

Université des Antilles
Faculté de sciences juridiques

**École doctorale pluridisciplinaire :
Santé, Environnement et Sociétés dans les Amériques**

Thèse pour le doctorat en Droit

Chloé CHEVALIER

***La protection internationale de l'enfant
déplacé***

Sous la direction de Monsieur le Professeur
Frédéric LECLERC

Sous la codirection de Monsieur le Professeur
Georges VIRASSAMY

Soutenue le 20 octobre 2017 à l'Université des Antilles

N : [0000AGUY0000]

Jury :

Estelle GALLANT, Maître de conférences HDR en droit privé, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne, Rapporteur

Thierry VIGNAL, Professeur agrégé des facultés de droit, Université de Cergy-
Pontoise, Rapporteur

Claire DEBOURG, Professeur agrégé des facultés de droit, Faculté de droit et
d'économie de la Martinique, Université des Antilles

Jérémy JOURDAN-MARQUES, Professeur agrégé des facultés de droit, Faculté de
droit et d'économie de la Guadeloupe, Université des Antilles

À ceux qui me sont chers

Remerciements

Pour leur présence, leur soutien et leurs conseils tout au long de l'élaboration de cette thèse, je tiens à remercier les personnes suivantes :

Monsieur le Professeur Frédéric LECLERC,

Monsieur le Professeur Georges VIRASSAMY,

Tous ceux qui ont contribué, de près ou de loin à la réalisation de ces travaux et dont les noms sont cités au travers mes lignes,

Mes proches, ceux sans qui ma vie n'aurait pas la même saveur, ceux sans qui cette étude n'aurait pas la même couleur. Ils se reconnaîtront...

Table des principales abréviations

Aff. Affaire(s)

AJDA : Actualité juridique de droit administratif

AJ Famille/AJ Fam. : Actualité juridique famille

Al. Alinéa

Art. Article

ASE : Aide Sociale à l'Enfance

Ass. : Assemblée

Bull. civ. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambres civiles)

Bull. crim. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre criminelle)

CA : Cour d'appel

CAA : Cour administrative d'appel

CAI : Centre d'attaches et d'intégration

CASF : Code de l'action sociale et des familles

Cass. Ass. Plén. : Cour de cassation, Assemblée plénière

Cass. Ch. mixte : Cour de cassation, Chambre mixte

Cass. Civ. 1^{ère} : Cour de cassation, Première Chambre civile

Cass. Civ. 2^{ème} : Cour de cassation, Deuxième Chambre civile

Cass. Civ. 3^{ème} : Cour de cassation, Troisième chambre civile

Cass. Crim. : Cour de cassation, Chambre criminelle

Cass. Soc. : Cour de cassation, Chambre sociale

CCEM : Comité contre l'esclavage moderne

CCL : Conseil constitutionnel

CE : Conseil d'État ou Conseil de l'Europe

CEDH : Cour européenne des droits de l'Homme

CESEDA : Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile

CESDH : Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales

Cf. : Se reporter à

Ch. Chambre
 Chron. : Chronique
 CIDE/Convention de New York : Convention internationale des droits de l'enfant
 CIJ : Cour internationale de justice
 CJCE/ CJUE : Cour de Justice des Communautés Européennes / Cour de Justice de l'Union Européenne
 Clunet : Journal de droit international (Clunet)
 Coll. : collection
 comm. : Commentaire
 comp. : Comparer
 CNCDH : Commission nationale consultative des droits de l'homme
 Concl. : Conclusions
 Cons. : Considérant
 contra : en sens contraire
 c/. : Contre
 Dactyl. : dactylographiée
 D. ou Dalloz : Recueil Dalloz
 Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois
 DIP : Droit international privé
 Dir. Direction
 Dr. Fam. ou Droit de la Famille : Revue mensuelle du Jurisclasseur - Droit de la famille
 DDHC : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
 DUDHC : Déclaration Universelle des droits de l'homme et du citoyen
 Ect. : et caetera
 Éd. : Édition
 fasc. : Fascicule
 Gaz. Pal. : Gazette du Palais
 Gr. ch. : Grande chambre
 HCR : Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés
 Ibid. (Ibidem) : Au même endroit
 Id. (Ibid) : La même chose
 In : dans

Infra : Voir plus loin
JCP ou JCP G : Jurisclasseur Périodique (édition générale)
JOCE : Journal officiel des Communautés européennes
JO : Journal officiel de la République française
JOAN Q - JO Sénat Q : Journal officiel (Réponses ministérielles à questions écrites)
JOUE : Journal officiel de l'Union européenne jurispr. : Jurisprudence
Jur : Jurisprudence
LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
MAI : Mission de l'adoption internationale
MAMIF : Mission d'aide à la médiation internationale pour les familles
MIE : mineur isolé étranger
NU : Nations Unies
n° : Numéro
not. : Notamment
Obs. : Observations
OFPRA : Office français de protection des réfugiés et apatrides
OIT : Organisation internationale du travail
ONPE : Observatoire national de la protection de l'enfance
ONU/ Nations Unies : Organisation des Nations Unies
Op. cit : opere citato (ouvrage cité)
Ord. : Ordonnance
PAF : Police aux frontières
Prd. Réf. : Ordonnance de référés
P. : Page
PP. Pages
Préf. : Préface
PUAM : Presses Universitaires de l'Université d'Aix-Marseille
PUF : Presses Universitaires de France
PUL : Presses Universitaires de Lyon
Rapp. : Rapport
RCADI : Recueil des Cours de l'Académie de Droit International
Rééd. : Réédité/réédition

Rép. min. : Réponses ministérielles
req. : Requête
Rev. crit. : Revue critique de droit international privé
Rev. dr. sanit. soc./RDSS : Revue de droit sanitaire et social
RFDA : Revue française de droit administratif
RIDC : Revue internationale de droit comparé
RJPF : Revue juridique - Personnes et famille
RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil
RTDH : Revue trimestrielle des droits de l'Homme
RUDH : Revue universelle des droits de l'Homme
S. : Sirey
s. suivantes
sect. : Section
Somm./Som. : Sommaire
spéc. : Spécialement
Supra : Voir plus haut
T./t. : Tome
TGI : Tribunal de grande instance
TA : Tribunal administratif
TCFDIP : Travaux du Comité français de droit international privé
T. conf. : Tribunal des conflits
Trad. : Traduction
UE : Union européenne`
UNICEF : Fonds des Nations Unies pour l'enfance
UQAC : Université du Québec à Chicoutimi
Vol./vol : Volume
V./v. : Voir
§ : Paragraphe

Résumé

En sa qualité d'enfant, le mineur doit être protégé. Lorsqu'il se déplace par delà les frontières, ce dernier est exposé à des problématiques particulières induisant un élément d'extranéité. Le particularisme de ces situations impliquant plusieurs États entraîne régulièrement l'application des mécanismes du droit international privé. Pour autant, peut-on demander à cette matière de contribuer à la protection de l'enfant mobile au travers des règles qu'elle fixe ?

C'est ce que la présente étude s'est proposé de faire en s'employant à justifier la recherche d'un objectif matériel en ce contexte par la matière du droit international privé. En effet, l'évolution privatiste régulatrice du droit international privé semble légitimer cette ambition en octroyant à la matière la capacité de chercher à protéger un intérêt et, plus particulièrement nous concernant, celui de l'enfant déplacé.

Toutefois, se limiter à attribuer à cette matière la mission de préserver l'intérêt de l'enfant ne peut suffire. En effet, il reste encore à savoir de quel type de protection il doit s'agir. Au gré de cette étude, il est apparu que la protection visée devait être *satisfaisante* et que, pour ce faire, elle devait revêtir au moins trois caractères : la *suffisance*, l'*effectivité* et l'*efficacité*. En effet, en premier lieu, sans chercher à nécessairement viser la meilleure protection, on ne saurait admettre que la protection de l'enfant mobile ne soit pas au moins suffisante, à défaut de quoi, elle s'avèrerait inappropriée, voire, inutile. L'intérêt du mineur s'en trouverait alors malmené et l'objectif poursuivi manquerait d'être atteint. Ensuite, la protection appliquée à l'enfant doit être effective. En ce sens, elle doit pouvoir être concrètement mise en œuvre et, par là même, s'avérer réaliste. Enfin, la protection dont il est question doit être efficace et, au sens ici retenu, doit pouvoir assurer à l'enfant une protection continue et ce, indépendamment de son déplacement transfrontière.

Pour parvenir à réaliser pareil objectif, il nous est apparu que le traditionnel recours à la dissociation voire l'opposition entre conflits de lois et conflits de juridictions n'était pas opportun. C'est donc par le biais d'une méthodologie coïncidente, impliquant une liaison des compétences juridictionnelle et législative, que l'intérêt de l'enfant à être protégé de manière satisfaisante paraît pouvoir être réalisé. En effet, les exigences particulières de la protection

de l'enfance déplacée induisent un recours à une méthodologie adaptée, apte à satisfaire l'intérêt du mineur mobile. Toutefois, la protection de l'enfance étant généralement en droit une question hautement sensible, l'intérêt d'une telle orientation de nos solutions réside dans la nécessité d'une préservation parallèle de l'intérêt de l'État. En effet, le recours à la coïncidence des compétences entraîne nécessairement l'application de la *lex fori*. Or, quelle autre loi pourrait mieux satisfaire l'intérêt de l'État ? Cela étant, le fondement privatiste de nos solutions devant être à nos yeux prédominant, c'est dans une justification « supérieure » qu'il nous a fallu légitimer l'intervention quasi systématique de la loi du for. C'est donc en réalisant que la règle de droit appliquée était imprégnée des valeurs/objectifs des droits fondamentaux de l'enfance que nos travaux ont pu justifier son application quasi-systématique par les autorités de l'État compétent.

La méthodologie apte à garantir le caractère effectif et suffisant de la protection justifiée, il restait encore à en asseoir l'efficacité. En réalité, il nous est rapidement apparu que le recours à la coïncidence des compétences ne serait opportun à l'échelle internationale que dans la mesure où il serait accepté par l'ensemble des États concernés par le rapport de droit. En effet, sans une autolimitation de compétence justifiée par le respect de la vocation à intervenir de « l'autre », la méthodologie revendiquée ne s'inscrirait pas au sein d'un cadre « raisonnable ». Or, c'est bien ce « raisonnable » qui garantit l'efficacité recherchée. Cela étant, pour atteindre le raisonnable en question et atteindre l'efficacité, il est évident qu'un dialogue et une concertation entre les États est indispensable. C'est ainsi au moyen d'accords internationaux et d'objectifs communs que la communauté internationale parviendra certainement à s'accorder au sujet de la compétence et, partant, de la protection. C'est encore ce dialogue qui permettra d'asseoir le réalisme de la protection de l'enfance déplacée par le droit international privé. En effet, si la visée d'objectifs communs est permise, les divergences législatives et culturelles obligent au respect de la différence. Or, une mise en œuvre locale sera mieux tolérée si, en dépit de son particularisme, elle vise un objectif communément poursuivi.

Mais sur quel critère de rattachement asseoir la liaison des compétences juridictionnelle et législative ? Pour correspondre à l'état d'esprit de cette étude, le critère de rattachement choisi devait s'avérer conforme à une vision privatiste du droit international

privé. C'est ainsi qu'il nous est apparu que fonder le rattachement sur le principe de proximité pouvait être opportun. Néanmoins, encore une fois, les exigences particulières de la protection de l'enfance déplacée ont induit une adaptation de la proximité. C'est pourquoi, nos travaux ont estimé judicieux de faire primer la recherche du « *bon juge* » – dont sera déduite la loi applicable- en désignant la compétence des autorités entretenant avec l'enfant les « *liens les plus étroits* ».

Concrètement traduit, ce rattachement devrait attribuer compétence aux autorités et à la loi de la résidence habituelle de l'enfant dans l'hypothèse d'un déplacement *durable*. En effet, traduction du centre d'attaches et d'intégration du mineur mobile, la résidence habituelle est le reflet du système axiologique du mineur, le point de convergence de ses attaches principales. Bien évidemment, en cas de modification de la résidence habituelle de l'enfant, les règles inhérentes au conflit mobile devraient pouvoir justifier leur intervention afin d'actualiser la localisation du centre d'attache et d'intégration et, par là-même, de la compétence. Aussi, dans l'hypothèse d'un déplacement *temporaire*, le rattachement de proximité, ainsi choisi, devrait mener à la désignation subsidiaire, exceptionnelle et temporaire de la compétence des autorités et de la loi de l'État sur le territoire duquel l'enfant *se trouve*.

Cependant, la souplesse de nos propositions a conduit à parfois devoir admettre des dérogations aux règles de compétence normales. Cela ne saurait cependant valoir qu'avec l'acceptation des juges et des parties concernés.

En définitive, cette étude se propose d'avoir recours à une utilisation fonctionnelle du droit international privé dont le seul but est d'apporter à l'enfant qui se déplace par-delà les frontières des solutions propres à lui garantir une protection satisfaisante et ce, en dépit de la complexité de sa situation.

Abstract

As a child, the minor must be protected. When moving across borders, minors are exposed to peculiar problems. These types of situations where several States are involved usually lead to the implementation of private international law. But can we apply the rules of private international law to the protection of the displaced child?

This study proposes to clarify the use of this section of the law in achieving a tangible objective. Indeed, the private regulatory evolution of private international law seems to legitimize this aim in granting the subject matter the capacity to protect an interest and, more specifically that which concerns us, the interest of the displaced child.

However, limiting the subject matter to the preservation of the child's interest is not sufficient. In fact, it remains to be seen what protection it offers. For this study, it appeared that the protection sought should be satisfactory and that it should entail at least three characteristics: sufficiency, effectiveness and efficiency. Firstly, without seeking to necessarily aim for the best protection, our work should allow for the protection of the displaced child to be at least sufficient, failing which it would prove to be inappropriate or even useless. The minor's interest would then be mishandled and the desired objective would not be achieved. Secondly, the protection offered to the child should be effective. In this sense, it should be concretely implemented and, at the same time, be realistic. Lastly, the protection in question should be efficient and, within the context of our work, should be able to provide the child with continuous protection regardless of his or her transboundary movement.

In order to achieve this objective, it appeared to us that the traditional recourse to the dissociation between conflicts of law and that of jurisdiction was not appropriate. Therefore, it is on this basis of a coincidental methodology, implying a link between the jurisdictional and legislative powers, which could seemingly fulfil the child's interest being adequately protected. In fact, the particular requirements regarding the protection of displaced children require resorting to an adapted methodology being able to satisfy the interest of the displaced minor. However, since child protection is generally a matter of law, a highly sensitive issue, the direction of our solutions resides in the parallel preservation of the interest of the State. As a matter of fact, resorting to the coincidence of interests definitely entails the application of *lex*

fori. Now, what other law could better satisfy the interest of the State? This being, the privatization of the foundation of our solutions must be safeguarded except, it is with “superior” justification that we have had to legitimize the quasi-systematic intervention of the law of the forum. Thus, it was by realizing that the rule of applied law was imbued with the values / objectives of the fundamental rights of children that our work could justify the claim of the State called upon to intervene in the application of its legislative policy.

Although the methodology is capable of guaranteeing the effective and sufficient nature of the desired protection, it is still necessary to establish its effectiveness. In reality, we quickly realized that recourse to the coincidence of interests would only be appropriate on an international scale in so far as it would be accepted by all the States affected by the legal relationship. Indeed, without a voluntary restraint of expertise justified by respect for the suitable intervention of “the other”, the methodology claimed would not fit within a “reasonable” framework. Now, it is this “reasonable” framework that guarantees the efficiency sought. In order to attain the rational in question and achieve its effectiveness, it is clear that dialogue and concerted action between States are essential. It is thus through international agreements and common objectives that the international community will certainly be able to agree on jurisdiction and protection. It is also this dialogue that will make it possible to establish the realism of the protection of children displaced by private international law. If the aim of common objectives is permitted, legislative and cultural divergences require respect for difference. In reality, local implementation will be better tolerated if, despite its particularity, it aims for a commonly pursued objective.

