82] Bahamas, États-Unis d'Amérique.
[83] Bahamas.
[84] Argentine, Canada, Israël.
[85] Argentine, Canada, Monaco. Concernant la question de la violence conjugale les États-Unis d'Amérique suggéraient l'élaboration d'un guide de bonnes pratiques spécifique, voir aussi la section 5 ci-dessous.

prises, question déjà réglée par la Convention de 1996, dont la ratification doit par conséquent être encouragée[86].

La quasi-totalité des réponses considèrent qu'il serait utile de prévoir une coopération entre tribunaux ou Autorités centrales pour assurer le retour sans danger de l'enfant et supprimer les obstacles au retour[87]. Les États considèrent ces dispositions nécessaires surtout en rapport avec la coopération entre tribunaux[88], mais aussi avec la coopération entre autorités chargées de l'immigration[89], en vue d'accélérer les procédures[90]. Un État préconise que ces dispositions s'appliquent également au retour sans danger du parent qui accompagne l'enfant[91].

Un certain nombre d'États estiment que de telles dispositions sont inutiles[92], car l'article 7 de la Convention de 1980 prévoit déjà une coopération entre Autorités centrales et autorités compétentes pour assurer le retour sans danger de l'enfant[93]. Une réponse souligne le fait que la question serait mieux traitée dans un Guide de bonnes pratiques[94].

L'idée de prévoir un échange d'informations après le retour de l'enfant est soutenue par à peu près la moitié des réponses[95]. Une de ces réponses exprime cependant des préoccupations concernant les incidences qu'impliquent de telles dispositions en terme de ressources[96]. L'échange d'informations est en particulier jugé utile pour assurer l'arrivée de l'enfant en sécurité, son suivi psychologique[97], ainsi que la vérification de l'application des mesures ordonnées ou des accords extrajudiciaires conclus pour le retour sans danger de l'enfant[98]. Selon deux États, ces informations pourraient permettre au tribunal ayant ordonné le retour de l'enfant de développer des pratiques plus efficaces en vue du retour sans danger de l'enfant et une meilleure coopération avec les autorités de l'État de la résidence habituelle de l'enfant[99]. À cet égard, il est suggéré qu'il est crucial que les tribunaux de l'État de la résidence habituelle de l'enfant prononcent une décision au fond dans les meilleurs délais suivant le retour de l'enfant[100].

La Suisse a exprimé l'opinion selon laquelle le fait de régler plus généralement la question du suivi de l'enfant après son retour est un moyen de renforcer la confiance entre États. Dans sa réponse au Questionnaire I[101], la Suisse mentionne également qu'il est important d'assurer une coopération entre Autorités centrales après le retour de l'enfant, en précisant que de simples recommandations ne sont pas suffisantes à cet effet et que des règles contraignantes s'imposent[102].

---

[86] La Nouvelle-Zélande a indiqué que des règles auxiliaires ne seraient utiles qu'aux États parties à la Convention de 1980 qui ne sont pas parties à la Convention de 1996, dès lors que les règles sont similaires à celles comprises dans la Convention de 1996.
[87] Arménie, Australie, Burkina Faso, Chili, Chine (RAS de Hong Kong), Colombie, El Salvador, Mexique, Monténégro, Norvège, Panama, République dominicaine, Suisse, Ukraine, Venezuela, Zimbabwe.
[88] Chili, Zimbabwe.
[89] Mexique.
[90] Mexique, Zimbabwe.
[91] Chili.
[92] Argentine, Bahamas, Canada, États-Unis d'Amérique, Israël, Nouvelle-Zélande.
[93] Argentine, Canada, États-Unis d'Amérique, Nouvelle-Zélande.
[94] Argentine.
[95] Australie, Burkina Faso, Chili, Chine (RAS de Hong Kong), El Salvador, Monténégro, Panama, République dominicaine, Suisse, Ukraine, Venezuela.
[96] Australie.
[97] Burkina Faso.
[98] Australie, Chili, Panama.
[99] Australie, Suisse.
[100] Suisse.
[101] « Questionnaire sur le fonctionnement pratique de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* et de 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* », établi par le Bureau Permanent, Doc. prél. No 1 de novembre 2010 à l'intention de la Commission spéciale de juin 2011, disponible sur le site Internet de la Conférence, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Enlèvement d'enfants ».
[102] Voir la réponse de la Suisse à la question 6.8 du Questionnaire I.

Un certain nombre de réponses considèrent que le fait d'échanger des informations après le retour de l'enfant n'est pas approprié[103], un État étant sans opinion à ce sujet[104]. S'agissant du respect du système juridique de l'État de la résidence habituelle, il devrait être admis que cet État est apte à protéger l'enfant lors de son retour[105]. En outre, certaines réponses notent que de telles dispositions peuvent imposer une charge inutile à chaque État[106]. Un État indique être ouvert aux échanges volontaires d'informations, régis par les restrictions posées par les lois internes sur la confidentialité[107].

(ii) Commission spéciale de 2011 (première partie)

Concernant la facilitation du retour sans danger de l'enfant et du parent qui l'accompagne, la Commission spéciale de 2011 (première partie)[108] a formulé les Conclusions et Recommandations suivantes :

> « 39. La Commission spéciale reconnaît l'importance de l'assistance fournie par les Autorités centrales et autres autorités compétentes, en vertu des articles 7(2) d), e) et h) et 13(3), pour obtenir des informations provenant de l'État requérant, comme des rapports de police, médicaux et de travailleurs sociaux, et des informations relatives aux mesures de protection et arrangements disponibles dans l'État de retour.
>
> 40. La Commission spéciale reconnaît également l'importance des communications judiciaires directes, en particulier à travers les réseaux judiciaires, afin de déterminer si des mesures de protection sont disponibles pour l'enfant et le parent accompagnateur dans l'État où l'enfant devrait être retourné.
>
> 41. Il est noté que la Convention de 1996 fournit une base de compétence, en cas d'urgence, pour prendre des mesures de protection à l'égard d'un enfant, également dans le contexte de la procédure de retour en vertu de la Convention de 1980. Ces mesures sont reconnues et peuvent être déclarées exécutoires ou enregistrées aux fins d'exécution dans l'État vers lequel l'enfant est retourné à condition que les deux États concernés soient Parties à la Convention de 1996.
>
> 42. Tenant compte de la protection de l'enfant en vertu des Conventions de 1980 et 1996, une attention particulière devrait être accordée à l'impact sur un enfant d'actes de violence commis par un parent à l'encontre de son partenaire.
>
> 43. La Commission spéciale accueille favorablement la décision du Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye de 2011 « d'ajouter à l'ordre du jour de la Conférence le sujet de la reconnaissance de mesures d'éloignement ordonnées à l'étranger, par exemple, dans le contexte de cas de violence conjugale, et [sa] demande au Bureau Permanent de préparer une brève note sur le sujet pour discussion lors de la prochaine réunion du Conseil, afin d'assister ce dernier à décider de la poursuite des travaux ». La Commission spéciale recommande de tenir compte de l'utilisation éventuelle de telles mesures dans le contexte de la Convention de 1980[109]. »

---

[103] Argentine, Bahamas, Canada, États-Unis d'Amérique, Mexique, Nouvelle-Zélande.
[104]. Israël
[105] Argentine, Nouvelle-Zélande.
[106] Australie, Nouvelle-Zélande.
[107] Canada.
[108] Voir le Rapport de la première partie de la Commission spéciale (*op. cit.* note 36), para. 52 et s.
[109] Voir les Conclusions et Recommandations de 2011 (*op. cit.* note 7), para. 39 à 43.