But what is the linking criterion to establish the connection between jurisdictional and legislative powers? To respond to the essence of this study, the connecting criterion chosen should conform to a privatized view of private international law. Thus, it appeared to us that linking ties to the principle of proximity could be appropriate. Nevertheless, once again, the special requirements for the protection of displaced children led to an adaptation of proximity. For this reason, our work considers it appropriate to prioritize the much sought after “*good judge*”- from which the applicable law will be deduced - by designating the competent authorities with the “*closest ties*” to the children.

Specifically, this connection should be attributed to the competent authorities and to

the law of the child's habitual residence in the event of continuous displacement. In order to understand the focus and integration centre of the displaced minor, the customary residence reflects the axiological system of the minor, that is to say, the focal point of his or her main ties. Of course, in the event of a change in the child's customary residence, the rules inherent to conflict of mobility should be able to justify their intervention in an effort to update the location of the focus and integration centre and, consequently, to the understanding. Thus, in the hypothetical case of temporary displacement, the closest chosen proximity should lead to the subsidiary, exceptional and temporary designation of the competent authorities and to the law of the State in whose territory the child is located.

However, the flexibility of our proposals seemed to have lead to sometimes allowing deviations from the normal rules of jurisdiction. This would, however, only be achieved by the acceptance of the judges and the parties concerned.

In conclusion, this study proposes to employ the functional use of private international law whereby the sole purpose is to provide children displaced across borders, with solutions that are ready to guarantee them adequate protection despite the complexity of the situation.

Plan sommaire

(Un plan détaillé figure à la fin de l'ouvrage)

INTRODUCTION	16
PARTIE I : POUR UNE PROTECTION SATISFAISANTE DE L'ENFANCE DEPLACEE PAR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE	36
TITRE I : LA RECHERCHE D'UNE PROTECTION EFFECTIVE ET SUFFISANTE DE L'ENFANCE DEPLACEE PAR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE	39
<i>Chapitre 1 : La contribution du droit international privé à la protection effective et suffisante de l'enfance déplacée</i>	<i>42</i>
<i>Chapitre 2 : La contribution des droits fondamentaux à la protection effective et suffisante de l'enfance déplacée poursuivie par le droit international privé</i>	<i>102</i>
TITRE II : LA RECHERCHE D'UNE PROTECTION EFFICACE DE L'ENFANCE DEPLACEE PAR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE	170
<i>Chapitre 1 : La coopération interétatique, un outil de dialogue au service de l'efficacité de la protection décidée dans l'intérêt de l'enfant : l'exemple de l'enlèvement international d'enfant</i>	<i>174</i>
<i>Chapitre 2 : La coopération interétatique, un outil de dialogue au service de la lutte contre les risques inhérents au déplacement : les exemples de l'adoption internationale et de la protection des mineurs isolés étrangers</i>	<i>264</i>
PARTIE II : LE CONTENU D'UNE PROTECTION SATISFAISANTE DE L'ENFANCE DEPLACEE PAR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE	369
TITRE I : LA RECHERCHE D'UN CRITERE DE RATTACHEMENT APTE A GARANTIR A L'ENFANT DEPLACE UNE PROTECTION SATISFAISANTE	371
<i>Chapitre 1 : Le choix d'un critère de rattachement conforme à une conception régulatrice du droit international privé</i>	<i>373</i>

<i>Chapitre 2 : Les applications d'un critère de rattachement conforme à une conception régulatrice de la protection de l'enfance déplacée par le droit international privé.....</i>	<i>440</i>
TITRE II : LA MISE EN ŒUVRE DES REGLES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE DESTINEES A GARANTIR A L'ENFANT DEPLACE UNE PROTECTION SATISFAISANTE.....	
	500
<i>Chapitre 1 : Le rôle du juge dans la mise en œuvre des règles de droit international privé destinées à garantir à l'enfant déplacé une protection satisfaisante.....</i>	<i>502</i>
<i>Chapitre 2 : La possible contribution des « parties » à la mise en œuvre des règles de droit international privé destinée à garantir à l'enfant déplacé une protection satisfaisante</i>	<i>579</i>
CONCLUSION GENERALE	632
BIBLIOGRAPHIE.....	634
INDEX	680

INTRODUCTION

I. « Nous donnons figure humaine à l'abîme en l'appelant naître et mourir »¹. « Issus du néant nous savons que nous y retournerons. Toutefois, l'homme qui a des enfants peut affronter plus sereinement cette angoisse : pour le protéger de l'abîme, il y a la chaîne de sa descendance, cette part de lui devenue morceau d'éternité »². Cette formule explique au moins partiellement pourquoi le désir d'enfant est l'un des désirs les plus constants de la condition humaine. Volonté de se projeter dans l'avenir, de ne pas totalement disparaître ou d'assurer le renouvellement des générations, ces raisons font que la plupart des hommes et des femmes souhaite avoir des enfants et les élever.

Mais l'enfance ne s'inscrit pas simplement dans la continuité du parcours parental : elle constitue également le point de départ de tout parcours humain, qu'il soit héroïque ou ordinaire. En effet, l'homme ordinaire comme le héros, ont nécessairement d'abord été des enfants. Pour exemple, avant de contribuer à délivrer le peuple d'Israël du joug égyptien, Moïse n'a-t-il pas été ce nourrisson hébreux trouvé et élevé par la fille de Pharaon ? Aussi, avant de devenir les solides fondateurs d'une civilisation, Romulus et Remus n'ont-ils pas été ces enfants abandonnés à l'instinct maternel d'une louve ?

¹ Paul LEGENDRE, *La fabrique de l'homme occidental*, film de G. CAILLAT, Institut national de l'audiovisuel en coproduction avec Arte 1996.

² Claire NEIRINCK, *Homoparentalité et adoption*, Extrait des études offertes à Pierre CATALA, Éditions Litec 2001.

II. L'enfance est donc pour chaque être humain, une étape nécessaire, un passage obligé. Corrélativement, la notion d'enfance apparaît inévitablement liée à la notion d'humanité. Or, comme le disait très justement le Premier Consul Napoléon Bonaparte : « *On ne joue pas avec les Hommes comme avec les choses inanimées. Les hommes se meuvent par l'âme* ». L'enfant-homme doit donc pouvoir bénéficier des droits les plus élémentaires dont l'Homme peut se prévaloir. Cela étant, il apparaîtrait évidemment malvenu de se contenter d'une telle assimilation sans tenir compte du particularisme de l'enfance, car cela reviendrait à négliger les spécificités des exigences inhérentes à son statut. Ainsi, à elle seule, la notion d'humanité ne suffit pas à précisément définir ce qu'est un enfant. Si tel était le cas, la distinction entre l'enfant et l'adulte n'aurait aucune raison d'être. Or, s'il est acquis que l'adulte a d'abord été un enfant, il reste que l'enfant, lui, n'est pas encore un adulte. Dès lors, en sus de considérer l'enfant en tant qu'humain, une bonne définition de l'enfance le considèrera également en tant que mineur³. Mais qu'est-ce que la minorité ?

III. Le propre de la minorité est d'impliquer la qualification d'« incapable ». L'enfant, donc, le mineur, est ainsi nécessairement soumis à la notion d'incapacité. En effet, si la minorité est déterminée différemment selon les États, elle implique néanmoins toujours cette conséquence qu'est l'incapacité. Véritable concept juridique, l'expression est traditionnellement divisée par la doctrine française selon deux aspects. Il existe ainsi d'une part, les incapacités de jouissance et d'exercice et d'autre part, les incapacités de défiance et de protection. L'incapacité du mineur s'inscrit dans le domaine des incapacités de protection. En effet, à consonance *a priori* négative, la notion est en réalité destinée à pallier la vulnérabilité du mineur, son exposition naturelle au danger. C'est donc uniquement en raison de sa jeunesse et de son

³ Bien que les notions d'enfance et de minorité (ou d'enfant et de mineur) ne soient pas exactement similaires, nous les utiliserons indistinctement au cours des développements de cette étude. En effet, le concept d'enfance nous apparaît clairement définissable par rapport au concept de minorité et ce, en dépit des divergences entre les États. Enfance et minorité serviront donc indifféremment tout au long de cette étude afin de caractériser l'individu de sa naissance à l'âge de 18 ans. L'affirmation vaut à tout le moins lorsque le droit français justifiera son intervention.

inexpérience que l'enfant se voit privé de la capacité juridique d'exercice : dépourvu de discernement quant à l'identification de ses besoins et manquant d'autorité pour faire valoir ses droits, il nécessite impérativement et dans tous les cas, une protection qui soit adaptée à son état⁴. Pour autant, il reste à considérer qu'envisagée au travers du concept de minorité, l'enfance est une notion susceptible d'englober un très large panel d'individus dont la vulnérabilité, la dépendance et l'exposition potentielle au danger, ne sauraient être à chaque fois entièrement assimilées. En effet, si l'incapacité d'exercice se justifie pleinement à propos d'un nourrisson ou d'un enfant en bas âge, elle mérite certainement d'être mieux relativisée concernant un grand adolescent – du moins en certains domaines.

IV. C'est pourquoi, certaines dispositions relativisent parfois l'incapacité d'exercice du mineur. En effet, par exemple, les dispositions de l'article 389-3 du Code civil, prévoient que l'administrateur légal le représente dans tous les actes civils, sauf dans les cas pour lesquels la loi ou l'usage l'autorise à agir seul. C'est là permettre au mineur - en particulier en matière personnelle - de parfois directement faire valoir sa qualité de sujet de droit. À titre d'exemple, à compter d'un certain âge, le consentement de l'enfant est requis lorsqu'il s'agit de décider de son adoption⁵. Le consentement de l'enfant est encore requis lorsque, indépendamment de toute modification inhérente à la filiation, un changement de nom est envisagé⁶. Enfin, depuis l'avènement de la *loi du 4 juillet 2001*, la mineure dispose du droit de décider seule de l'interruption volontaire de sa grossesse. Il reste que les cas où la loi reconnaît à l'enfant une capacité d'exercice assimilable à celle de l'adulte demeurent exceptionnels. Ils concernent d'ailleurs généralement des domaines où une solution contraire aurait privé de sens l'exercice du droit en question. Il serait en effet par exemple impensable de permettre au représentant

⁴ L'incapacité de jouissance peut être définie comme l'incapacité à être sujet de droits et d'obligations. Pour sa part, l'incapacité d'exercice est l'incapacité à faire valoir ses droits, par soi-même, dans la vie juridique. Sujet de droit, l'enfant n'est pas frappé d'une incapacité de jouissance. En revanche, il a généralement besoin d'un représentant pour faire valoir les droits dont il est titulaire.

⁵ Cf. à ce propos les développements infra n° 749 et suivants.

⁶ Cf. en ce sens les dispositions de l'article 8 de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 ainsi que des articles 60 et 61-3 du Code civil.

légal d'un adolescent de forcer ce dernier à reconnaître (ou à refuser de reconnaître) un enfant comme étant le sien ... Cela étant, le retour au principe rappelle que généralement, le mineur reste astreint à la volonté des adultes. Cela vaut d'ailleurs même lorsqu'à l'occasion d'une procédure le concernant, l'enfant est invité à exprimer son opinion. Dans cette hypothèse en effet, il ne dispose généralement pas d'un droit de veto lui permettant d'imposer ses vues⁷. Il ne dispose d'ailleurs pas non plus d'un véritable droit d'ester (personnellement) en justice⁸. Ce dernier constat permettrait-il de craindre que l'enfant puisse régulièrement se heurter à l'incapacité de faire valoir ses droits, notamment devant les tribunaux ?

V. Une réponse affirmative reviendrait à plaider en défaveur de l'incapacité. Or, rappelons-le, la notion se veut protectrice. Si donc l'enfant est incapable, c'est qu'il ne dispose pas (encore) du discernement nécessaire à l'indépendance. Et c'est précisément là ce qui justifie le rôle dévolu à la famille/à l'adulte. Car en effet, tant que l'enfant manque de « sagesse », il y a fort à parier que seul, il ne pourra pas valablement pourvoir à son intérêt. Ainsi, bien qu'à des degrés variables en fonction qu'il soit en bas âge ou au contraire, proche de la majorité, les conséquences d'une absence de protection valable ont de fortes chances d'être sensiblement les mêmes : la réalisation et/ou la permanence du danger. Ainsi par exemple, le nourrisson abandonné dans la rue ne survivra pas s'il n'est pas recueilli. L'enfant en bas âge négligé par sa mère absente et battu par son père alcoolique ne se verra pas accorder la chance de grandir dans un environnement garantissant son bon développement. L'adolescent fugueur que l'on ne contraindrait pas à rentrer au domicile familial risquera de se couper du milieu scolaire et d'être durablement exposé aux dangers de la rue. Le mineur migrant arrivé seul en France et livré à lui-même aura de fortes chances d'être enrôlé dans les réseaux criminels, etc. Or, ce sont précisément ces situations néfastes pour l'enfant, conséquences d'une protection défailante, que le droit contemporain souhaite éviter. Voilà pourquoi, en dépit de la diversité tant des motifs susceptibles de justifier leur

⁷ Cf. infra n° 729 et suivants, à propos de l'audition de l'enfant.

⁸ Exception faite des dispositions de l'article 375 du Code civil (assistance éducative).

intervention, - d'un simple risque de danger à la concrète nécessité de pallier un danger avéré - que de leur nature, les dispositions relatives à l'enfance retrouvent leur unité dans le but qu'elles poursuivent : garantir au mineur de bonnes conditions de développement à la fois physiques et psychiques.

VI. Le droit contemporain de l'enfance semble donc légitimement empreint d'un souci de protection marqué. Et c'est d'ailleurs justement parce que cette conception de l'enfance apparaît aujourd'hui évidente à la plupart d'entre nous que les recherches étymologiques au sujet de cette notion ne manquent jamais de surprendre ceux qui les entreprennent. En effet, dans différentes langues anciennes et médiévales, le terme enfant signifiait « *esclave* »⁹. Et comme le souligne très justement Madame Pascale MEOTTI dans sa thèse : « *aujourd'hui encore, il subsiste des traces de l'assimilation de l'enfant à l'esclave : aux États-Unis, le terme boy (garçon) est utilisé pour humilier un adulte, tout comme en France où son utilisation fait clairement référence à un serviteur* »¹⁰. L'auteur poursuit ensuite et de toute évidence à bonne escient en relevant que : « *ce lien linguistique tissé entre les enfants et les esclaves est d'autant plus troublant qu'il paraît aujourd'hui inacceptable d'associer l'esclavage à l'enfance* »¹¹. Pourtant, dans la plupart des peuples antiques, l'enfant était naturellement considéré comme un objet de propriété¹². Les temps qui ont suivi n'ont pas immédiatement conduit à vraiment améliorer son sort. La situation juridique très précaire du mineur l'a ainsi longtemps mené – et le mène encore régulièrement - à la maltraitance, voire, à l'exploitation¹³.

⁹ John BOSWELL, *Au bonheur des inconnus, les enfants abandonnées de l'Antiquité à la Renaissance*, Paris, Gallimard, 1993, P. 30.

¹⁰ Pascale MEOTTI, *La lutte contre l'exploitation des enfants – étude de droit international public*, Thèse, Dijon, 1999.

¹¹ Ibid.

¹² Pierre DUCLOS, *Les enfants de l'oubli*, Paris, Le Seuil, 1989, P.109.

Aussi, plus tard, à Rome, la toute-puissance paternelle prédominait dans l'organisation de la famille.

¹³ Cf. infra n° 410 et suivants.

VII. Une lueur d'espoir a cependant accompagné la découverte de la notion d'enfance à la fin du XVII^{ème} siècle et au début du XVIII^{ème} siècle¹⁴. Rapidement suivie de la prise de conscience que cette catégorie de personnes nécessitait une protection spécifique tant de la part de la famille, que de la part de l'État, cette perception nouvelle de l'enfant a initié le changement. Néanmoins, l'analyse historique du droit français de l'enfance depuis 1804, démontre qu'au moins trois étapes successives ont été nécessaires avant de parvenir à faire du souci de protection, une priorité¹⁵.