5. Allégations de violence conjugale

(i) Réponses au Questionnaire II

La quasi totalité des réponses considèrent qu'il serait utile de fournir des conseils sur la façon de traiter les allégations de violence conjugale dans le cadre d'une procédure concernant le retour d'un enfant[110]. Cependant, certaines réponses[111] s'opposent à l'idée d'inclure ces conseils dans un protocole ou bien n'ont pas d'opinion[112] à cet égard. D'autres sont plutôt en faveur de l'élaboration d'un Guide de bonnes pratiques[113] sur ce sujet ou du fait de formuler des conseils sous la forme de recommandations de la Commission spéciale[114]. Deux États remettent à plus tard leur décision sur la question[115].

Deux États estiment que des spécialistes de la violence conjugale devraient participer aux travaux portant sur d'éventuelles dispositions telles qu'évoquées[116]. Certaines réponses considèrent qu'il est potentiellement avantageux, dans les cas où il est prévisible que le défendeur formule une allégation de violence conjugale, que l'État requérant fournisse des informations concernant toute allégation de violence conjugale et concernant la législation et les services disponibles pour protéger et soutenir l'enfant et le défendeur dans l'hypothèse où une décision de retour serait prononcée[117]. En particulier, le retour devrait être ordonné si l'État requérant apporte une garantie qu'il traiterait ces problèmes lors du retour de l'enfant[118]. Plusieurs réponses mentionnent qu'il serait utile de promouvoir une approche cohérente et uniforme à cet égard[119], surtout concernant l'interprétation de l'exception au retour prévue par l'article 13 1 *b)* de la Convention de 1980 (risque grave)[120]. Il conviendrait également de prendre en considération les conditions de vie de l'enfant après son retour, qui présentent un lien étroit avec l'exception visée à l'article 13 1 *b)*[121]. Il est noté que la Convention de 1996 pourrait s'avérer utile dans une certaine mesure[122], même s'il est également remarqué qu'aucune disposition ne prévoit de compétence pour prendre des mesures provisoires dans ce contexte, sauf si ces mesures revêtent un caractère d'urgence[123]. En conséquence, deux États préconisent que ces dispositions règlent également la question de la compétence et des pouvoirs des autorités saisies d'une demande de retour pour prendre des mesures provisoires[124]. Une réponse mentionne la décision prise récemment par le Conseil sur les affaires générales et la politique[125] d'ajouter la question de la reconnaissance d'ordonnances d'éloignement rendues à l'étranger à l'ordre du jour de la Conférence de La Haye[126].

Un État signale qu'il convient de prendre les précautions nécessaires pour garantir que ces principes directeurs ne limitent pas le pouvoir d'appréciation des autorités judiciaires[127].

---

[110] Argentine, Australie, Bahamas, Burkina Faso, Canada, Chili, Chine (RAS de Hong Kong), El Salvador, États-Unis d'Amérique, Mexique, Monaco, Monténégro, Nouvelle-Zélande, Panama, République dominicaine, Ukraine.
[111] Argentine, Canada, États-Unis d'Amérique.
[112] Argentine.
[113] Canada, États-Unis d'Amérique.
[114] Canada.
[115] Israël, Norvège.
[116] El Salvador, Panama.
[117] Australie, Mexique, Venezuela. La Nouvelle-Zélande proposait de limiter les demandes de renseignement concernant les mesures de protection disponibles.
[118] Mexique (réponse à la question 9.3).
[119] Bahamas, Chili, Mexique, Nouvelle-Zélande, République dominicaine.
[120] Chili, Mexique, Nouvelle-Zélande, République dominicaine.
[121] Suisse.
[122] Canada, Nouvelle-Zélande.
[123] Suisse.
[124] Suisse, Ukraine.
[125] Voir les Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (5-7 avril 2011), disponibles sur le site Internet de la Conférence, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Affaires générales », para. 23.
[126] États-Unis d'Amérique.
[127] Bahamas.

(ii) Commission spéciale de 2011 (première partie)

La Commission spéciale de 2011 (première partie) a examiné en détail la question de la violence conjugale et familiale dans le cadre de la Convention de 1980[128].

Dans ses Conclusions et Recommandations de 2011, la Commission spéciale a déclaré ce qui suit :

> « 35. La Commission spéciale prend note du fait qu'un grand nombre de pays traitent la question des violences conjugales et familiales comme un sujet d'une haute priorité, notamment à travers la sensibilisation et la formation.
>
> 36. Lorsque l'article 13(1) *b)* de la Convention de 1980 est invoqué en relation avec des faits de violence conjugale ou familiale, les allégations de violence conjugale ou familiale et les risques éventuels pour l'enfant devraient être examinés rapidement et de manière appropriée dans la mesure exigée par les objectifs de cette exception.
>
> 37. La Commission spéciale réaffirme son soutien à la promotion d'une plus grande cohérence dans le traitement des allégations de violence conjugale et familiale dans l'application de l'article 13(1) *b)* de la Convention de 1980.
>
> 38. La Commission spéciale a examiné les trois propositions de travaux futurs suivantes qui visent à promouvoir une cohérence dans l'interprétation et l'application de l'article 13(1) *b)* de la Convention de 1980, et dans le traitement de la question des violences conjugales et familiales soulevées dans le cadre des procédures de retour en vertu de la Convention de 1980 :
>
> (a) une proposition qui inclut, entre autres choses, l'élaboration d'un Guide de bonnes pratiques sur l'application de l'article 13(1) *b)* (Doc. trav. No 1) ;
>
> (b) une proposition en vue de créer un groupe de travail composé en particulier de membres du Réseau international de juges de La Haye qui se penchera sur la faisabilité d'élaborer un outil approprié pour aider à l'appréciation de l'exception fondée sur le risque grave de danger (Doc. trav. No 2) ;
>
> (c) une proposition visant à créer un groupe d'experts, comprenant en particulier des juges, des experts issus des Autorités centrales et d'autres experts en matière de dynamique de la violence conjugale, en vue d'élaborer des principes ou un guide relatifs aux pratiques concernant le traitement des allégations de violence conjugale dans le cadre des procédures de retour de La Haye (Doc. prél. No 9, para. 151).
>
> L'examen plus approfondi de ces propositions a été reporté à la deuxième partie de la réunion de la Commission spéciale[129]. »

Cette question sera examinée durant la Commission spéciale de 2012 (deuxième partie) : pour des informations complémentaires, voir le Document préliminaire No 13 (chapitre IV, section C)[130].

---

[128] Voir le Rapport de la première partie de la Commission spéciale (*op. cit.* note 36), para. 92 et s.
[129] Voir les Conclusions et Recommandations de 2011 (*op. cit.* note 7), para. 35 à 38.
[130] *Op. cit.* note 42.

6. Avis de l'enfant

(i) Réponses au Questionnaire II

Les opinions exprimées quant au besoin de dispositions supplémentaires concernant le droit de l'enfant à être entendu et à voir son avis pris en compte dans le cadre de la procédure de retour sont bien équilibrées.