Tout d'abord, pour une large part, le XIX^{ème} siècle fut marqué par une première étape caractérisée par la conception d'un « *l'État libéral* » où le « *bon père de famille* » s'est vu attribuer le droit d'élever ses enfants « *à son bon vouloir* »¹⁶. Puis, à compter du début des années 1880, l'avènement de l'« *État républicain* » eut pour conséquence la poursuite de la réalisation de trois grands principes, à savoir, l'égalité devant la loi, le triomphe de la volonté générale, et la souveraineté de l'État¹⁷. Au cours de cette deuxième étape, le désir de réaliser l'idéal républicain poussa d'ailleurs l'État à progressivement intervenir dans la sphère familiale. Ainsi par exemple, *la loi de 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés*, introduite après 10 ans de débats au parlement, possédait un objectif double : d'une part, soustraire le mineur aux mauvais traitements, au délaissement à l'exploitation et, d'autre part, prévenir le crime et la marginalité. Ce texte énumérait les motifs pour lesquels la déchéance de la puissance paternelle pouvait être judiciairement prononcée. Ainsi, la déchéance pouvait notamment être prononcée en cas d'indignité des parents. Elle était obligatoire suite à une condamnation des parents pour crimes commis contre les enfants ou de condamnations deux fois de suite pour incitation à la débauche. Elle était en outre facultative en cas de condamnations diverses, mauvais traitement, ivrognerie, conduite notoire, défauts de soin compromettant la santé, la moralité d'un ou plusieurs enfants. Selon les termes de cette loi, l'autorité judiciaire pouvait en outre facultativement

¹⁴ Philippe ARIES, *L'enfant et la famille sous l'Ancien régime*, Paris, Le Seuil, 1973.

¹⁵ Gilles LEBRETON, *Le droit de l'enfant au respect de son « intérêt supérieur »*. Critique républicaine de la dérive individualiste du droit civil français, CRDF, n° 2, 2003, PP. 77-86.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

prononcer la déchéance en cas de condamnation pour séquestration suppression ou exposition d'enfants ou pour vagabondage. Pouvaient être déchus les père et mère qui, par leur ivrognerie habituelle leur inconduite notoire et scandaleuse, ou par leurs mauvais traitements, compromettaient soit la santé, soit la sécurité soit la moralité de leurs enfants. Si le père seul était déchu, la mère pouvait se voir conférer l'exercice des droits de la puissance paternelle.

Les bases susceptibles de permettre la reconnaissance d'un intérêt appartenant en propre à l'enfant étaient alors posées. Il restait cependant encore du chemin avant que la reconnaissance pleine et entière des droits de l'enfant vise prioritairement la préservation de l'intérêt spécifique de ce dernier. En effet, comme le souligne Gilles LEBRETON: *« dans la perspective républicaine qui refuse de dissocier les droits de l'homme de l'exercice de la citoyenneté, « l'intérêt de l'enfant » n'a (...) pas pour seul but de protéger les droits de l'enfant : il vise aussi et surtout à servir l'intérêt de la société en permettant à l'État d'intervenir dans la sphère familiale pour favoriser l'accession des enfants à la prise de conscience de leur citoyenneté. Ce qui sous-tend cette notion d'« intérêt de l'enfant » est donc une logique de droit public et non de droit privé »*¹⁸. Mais ce n'était là qu'une heureuse transition puisqu'en faisant par la suite passer le mineur du statut de simple objet de droit à celui de véritable sujet de droit, le XX^{ème} siècle a finalement été marqué par une troisième étape dont le propre est d'être parvenue à une véritable concrétisation des droits inhérents à l'enfance. Il reste que cette affirmation générale des droits de l'enfant posait encore la question de leur situation par rapport aux droits de l'Homme.

VIII. Le texte de la *Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen* (ci-après la DUDHC) entend donner au terme « homme » une interprétation large. En effet, tous les êtres humains, indépendamment de leur sexe, de leur race, de leurs origines et de leurs croyances (religieuses/philosophiques), ont vocation à être protégés par le texte fondamental. Pour autant, bien qu'il ne fasse aucun doute que le mineur,

¹⁸ Ibid.

étant humain, entre dans la catégorie des personnes à protéger, il n'en demeure pas moins que le particularisme de son statut ci-dessus relevé a commandé que l'on s'interroge sur l'opportunité d'adjoindre à cette « universalité », un régime protecteur spécifique.

IX. Naturellement nommé les « *droits de l'enfant* », ce régime « sur mesure » est aujourd'hui défini à l'échelle internationale par différents textes au titre desquels on compte notamment la *Convention internationale sur les droits de l'enfant* (ci-après la CIDE). Le 20 novembre 1989, date d'adoption de cet instrument par l'assemblée des Nations Unies, semble avoir auguré un véritable changement en marquant « *l'avènement de l'ère de l'État de droit. Officiellement, l'État de droit se présente sous les habits séduisants d'un État respectueux des droits de l'homme, ou pour mieux dire d'un État soumis au droit. Mais de quel « droit », de quels « droits de l'homme » s'agit-il ? Non pas du droit républicain, expression de la volonté générale, mais du droit revendiqué par l'individu de vivre dans le seul « souci de soi » ; non pas des « droits de l'homme » de 1789, indissociables des droits du citoyen, mais des « droits fondamentaux de la personne humaine », qui exacerbent ce qui sépare les individus au détriment de ce qui les unit, au point de menacer l'existence même de l'État (...). Rapportée au droit de la famille, cette pensée ultra-individualiste a donné naissance au concept d'« intérêt supérieur de l'enfant », consacrée avec éclat par la Convention précitée de 1989. Contrairement à l'« intérêt de l'enfant » qui cherchait comme on l'a vu l'intérêt de la société au-delà de l'intérêt du mineur, l'« intérêt supérieur de l'enfant » rejette l'intérêt général au second rang de ses préoccupations, loin derrière l'intérêt du mineur qui « doit être une considération primordiale », comme l'affirme sans ambiguïté l'article 3 de cette Convention ». Le passage de l'« intérêt » à l'« intérêt supérieur » de l'enfant n'est donc pas innocent : il traduit la volonté de substituer à une logique de droit public, centrée sur l'intérêt général, une logique de droit privé, au service d'intérêts particuliers »^{19/20}.*

¹⁹ Gilles LEBRETON, Op. cit.

X. Cette perception nouvelle de la *fondamentalité* ne pouvait rester sans effet : l'incidence de l'instrument conventionnel sur le droit interne de ses États parties était inévitable. Le positionnement international a donc nettement influé sur l'amélioration des politiques législatives nationales. Voilà pourquoi, confronté à la spécificité de la catégorie de personnes en cause, le juriste s'est vu attribuer la mission de s'interroger sur la capacité des règles existantes à réaliser l'objectif visé. À tel point d'ailleurs qu'aujourd'hui, tant en France, que dans de nombreux pays étrangers, ce souci de protéger le mineur conformément à ce qu'exige le respect de son intérêt représente l'une des caractéristiques les plus marquantes de l'évolution du droit applicable à l'enfance. En effet, en Europe, « *dans quasiment tous les États, les législateurs sont animés par des préoccupations sensiblement identiques (...) assez largement traduites dans leur droit interne (...) ne serait-ce que pour respecter leurs engagements internationaux* »²¹. L'internationalisation du droit interne conduit donc à l'atténuation des spécificités nationales en reflétant un mouvement commun des États vers une protection accrue de l'enfance.

XI. En France, cette volonté protectrice se traduit globalement par l'organisation d'une protection de plein droit. Et pour le cas où elle serait défailante, des mesures de protection palliatives sont destinées à soustraire l'enfant au danger auquel il est ou auquel il risque d'être exposé. Parmi ces mesures, le placement en famille d'accueil, le placement sous tutelle ou l'adoption peuvent notamment être pris en exemples. Ces différentes règles et ces diverses mesures sont destinées à assurer la protection de la personne et/ou des biens de l'enfant : protection contre l'un de ses/ses parent(s) ou protection contre les tiers ; protection contre l'isolement, l'abandon ; etc.

²⁰ Au cours de notre études, les expressions « intérêt de l'enfant » et « intérêt supérieur de l'enfant » seront cependant indistinctement utilisées.

²¹ Frédérique GRANET, Les préoccupations dominantes dans les législations européennes actuelles en matière d'autorité parentale, Note pour le Haut Conseil de la Population et de la Famille, 2002.

Néanmoins, bien que dès l'origine, ce système ait manifesté sa tendance protectrice, diverses réformes ont efficacement contribué à son amélioration, notamment au regard des exigences conventionnelles inhérentes aux droits de l'enfant.

XII. Ainsi entre autres, faisant suite à la réforme de 1987, l'élaboration de la *loi relative à la famille, à l'état civil et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales*, du 8 janvier 1993, procède d'une volonté affirmée du législateur de mettre en adéquation le droit national avec les dispositions de la *Convention internationale des droits de l'enfant* : conformément aux dispositions de cette loi, l'enfant s'est en effet notamment vu reconnaître le droit à être élevé par ses deux parents et ce, indépendamment de l'union ou de la désunion de ces-derniers. Pour sa part, la *loi du 6 février 2001, relative à l'adoption internationale*, constitue un autre exemple significatif de la volonté de la France de parvenir à garantir la protection de l'enfant dans le respect de ses engagements internationaux : adoptabilité, absence de droit à adopter et éthique de l'adoption ne sont en effet pas sans rappeler les objectifs de la *Convention de La Haye du 29 mai 1993, sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale* ²² ; convention elle-même manifestement soucieuse du respect de la Convention Internationale des droits de l'enfant. Enfin, en guise d'illustration supplémentaire, nous pouvons souligner que la *loi relative à l'autorité parentale*, du 4 mars 2002 semble s'insérer dans une logique similaire. En effet, ses multiples références à « *l'intérêt de l'enfant* » sont un rappel incontestable à la CIDE et une preuve supplémentaire de la tendance protectrice française.

XIII. Finalement, bien que les exemples de réformes susmentionnés ne soient pas exhaustifs, ils témoignent assurément du fait que la grande majorité des règles françaises relatives à l'enfance tende à organiser l'encadrement de la situation du

²² Cf. la loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale, JO du 8 févr. 2001, conforme pour l'essentiel à la Convention de La Haye de 1993, relative à l'adoption internationale, elle-même soucieuse du respect de l'intérêt de l'enfant.

mineur pour pallier sa « faiblesse » et préserver son intérêt. Certes, en France, il aurait difficilement pu en être autrement quand l'on sait que la hiérarchie des normes commande que le droit interne soit subordonné au droit international et que, conformément à ce principe, notre législation nationale, reconnaît aux accords internationaux, « *une autorité supérieure à celle des lois* »²³.

XIV. Toutefois, indépendamment de ces considérations, il nous paraît opportun de rappeler que le droit français a lui-même naturellement tendance à chercher à protéger l'enfant²⁴. En réalité, pour ce qui concerne les droits de l'homme, l'influence entre droit interne et droit international apparaît réciproque : si le droit international a tendance à déteindre sur les législations internes des États à l'origine de son adoption, il n'en demeure pas moins que le droit international en question puise la source de son existence dans ces mêmes législations nationales. En effet, ce sont les États qui créent le droit international. Ce dernier n'existe alors que grâce à eux. En conséquence, il va de soi que les principes qu'il défend puissent leur inspiration dans les principes chers aux États. L'internationalisation du droit interne constitue donc généralement une amélioration du droit national, sans systématiquement être un véritable sacrifice. Il reste que – et nous venons de le voir – parfois, l'influence du droit international semble accélérer le « *processus d'évolution* » en incitant les États à modifier leurs dispositions internes, conformément aux objectifs internationalement fixés²⁵. Mais l'influence du droit conventionnel ne s'arrête pas là. Il semble en effet, qu'elle puisse également atteindre les décisions des juges :

²³ Article 55 de la Constitution française du 4 octobre 1958.

²⁴ Précision doit également être faite que si le droit international a tendance à déteindre sur les législations internes des États à l'origine de son adoption, il n'en demeure pas moins que le droit international en question puise la source de son existence dans les législations nationales. En effet, ce sont les États qui créent le droit international. Ce dernier n'existe alors que grâce à eux. Et il va de soi que les principes qu'il défend puissent leur inspiration dans les principes chers aux États. L'internationalisation du droit interne constitue donc généralement une amélioration du droit sans être un véritable sacrifice des États.

²⁵ Pour illustration : CEDH, 1^{er} février 2000, Mazurek C/ France : JurisData n° 2000-109825. Dans cette affaire, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France sur fondement de discrimination de l'enfant adultérin dans le partage successoral. La loi n° 2011-1135 du 3 décembre 2011 est donc par la suite intervenue, engageant une réforme en faveur de la conformité du droit national aux dispositions européennes.

XV. Tous les États membres du Conseil de l'Europe sont liés par les obligations résultant de la CIDE. Or, à l'occasion de l'arrêt *Sahin contre Allemagne*, la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH) a posé la règle générale suivante : « la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant énonce des droits fondamentaux des enfants et les normes que tous les États doivent se fixer pour que tous les enfants puissent exercer ces droits »²⁶. Bien évidemment, cette affirmation ne saurait être traduite comme une extension de la portée de la CIDE qui permettrait à l'enfant d'invoquer les dispositions de cet instrument devant les juges européens, indépendamment de toute référence à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen (ci-après CESDH). Elle révèle néanmoins que la CEDH s'intéresse à l'interprétation et à l'application des traités de droit international public relatifs à l'enfance.

Une réflexion similaire pourrait être menée à propos des traités multilatéraux de droit international privé. En effet, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, notamment à propos de l'enlèvement international d'enfants, atteste d'une prise en considération des dispositions des conventions de la Conférence de La Haye, en particulier, de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980, sur les aspects civils de l'enlèvement international*²⁷.

XVI. En adoptant cette démarche, la Cour européenne « globalise » l'influence des instruments régionaux et internationaux relatifs à l'enfance et accroît l'influence de la CESDH. De ce fait, elle contraint efficacement les juges nationaux à prendre en considération l'ensemble des instruments destinés à protéger l'enfant, lorsqu'à l'occasion d'une affaire, ils ont à interpréter les dispositions de l'instrument européen.

²⁶ CEDH, Grande chambre, requête n°30943/96, *Sahin c/ Allemagne*, §39.

²⁷ Cf. en ce sens les développements infra n° 279 et suivants.

XVII. De ce constat découle l'évidente incohérence qu'il y aurait à cautionner une réglementation qui ne se soucie pas de garantir la protection des mineurs. Et cela vaut d'ailleurs quelle que soit l'échelle à laquelle la réglementation en question est adoptée. Pour autant, de l'enfant *objet* à l'enfant *sujet*, la barrière de la cohérence ne paraît pas avoir été franchie par notre réglementation nationale car en dépit du souci de protection marquant le droit de l'enfance, les parents conservent aujourd'hui en droit positif, un statut empreint de l'autorité nécessaire à l'éducation-protection. Ainsi par exemple, bien qu'il leur soit recommandé d'associer le mineur aux décisions le concernant, ils peuvent tout de même lui imposer certaines choses contre son gré²⁸. L'enfant reste un enfant. L'équilibre paraît donc sauf. Pourtant, nous l'avons vu, il n'amenuise en rien la tendance protectrice du droit contemporain de l'enfance dont la conformité aux exigences internationales semble par ailleurs, relativement satisfaisante.