Un certain nombre d'États[131] considèrent que de telles dispositions pourraient être utiles pour garantir que l'enfant soit entendu dans le cadre de la procédure de retour, puisque la Convention de 1980 ne le prévoit pas. En particulier, il est suggéré de régler les conditions de cette audition[132]. Par contre, la majorité des réponses considèrent que ces dispositions sont inutiles ou redondantes[133], compte tenu des dispositions pertinentes de la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant* (CNUDE)[134], ratifiée par la plupart des États parties à la Convention de 1980, et de la pratique en vigueur à cet égard dans les procédures de retour[135]. Certaines réponses soulignent que les procédures qui s'appliquent concernant le fait d'entendre l'enfant doivent être déterminées par chaque État en vertu des ses propres lois internes[136]. D'autres réponses considèrent qu'une meilleure mise en œuvre de la CNUDE devrait d'abord être promue[137], ainsi qu'une standardisation plus importante des pratiques[138]. Un État indique en outre que toute recommandation concernant le droit de l'enfant d'être entendu devrait être introduite comme complément dans un Guide de bonnes pratiques, sous la forme d'une énumération non exhaustive des mesures[139].

Un État est de l'avis qu'au lieu de traiter de la question de l'audition de l'enfant, un protocole éventuel devrait traiter de la question de la représentation de l'enfant dans le cadre des procédures de retour et de visite, surtout par un tuteur *ad hoc* ou une institution similaire[140].

(ii) Commission spéciale de 2011 (première partie)

Concernant l'avis de l'enfant, la Commission spéciale de 2011 (première partie)[141] a formulé les Conclusions et Recommandations suivantes :

> « 50. La Commission spéciale se félicite de l'appui considérable pour donner aux enfants, eu égard à leur âge et à leur degré de maturité, la possibilité d'être entendu dans le cadre des procédures de retour en vertu de la Convention de 1980, indépendamment de savoir si une défense est soulevée en vertu de l'article 13(2). La Commission spéciale prend note du fait que les États suivent des approches différentes dans leur droit interne quant à la manière dont les opinions de l'enfant peuvent être recueillies et introduites dans la procédure. La Commission spéciale souligne également l'importance de veiller à ce que la

[131] Chine (RAS de Hong Kong), El Salvador, Mexique, République dominicaine, Suisse, Ukraine.
[132] Burkina Faso, Monaco, Ukraine.
[133] Argentine, Australie, Canada, Chili, Colombie, États-Unis d'Amérique, Israël, Monténégro, Nouvelle-Zélande, Panama, Zimbabwe.
[134] Art. 12 :
« 1. Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.
2. À cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale. »
[135] Argentine, Chili, Israël, Monténégro, Nouvelle-Zélande.
[136] Canada, États-Unis d'Amérique, Nouvelle-Zélande.
[137] Ukraine.
[138] Australie.
[139] Canada.
[140] Chili.
[141] Voir le Rapport de la première partie de la Commission spéciale (*op. cit.* note 36), para. 157 et s.

personne qui s'entretient avec l'enfant, que ce soit le juge, un expert indépendant ou toute autre personne, soit dotée, dans la mesure du possible, d'une formation appropriée à cette tâche. La Commission spéciale reconnaît la nécessité pour l'enfant d'être informé, de manière appropriée selon l'âge et la maturité de l'enfant, du processus en cours et des conséquences possibles.

51. La Commission spéciale prend note du fait qu'un nombre croissant d'États prévoient, en cas d'enlèvement, la possibilité d'une représentation juridique distincte de l'enfant[142]. »

7. Exécution des décisions de retour

(i) Réponses au Questionnaire II

Environ la moitié des réponses considèrent que des dispositions explicites concernant les procédures d'exécution (par ex. limitation des recours juridiques, promotion de l'exécution volontaire, recours aux procédures expéditives) pourraient être utiles[143]. Les recours juridiques sont considérés comme un obstacle important à l'exécution des décisions de retour, provoquant des retards qui peuvent même, dans certains cas, entraîner un changement de décision concernant le retour de l'enfant, compte tenu des délais qui se sont écoulés et de l'adaptation de l'enfant à son nouveau milieu[144]. Un État considère que l'exécution volontaire peut augmenter le risque d'enlèvement et de nouveaux litiges et qu'elle ne devrait donc pas être promue[145].

Plusieurs États considèrent que des dispositions explicites sont inutiles[146] et soulignent que la nature précise des règles procédurales relève du droit interne[147]. Cependant, des recommandations ou des Guides de bonnes pratiques[148], notamment le Guide de bonnes pratiques sur l'exécution publié récemment, sont perçus comme particulièrement opportuns[149].

(ii) Commission spéciale de 2011 (première partie)

Le Guide de bonnes pratiques sur l'exécution a été publié en 2010[150] et une copie de celui-ci a été envoyée à tous les Organes nationaux et de liaison des Membres de la Conférence de La Haye et à toutes les Autorités centrales désignées en vertu de la Convention de 1980, ainsi qu'à tous les membres du Réseau international de juges de La Haye[151]. Le long processus de recherche et d'élaboration qui a mené à la publication de cet ouvrage et au vaste éventail des questions sur la médiation couvertes par celui-ci a été évoqué lors de la Commission spéciale de 2011 (première partie).

---

[142] Voir les Conclusions et Recommandations de 2011 (*op. cit.* note 7), para. 50 et 51.
[143] Arménie, Bahamas, Burkina Faso, Chili, Chine (RAS de Hong Kong), Colombie, El Salvador, Israël, Mexique, Monaco, Monténégro, Norvège, Panama, Suisse.
[144] Chili, Colombie, Israël, Panama.
[145] Mexique.
[146] Argentine, Australie, Canada, États-Unis d'Amérique, Nouvelle-Zélande, République dominicaine, Ukraine, Venezuela.
[147] Canada, Nouvelle-Zélande Ukraine.
[148] 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 (Jordan Publishing, 2003), ci-après « Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales » ; 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 (Jordan Publishing, 2003) ; 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 (Jordan Publishing, 2003), ci-après « Guide de bonnes pratiques sur les mesures préventives » ; 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,* Quatrième partie – Exécution (Jordan Publishing, 2010), ci-après « Guide de bonnes pratiques sur l'exécution ». Les Guides de bonnes pratiques sont disponibles sur le site Internet de la Conférence, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Espace Enlèvement d'enfants » puis « Guides de bonnes pratiques ».
[149] Argentine États-Unis d'Amérique, Nouvelle-Zélande.
[150] En anglais et français, et en espagnol aussi en 2011.
[151] Voir le Rapport de la première partie de la Commission spéciale (*op. cit.* note 48), para. 165 et s.

Les Conclusions et Recommandations de la réunion reconnaissent la valeur de toutes les parties du Guide de bonnes pratiques en vertu de la Convention de 1980[152].

8. Droit de visite / droit d'entretenir un contact

(i) Réponses au Questionnaire II

Plus de la moitié des réponses[153] expriment le besoin de clarifier les obligations visées à l'article 21 de la Convention de 1980 (par ex. les responsabilités des Autorités centrales) qui, comme observé par certaines des réponses[154], sont interprétées de manière très différente par les États contractants. Une réponse souligne un certain nombre de facteurs rendant le traitement des demandes de droit visite particulièrement difficile, comme le fait que les affaires de droit de visite sont souvent affectées par l'inexécution fréquente des décisions accordant le droit d'entretenir un contact et des frais juridiques souvent élevés[155]. À des fins de clarification, une réponse préconise d'établir une liste des obligations imposées par l'article 21[156]. Un certain nombre d'États présentent l'idée selon laquelle la Convention de 1996 pourrait permettre de résoudre les problèmes qui se posent quant aux demandes de droit visite[157], mais il est remarqué que le fait que tous les États parties à la Convention de 1980 ne sont pas parties à la Convention de 1996 pourrait rendre des règles protocolaires sur le droit de visite nécessaires[158].