XVIII. Toutefois, il serait inexact de penser que les efforts à la fois nationaux et internationaux soient parvenus à entièrement éradiquer tout risque de danger. En effet nous l'avons dit, en elle-même, l'enfance est vulnérable. Et s'il est évidemment bienvenu de penser pallier cet état de fait au moyen d'une protection bien pensée, il serait utopique de croire que la protection énoncée soit systématiquement et parfaitement mise en œuvre. De manière générale, certains facteurs sont effectivement susceptibles de contrevenir à la bonne marche de la protection des mineurs. Parmi ces derniers, la possible défaillance de la protection en vigueur. Ainsi par exemple, des parents maltraitants contribueront à mettre à mal la capacité protectrice de l'autorité parentale de plein droit. Aussi, un tuteur négligent amoindrira de manière conséquente les effets protecteurs de la mesure de protection décidée par un juge bienveillant.

XIX. Mais il se peut également qu'en raison de sa situation particulière, un enfant soit exposé à une vulnérabilité accrue. À ce titre, il peut par exemple évoluer au sein d'un cadre économique et social instable et/ou défavorable. Les crises, les guerres ou la

²⁸ Ainsi par exemple, ce n'est pas à l'enfant de décider du lieu de sa résidence.

pauvreté peuvent alors inciter les familles/l'enfant à se déplacer afin d'accéder à « une vie meilleure ». Sans garantie de succès car l'Occident lui-même n'offre pas dans tous les cas, la réalisation des rêves de ceux chez qui il a su susciter l'espoir. L'instabilité ou la désunion familiale peuvent également être à l'origine d'un déplacement international. Enfin, indépendamment de toute crise et pour de multiples raisons, le mineur peut être amené à traverser les frontières. Dans chacune de ces situations et quel que soit le résultat obtenu, la seule circonstance d'un déplacement transfrontière exposera le mineur qui en fait l'objet à certains risques supplémentaires. Néanmoins, cette affirmation ne permet pas d'affirmer que tous les déplacements seront générateurs des mêmes risques. Ainsi donc, en situation de déplacement, pour mesurer le risque auquel le mineur est exposé, il conviendra de distinguer :

XX. Pour l'enfant qui bénéficie d'un cadre familial convenable/uni, la mobilité, qu'elle soit interne ou internationale, n'implique généralement qu'un risque minime et ne nécessite en conséquence, qu'un encadrement supplémentaire relativement simple. Tel est par exemple le cas si l'enfant voyage ou déménage à l'étranger avec sa famille dans un contexte apaisé. D'ailleurs, le déplacement peut même, dans certains cas, s'avérer protecteur. Il en va notamment ainsi lorsqu'il mène l'enfant abandonné à s'intégrer dans une famille d'adoption ou lorsqu'il conduit l'enfant enlevé à renouer le contact avec l'un de ses parents. Il reste que ces situations posent des questions spécifiques nécessitant des réponses adaptées.

Nous le verrons, les réponses à ces interrogations ne relèvent pas de l'évidence et de ce fait, ne s'imposent pas sans justifications. Elles doivent dès lors être justifiées dans leurs fondements certes, mais également – et peut-être même surtout- au regard de leur pertinence pratique. Valable en contexte apaisé, cette affirmation l'est certainement bien plus encore en l'absence d'un tel cadre :

XXI. Lorsque le contexte dans lequel évolue le mineur manque de sérénité, le risque encouru par ce dernier est généralement plus significativement accentué par le déplacement. En effet, à la simple échelle interne, la mobilité de l'enfant dont la famille est défaillante et/ou désunie aggrave potentiellement les conséquences d'une situation

déjà perturbante. Et cela vaut notamment parce que la désunion familiale emporte souvent avec elle le risque de séparer l'enfant de l'un de ses parents. Or, il est évident que la rupture des liens d'attachement à l'un des parents, provoquée par la désunion ou le placement consécutif à une défaillance familiale, provoque souvent chez le mineur un appauvrissement de l'image de soi, des problèmes d'identité, d'appartenance et d'intégration sociale incompatibles avec la préservation de son intérêt.

XXII. Déjà donc potentiellement dramatiques à la seule échelle nationale, ces situations se trouvent nécessairement davantage dégradées par le passage des frontières. En effet, l'éloignement familial et/ou social, la barrière de la langue, la différence de culture, ou, tout simplement le bouleversement dû au déplacement figurent parmi les critères susceptibles de fragiliser un peu plus le mineur. Le déplacement international d'enfants comporte dès lors sans conteste un risque encore plus grand. À l'heure où les frontières font de moins en moins obstacle à la mobilité des « familles », le nombre de déplacements internationaux d'enfants ne fait qu'augmenter. Sans surprise, cette réalité a pour conséquence, d'une part, l'exacerbation des situations difficiles aux seins desquelles les mineurs sont parfois contraints d'évoluer – comme ce peut être le cas lorsqu'un enfant fait l'objet d'un enlèvement international par l'un de ses parents par exemple - et d'autre part, l'exposition de ces enfants à des risques/dangers auxquels ils étaient auparavant peu, voire pas confrontés – imaginons par exemple la situation d'un enfant qui, après avoir quitté seul son pays d'origine, est victime de la traite ou fait l'objet d'une exploitation économique et/ou sexuelle. Que deviennent en effet ces mineurs migrants qui disparaissent au cours de leur voyage ? La question mériterait d'être posée si leur nombre était moindre. Mais elle le mérite d'autant plus lorsque les chiffres sont alarmants. Or, l'agence de coordination policière Europol a récemment affirmé que plus de 10 000 enfants migrants non accompagnés ont récemment disparu en Europe sur les 18 à 24 derniers mois²⁹ !

²⁹ Des milliers d'enfants migrants ont disparu en Europe, article disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.lefigaro.fr/international/2016/01/31/01003-20160131ARTFIG00123-des-milliers-d-enfants-migrants-ont-disparu-en-europe.php>.

XXIII. Ainsi donc, puisque la mobilité transfrontière de l'enfant n'est jamais anodine, une étude du droit de l'enfance sous l'angle du déplacement international semble particulièrement opportune et justifiée. Aussi, dans tous les cas, le « risque » encouru par le mineur partagé entre au moins deux États rappelle qu'un tel axe d'étude est certainement encore plus intimement lié à l'idée de protection que tout autre aspect du droit de l'enfance. Et cela vaut, que l'enfant voyage ou qu'il déménage, qu'il soit enlevé ou qu'il fasse l'objet d'une adoption à l'étranger, qu'il fugue ou qu'il passe une frontière dans l'espoir d'une vie meilleure. Voilà pourquoi, il nous est apparu incontournable d'aborder le thème du déplacement d'enfant en droit international privé du point de vue de l'impératif de protection.

XXIV. Empreinte d'un élément d'extranéité, la situation des mineurs « *transfrontièrement* » mobiles fait nécessairement appel au droit international privé. En effet, nous l'avons déjà sous-entendu, l'impératif de protection de l'enfance ne peut se contenter d'implorer en garantie, l'intervention du Droit. Encore faut-il en effet, savoir de quel droit il s'agit. Cette question résolue, l'intervention d'une loi étrangère pose encore la question de ses limites : dans quelle mesure le droit d'un autre État participera-t-il à la détermination d'une solution protectrice ? Quelle sera la part d'intervention réservée à la loi du for ? La réponse à cette question ne résout pas tous les problèmes. Elle ne dit pas en effet, quelle sera l'autorité compétente. Or, la réponse à cette dernière interrogation n'est pas sans conséquences. En effet, la teneur des solutions applicables à l'enfant ne sera pas nécessairement identique selon la juridiction en charge de statuer. Il en va de même de la mesure de leur efficacité. Est-il alors permis de

Cf. également en ce sens : Comment 10.000 enfants réfugiés peuvent disparaître des radars ? Article disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://tempsreel.nouvelobs.com/monde/migrants/20160201.OBS3811/comment-10-000-enfants-refugies-peuvent-disparaitre-des-radars.html> ;

L'invisibilité des mineurs étrangers non accompagnés qui traversent l'Europe, article disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://tempsreel.nouvelobs.com/monde/migrants/20160201.OBS3811/comment-10-000-enfants-refugies-peuvent-disparaitre-des-radars.html> ;

L'inquiétante disparition d'au moins 10000 enfants migrants en Europe, article disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.rfi.fr/europe/20160131-europol-inquietante-disparition-moins-10000-enfants-migrants-europe>.

demander au droit international privé de résoudre ces questions en tenant compte de la nécessité de protéger l'enfant ?

XXV. Une réponse positive supposerait tout d'abord que la notion d'enfance puisse être clairement appréhendée. Pour ce faire, une référence au concept de minorité semble judicieuse et ce, indépendamment des divergences entre les États. En effet, nous l'avons vu précédemment, dans tous les cas, la minorité induit l'incapacité. Or, de l'incapacité découle nécessairement l'idée de protection. Ainsi, en dépit des nuances, l'assimilation de l'enfant au mineur impliquera forcément une concertation des États sur l'essentiel : la nécessité de protéger le mineur, à savoir, l'enfant.

L'article 1^{er} de la CIDE définit l'enfant comme étant « *tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable* ». Cependant, bien que la convention tienne visiblement à protéger l'enfant jusqu'à ses 18 ans, elle concède aux États la liberté de fixer la majorité à un autre âge, y compris plus élevé. Dans ce cas d'ailleurs, les normes « supérieures » doivent toujours prévaloir³⁰.

Ces dispositions permettraient-elles de rassembler ? Si l'on tient compte du fait que la rédaction de cet article a suscité un vif débat entre les représentants de certaines délégations, peut être pas³¹. Et pourtant, il nous semble permis de considérer que l'âge de 18 ans puisse valablement être un seuil commun. En effet, sans être parfaitement identique pour chaque système juridique, la définition de l'enfance revêt très certainement le potentiel d'accorder la communauté internationale : assez globalement et à quelques exceptions près, jusqu'à ses 18 ans, l'individu nous semble pouvoir être considéré mineur. Aussi, au-delà de ce seuil, il n'y a qu'à appliquer à l'enfant son droit national pour décider de sa minorité ou de sa majorité. Les sujets de la protection visés par notre étude étant donc clairement définissables, le droit international privé ne peut pas se cacher derrière l'excuse de l'imprécision pour écarter

³⁰ Article 41.

³¹ M. ZANI, La convention internationale des droits de l'enfant : portées et limites, Paris, Publisud, 1996.

l'opportunité de son intervention. Mais l'essentiel reste à justifier. En effet, pour que notre question reçoive une réponse digne d'écarter toute confusion, il nous appartient encore de parvenir à affirmer que le droit international privé peut être légitimement fondé à se soucier de la protection de l'enfance déplacée.

XXVI. Cette vérification se justifie en raison du fait que, contrairement au droit national, le droit international privé ne s'attache *a priori* pas à viser la réalisation de la justice matérielle. En effet, pareille quête semble sous-entendre l'ambition de réaliser les objectifs fixés par une politique législative interne. Or, il peut de prime abord paraître inapproprié de prétendre attribuer à cette matière une telle fonction.

Mais nous limiter à cette affirmation reviendrait à nous faire prendre le risque d'omettre une seconde réalité : le droit international privé existe afin de résoudre des litiges impliquant des particuliers³². De là, il nous semble que sans se trahir, la matière peut légitimement être imprégnée d'un souci de protection. Plus concrètement, il apparaît que de manière générale, le droit international privé est d'ores et déjà ouvert à l'idée de viser la protection d'individus dont le droit interne des États a déjà pris en compte la spécificité liée à leur vulnérabilité. En effet, le développement récent des questions familiales en droit international privé conventionnel et européen s'est, pour une large part, consacré à l'amélioration de la protection des enfants. Ce besoin de protection accru du particulier qu'est le mineur justifie ainsi la tendance protectrice de nombreux instruments internationaux directement relatifs à l'enfance, y compris déplacée. En effet, diverses conventions de droit international privé adoptées dans le domaine familial manifestent ce désir de protection. Parmi ces-dernières, celles adoptées par la Conférence de La Haye de droit international privé méritent d'être citées : conventions du 5 octobre 1961, concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs et 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 ; mais

³² Ibid.

également conventions du 25 octobre 1980 – relative à l'enlèvement international d'enfant- et du 29 mai 1993 – concernant l'adoption internationale.

XXVII. Cela étant, le droit international privé n'est pas le seul à manifester ce désir de protection. En effet, certains instruments de droit international public procèdent du même état d'esprit. C'est notamment le cas de la CIDE. C'est encore le cas de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, de 2000 et de son Protocole additionnel. Aussi, il n'est pas inopportun de relever qu'à l'échelle européenne, le Conseil de l'Europe et l'Union européenne ont nettement contribué à l'évolution du droit de la famille. L'étude de cette réglementation supranationale laisse percevoir une volonté commune d'assurer la protection de l'enfance. Par ailleurs, ses dispositions plus spécifiquement relatives au déplacement révèlent un souci constant de prémunir le mineur contre les risques susceptibles d'accompagner sa mobilité transfrontière.

XXVIII. Désormais, cet ensemble de solutions se voulant favorable au sort du mineur s'inscrit dans un fonctionnement dont la cohérence ne semble globalement pas devoir être remise en cause. Cela étant, précision doit dès à présent être faite que, bien que les propositions de cette étude se veuillent globales – et en conséquence, potentiellement transposables aux systèmes juridiques étrangers – nos travaux étant menés en droit international privé français, nous focaliserons essentiellement notre attention sur la réglementation intéressant la France.

XXIX. Pour autant, quelle que soit son échelle et le cadre de la réglementation au sein duquel elle s'inscrit, un constat semble s'imposer : la protection dont l'enfant doit faire l'objet ne saurait avoir de sens que si elle apparaît *satisfaisante*. Partant de là, l'exigence d'une protection de l'enfance déplacée qui présente cette caractéristique devient pour notre étude, le principal objectif à atteindre.

XXX. Le vaste champ au sein duquel s'inscrit le droit de l'enfance nous obligera à poursuivre la réalisation de cet objectif en restreignant notre recherche à la protection de la personne de l'enfant, à l'exception de la protection de ses biens. Aussi, nous viserons essentiellement les aspects civils d'une telle protection. L'aspect pénal ne sera donc qu'occasionnellement abordé lorsque cela nous semblera incontournable. Le cadre de nos travaux désormais délimité, attachons-nous à définir plus avant les deux grands axes qui guideront nos développements :

XXXI. Au travers de l'analyse des différentes hypothèses de déplacement d'enfant, *la première partie* de cette étude se proposera de dessiner les contours d'une protection satisfaisante tout en relevant les implications méthodologiques nécessaires. L'opération mènera au constat suivant : pour prétendre être « *satisfaisante* », la protection de l'enfance déplacée par le droit international privé ne peut se contenter d'être « bonne ». Cela étant, elle ne doit pas non plus chercher à être parfaite. Cela dit, il est impensable d'accepter qu'elle soit médiocre ou même, plus dramatiquement, mauvaise. Il lui appartient simplement d'être *suffisante*. Elle doit en outre rechercher à être à la fois *effective* - à savoir, réalisable - et *efficace* - à savoir, internationalement « défendable ». La recherche d'une protection pleinement satisfaisante de l'enfance déplacée devra donc nous mener à prendre en considération, tant l'intérêt substantiel de l'enfant à être effectivement et suffisamment protégé, que son intérêt conflictuel à voir la protection dont il fait l'objet internationalement reconnue.

Les bases de la protection de l'enfance déplacée par le droit international privé que recherche cette étude étant ainsi posées, il nous restera à en déterminer le « contenu ». *La seconde partie* de nos travaux se proposera donc d'aller plus « au fond » des choses, en traduisant concrètement ce qu'implique l'exigence de protection visée.

PARTIE I :
POUR UNE PROTECTION
SATISFAISANTE DE L'ENFANCE
DEPLACEE PAR LE DROIT
INTERNATIONAL PRIVE

1. Poursuivre l'objectif de protéger l'enfance déplacée ne suffit pas. Encore faut-il, pour que l'opération entreprise soit fructueuse et sensée, aboutir à une protection jugée *satisfaisante*. Afin de pouvoir être ainsi qualifiée, la protection visée par le droit international privé ne doit pas forcément chercher à être parfaite. Cela dit, il est impensable d'accepter qu'elle soit médiocre, ou même, plus dramatiquement, mauvaise, voire inexistante. Mais la protection de l'enfance ne peut pas non plus se contenter d'être « bonne ». En réalité, il lui appartient d'être au moins *suffisante* et, par là-même, de satisfaire un seuil minimal que nous définirons plus avant dans cette étude.

La justification d'un tel choix tient évidemment grandement à son opportunité. En effet, réaliste, la suffisance dispense l'internationaliste de rechercher à tout prix la meilleure des protections et ce, au risque de ne viser qu'un idéal utopique, qui, bien que de prime abord attrayant, s'avèrerait en pratique, totalement inutile. Elle revêt de la sorte le potentiel de mener à une protection au contenu conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant et dont la mise en œuvre concrète demeure réalisable. En ce sens d'ailleurs, la notion est étroitement liée à la recherche d'*effectivité*. La visée d'une protection *satisfaisante* de l'enfant n'a en effet de sens que dans la mesure où la protection décidée peut concrètement recevoir application. Or, nous verrons que la poursuite d'une protection « idéale », en provoquant une séparation entre les compétences juridictionnelle et législative, induirait certainement de recourir à un raisonnement relativement étranger à cet objectif.

2. De là, il nous apparaît qu'effectivité et suffisance puissent être deux éléments permettant de vérifier le caractère satisfaisant de la protection applicable afin de réaliser l'intérêt qualifié de « *substantiel* » de l'enfant. Pour autant, le simple respect des droits subjectifs dont le mineur pourrait se prévaloir, ne suffit pas à considérer que ce dernier puisse être protégé de manière totalement satisfaisante en dépit de sa mobilité transfrontière. En effet, le déplacement interétatique d'un enfant oblige à également considérer l'aspect « *conflictuel* » de son intérêt et, à ainsi lutter contre le caractère boiteux de son statut. Partant, la circonstance de déplacement à l'échelle internationale induit la nécessité de vérifier un troisième élément avant de pouvoir considérer que l'intérêt de l'enfant est pleinement servi. Pour être jugée satisfaisante, la protection de l'enfance déplacée doit donc en outre s'avérer *efficace*.

3. Le caractère efficace de la protection se vérifie doublement : d'abord, par la permanence et la continuité du statut de l'enfant lorsque ce dernier se déplace par delà les frontières ; ensuite, par la réalisation concrète de l'objectif de protection poursuivi. Envisagée sous l'angle de l'efficacité, ce dernier objectif se distingue cependant de la poursuite d'effectivité. En effet, alors que l'effectivité vise à assurer la possibilité « pratique » de mettre en œuvre la protection décidée, l'efficacité quant à elle, cherche à garantir l'absence d'obstacles issus de l'internationalité. Plus précisément, c'est dire que l'efficacité poursuit l'objectif de garantir à l'enfant une protection apte à dépasser les risques d'affrontements interétatiques, résultant des divergences entre les systèmes juridiques.

À l'instar de ce qui est souhaitable en matière de statut personnel, l'efficacité vise ainsi une certaine stabilité – et non l'intangibilité - des règles initialement applicables à l'enfant concerné. Il serait en effet regrettable qu'à chaque passage de frontière, la protection dont le mineur fait l'objet risque quasi-systématiquement d'être remise en cause. L'efficacité ambitionne en outre de garantir à l'enfant, une protection réelle en dépit de sa mobilité transfrontière.

4. En définitive, la « satisfaction » semble donc être le résultat de la vérification de trois « caractères », qui, une fois combinés, paraissent seuls à même de pouvoir garantir à l'enfant déplacé le bénéfice de la protection que cette étude cherche à lui garantir. Il nous appartient dès lors d'aborder successivement ces notions-guides qui peuvent être classées en deux catégories : l'effectivité et la suffisance d'une part – essentiellement en raison des liens étroits que ces deux notions entretiennent - (Titre I) et, l'efficacité, d'autre part (Titre II).

TITRE I :

**La recherche d'une protection EFFECTIVE et
SUFFISANTE de l'enfance déplacée par le droit
international privé**

6. Quelles qu'elles soient, les questions relatives à l'enfance apparaissent inévitablement liées à la notion de protection. La circonstance du déplacement international d'enfants n'échappe dès lors très certainement pas à la règle. C'est pourquoi, il nous semble opportun de nous interroger à propos du rôle que le droit international privé est susceptible de jouer dans la réalisation d'une protection satisfaisante. À ce propos, nous verrons d'ailleurs ultérieurement qu'en raison de l'évolution privatiste-régulatrice dont il a fait l'objet, assigner au droit international privé une telle mission n'est pas dépourvu de légitimité. La matière paraît ainsi pouvoir avouer sa vocation protectrice et, en ce sens, viser la réalisation de l'intérêt de l'enfant déplacé. Mais concrètement, quel moyen peut lui permettre de parvenir à cette fin ?

7. La méthode privilégiée du droit international privé consiste à résoudre les questions de compétence juridictionnelle et de compétence législative distinctement. Néanmoins, en réponse au but d'effectivité et de suffisance précédemment exposé, il apparaît qu'en matière d'enfance déplacée, la liaison étroite de ces deux types de compétences rende indispensable leur appréhension commune. Or, ne laissant pas vraiment de place à l'application de la loi étrangère, la coïncidence des compétences semble imprégnée d'une part d'unilatéralisme. Partant, il est à craindre qu'elle en revête certains défauts. Par exemple, on peut très certainement douter de la réelle tendance privatiste-protectrice d'un droit international privé ayant recours à une méthodologie en apparence favorable au ménagement de l'intérêt étatique. En effet, il est *a priori* difficile de réellement croire que l'application systématique la loi du for servira prioritairement l'intérêt du mineur mobile. Et pourtant, nous verrons qu'en favorisant l'effectivité et la suffisance, la liaison des compétences juridictionnelle et législative répond convenablement aux besoins de protection de l'enfant déplacé. Cela étant, il est également potentiellement à craindre que les solutions unilatéralement pensées soient davantage enclines à heurter la sensibilité des autres États que celles issues d'un raisonnement bilatéral. Pour cette raison, il paraît bienvenu que la contribution du droit international privé à la protection satisfaisante de l'enfance déplacée (Chapitre 1) telle que nous la préconisons, trouve sa justification dans un fondement supérieur, détaché de la seule satisfaction d'un intérêt étatique prétendument au service de l'intérêt du mineur. Pour cette étude, le fondement recherché pourrait résider dans la fundamentalité. En effet, nous verrons que les droits de l'enfant semblent

pouvoir contribuer à asseoir la légitimité de l'implication du droit international privé dans la protection de l'enfance déplacée (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La contribution du droit international privé à la protection effective et suffisante de l'enfance déplacée

8. La vulnérabilité de l'enfance est notoire. Son besoin de protection, vieux comme le monde. Aussi, l'augmentation de la mobilité transfrontière des familles, accroît de plus en plus l'exposition des mineurs à des risques de danger. Clairement, la nécessité de protéger l'enfance a aujourd'hui pris une dimension nouvelle que les États, et plus largement, l'ensemble de la communauté internationale n'ont pas omis de considérer. Par ailleurs, à mesure que les relations privées internationales ont pris de l'ampleur, le droit international privé a fait l'objet d'une évolution tendant à amoindrir l'attachement de la doctrine à la neutralité abstraite du raisonnement conflictuel bilatéral.

L'inscription progressive de la matière dans la voie d'une conception régulatrice a ainsi permis de légitimer la poursuite d'un objectif tendant à promouvoir un intérêt privé (Section 1). Désormais susceptible de retranscrire les prétentions protectrices défendues par la politique législative des États, le raisonnement conflictuel semble en conséquence pouvoir viser la réalisation de l'intérêt substantiel de l'enfant à être effectivement et suffisamment protégé (Section 2).

Section 1 : La régulation, moyen de légitimer la protection de l'enfance déplacée par le droit international privé

9. Chercher à assurer la protection de l'enfance déplacée implique forcément la prise en considération de l'intérêt de l'enfant concerné. La légitimité de l'inscription de cette recherche dans le cadre du droit international privé résulte quant à elle incontestablement de l'affirmation d'une tendance privatiste de la matière³³. En effet, l'avènement d'une telle tendance a permis de promouvoir l'acception régulatrice d'un droit apte à viser la réalisation d'un intérêt. De la sorte détaché de l'idée de souveraineté, le droit international privé peut aujourd'hui assigner à la règle de conflit de juridictions (I), comme à la règle de conflit de lois (II), la fonction de rechercher une réglementation adéquate des rapports internationaux, dépassant ainsi le simple but de répartition des compétences.

I/ L'avènement d'une tendance privatiste du droit international privé, assise d'une conception régulatrice des conflits de juridictions

10. Tant l'analyse des considérations inspirant la compétence juridictionnelle (A), que la double fonctionnalité des règles de conflit de juridictions (B), permettent de percevoir l'évolution privatiste dont ce pan du droit international privé a fait progressivement l'objet.

³³ Le privatisme caractérise les doctrines qui considèrent que l'objet premier du droit international privé est formé par les conflits d'intérêts privés, accidentellement affectés par la diversité des ordres juridiques ; le publicisme donne au droit international privé pour objet les conflits de compétence normative entre les ordres juridiques étatiques, qui trouvent leur occasion dans des relations privées. Voir à ce propos, la remarquable étude de A. BONNICHON, La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois, in Rev. crit. 1949. P.615 et 1960. P.11.

A. Considérations inspirant la compétence juridictionnelle

11. D'une conception historiquement marquée par une tendance publiciste (1), la compétence des tribunaux est aujourd'hui sans nul doute passée à une acception plus privatiste (2).

1. Conception historique publiciste des conflits de juridictions

12. L'arbitrage international n'intéressant que la vie des affaires et la médiation familiale ne revêtant pas de caractère obligatoire, les litiges familiaux internationaux se trouvent régulièrement naturellement portés devant les juges. Aussi, en l'absence de juridictions spécialement créées dans le but de les résoudre, ces litiges opposant des personnes privées sont tranchés par les juridictions nationales. Cela ne pose d'ailleurs pas véritablement problème, car la dimension internationale d'un litige ne semble pas lui conférer une nature fondamentalement différente de celle attribuée aux litiges nationaux. Mais s'il apparaît logique, ce recours aux juridictions nationales suscite quand même une interrogation évidente : dans quelle mesure les juridictions françaises (nous résonnons en terme de droit international privé français) peuvent-elles être amenées à trancher un litige mettant en cause des étrangers ?

Rendue en France au nom du souverain envers ses sujets (français), la justice a longtemps été empreinte du doute que l'on puisse accorder compétence aux juridictions nationales pour résoudre les litiges internationaux n'impliquant que des étrangers. En effet, apparaissant comme un aspect du pouvoir souverain sur les ressortissants français, cette conception publiciste de la compétence juridictionnelle conduisait à conférer à la matière la mission d'accomplir un acte de souveraineté. Il en résultait que les tribunaux français ne pouvaient rendre la justice que pour les français. Cette affirmation inspirée de la Théorie dite du « *juge naturel* » a influencé les rédacteurs du Code civil, notamment en ce qui concerne les articles 14 et 15³⁴. L'article 14 du Code civil énonce en effet qu'un français ayant contracté des obligations avec un étranger, en France comme à l'étranger, peut citer l'étranger devant les juridictions françaises, même s'il ne réside pas en

³⁴ T. VIGNAL, Droit international privé, Dalloz, 2011, n° 561 et s ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. (de) VAREILLES-SOMMIERES, Droit international privé, Dalloz 2007, 9^{ème} éd., n° 461 et s. ; M.-L. NIBOYET et G. de GOUFFRE DE LA PRADELLE, Droit international privé, LGDJ, 2011, 3^{ème} éd, n° 450 et s.

France ; l'article 15 du Code civil prévoit quant à lui, que les français peuvent être traduits devant les juridictions françaises pour toutes les obligations contractées par eux à l'étranger, même avec des étrangers³⁵. La nationalité française de l'un des plaideurs suffit donc pour établir la compétence internationale des tribunaux français, et ce, qu'il soit demandeur ou défendeur puisque pour que les articles 14 et 15 du Code civil justifient leur intervention, il est nécessaire et suffisant que l'une des parties au litige (personne physique ou morale) soit de nationalité française au jour où l'instance est introduite³⁶.

Longtemps réduits à une interprétation littérale les cantonnant à jouer un rôle en matière contractuelle en raison du terme « obligation » dont ils font mention, ces textes ont par la suite été interprétés de manière extensive par les juges français. En effet, peu à peu étendus à d'autres matières, ils ont fini par se voir attribuer une portée générale³⁷. Il convient cependant de relativiser le pouvoir conféré aux articles 14 et 15 du Code civil, en relevant leur caractère subsidiaire : la Cour de cassation considère qu'ils ne sont applicables que dans la mesure où aucun critère ordinaire de compétence n'est réalisé en France³⁸.

13. La position résultant de l'applicabilité des articles 14 et 15, à savoir, donner compétence au juge français uniquement si l'une des parties au litige est française, a eu pour conséquence fâcheuse de risquer de laisser sans solution sur notre territoire, les affaires dans lesquelles aucune des parties

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

³⁷ Cf. l'arrêt de la Cour de Cassation du 13 décembre 1842, *Compagnie du Britannia*, qui a conclu à la généralité du domaine d'application des articles 14 et 15 (Recueil Dalloz-Sirey I.14). Ce qui, quelques années plus tard, a été confirmé par l'arrêt Weiss du 27 mai 1970, la Cour de Cassation ayant considéré que : « l'article 14 qui permet aux plaideurs français d'attirer un étranger devant la juridiction française, a une portée générale s'étendant à toutes matières, à l'exclusion des actions réelles immobilières et des demandes en partage portant sur des immeubles situés à l'étranger, ainsi que des demandes relatives à des voies d'exécution pratiquées hors de France ; l'article 14 s'applique notamment à tout litige ayant pour fondement la responsabilité extra contractuelle », B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands Arrêts de la jurisprudence française de Droit International Privé*, 5^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2006.

Il est à noter que la formule est également valable pour l'article 15.

Remarque : les exceptions au jeu de l'article 14, que réserve la Cour de cassation dans son arrêt Weiss, s'expliquent par le fait qu'en ces domaines, la souveraineté des États étrangers, où la décision rendue s'exécutera nécessairement, est étroitement concernée, et doit en conséquence être sauvegardée (matière réelle mobilière, demandes de partages portant sur des immeubles situés à l'étranger ainsi que voies d'exécution réalisées à l'étranger).

³⁸ Cf. l'arrêt du 19 novembre 1985, *Société Cognac and Brandies from France*, où la Cour de Cassation a décidé que : « l'article 14 du Code civil qui donne compétence à la juridiction française en raison de la nationalité française du demandeur, n'a lieu de s'appliquer que quand aucun critère ordinaire de compétence territoriale n'est réalisé en France », Recueil Dalloz-Sirey, P. 362.

ne pouvait se vanter d'être ressortissante française. Assurément radicale, la solution s'est ainsi attirée de nombreuses critiques, tant en France qu'à l'étranger³⁹. Au titre de ces critiques, on peut notamment compter le risque de déni de justice. Fort heureusement cependant, cette conception publiciste de la justice a rapidement du laisser la place à une acception plus privatiste (2). Équilibrée, cette dernière tendance ne cesse pas de considérer que le fait de rendre la justice s'apparente à un acte de souveraineté. Elle tient cependant davantage compte du fait qu'un tel acte consiste *aussi* à résoudre des conflits mettant en jeu des intérêts privés.

2. Conception contemporaine privatiste des conflits de juridictions

14. Si tant le droit anglais, que le droit de l'Union européenne, peuvent se prévaloir d'un déclin particulièrement net de la conception publiciste de la compétence internationale⁴⁰, il semble que le droit français, quant à lui, ne puisse pas se vanter sans justifications d'une position aussi tranchée⁴¹. En effet, le maintien de solutions publicistes tels les privilèges de juridictions⁴² ou le rattachement à la nationalité en matière de statut personnel⁴³, a, au moins pendant un temps, contribué à dresser le tableau d'un droit français assis entre deux chaises.