Un petit nombre de réponses[159] considèrent qu'une précision de l'article 21 n'est pas nécessaire, les problèmes liés au droit de visite étant selon ces réponses en relation avec l'application des dispositions pertinentes de la Convention dans les États contractants. À cet égard, il est observé que le Guide de bonnes pratiques sur les contacts transfrontières[160] et les Profils des États sont des outils très utiles.

La majorité des réponses sont favorables à des dispositions supplémentaires visant à faciliter les contacts entre l'enfant et le parent privé de celui-ci au cours de la procédure de retour[161]. Les États mettent en avant les divers avantages que présente la facilitation de ces contacts. En effet, ceux-ci permettraient d'éviter que l'enfant subisse d'autres préjudices, comme par exemple la désaffection[162] et, le cas échéant, faciliteraient la résolution à l'amiable[163]. L'absence de contact au cours de la procédure de retour augmente les tensions à un point où il est difficile de trouver une solution amiable. En conséquence, la promotion du contact au cours de la procédure était perçue comme un élément clé permettant de faciliter une solution amiable et de répondre aux préoccupations du parent privé de son enfant[164].

En particulier, certains États expriment la nécessité de prévoir un mécanisme efficace permettant de mettre à exécution le droit de visite et de préciser les règles de compétence, à propos de quoi la Convention de 1980 ne prévoit rien[165]. Un État avance l'idée qu'il conviendrait de donner la priorité au retour rapide de l'enfant et à une meilleure mise en œuvre de l'article 11, mais que des dispositions supplémentaires

---

[152] Voir les Conclusions et Recommandations de 2011 (*op. cit.* note 7), para. 52.
[153] Australie, Bahamas, Burkina Faso, Chili, Chine (RAS de Hong Kong), Colombie, El Salvador, Mexique, Monaco, Monténégro, Norvège, Panama, République dominicaine, Suisse, Ukraine, Zimbabwe.
[154] Australie, Canada, Chili, Monténégro, Suisse.
[155] Australie
[156] Ukraine.
[157] Argentine, États-Unis d'Amérique, Israël.
[158] Argentine, Israël.
[159] Canada, États-Unis d'Amérique, Nouvelle-Zélande.
[160] *Contacts transfrontières relatifs aux enfants / Principes généraux et Guide de bonnes pratiques* (Jordan Publishing, 2008).
[161] Argentine, Arménie, Australie, Bahamas, Chili, Chine (RAS de Hong Kong), El Salvador, Mexique, Monaco, Monténégro, Nouvelle-Zélande, Panama, République dominicaine, Suisse, Ukraine, Zimbabwe.
[162] Chili.
[163] Chili, Ukraine.
[164] Suisse.
[165] Suisse (compétence), Ukraine (mécanisme efficace).

pourraient s'avérer nécessaires pour faciliter le contact en cas de retard de la procédure de retour[166].

Un État souligne l'importance de la médiation dans ce domaine et appuie les propositions l'encourageant[167].

Un autre État préconise que le protocole contienne des dispositions imposant aux Autorités centrales, en collaboration avec les autorités judiciaires, de consigner toutes les décisions, afin de faciliter l'exécution des décisions en cas de non-respect des parties[168].

(ii) Commission spéciale de 2011 (première partie)

Les questions du droit de contact et de visite ont été examinées en détail lors de la Commission spéciale de 2011 (première partie), à la fois dans le cadre des procédures de retour en vertu de la Convention de 1980 et de façon plus générale[169].

La Commission spéciale a formulé les Conclusions et Recommandations suivantes :

> « 17. La Commission spéciale note que dans de nombreux États contractants à la Convention de 1980, les demandes concernant le droit de visite en vertu de l'article 21 sont désormais traitées de la même manière que les demandes de retour.
>
> 18. Les Autorités centrales désignées en vertu des Conventions de 1980 et / ou de 1996 sont encouragées à adopter une approche proactive dans l'accomplissement de leurs fonctions respectives dans les affaires internationales relatives au droit de visite / d'entretenir un contact.
>
> 19. La Commission spéciale réaffirme les principes énoncés dans les Principes généraux et Guide de bonnes pratiques sur les contacts transfrontières relatifs aux enfants et encourage vivement les États contractants aux Conventions de 1980 et de 1996 à revoir, le cas échéant, leurs pratiques dans les affaires internationales relatives au droit de visite à la lumière de ces principes.
>
> 20. La Commission spéciale reconnaît que, en vertu des articles 7(2) b) et 21 de la Convention de 1980 et alors qu'une procédure de retour est en cours, un État contractant requis peut permettre au demandeur à la procédure de retour d' [entretenir], dans un cas approprié, un contact avec l'enfant. »[170]

9. Définitions ou précisions

(i) Réponses au Questionnaire II

Droit de garde

Environ la moitié des réponses considèrent qu'il serait utile de prévoir une définition plus précise du droit de garde[171]. Toutefois, les opinions divergent quant à la façon dont ce droit devrait être plus amplement défini. Certaines réponses se prononcent en faveur d'une extension la plus large qui soit de la notion de garde[172], pour qu'elle inclue la *patria*

---

[166] Nouvelle-Zélande, de même Israël.
[167] Australie.
[168] Zimbabwe.
[169] Voir le Rapport de la première partie de la Commission spéciale (*op. cit.* note 36), para. 80 à 91.
[170] Voir les Conclusions et Recommandations de 2011 (*op. cit.* note 7), para. 17 à 20.
[171] Argentine, Arménie, Burkina Faso, Chili, Colombie, El Salvador, Mexique, Monaco, Monténégro, Panama, Suisse, Ukraine.
[172] Ukraine.

potestas[173], la *kafala*[174] et les situations où le consentement d'un parent n'ayant pas la garde est requis pour modifier le lieu de résidence de l'enfant[175]. Cette dernière question est soulignée plus en avant par deux États qui soulèvent la question des décisions *ne exeat* comme des droits de garde en vertu de la Convention de 1980[176]. Cette question est considérée comme étant particulièrement importante puisque les deux tiers des parents qui ont emmené un enfant jouissent de la responsabilité principale de celui-ci, et que la plupart d'entre eux ne voient aucun avenir dans le pays de leur résidence habituelle[177]. Étant donné que les méthodes diffèrent, des doutes sont exprimés quant à la probabilité d'atteindre un consensus fructueux sur cette définition[178].

Les réponses restantes ne considèrent pas qu'une définition plus approfondie du droit de garde est opportune[179]. Ces réponses soulignent que la Convention de 1980 offre déjà une définition, renforcée par la jurisprudence[180], et que sa formulation ouverte présente l'avantage de permettre une certaine flexibilité et un fonctionnement dans un grand nombre de systèmes juridiques[181]. En disposant que ce droit doit être défini en vertu de la loi de l'État de la résidence habituelle, la Convention laisse explicitement cette question au droit interne[182]. Par conséquent, les autorités compétentes sont encouragées à communiquer concernant leur droit interne et jurisprudence respectifs en rapport avec cette notion[183].

Il est également souligné que d'éventuels travaux sur la définition du droit de garde aurait une incidence sur la définition du droit de visite, qui aurait donc également besoin d'être étudié[184].

Résidence habituelle

Un peu moins de la moitié des réponses considèrent qu'il est nécessaire de définir la notion de résidence habituelle[185], y compris s'agissant des nouveau-nés[186]. En particulier, un État indique qu'il serait utile de préciser la distinction entre la résidence habituelle et l'exigence d'un an visée à l'article 12[187].

Un certain nombre d'États sont de l'avis qu'il ne serait ni opportun ni nécessaire de définir la résidence habituelle[188], étant donné qu'il serait difficile de définir une notion reposant sur des faits[189] et que la jurisprudence suffit déjà à définir cette notion[190]. Il est également noté que, dans la pratique, bien que cette question peut souvent se poser, elle ne constitue pas l'élément déterminant de la majorité des affaires[191].

---

[173] Mexique, Panama.
[174] Mexique.
[175] Colombie.
[176] Argentine, Suisse.
[177] Suisse.
[178] El Salvador, Nouvelle-Zélande.
[179] Australie, Bahamas, Canada, Chine (RAS de Hong Kong), États-Unis d'Amérique, Israël, Nouvelle-Zélande, République dominicaine.
[180] Chine (RAS de Hong Kong), Nouvelle-Zélande.
[181] Australie, Chili.
[182] Australie, Bahamas, États-Unis d'Amérique, Israël. Voir les Conclusions et Recommandations de 2011 (*op. cit.* note 7), para. 44 réaffirmant que « les termes de la Convention, tel le « droit de garde », devraient être interprétés compte tenu de la nature autonome de la Convention et à la lumière de ses objectifs. »
[183] Nouvelle-Zélande.
[184] Australie.
[185] Burkina Faso, Chili, Chine (RAS de Hong Kong), Colombie, Mexique, Monaco, Monténégro, Panama, République dominicaine, Ukraine.
[186] République dominicaine.
[187] Colombie.
[188] Argentine, Australie, Bahamas, Canada, États-Unis d'Amérique, Nouvelle-Zélande.
[189] Australie.
[190] Australie, Bahamas, Canada, Nouvelle-Zélande.
[191] Nouvelle-Zélande.

Une réponse[192] indique que cette question mérite un examen plus approfondi qui permettrait de décider si elle peut être mieux traitée dans un protocole ou dans un Guide de bonnes pratiques, etc. Un autre État[193] s'est abstenu de donner un quelconque avis à ce stade.

Divers

Un État préconise de définir les expressions « authentification », « certification », « légalisation » et « originaux »[194]. Il est également suggéré de définir les notions de « risque grave » et de « situation intolérable »[195].

(ii) Commission spéciale de 2011 (première partie)

La Commission spéciale de 2011 (première partie) a examiné le concept de « droit de garde » de façon approfondie, notamment dans le cadre de l'affaire *Abbott c. Abbott*,[196] décision rendue en 2010 par la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique[197]. Les Conclusions et Recommandations suivantes ont été formulées :

> « 44. La Commission spéciale réaffirme le fait que les termes de la Convention, tel le « droit de garde », devraient être interprétés compte tenu de la nature autonome de la Convention et à la lumière de ses objectifs.
>
> 45. Concernant le sens conventionnel et autonome du terme « droit de garde », la Commission spéciale prend note de la décision *Abbott v. Abbott,* 130 S.Ct. 1983 (2010) qui soutient désormais l'approche selon laquelle un droit de visite combiné à un droit de déterminer la résidence de l'enfant constitue un « droit de garde » au sens de la Convention et reconnaît que cette décision constitue une contribution importante en vue d'atteindre une cohérence à l'échelle internationale dans son interprétation.
>
> 46. La Commission spéciale reconnaît la grande utilité du Profil des États et des communications judiciaires directes pour aider à déterminer le contenu du droit de l'État de la résidence habituelle de l'enfant dans le but d'établir si un demandeur à une procédure de retour a un « droit de garde » au sens de la Convention. »[198]

10. Déménagement d'un enfant à l'étranger

(i) Réponses au Questionnaire II

Plusieurs réponses estiment qu'il vaut la peine de traiter, dans un éventuel protocole, les circonstances dans lesquelles un parent peut légalement déplacer un enfant pour vivre dans un nouveau pays[199], surtout en vue de prévenir l'enlèvement international de ce dernier[200]. En particulier, il est proposé que tout document accordant le déménagement indique la destination et la durée de celui-ci[201].

Toutefois, plus de la moitié des réponses[202] considèrent que des dispositions protocolaires concernant le déménagement à l'étranger ne sont ni opportunes ni

---

[192] Israël.
[193] Norvège.
[194] Mexique.
[195] Mexique.
[196] 130 S.Ct. 1983 (2010). Voir aussi les données d'INCADAT concernant l'affaire *Abbott v. Abbott*: ref. HC/E/US 1029.
[197] Voir le Rapport de la première partie de la Commission spéciale (*op. cit.* note 36), para. 142 à 156.
[198] Voir les Conclusions et Recommandations de 2011 (*op. cit.* note 7), para. 44 à 46.
[199] Burkina Faso, Chine (RAS de Hong Kong), Colombie, El Salvador, Monténégro, Zimbabwe.
[200] Chili.
[201] El Salvador.
[202] Argentine, Australie, Canada, États-Unis d'Amérique, Israël, Mexique, Nouvelle-Zélande, Norvège, Panama, République dominicaine, Suisse, Ukraine.

nécessaires, et font valoir le rôle du droit interne dans la détermination de la légalité du déménagement de l'enfant[203]. Un État ajoute qu'une approche prudente devrait être adoptée en la matière afin d'éviter les recours abusifs à cette disposition pour justifier les enlèvements[204].

Un État n'a pas d'avis tranché à ce sujet[205], tandis que le tiers environ des réponses estiment qu'il n'est pas indiqué de régler cette matière dans un protocole à la Convention de 1980[206]. Selon au moins un État, cette question sort du champ d'application de la Convention de 1980 et devrait être traitée au titre de la Convention de 1996[207]. Un autre État considère que de telles dispositions seraient inutiles si la notion de « droit de garde » était claire[208]. Dans sa réponse au Questionnaire I, la Suisse suggère également que les principes adoptés par la « Déclaration de Washington sur le déménagement familial à l'étranger[209] » fassent l'objet d'un protocole[210].

Environ la moitié des réponses s'accordent pour dire qu'il serait opportun qu'un éventuel protocole promeuve les ententes à l'amiable entre parents en matière de déménagement[211]. De fait, la Commission spéciale de 2006 s'est prononcée en faveur des ententes à l'amiable entre parents[212], méthode qui serait plus rapide, plus simple et plus adaptée aux enfants que les procédures judiciaires ou autres mécanismes[213]. Dans ce contexte, la médiation a un important rôle préventif à jouer[214].

Plus du tiers des réponses voient le fait d'encourager les ententes à l'amiable entre parents en matière de déménagement, dans un protocole, comme inapproprié[215]. Malgré le souhait de promouvoir les solutions amiables, il est considéré que de telles dispositions outrepasseraient le champ d'application de la Convention[216] et que cette question relève plutôt du droit interne[217]. Un État considère que cette question pourrait être mieux réglée en vertu de la Convention de 1996[218]. Un autre État indique que les mesures en faveur des accords amiables dans les affaires de déménagement devraient plutôt être réglées dans le Guide de bonnes pratiques sur la médiation en vertu de la Convention de 1980[219]. Un État n'a pas d'opinion à ce sujet et souligne le rôle du droit interne[220].