Ainsi, pour illustration, tandis que d'un côté, l'arrêt *Simitch*⁴⁴ tendait à faire perdre aux règles de compétence internationale indirecte toute vocation répartitrice publiciste en considérant que le juge étranger devait être reconnu compétent toutes les fois que la règle française de solution des conflits n'attribuait pas compétence exclusive aux tribunaux français – du moins à partir du

³⁹ Cf. position de la doctrine française : le caractère exclusif de ces privilèges de juridiction, en particulier, était largement décrié : voir not. H. GAUDEMET-TALLON, *Nationalisme et compétence judiciaire : Déclin ou renouveau*, TCFDIP, 1987-1988, P. 171. Contra V. cependant P. COURBE, Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 18 mai 1994, Dalloz. 1995, P. 20.

⁴⁰ Laurence USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé : étude de droit comparé en matière civile et commerciale*, Thèse, Paris, 2008, PP. 157-160.

⁴¹ Ibid.

⁴² En effet, cesser de considérer que l'existence des articles 14 et 15 du Code civil, entraînait logiquement l'incompétence du juge français dans les litiges ne mettant en cause que des étrangers, n'entraînait pas pour autant la disparition de ces articles.

⁴³ Étienne PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions, étude de droit international privé*, Préface P. LAGARDE, Thèse, LGDJ, 1999.

⁴⁴ 1^{ère} Civ., 6 février 1985, *Simitch*, Bull., I, n° 55, Rev. crit. 1985, P. 369 et Chron. Ph. FRANCESKAKIS, P. 243 ; Note A. HUET, *Clunet* 1985, P. 460.

http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2006_2284/quatrieme_partie_jurisprudence_cour_2293/communautaire_droit_2313/conflit_juridictions_10052.html

moment où le litige se rattachait de manière caractérisée au pays dont le juge avait été saisi- de l'autre, le maintien du caractère exclusif de l'article 15 du Code civil, permettait au français de s'opposer à la reconnaissance des décisions n'ayant pas été rendues par son « *juge naturel* » .

15. Cette dernière interprétation abandonnée⁴⁵, Madame USUNIER en déduit cependant « *une nouvelle avancée de la conception privatiste de la compétence internationale des juridictions, désormais clairement dominante en matière de compétence indirecte* »⁴⁶. L'auteur poursuit d'ailleurs ensuite en considérant logiquement que, « *cette évolution laisse augurer d'une possible évolution similaire en matière de compétence directe. Elle confirme en tout cas que si la mutation des conceptions en matière de compétence internationale des juridictions reste encore inachevée en droit français, un mouvement en ce sens s'est irréversiblement amorcé* »⁴⁷.

Mais si l'amorce de ce mouvement paraît s'imposer avec autant d'évidence, c'est très certainement que l'avènement d'une tendance privatiste des conflits de juridictions n'est autre que le résultat des faiblesses dont la conception publiciste de la matière n'a su se défaire. En effet, bien qu'au début du XX^{ème} siècle, de nombreux auteurs semblaient considérer que les règles de droit international participaient à la définition des limites de la souveraineté étatique⁴⁸, leur position pouvait paraître contestable.

16. Outrepassant donc la pensée de cette doctrine à propos du droit naturel, Dominique HOLLEAUX⁴⁹ a considéré que l'évolution historique des règles de compétence, démontrait que la conception privatiste du droit international privé, devait supplanter la conception publiciste que l'on se faisait de la matière. Ainsi pour lui, la tendance du droit international privé a progressivement

⁴⁵ Le 23 mai 2006, dans son arrêt Prieur, la première chambre civile a en effet mis fin à cette interprétation en jugeant que « l'article 15 du Code civil ne consacre qu'une compétence facultative de la juridiction française, impropre à exclure la compétence indirecte d'un tribunal étranger, dès lors que le litige se rattache de manière caractérisée à l'État dont la juridiction n'est pas frauduleux ».

http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2006_2284/quatrieme_partie_jurisprudence_cour_2293/communautaire_droit_2313/conflit_juridictions_10052.html

⁴⁶ Laurence USUNIER, Thèse précitée, P.160.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Cf. not. BARTIN, Études de droit international privé, Librairie Marescq, A. CHEVALIER-MARESCQ & Cie, Paris, 1989, spéc. P.16, P.79 et P.146 ; Théorie générale du conflit de juridiction, Clunet 1928.5. P.6.

⁴⁹ Dominique HOLLEAUX, Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements, Dalloz, Bibliothèque de DIP, Vol. IX. 1970.

évolué et ce, grâce à l'importance croissante de la maxime *actor sequitur forum rei*, détachée de la nationalité suite à la dissociation au cours du XIX^{ème} siècle, des notions de domicile et de nationalité. Dans le même sens, la Cour de cassation a laissé percevoir que l'essentiel résidait dans la localisation des intérêts en jeu sur notre territoire. Dépassant ainsi le simple souci de protéger les *nationaux*, la compétence juridictionnelle s'est vue attribuer la « fonction » consistant à protéger l'*individu*.

17. Le principe d'incompétence auparavant affirmé a dès lors été progressivement écarté, jusqu'à être abandonné. Mais si l'arrêt *Patinõ*⁵⁰ marquait cet abandon à partir du moment où le litige s'insérait suffisamment dans l'ordre juridique français, les articles 14 et 15 quant à eux, s'avéraient être inutilisables afin de trouver les règles permettant de désigner la compétence du juge français. Pourtant loin de constituer une impasse insurmontable, la problématique de la compétence internationale des tribunaux français pouvait trouver sa solution en se superposant à celle de la compétence territoriale. En effet, le but étant le même, dans un cas comme dans l'autre, la Cour de cassation a été amenée à considérer que la compétence d'un tribunal devait être déterminée en fonction des liens entretenus par ce dernier avec le litige⁵¹.

Place pouvait donc être pleinement accordée à l'affirmation d'une conception privatiste de la compétence juridictionnelle, reposant sur des intérêts procéduraux et orientée autour des notions de bonne administration de la justice et de commodité procédurale des parties. Nous verrons cependant qu'une telle tendance privatiste du droit international privé ne cantonne pas la règle de conflit de juridictions à une simple fonction procédurale, cette dernière se voyant en effet assigner une double fonctionnalité (B).

⁵⁰ Cass. Civ., 21 juin 1948, *Patinõ*, JCP 1948.II.4422, Note P. LEREBOURG-PIGEONNIERE, Rev. crit. 1949, P. 557, Note Ph. FRANCESKAKIS, S. 1949.I.121, Note J.-P. NIBOYET.

⁵¹ La Cour de cassation a en effet estimé que la problématique de la compétence internationale s'apparentait à celle de la compétence territoriale interne, le but étant d'attribuer compétence à un tribunal qui entretient des liens suffisants avec le litige. Cf. en ce sens : Cass. Civ. 19 octobre 1959, *Pélassa*, Rev. crit. 1960, P. 215, Note Y. LOUSSOUARN ; Dalloz 1960, P.37, Note G. HOLLEAUX; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts...* Op. cit. Cf. également : Cass. Civ. 30 octobre 1962, *Scheffel*, Rev. Crit. 1963, P.387, Note Ph. FRANCESKAKIS, Dalloz 1963, P. 108.

B. Double fonctionnalité de la règle de conflit de juridictions

18. Les règles de compétence internationale des juridictions remplissent une fonction à la fois procédurale (1) et substantielle (2).

1. Fonction procédurale

19. Si la compétence juridictionnelle est naturellement liée à la procédure en droit interne (a), en droit international privé, il semble que ce soit aussi le cas, mais de manière plus spécifique (b).

a) Compétence liée à la procédure en droit interne

20. En droit interne français, la compétence territoriale des juridictions relève de la procédure⁵². En tant que telle, la compétence juridictionnelle, est, à l'instar des règles de procédure, soumise à la *lex fori*. En effet, comme le fait valoir Peggy CARLIER, « *l'autorité judiciaire tire sa légitimité de la souveraineté de l'État, elle ne peut exercer sa juridiction hors du territoire de ce dernier. C'est pourquoi, en l'absence de conventions internationales, il appartient au droit du for de régler la compétence et, a fortiori, de régler la procédure. En conséquence, la rupture du lien entre la compétence et la procédure ne se justifie pas* »⁵³.

De cette liaison compétence/procédure tirée de la souveraineté étatique, découle la nature fondamentalement unilatérale des règles de conflit de juridictions. C'est dire que, le chef de compétence auquel le juge saisi se réfère, n'est susceptible de lui indiquer sa compétence, que du point de vue de l'État dont il dépend. En somme, l'État du for ne peut attribuer compétence à un autre juge dans les hypothèses où il s'estime incompétent, sous peine de porter atteinte à la souveraineté et à l'indépendance étatique étrangères.

La nature procédurale des règles de conflit de juridictions permettant de déduire leur caractère unilatéral, ces dernières apparaissent dès lors *a priori* enfermées dans les mêmes règles

⁵² D'ailleurs, dépassant le simple cadre français, B. AUDIT considère qu'« il est universellement admis qu'en ce qui concerne le déroulement du litige, une juridiction applique ses propres règles de procédure : c'est le principe de soumission de la procédure à la loi du for », in *Droit international privé*, 4^{ème} éd., 2006, Economica Paris, n° 14, P. 11.

⁵³ Peggy CARLIER, *L'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits de lois*, Thèse, Lille, 2008, P. 402.

que les règles de compétence juridictionnelle internes. Et pourtant, il ne serait peut-être pas abusif de penser que le particularisme du droit international privé puisse déteindre sur elles (b).

b) Particularisme de la compétence en droit international privé

21. Malheureusement longtemps occultée par la doctrine qui préférerait porter son attention sur les règles de conflit de lois et, à ce titre, qualifiée de « *parent pauvre du droit international privé* », ⁵⁴ la compétence juridictionnelle mérite pourtant pleinement que l'on s'attache à déterminer sa « fonctionnalité ». En effet, les conséquences du choix d'un tribunal, bien plus importantes à l'échelle internationale, justifient que ce pan du droit international privé constitue l'une des préoccupations les plus essentielles de la matière. Dans tous les cas, la désignation du juge compétent ne saurait occuper en tous points la même place qu'en droit interne.

22. En dépit de son incontournable dimension unilatérale « souverainiste » ⁵⁵, la règle de conflit de juridictions se fonde incontestablement dans le tournant privatiste pris par le droit international privé. Elle est en effet aujourd'hui avant tout empreinte du souci de garantir la justice procédurale de droit privé ⁵⁶. La fonction procédurale des conflits de juridictions tendrait alors à opposer ces derniers aux conflits de lois, quant à eux axés sur des considérations plus substantielles, visant à localiser le rapport de droit. Toutefois, pour certains auteurs cette affirmation n'a pas vraiment de sens. À tout le moins, elle mérite d'être nuancée ⁵⁷. En effet, par exemple, Laurence USUNIER considère que « *l'importance des conséquences procédurales sur la compétence juridictionnelle ne peut masquer son incidence sur le fond du droit en matière internationale* ». ⁵⁸ En droit international

⁵⁴ M. FALLON, Le droit international privé en 2004, entre ius commune, codification et droit privé européen, in « Le Code civil entre ius commune et droit privé européen : études réunies et présentées par Alain WIJFFELS », Bruylant Bruxelles 2005, P. 236.

⁵⁵ Le caractère souverain de l'acte de justice ne peut en effet être dénié.

⁵⁶ En ce sens, rappelons que sa fonction consiste essentiellement à assurer à la fois la commodité des plaideurs et une bonne administration de la justice. En conséquence, la compétence se trouve intimement liée à l'idée de liens entre le juge désigné et l'affaire qu'il est en charge de résoudre.

⁵⁷ Cf. notamment : Laurence USUNIER, Thèse précitée, PP.87-95 ; Philippe THERY, Pouvoir juridictionnel et compétence, Thèse, Paris, 1981.

⁵⁸ Laurence USUNIER. Thèse précitée, P.88.

privé la compétence juridictionnelle pourrait dès lors aussi se voir attribuer une fonction substantielle (2).

2. Fonction substantielle

23. Les propos de Madame USUNIER exposent les incidences substantielles des conflits de juridiction et il nous apparaît opportun de les reprendre, au moins partiellement, afin de clarifier notre argumentation. Ainsi, elle expose d'abord que, « *le fait que le juge d'un État donné soit appelé à trancher un litige entraîne d'abord l'application de la lex fori à certains aspects du litige échappant à la lex causae, telles les questions de procédure. Le différend sera en outre soumis au système de droit international privé du for. Les règles de conflit de lois appliquées seront donc celles du for et la qualification se fera en principe lege fori. L'exception d'ordre public sera appréciée au regard des conceptions de l'État du for et les lois de police du for pourront faire échec à l'application de la loi étrangère normalement compétente. La loi du for aura enfin vocation à s'appliquer subsidiairement, si la loi étrangère est contraire à l'ordre public ou si son contenu n'est pas établi.* »⁵⁹. L'auteur poursuit en relevant ensuite que, quand bien même l'affaire serait soumise à la compétence de la loi étrangère, « *le juge du for devra apprécier la matérialité des faits litigieux, trancher les problèmes d'interprétation du droit étranger qui ne manqueront pas de se poser et, enfin, confronter les règles de droit pertinentes aux faits de l'espèce* »⁶⁰. Ces affirmations l'amènent à considérer que la saisine d'un juge n'est jamais anodine. Nécessairement influencé par sa culture juridique⁶¹, le juge compétent va en effet « *permettre à son État d'exercer un contrôle non négligeable sur la solution du litige* »⁶². Partant de là, les règles de compétence internationale, à l'instar des règles de conflit de lois, permettent à l'ordre juridique compétent d'exercer un certain contrôle sur le litige et ce, en dépit de son caractère international.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ F. MELIN, La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond (Recherches sur l'infériorité procédurale de la loi étrangère dans le procès civil), in : Revue internationale de droit comparé. Vol. 55 N°2. Avril-juin.

⁶² Laurence USUNIER, Thèse précitée, P. 88-89. L'auteur précise d'ailleurs que : « ce contrôle est certes limité, si la loi du for n'est pas applicable au fond de l'affaire, mais il est suffisant pour être parfois déterminant du dénouement du litige. Il ne s'agit en outre pas d'un contrôle purement formel, mais aussi substantiel, notamment pour le contrôle de conformité de l'ordre public au sens strict (l'ordre public « de fond » distingué de l'ordre public procédural), qui permet d'écarter les solutions matérielles jugées choquantes dans l'ordre juridique du for ».

24. Ainsi réputées remplir une « *double fonction* », à la fois procédurale et substantielle, les règles de compétence internationale des juridictions posent désormais la question de savoir si la fonction substantielle d'une règle de conflit peut contribuer à la prise en compte d'un intérêt. La réponse se trouve nécessairement dans l'étude des conflits de lois (II).

II/ L'avènement d'une tendance privatiste du droit international privé, assise d'une conception régulatrice des conflits de lois

25. La règle de conflit de lois vise à désigner l'ordre juridique au sein duquel la norme chargée de régir au fond le rapport de droit concerné sera puisée. Et tandis que son versant unilatéraliste se contente de délimiter le champ d'application spatial de la loi du for, son pan bilatéraliste préfère lui confier le soin d'opérer un choix entre plusieurs lois afin de rendre l'une d'elles applicable. Mais dans tous les cas, la règle de conflit s'apparente à une règle de classement. Faut-il pour autant se limiter à voir dans la désignation de la compétence législative, une simple opération de répartition à tendance publiciste ? Est-il au contraire permis de considérer que la fonction attribuée à la désignation de la compétence législative, peut, à l'image du conflit de juridictions, revêtir une dimension privatiste protectrice tendant vers la régulation des intérêts privés en cause ?