---

[203] Argentine, Australie, Canada, Israël, Norvège, Panama, Ukraine. De même pour les Bahamas, bien qu'elles n'aient pas d'avis concernant la question des règles protocolaires concernant les déménagements internationaux.
[204] Chili.
[205] Bahamas.
[206] Australie, Mexique, Norvège, Nouvelle-Zélande, République dominicaine, Ukraine.
[207] Nouvelle-Zélande.
[208] Suisse.
[209] Déclaration adoptée par les juges et experts qui ont participé à la Conférence internationale judiciaire sur la relocalisation transfrontière des familles, tenue à Washington, D.C., du 23 au 25 mars 2010, annexe A au document intitulé « Note préliminaire relative au déménagement familial à l'étranger », établie par le Bureau Permanent, Doc. prél. No 11 de janvier 2012 à l'intention de la Commission spéciale de janvier 2012, disponible sur le site Internet de la Conférence, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Enlèvement d'enfants » ; également disponible sous les rubriques « Actualités et événements » puis « 2010 ».
[210] Voir la réponse de la Suisse à la Question 19.4 du Questionnaire I.
[211] Arménie, Australie, Burkina Faso, Chili, Chine (RAS de Hong Kong), El Salvador, Monténégro, Panama, Suisse.
[212] Australie. Voir les Conclusions et Recommandations de la Commission spéciale de 2006 (*op. cit.* note 72), Recommandation No 1.7.4.
[213] Chili.
[214] Australie.
[215] Argentine, Canada, États-Unis d'Amérique, Israël, Mexique, Nouvelle-Zélande, République dominicaine, Ukraine.
[216] Israël, Nouvelle-Zélande.
[217] Argentine, Ukraine.
[218] Nouvelle-Zélande.
[219] Canada.
[220] Bahamas.

(ii) Commission spéciale de 2011 (première partie)

La question du déménagement familial à l'étranger n'a pas été traitée comme un point spécifique de l'ordre du jour de la Commission spéciale de 2011 (première partie), puisqu'elle figure au projet d'ordre du jour de la Commission spéciale de 2012 (deuxième partie) : pour des informations complémentaires, voir le Document préliminaire No 13 (chapitre IV, section D)[221] et le Document préliminaire No 11[222].

11. Examen du fonctionnement de la Convention de 1980

(i) Réponses au Questionnaire II

Environ la moitié des réponses sont favorables à ce qu'un protocole éventuel prévoie une base juridique explicite permettant de convoquer la Commission spéciale pour examiner le fonctionnement pratique de la Convention de 1980 afin d'encourager le développement de bonnes pratiques en vertu de la Convention et de promouvoir une meilleure mise en œuvre de la Convention[223]. Un État préconise de renforcer le mandat et les pouvoirs de la Commission spéciale[224].

Alors qu'un État ne se prononce pas sur cette question[225], et qu'un autre ne pense pas pouvoir y répondre à ce stade[226], une telle disposition n'est pas estimée comme étant nécessaire par plusieurs autres États[227]. Même si les réunions de la Commission spéciale sont considérées comme étant très utiles pour promouvoir la coopération et la cohérence des approches[228], la base juridique existante permettant de convoquer des Commissions spéciales en vertu de l'article 8 du Statut de la Conférence de La Haye est jugée suffisante[229], notamment associée à une pratique de longue date[230]. Il est également souligné que la modification de la base juridique des réunions de la Commission spéciale sur la Convention de 1980 pourrait remettre en question le statut des recommandations des Commissions spéciales précédentes[231].

Environ le tiers des réponses considèrent qu'il serait utile d'exiger, par le biais d'un protocole, que les États contractants coopèrent pour réunir des statistiques et de la jurisprudence relevant de la Convention de 1980 et pour compléter les Profils des États[232]. Parmi ces réponses, certaines précisent cependant que cette exigence de collecte devrait être raisonnable, pour ne pas surcharger les Autorités centrales[233], et qu'il conviendrait de préciser la façon dont ces statistiques seraient recueillies et utilisées, et dans quel but[234].

Toutefois, plusieurs réponses ne perçoivent pas une telle disposition comme nécessaire[235], un État ne se prononçant pas à cet égard[236] et deux autres indiquant qu'ils

---

[221] *Op. cit.* note 42.
[222] « Note préliminaire relative au déménagement familial à l'étranger », Doc. prél. No 11 de janvier 2012 (*op. cit.* note 209).
[223] Arménie, Australie, Burkina Faso, Chili, Chine (RAS de Hong Kong), Colombie, Mexique, Monaco, République dominicaine, Suisse, Ukraine, Venezuela.
[224] Ukraine, de même Monaco.
[225] Bahamas.
[226] Norvège.
[227] Argentine, Canada, China, États-Unis d'Amérique, Israël, Nouvelle-Zélande.
[228] Canada, États-Unis d'Amérique, Israël, Nouvelle-Zélande. Le Panama a déclaré que cela serait utile pour les travaux de la Commission spéciale de continuer, sans préciser s'il considérait nécessaire de développer une base juridique à proprement parler.
[229] Chine, Nouvelle-Zélande.
[230] États-Unis d'Amérique.
[231] Nouvelle-Zélande.
[232] Arménia, Australie, Burkina Faso, Chili, Chine (RAS de Hong Kong), Mexique, Monaco, Ukraine, Venezuela.
[233] Australie.
[234] Australie, Suisse.
[235] Argentine, Canada, États-Unis d'Amérique, Nouvelle-Zélande, République dominicaine, Ukraine.

ne souhaitent pas faire de commentaire à ce stade[237]. En particulier, la coordination entre outils nationaux et internationaux de mise en œuvre de la Convention de 1980 nécessiterait un examen approfondi[238]. Néanmoins, en dépit du peu de ressources disponibles, pouvant freiner la collecte des données, cette pratique est considérée comme nécessaire et digne de soutien[239].

Plus du tiers des réponses sont de l'avis que la création d'un organisme compétent pour contrôler le respect des obligations des États parties en vertu de la Convention pourrait être utile[240], puisqu'il n'existe actuellement aucun moyen de contraindre un État à respecter la Convention de 1980[241]. Dans une des réponses, le comité établi en vertu de la CNUDE est proposé comme modèle à cet effet[242]. Toutefois, il est souligné que si la création d'un tel organisme était envisagée, il conviendrait d'être attentif à l'incidence qu'elle aurait sur le budget de la Conférence et sur les autres Conventions de La Haye[243].

Deux États indiquent que leur opinion sur cette question dépendrait des pouvoirs attribués à ce comité de contrôle[244] et de la nature, le cas échéant, des sanctions et des obligations en cas de non respect des obligations[245].

Un certain nombre d'États expriment l'avis selon lequel la création d'un tel organisme n'est pas opportune[246]. Cette proposition nécessiterait une analyse approfondie[247], car elle poserait de nombreuses questions, telles que la façon d'évaluer la conformité des États, l'éventuelle capacité d'exécution de l'organisme et les conséquences de conclusions négatives[248]. Il est également avancé que le non-respect de la Convention de 1980 n'atteint pas un degré nécessitant la création d'un organisme de contrôle[249]. Selon certains, il conviendrait plutôt de favoriser la coopération et la communication entre Autorités centrales et de soutenir les activités actuelles de la Conférence de La Haye (par exemple, le Réseau de juges, les réunions nationales et internationales)[250].

(ii) Commission spéciale de 2011 (première partie)

La question des statistiques a été examinée de façon détaillée lors de la Commission spéciale de 2011 (première partie)[251]. La Commission spéciale a conclu à ce sujet en encourageant les Autorités centrales « à établir des statistiques précises concernant les affaires traitées par eux en vertu de la Convention, et de faire des déclarations annuelles des statistiques au Bureau Permanent en conformité avec les formulaires standard établis par le Bureau Permanent en consultation avec les Autorités centrales[252] ».

---

[236] Bahamas.
[237] Israël, Norvège.
[238] Ukraine.
[239] Nouvelle-Zélande.
[240] Argentine, Arménie, Burkina Faso, Chili, Chine (RAS de Hong Kong), Israël, Monaco, République dominicaine, Suisse, Zimbabwe.
[241] Chili, Suisse.
[242] Suisse.
[243] Chine.
[244] Ukraine.
[245] Australie.
[246] Bahamas, Canada, États-Unis d'Amérique, Nouvelle-Zélande.
[247] Chine, Mexique.
[248] Australie (sans opinion), Bahamas, Ukraine (sans opinion).
[249] Nouvelle-Zélande.
[250] États-Unis d'Amérique, Nouvelle-Zélande.
[251] Voir le Rapport de la première partie de la Commission spéciale (*op. cit.* note 36), para. 33 et s.
[252] Voir les Conclusions et Recommandations de 2011(*op. cit.* note 7), para. 22 (réaffirmant la Recommandation No 1.14 de la Commission spéciale de 2001 et la Recommandation No 1.1.16 de la Commission spéciale de 2006).

La question de l'« examen du fonctionnement pratique de la Convention de 1980 » est inscrite au projet d'ordre du jour de la Commission spéciale de 2012 (deuxième partie), dans la mesure où elle fait partie des discussions prévues concernant les services fournis par la Conférence de La Haye en relation avec la Convention de 1980. Pour des informations complémentaires, il faut se référer au Document préliminaire No 12[253].

12. Divers

Autres matières dont l'inclusion dans un protocole contenant des règles subsidiaires destinées à améliorer le fonctionnement de la Convention de 1980 devrait être envisagée

(i) Réponses au Questionnaire II

Coût des procédures et financement du retour

Quelques réponses suggèrent d'évoquer la réduction du coût des procédures de retour et de visite relevant de la Convention dans les discussions portant sur un éventuel protocole[254]. En particulier, une réponse fait observer que, dans certains États qui avaient exprimé une réserve à l'article 26, en raison du coût élevé des procédures judiciaires, il est quasiment impossible, pour les demandeurs, d'entamer ou de poursuivre une procédure de retour[255].

Plus précisément, une autre réponse préconise d'inclure des règles couvrant la situation où les demandeurs sont démunis et ne disposent pas de ressources pour financer le retour du ou des enfants[256].

Questions d'immigration

Un État propose qu'un protocole contienne des dispositions facilitant la délivrance de documents de voyage pour les enfants et les parents, aux fins du retour lui-même, ainsi que pendant la procédure de retour, et également aux fins de l'exercice du droit de visite[257].

Un autre État juge opportun que des dispositions règlent le déplacement de l'enfant en cas d'expulsion d'un parent, étant donné l'absence de véritable intention d'abandonner le lieu de la résidence habituelle[258].

Charge de la preuve

Un État préconise qu'un protocole contienne des dispositions plaçant explicitement sur le parent qui a emmené l'enfant la charge de prouver les éventuelles exceptions au retour[259].

---

[253] « Rapport sur les services et stratégies de la Conférence de La Haye de droit international privé en relation avec la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants et la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants, y compris le développement de programmes régionaux et le Processus de Malte », Doc. prél. No 12 de décembre 2011, à l'intention de la Commission spéciale de janvier 2012, disponible sur le site Internet de la Conférence, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Enlèvement d'enfants ».
[254] Colombie, Suisse.
[255] Suisse.
[256] Australie.
[257] Suisse.
[258] Mexique.
[259] Mexique.

Rôle des Autorités centrales requérantes avant l'envoi des demandes

Un État propose d'envisager des dispositions prévoyant que les Autorités centrales requérantes vérifient que les demandes mentionnent bien toutes les bases juridiques et factuelles avant de les acheminer, afin que les Autorités centrales requises puissent y apporter rapidement une réponse[260].

(ii) Commission spéciale de 2011 (première partie)

La Commission spéciale de 2011 (première partie) a examiné en détail la question des frais liés aux procédures de retour et de droit de visite dans le cadre des discussions concernant l'« accès à la justice[261] ».

La Conclusion et Recommandation suivante soulignant « l'importance d'assurer l'accès effectif à la justice pour les deux parties aux procédures de retour ou relatives au droit de visite, ainsi que pour l'enfant le cas échéant, tout en reconnaissant que les moyens permettant d'assurer un accès effectif à la justice peuvent varier d'un État à l'autre, en particulier concernant les États contractants ayant formulé une réserve en vertu de l'article 26 de la Convention[262] » a été formulée durant la réunion. La Commission spéciale a également souligné « la difficulté d'obtenir l'aide juridique en première instance ou en appel, ou de trouver un avocat expérimenté pour les parties peut entraîner des retards et produire des effets néfastes tant à l'égard de l'enfant que des parties. Le rôle important de l'Autorité centrale pour aider le demandeur à obtenir rapidement une aide juridique ou trouver des conseils expérimentés est reconnu[263]. » Enfin, durant la réunion, « l'importance d'assurer un accès effectif à la justice pour les deux parties aux procédures relatives au droit de garde à la suite du retour de l'enfant, ainsi que pour l'enfant le cas échéant […][264] a été reconnue »

Ces questions ont également été abordées dans le cadre des questions d'immigration et ont fait l'objet de discussions durant la Commission spéciale de 2011 (première partie[265]). Les Conclusions et Recommandations suivantes ont été formulées :

> « 30. Afin de prévenir les obstacles liés aux questions d'immigration dans le cadre du retour de l'enfant, les Autorités centrales et autres autorités compétentes devraient, si possible, clarifier quelle est la nationalité de l'enfant et déterminer le plus tôt possible, au cours de la procédure de retour, si l'enfant possède les documents de voyage nécessaires. Lors de leur prise de décision en matière de contact, les juges devraient garder à l'esprit le fait que des questions relatives à l'immigration demanderaient peut-être à être réglées avant que le contact ait lieu en application de la décision.
>
> 31. Lorsque des difficultés en matière d'immigration apparaissent comme susceptibles d'affecter la capacité d'un enfant ou d'un parent ravisseur (non-ressortissants) de pouvoir retourner dans l'État requérant ou comme susceptibles d'affecter la capacité d'une personne à pouvoir exercer un contact ou un droit de visite, l'Autorité centrale devrait répondre rapidement aux demandes d'informations afin d'aider une personne à obtenir, sans délai, les autorisations ou permissions (visas) nécessaires auprès des organismes et autorités compétentes de son État. Les États devraient agir dans les plus brefs délais lorsqu'il s'agit de délivrer des autorisations ou visas à cet effet et sensibiliser leurs autorités

[260] Mexique.
[261] Voir Rapport de la Première partie de la Commission spéciale(*op. cit.* note 36), para. 131 et s.
[262] Voir les Conclusions et Recommandations de 2011(*op. cit.* note 7), para. 32.
[263] *Ibid.*, para. 33.
[264] *Ibid.*, para. 34.
[265] Voir Rapport de la Première partie de la Commission spéciale (*op. cit.* note 36), para. 58 et s.