Si la doctrine a un temps semblé hésiter quant à la nature qu'il convenait d'attribuer aux conflits de lois (A), elle a par la suite fait état d'une option plus tranchée en faveur de leur acception privatiste (B).

A. L'hésitation de la doctrine quant à la nature publiciste ou privatiste attribuée aux conflits de lois

26. L'hésitation de la doctrine quant à la nature publiciste ou privatiste attribuée aux conflits de lois a été le fruit des controverses entre les partisans des théories universalistes (1) et ceux des théories particularistes (2).

1. Les théories universalistes

27. Les théories universalistes que cette étude se propose d'exposer sont celle de SAVIGNY (a), de MANCINI (b) et de PILLET (c).

a) Friedrich Carl von SAVIGNY ou la recherche d'une localisation objective du rapport de droit

28. Les internationalistes admettent généralement que deux approches peuvent permettre de déterminer la loi applicable à une situation internationale. La première d'entre elles consiste à entreprendre de délimiter le champ d'application dans l'espace des règles matérielles, afin de constater quelles situations leur sont soumises⁶³. Cette méthode dite « statutiste » a été mise en œuvre pour la première fois à partir du XIII^{ème} siècle en Italie⁶⁴. Elle a ensuite été reprise et approfondie en France aux cours des XVI^{ème} et XVII^{ème} siècles, par DU MOULIN, D'ARGENTRE⁶⁵ et COQUILLE⁶⁶. Le temps passant, cette conception territoriale publiciste du conflit de lois, a fait l'objet d'une évolution radicale. La façon de poser le problème de la compétence législative pouvait alors s'ouvrir à une seconde approche, consistant quant à elle, à définir une catégorie de rapports juridiques en vue de rechercher la loi qui leur est applicable.

29. Bien que Carl Georg von WÄCHTER, ait, avant lui, ouvert la voie de l'opposition à la doctrine statutiste⁶⁷, SAVIGNY a été le premier à véritablement remettre en cause son influence, en

⁶³ L'étendue d'application d'une règle de droit devant selon les statutistes correspondre au domaine dans lequel le pouvoir qui l'a édictée peut contraindre à son obéissance. Ils se demandaient donc si les différentes lois en vigueur dans un territoire devaient limiter leur application à ce cadre donné ou, au contraire, étendre leur application à d'autres territoires.

⁶⁴ Frédéric LECLERC, Cours précité, P.64 ; Pierre LOUIS-LUCAS, J-Cl. Dr. int., Droit international privé français, Fasc. 530-A.

⁶⁵ Ibid. Pour plus de détails, cf. : Bertrand ANCEL, L'histoire du droit international privé, Université Panthéon-Assas, Paris 2, 2008, P.119 et s.

⁶⁶ Pierre LOUIS-LUCAS, Op. cit.

⁶⁷ Cet auteur a en effet « soutenu pour la première fois que chaque système de droit national résout à sa façon les conflits de lois, dans le sens que, partant du principe que la lex fori est la loi foncièrement applicable, il appartient à chaque État d'établir par voie d'exception quand elle doit être substituée par une autre loi ». E. VITTA, Cour général de droit international privé, RCADIP, 1979, P.28.

marquant nettement sa préférence pour le procédé consistant à aller de la question vers la loi⁶⁸. La méthode savignienne pouvait alors être opposée à la méthode statutaire⁶⁹. En s'ouvrant ainsi à la possibilité de prendre comme point de départ le rapport de droit, SAVIGNY se propose de rechercher la sphère juridique à laquelle ce rapport de droit appartient selon sa nature⁷⁰. Appuyé par la croyance de l'auteur allemand en une communauté de droit issue de l'influence du christianisme et du droit romain⁷¹, ce renouveau méthodologique, traduit l'amorce d'une approche privatiste du conflit de lois, qui n'apparaît dès lors plus pensé comme un conflit de souverainetés⁷².

30. Ayant pour conséquence le postulat de l'équivalence de principe entre la loi du for et la loi étrangère⁷³, la méthode savignienne se donne le moyen de prétendre à l'harmonie internationale des solutions. Est dès lors appliquée, la loi du pays avec lequel le rapport de droit se trouve en contact selon des règles « universelles ». De ce lien rapport juridique/ordre juridique, découle une solution commune à tous les États, caractérisée par l'application d'une seule et même loi. La désignation savignienne d'un critère de rattachement apte à délimiter l'empire des différents ordres juridiques, par la recherche du siège du rapport de droit, conduit donc à la détermination d'une localisation objective⁷⁴. SAVIGNY prend en outre soin de préciser que ce siège se déduit en principe « *de la volonté libre des personnes intéressées, qui se soumettent volontairement à l'empire d'un droit déterminé* »⁷⁵.

⁶⁸ Frédéric LECLERC, La protection de la partie faible dans les contrats internationaux : étude de conflits de lois, Thèse, Strasbourg, 1990. P. 38.

⁶⁹ Précisons cependant que les deux méthodes ne diffèrent pas dans leur point de départ : elles ont le même objet et parviennent au même résultat. Cela dit, l'apport de la doctrine de SAVIGNY demeure bien réel. Possibilité est en effet désormais offerte de partir du rapport de vie afin d'en déterminer le « siège » (sitz). Cf. en ce sens H. MUIR-WATT, La fonction de la règle de conflit de lois, Thèse, Paris, 1982, Dactyl. n°125, P.171.

⁷⁰ À l'instar de la personne, réalité vivante, concrète, susceptible d'entrer par ses caractéristiques dans telle ou telle catégorie (mineurs, majeurs, célibataires, incapables etc.) que définit l'ordre juridique, le rapport de droit serait tout aussi susceptible d'entrer dans une catégorie abstraite mise en place par l'ordre juridique (usufruit, dépôt, puissance paternelle, etc.). Bertrand ANCEL, Op. Cit. P. 176.

⁷¹ Id. P. 179 et s.

⁷² En ce sens cf. P. GOTHOT, Le renouveau de la tendance unilatéraliste, Rev. crit. 1971.

⁷³ La lex fori comme la loi étrangère ayant en effet pour mission commune de coordonner les intérêts privés.

⁷⁴ Friedrich Carl von SAVIGNY, Traité de droit romain, t. VIII, Traduction GUENOUX, P. 109.

⁷⁵ Id. P.110.

31. Indéniablement, le bouleversement méthodologique⁷⁶ qu'allaient susciter les propositions savigniennes ne pouvait laisser la doctrine internationaliste indifférente. MANCINI n'allait d'ailleurs pas tarder à proposer sa propre version de l'universalisme (b).

b) Pasquale Stanislao MANCINI ou l'importance capitale attribuée à la nationalité

32. La pensée de MANCINI se résume par les mots de Bertrand ANCEL, lorsque ce dernier expose sa tendance « *à la fois traditionnelle et novatrice* »⁷⁷. Très certainement conscient de l'antagonisme apparent des termes qu'il utilise, l'auteur prend ensuite immédiatement soin de justifier les caractères qu'il attribue à la doctrine de MANCINI : « *Traditionnelle car elle s'inscrit dans le fil de la démarche statutiste qui remonte aux origines doctrinales de la matière. Novatrice, elle l'est aussi, bien sûr, par la fonction tout à fait générale qu'elle confie à la nationalité* »⁷⁸.

33. Contrairement à SAVIGNY, qui, rappelons-le, proposait de partir de la question pour aller vers la loi, MANCINI, lui, préfère rejoindre la démarche intellectuelle inverse des statutistes⁷⁹. Il estime à cet effet judicieux, de prendre pour point de départ la règle, afin de rechercher quels rapports de droit lui seront soumis. De là, il peut prétendre déterminer l'application spatiale de la règle de droit en cause.

34. MANCINI se détache cependant des positions statutistes, par une volonté politique marquée du souhait de donner aux Italiens un État et des lois qui soient adaptés à leur mentalité et à leur culture. Refusant ainsi la prééminence de la *potestas statuendi*⁸⁰, l'auteur défend naturellement le recours à un critère de rattachement principal fondé sur la nationalité de l'individu. En effet, bien

⁷⁶ Certains ayant même été jusqu'à parler de « révolution copernicienne », Cf. en ce sens : M. GUTZWILLER, Le développement historique du droit international privé, RCADIP, 1929, IV, 29, PP.291 et s.

⁷⁷ Bertrand ANCEL, Op. Cit. P. 156.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Ce qui fait dire à Bertrand ANCEL qu'il « prolonge dans son raisonnement une démarche d'un autre temps, qui fut celle de Bartole et des post-glossateurs, celle de d'Argentré puis des hollandais ». Cf. ouvrage précité, L'histoire du droit international privé, Université Panthéon-Assas, Paris 2, 2008, P.156.

⁸⁰ Pour MANCINI en effet, « l'État ne doit pas être une obstacle au développement de la personne ni à la pleine réalisation de la liberté de l'individu, il doit au contraire se mettre au service de ces objectifs ». Cf. Bertrand ANCEL. Id. P. 166.

qu'admettant l'existence de trois catégories de lois ayant chacune un domaine d'application propre⁸¹, MANCINI semble en réalité ériger le rattachement à la loi nationale au rang de principe⁸². À ces yeux, l'État n'est plus juste une organisation utile à la Nation. De lui émane aussi une souveraineté protectrice des individus qui lui sont rattachés. L'expatrié doit donc pouvoir espérer continuer à garder le repère de ses références culturelles nationales et, persister à déterminer sa conduite selon les valeurs reconnues et défendues par les lois de son pays d'origine. Et si à n'en pas douter, le rattachement à la loi nationale est imprégné de considérations souverainistes⁸³, il faut quand même bien reconnaître aux développements de l'auteur italien, le souci manifestement plus privatiste d'également servir l'individu.

35. Le raisonnement de MANCINI, universel, a eu un rayonnement considérable en Europe, et ce, très certainement en grande partie grâce à son esprit internationaliste. « *En effet, ses solutions étaient inspirées du désir de satisfaire les intérêts non seulement de l'Italie, mais de tous les États : il proposait que leur droit national fût appliqué non seulement aux Italiens à l'étranger, mais aussi aux étrangers en Italie* »⁸⁴. « *Les conceptions de Mancini sont donc inspirées du principe de l'égalité entre lex fori et droit étranger* »⁸⁵. Même en certains points détachée de la doctrine savignienne, la pensée de MANCINI est de toute évidence une avancée « parallèle » vers le rejet d'une souveraineté exacerbée.

*

*

*

⁸¹ P. S. MANCINI place dans la première catégorie les lois de « droit public et d'ordre public » qui sont limitées à une application territoriale. Il range ensuite dans la seconde catégorie les règles afférentes à l'autonomie de la volonté de la volonté (liberté de l'individu/actes juridiques), réputées d'application transterritoriale. La dernière catégorie recouvre les hypothèses d'application extraterritoriale obéissant au principe de nationalité.

⁸² En effet, contrairement aux situations destinées à être inscrites dans les deux autres catégories, les hypothèses obéissant au rattachement à la loi nationale de l'individu semblent constituer une catégorie « générale ». Si l'on conçoit en outre que le raisonnement de MANCINI puisse revêtir une dimension universelle en raison du caractère bilatéral étendant l'application de la règle de conflit à l'application des lois étrangère, il devient très vite évident, que la nationalité selon l'auteur italien devient un véritable principe au cœur de sa doctrine.

⁸³ É. PATAUT, Thèse précitée.

⁸⁴ E. VITTA, Cours précité, P. 46.

⁸⁵ Ibid.

36. Il faut bien admettre que l'amorce d'une avancée privatiste du droit international privé, induite par les théories savignienne et mancinienne, n'a pas immédiatement fait l'unanimité au sein de la doctrine internationaliste. En effet, avant d'être pleinement affirmée, cette conception nouvelle de la matière allait devoir se heurter à la résistance des auteurs qui continuaient à envisager le conflit de lois comme un conflit de souverainetés. La doctrine d'Antoine PILLET en est une illustration parfaite (c).

c) Antoine PILLET ou le retour à la résolution des conflits de lois en tant que conflits de souveraineté

37. À l'instar de SAVIGNY, Antoine PILLET admet l'existence d'une communauté de droit. Mais l'analogie des conceptions s'arrête là, car l'on sait que, contrairement à celle de son prédécesseur, la théorie néo-statutiste de l'auteur français marque un retour à la conception du conflit de lois en tant que conflit d'États souverains.

Pour lui, « *les États sont égaux et toute différence arbitraire entre eux est contradictoire à l'idée même du droit international* »⁸⁶. Il convient donc d'attribuer « *la préférence à l'État qui aura justifié l'intérêt le plus considérable dans la solution de la question* »⁸⁷. C'est ainsi à ses yeux la garantie de l'ordre social qu'il convient de chercher à préserver. C'est d'ailleurs par un souci d'équilibre entre les revendications étatiques, que PILLET est poussé à se détacher de la doctrine savignienne, en considérant que le choix de la loi applicable doit avoir pour point de départ la nature des lois, et non celle du rapport de droit⁸⁸. Relevant ensuite qu'en droit, toute loi (interne) a vocation à la généralité et à la permanence⁸⁹, il en vient à considérer qu'à l'échelle internationale, le

⁸⁶ Antoine PILLET, *Le droit international privé – Essai d'un système de solution des conflits de lois*, Clunet, 1894/1896, cité par S. LECUYER, *Appréciation critique du droit international privé conventionnel - Pour une autre approche de l'harmonisation des relations privées internationales*, Thèse, Paris X, 2007, note 85, P.34. PILLET considère en effet que le droit international privé est une branche du droit international public. Et ce qu'enseigne le droit international public, c'est que les États sont égaux et leurs législations équivalentes : cf. A. PILLET, *Principes de droit international privé*, PP.7, 57, 66, 73 et 97.

⁸⁷ A. PILLET, *Principes de droit international privé*, passage cité par S. LECUYER, Thèse précitée, P.34.

⁸⁸ Antoine PILLET, *Op. Cit.* P. 250.

⁸⁹ *Id.* P. 252.

respect des intérêts des différents États mis en cause dans une situation donnée, commande de choisir entre ces deux exigences et donc, d'en sacrifier une⁹⁰.

La doctrine de PILLET consiste alors à dégager le *but social des lois*. Pour ce faire, l'auteur distingue les lois qui tendent à la protection individuelle et pour lesquelles la permanence doit être privilégiée (personnalité/nationalité/extra-territorialité), de celles de garantie sociale, pour lesquelles il vaut mieux satisfaire la généralité (territorialité)⁹¹. Territorialité et extra-territorialité cohabitent ainsi dans une coordination rendue possible par la notion de *but social des lois*. Et pourtant, la pensée de PILLET manifestait quand même le retour à une conception publiciste à laquelle nombre d'internationalistes continentaux n'allaient pas manquer de trouver des faiblesses. Mais plus largement, c'est l'universalisme des conflits de lois qui allait être remis en cause par les auteurs particularistes (2).

2. Les réactions particularistes

38. Intervenant en réaction à la pensée universaliste, la doctrine de BARTIN a posé les jalons d'un courant particulariste, émanation de la pensée des auteurs pour lesquels le droit international privé est un droit national⁹². Ainsi, l'auteur considère que « *les différents États civilisés pourront bien s'entendre sur les règles générales de solution des conflits de lois, leur accord n'ira pas plus loin. Chacun d'eux conservera toujours un système particulier de solution des conflits de lois, parce que chacun d'eux, (...), regardera toujours le droit international privé à travers le prisme de son*

⁹⁰ À l'échelle internationale la loi ne peut en effet pas conserver ces deux caractères. Cf. en ce sens Pierre LOUIS-LUCAS, J.-Cl. Dr. int., Droit international privé français, Fasc. 530-B : « dire que la loi est permanente c'est reconnaître que sa compétence à l'égard des nationaux se maintient même en pays étranger c'est la personnalité du droit. Et dire que la loi est générale c'est reconnaître que sa compétence sur le territoire national s'étend même aux étrangers c'est la territorialité du droit. Nous ne pouvons exiger que la loi française s'applique, à la fois, aux Français qui sont à l'étranger et aux étrangers qui sont en France. Si nous entendons que la loi française s'applique aux français, même s'ils sont à l'étranger, il nous faut admettre que leur propre loi s'appliquera aux étrangers, même s'ils sont en France. Si à l'inverse, nous entendons qu'en France la loi française s'applique même aux étrangers, il nous faut admettre que les français tombent sous le coup de la loi étrangère du pays où ils se trouvent » ; Cf. également Antoine PILLET, Op. cit., P. 256.