> nationales compétentes en matière d'immigration quant au rôle essentiel qu'elles jouent dans la réalisation des objectifs de la Convention de 1980[266]. »

Enfin, concernant le rôle de l'Autorité centrale requérante quant à l'envoi des demandes, la Commission spéciale a formulé la Conclusion et Recommandation suivante :

> « L'Autorité centrale requérante devrait s'assurer que la demande est complète. Outre les documents essentiels à l'appui de la demande, il est recommandé que toute information complémentaire pouvant faciliter l'évaluation et le règlement de l'affaire accompagne la demande. »[267]

B. Question générale du lancement éventuel du processus formel d'élaboration d'un protocole à la Convention de 1980

L'Union européenne réserve sa position à cet égard. Parmi les réponses exprimant un avis sur la question, la majorité se dit favorable au lancement du processus formel d'élaboration d'un protocole à la Convention de 1980[268].

Les réponses sans opinion[269] à cet égard soulèvent les divers points dont il faut tenir compte avant de prendre cette décision. Il est noté que certaines lacunes de la Convention de 1980 trouvent leur réponse dans la Convention de 1996[270]. Il est également noté que l'expérience de la Convention de 1996 n'est pas encore suffisante pour évaluer son fonctionnement pratique et son interaction avec la Convention de 1980 et pour décider si des règles additionnelles doivent faire l'objet d'un protocole[271].

En outre, selon cette opinion, il convient d'examiner attentivement si les objectifs d'un protocole éventuel pourraient être pareillement réalisés grâce à des « règles de droit non contraignant », par exemple au moyen de recommandations de la Commission spéciale et de l'assistance du Bureau Permanent. Les répercussions pratiques des « règles de droit non contraignant » devraient par conséquent être examinées avant d'envisager des règles additionnelles[272].

Il est souhaité que toutes futures négociations concernant un protocole à la Convention de 1980 ne modifient pas notablement l'interprétation des principaux articles existants de la Convention, car cela risquerait de compromettre le consensus délicat entre les États contractants dans le domaine de l'enlèvement d'enfants par un parent, qui est aussi à la base de certains instruments régionaux[273].

Quatre États[274] s'opposent fermement à cet exercice et expriment des réserves quant au besoin et aux avantages d'élaborer un protocole, et quant à ses chances de réussite. Il est avancé que la plupart des difficultés rencontrées dans le cadre du fonctionnement de la Convention de 1980 sont liées au fait que les dispositions existantes ne sont pas respectées, notamment les dispositions sur la célérité des procédures[275]. En vue de promouvoir une compréhension commune des objectifs et des dispositions de la Convention, la tendance est au soutien à la formation des Autorités centrales et des juges, ainsi qu'à la préparation de la législation de mise en œuvre et au fait de donner la priorité à ces questions par rapport à l'élaboration d'un protocole à la Convention[276] ; il est également suggéré d'encourager davantage l'utilisation des Guides de bonnes

---

[266] Voir les Conclusions et Recommandations de 2011 (*op. cit.* note 7), para. 30 et 31.
[267] *Ibid.*, para. 12.
[268] Argentine, Arménie, Australie, Burkina Faso, Chili, Chine (RAS de Hong Kong), Colombie, Mexique, Monaco, Monténégro, République dominicaine, Suisse, Ukraine, Venezuela, Zimbabwe.
[269] Bahamas, Israël, Union européenne.
[270] Union européenne.
[271] Union européenne.
[272] Union européenne.
[273] Union européenne.
[274] Canada, États-Unis d'Amérique, Nouvelle-Zélande, Norvège.
[275] Israël (sans opinion), Norvège.
[276] Israël (sans opinion), Norvège.

pratiques[277]. Les réponses sans opinion se disent également préoccupées par le fait que certains sujets proposés dans le Questionnaire II sont déjà réglés par la Convention de 1996[278]. Par conséquent, il est estimé qu'il faut continuer à encourager la ratification de la Convention de 1996 et renforcer la promotion de la sensibilisation internationale[279], et que la question du déménagement familial à l'étranger, même si elle est considérée importante, est perçue comme entrant dans le champ d'application de la Convention de 1996[280].

En outre, certains États qui s'opposent à l'élaboration d'un protocole considèrent que des négociations de cette nature pourraient avoir un impact négatif, dans ce sens que les nouveaux États contractants potentiels pourraient préférer attendre la fin des négociations avant de devenir Parties à la Convention 1980[281]. Ces États avertissent qu'un protocole pourrait également mener à une application inconsistante de la Convention de 1980, dans le cas où uniquement une partie des États contractants à la Convention viennent à le signer[282], surtout si ce protocole porte sur des concepts essentiels comme par exemple la « résidence habituelle » et le « droit de garde[283] ».

Certains sujets précis (médiation, procédures expéditives et exécution des décisions de retour) sont considérés comme des matières relevant du droit interne, certaines réponses souhaitant que les États soient invités à réviser leur droit interne et à mettre en œuvre des mesures visant à réaliser les objectifs de la Convention de 1980[284]. Toutefois, les travaux actuels du Bureau Permanent visant à fournir davantage de conseils sur la médiation et les communications judiciaires sont également appuyés[285].

Des préoccupations sont formulées quant à la nature des travaux sur certains domaines mentionnés dans le Questionnaire II, qui consisteraient en fait à harmoniser le droit matériel, s'écartant ainsi de l'approche générale de la Conférence de La Haye tendant à harmoniser le droit international privé[286].

S'agissant du degré de priorité[287] devant être accordé à cet exercice, près de la moitié des réponses lui accordent une priorité élevée[288] et deux réponses lui accorde une priorité faible[289]. Toutefois, certaines réponses ajoutent que, comme indiqué par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye en 2009 et 2010[290], seul le Conseil est habilité à décider si la Conférence de La Haye de droit international privé doit entreprendre un processus formel d'élaboration d'un protocole à la Convention de 1980[291].

---

[277] Canada.
[278] Canada, Israël (sans opinion), Nouvelle-Zélande.
[279] Nouvelle-Zélande.
[280] Nouvelle-Zélande.
[281] États-Unis d'Amérique.
[282] Canada, États-Unis d'Amérique. Israël de même (indéterminé).
[283] Canada.
[284] Nouvelle-Zélande.
[285] Canada, Nouvelle-Zélande.
[286] Nouvelle-Zélande.
[287] Voir question 2, deuxième partie du Questionnaire II.
[288] Argentine, Australie, Chili, Chine (RAS de Hong Kong), Colombie, Mexique, Monténégro, République dominicaine, Suisse, Venezuela, Zimbabwe.
[289] Monaco, Nouvelle-Zélande.
[290] Voir les Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (31 mars – 2 avril 2009), p. 2 ; et les Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (7-9 avril 2010), p. 2, disponibles sur le site Internet de la Conférence, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Affaires générales. »
[291] Ukraine, Union européenne.