⁹¹ Antoine PILLET, Id. P. 266 et s. ; P.278 et s.

⁹² En effet BARTIN semble notamment avoir inspiré les doctrines de L. RIGAUD (Cf. son Cours de droit international privé, Paris: Domat-Montchrestien, 1937), de P. LEREBOURS-PIGEONNIERE (Cf. son Précis de droit international privé, 6^{ème} éd., Paris : Dalloz 1954), et de J.-P. NIBOYET (Cf. Territorialisme et nationalisme dans l'œuvre de J.-P. Niboyet, TCFDIP, 1955).

droit national »⁹³. En clair, pour cet auteur, le droit international privé n'est que la projection du droit national au plan international. Partant, même harmonisé, le droit international privé a encore pour socle le droit interne des États à l'origine de son élaboration. Relevant le particularisme de chaque système national de résolution des conflits de lois, BARTIN préconise, à l'instar de SAVIGNY, l'application de la loi adaptée à la situation en cause⁹⁴. Il s'éloigne cependant de la pensée de l'auteur allemand quand il considère que la loi applicable dépend davantage de la nature de l'institution concernée, que de son « siège ».

39. Comme le souligne le Professeur Frédéric LECLERC, si *a priori*, l'idée de BARTIN, « consistant à établir un lien entre le champ d'application des lois dans l'espace et les institutions du droit interne, paraît de nature à remettre en cause la neutralité absolue de la règle de conflit (...), une telle affirmation mérite cependant d'être tempérée et ce, en raison de deux autres caractères essentiels de l'œuvre de Bartin qu'il convient de ne pas oublier »⁹⁵. Ainsi, il poursuit en faisant valoir que, d'une part, cet auteur fut considéré comme un disciple de SAVIGNY et que lorsqu'il « envisageait les institutions de droit interne, il ne se référait pas à leur contenu mais bien plutôt à leurs structures, devant servir de base à l'élaboration des catégories de rattachement »⁹⁶ ; et que, d'autre part, « on ne saurait faire abstraction de la fonction attribuée par l'auteur (BARTIN) à la règle de conflit », à savoir, la délimitation des souverainetés législatives⁹⁷. Pourtant, malgré son incapacité à attribuer directement à la règle de conflit la fonction de réaliser un intérêt privé, la doctrine de BARTIN n'en demeurerait pas moins pour Monsieur LECLERC « un progrès indéniable par rapport à la thèse de Savigny »⁹⁸. Pour lui en effet, on pouvait au moins considérer qu'« une brèche s'ouvrait dans le principe de neutralité de la règle de conflit »⁹⁹.

⁹³ Étienne BARTIN, De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois, *Clunet*, 1897, P.734.

⁹⁴ Étienne BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française*, t. I, P.191.

⁹⁵ F. LECLERC, Thèse précitée. P. 47.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Id. P. 48.

⁹⁸ Id. P. 49.

⁹⁹ Ibid. « Il ne s'agit plus ici de rechercher le domicile du rapport de droit en se fondant sur sa nature, que l'on tirerait de l'analyse qu'en ont faite les jurisconsultes romains, mais de déduire de l'analyse des institutions du droit interne la nature et donc la localisation de ce rapport de droit, tout en faisant abstraction du principe d'unité qui, dans la pensée de Savigny, rapprochait les législations héritières du droit romain. Par ce biais et de manière indirecte, la règle de conflit permet la promotion au plan international des finalités, de l'esprit animant les dispositions du droit interne, même si fondamentalement sa fonction ne vise pas une réglementation appropriée des rapports internationaux ».

40. Paradoxalement, c'est donc BARTIN, qui, en avançant l'idée en vertu de laquelle la *lex fori* serait porteuse d'intérêts que la dimension internationale du problème ne l'empêcherait pas de promouvoir, a constitué la base d'une réflexion ayant conduit à ébranler les fondements de la neutralité savignienne. L'absence d'unanimité doctrinale que nous avons qualifiée d'« hésitation », reflétait donc plus qu'autre chose la résistance nostalgique présente à chaque transition. Assurément cependant, la voie était ouverte à une option plus tranchée des internationalistes en faveur d'une conception privatiste des conflits de lois (B).

B. L'option de la doctrine en faveur d'une conception privatiste des conflits de lois

41. L'option de la doctrine en faveur d'une conception privatiste de la compétence législative s'est manifestée par un retour à l'esprit internationaliste, ce qui eut pour conséquence de replacer loi étrangère et *lex fori* sur un pied d'égalité (1). Aussi, nous verrons qu'en s'inscrivant au sein d'un courant de pensée défendant une conception régulatrice privatiste du droit international privé, cette orientation doctrinale a nettement contribué à enrayer définitivement le doute sur la légitimité de la vocation protectrice du droit international privé (2).

1. Retour à l'esprit internationaliste

42. Le retour à l'esprit internationaliste du raisonnement conflictuel a dû subir les critiques de ceux pour qui la neutralité ne saurait être compatible avec l'idée conduisant à viser la réalisation d'un intérêt (a). C'était cependant sans compter sur le potentiel protecteur d'un raisonnement qui marquait en réalité le point de départ d'une évolution à suivre (b).

a) Les critiques de la neutralité savignienne

43. La fin de la Seconde Guerre Mondiale a mis fin à l'hésitation de la doctrine quant à la nature privatiste ou publiciste qu'il convenait d'attribuer aux conflits de lois. Conscients que ce pan du droit international privé ne pouvait plus être empreint d'une fermeture des États aux revendications étrangères, d'illustres auteurs tels Henri BATIFFOL¹⁰⁰ et Phocion FRANCESCAKIS,¹⁰¹ ont en effet plaidé en faveur d'un retour à l'esprit international. Le fondement privatiste de la règle de conflit revalorisé, et ce, notamment en Europe, il était désormais clair que SAVIGNY avait eu raison de croire que les conflits de lois mettaient en jeu des intérêts privés et non pas (simplement) la souveraineté des États.

44. On pourrait cependant trouver quelque chose d'étonnant à la méthode savignienne. En effet, bien que réputée attribuer à la règle de conflit de lois la fonction de coordonner les intérêts privés en cause, la recherche du siège du rapport de droit accredité presque contradictoirement l'idée d'un droit international privé répartiteur. À cela, certains répondront certainement que la dimension unilatérale des conflits de juridictions a aussi confirmé cette tendance, sans pour autant altérer leur dimension privatiste protectrice. Il leur sera cependant en retour rétorqué qu'à la différence de la compétence juridictionnelle, la compétence législative peut sûrement moins aisément se contenter d'une désignation dont la caractéristique première est d'être neutre et, par là même, insusceptible d'influer sur la justice du résultat. En effet, la teneur de la solution du litige dépend certainement davantage du contenu des lois appliquées que de la nationalité du juge saisi...

45. La fonction essentiellement répartitrice attribuée à la règle de conflit savignienne, conduit à placer l'hypothèse présentée au juge sous l'empire de l'une des lois en présence, indépendamment de son contenu, et partant, du résultat concret obtenu. La neutralité du positionnement traditionnel est ainsi réputée avoir pour conséquence d'ériger la méthode classique en garante de la justice

¹⁰⁰ Pour une idée de la doctrine de cet auteur, cf. notamment : H. BATIFFOL, Aspects philosophiques du droit international privé, Dalloz, rééd. 2002, Préface, Y. LEQUETTE.

¹⁰¹ Pour une idée de la doctrine de cet auteur, cf. notamment : Ph. FRANCESCAKIS, La Théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé, recueil Dalloz-Sirey, 1958.

conflictuelle, par opposition à la justice matérielle. Le seul garde-fou de cette option se situe en aval du raisonnement, quand la loi étrangère désignée a pour contenu des dispositions susceptibles de heurter l'ordre public de l'État chargé de son application¹⁰².

46. Une telle vision de la règle de conflit n'a évidemment pas manqué de susciter de vives critiques, notamment de la part de la doctrine outre-Atlantique. Ainsi l'École américaine, et plus particulièrement CAVERS, reprochait au raisonnement conflictuel classique son intervention « *mécanique et aveugle* »¹⁰³. D'une part, mécanique, puisque la désignation abstraite du critère de rattachement peut parfois s'avérer inadéquat. C'est le cas par exemple, lorsque la loi désignée ne comporte aucun lien véritablement étroit avec la situation juridique qu'elle est chargée de régir. D'autre part, les raisonnements formels et déductifs de la règle de conflit classique paraissent conduire à la réalisation d'une justice aveugle, dont la neutralité n'est autre que le résultat d'un choix opéré « *les yeux fermés* ».

L'École américaine a ainsi critiqué la rigidité de la méthode savignienne et préconisé une solution plus pragmatique du conflit de lois¹⁰⁴. Pour ce faire, elle demandait qu'il soit tenu compte, tant des liens entretenus par les diverses législations en cause avec la situation d'espèce, que du contenu de ces lois. Dénonçant en outre « *l'hypocrisie* » de la solution continentale, les auteurs outre-Atlantique faisaient valoir que sous couvert de neutralité, le juge rechercherait en réalité un résultat prédéterminé¹⁰⁵. L'argumentation de la sorte ficelée n'aurait sans doute pas manqué de convaincre si M. AUDIT ne s'était pas attaché à en démontrer les failles dans une remarquable étude qui, menée en 1984¹⁰⁶, allait pleinement révéler le potentiel protecteur du raisonnement savignien (b).

¹⁰² B. AUDIT, Le droit international privé à la fin du XX^{ème} siècle : progrès ou recul, in : RIDC, vol. 50, n°2, Avril-juin. Étude de droit contemporain, PP. 421- 448, Spéc. P. 423.

¹⁰³ CAVERS, A critique of the choice of law problem, Harvard Law review, 1934, P.173. Voir aussi sur la question Bernard AUDIT, Le caractère fonctionnel de la règle de conflit, Sur la crise des conflits de lois, RCADI, 1984.

¹⁰⁴ Ibid : Bernard AUDIT explique à cet effet que les auteurs américains revendiquaient l'adoption d'une solution en fonction de ce qui est juste (conformément à la pratique issue de la tradition de Common Law), et non en fonction d'une compétence supposée unique. Ils reprochaient donc à la règle de conflit de procéder par détermination d'un ordre juridique et non d'une règle de fond (sans égard à la teneur des lois en présence).

¹⁰⁵ Ibid.

Cf. également G. KEGEL, The crisis of conflict of law, RCADI, 1964, II, t.112.

¹⁰⁶ B. AUDIT, Le caractère fonctionnel de la règle de conflit... Op. cit.

b) Le potentiel protecteur du raisonnement savignien

47. Considérant les critiques de l'École américaine largement injustifiées, Bernard AUDIT expose que « *le procédé de la règle de conflit n'a jamais été conforme à la vision presque caricaturale qui en a été donnée aux États-Unis* »¹⁰⁷. Pour lui en effet, la compétence législative ne semble pas totalement indifférente à l'obtention d'une bonne résolution des problématiques relatives aux relations privées internationales. En réalité, il fait valoir que « *la recherche exclusive d'une localisation matérielle se traduit par un territorialisme excessif et expose à retenir des rattachements insuffisamment significatifs* »¹⁰⁸. De là, il poursuit en estimant que « *la localisation peut se dématérialiser pour indiquer un lien intellectuel* »¹⁰⁹. Reflétant davantage l'expression d'un lien avec un système, que celle d'un lien avec un territoire, la localisation paraît alors pouvoir dépendre de facteurs qualitatifs¹¹⁰. Dépassant en conséquence la seule question du rattachement des catégories juridiques, ces facteurs de localisations obéiraient à la nécessité de satisfaire les intérêts mis en cause dans le rapport de droit présentant un élément d'extranéité¹¹¹.

En outre, il y aurait, dès le stade de l'élaboration de la règle de conflit, « *une interaction ou dialectique entre le choix des rattachements et la compréhension des catégories, l'un trouvant sa justification fonctionnelle dans l'autre et réciproquement* »¹¹². Ainsi, « *la règle de conflit revêt à l'évidence un caractère fonctionnel en ce sens que l'opération de localisation, loin de résulter de rattachements mécaniques et insuffisamment significatifs, s'attache au contraire à traduire une pluralité d'intérêts et à rechercher à propos d'une catégorie de rapports juridiques la loi qui sera la plus apte à remplir une certaine fonction* »¹¹³. Il va sans dire qu'en attribuant une telle mission à la règle de conflit traditionnelle, Bernard AUDIT contribue nettement à en atténuer l'excès d'indifférence¹¹⁴.

¹⁰⁷ B. AUDIT, Le droit international privé à la fin du XX^{ème} siècle... Op. cit., PP. 421-448, Spéc. P.423.

¹⁰⁸ B. AUDIT, Le caractère fonctionnel de la règle de conflit, Op. cit.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Id. P. 275 et s. Au titre des intérêts cités par l'auteur dans ce passage l'on peut d'ailleurs relever ceux des États, ceux du commerce international et les intérêts privés.

¹¹² F. LECLERC, Thèse précitée, P. 410.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ D'ailleurs, avant lui déjà, Y. LOUSSOUARN avait affirmé : « la neutralité de la règle n'existe. Le droit international privé, bien qu'il soit un droit de classement, est perméable à la pénétration des valeurs sociales. Il n'est nullement et

48. La démarche amorcée, son approfondissement ne pouvait que suivre. Il n'y avait donc plus qu'un pas pour transformer la règle de conflit savignienne en un mécanisme renouvelé, dont le fonctionnalisme ne se limiterait plus à revêtir le caractère d'une répartition atténuée. En vérité, le retour à l'esprit internationaliste privatiste par référence à SAVIGNY s'inscrivait dans un contexte nouveau : la neutralité allait souffrir de la disparition de la communauté de droit sur laquelle l'auteur allemand se fondait. En l'absence d'équivalence vérifiable entre les lois en cause, les considérations substantielles ne pouvaient donc que jouer un rôle accru dans le procédé conflictuel. C'était d'ailleurs d'autant plus vrai qu'une part de la doctrine s'apprêtait à s'engager dans une argumentation visant à davantage défendre la dimension régulatrice de la compétence législative, se proposant ainsi d'assener le coup de grâce à une vision répartitrice déjà maintes fois critiquée¹¹⁵ (2).

2. Reconnaissance de la légitimité de la vocation protectrice du droit international privé

49. Caractérisée par l'emploi de la méthode téléologique, la régulation apparaît structurée autour d'objectifs à atteindre¹¹⁶. Attribuer une fonction régulatrice au droit international privé – compétence juridictionnelle et compétence législative confondues -, revient donc nécessairement à définir les objectifs que les règles de conflit doivent viser. Ainsi détachée de l'idée d'une répartition aveugle, la matière semble pouvoir légitimement poursuivre la réalisation d'un intérêt.

c'est fort heureux, un droit désincarné à supposer qu'il l'ait jamais été. Et il n'est pas question qu'il le devienne ou le redevienne », in *La règle de conflit est-elle neutre ?* TCFDIP, 1980-81, t.2, PP.43, 60.

¹¹⁵ C'est au travers sa *Local law theory* (The logical and legal bases of the Conflicts of Laws, Cambridge, Mass. Harvard University Press 1942 (En français, cf. le compte rendu de Ph. FRANCESKAKIS, Rev. crit. 1947, P. 219), que W.W. COOK a entrepris de remettre en cause le caractère exclusif de la l'opération de localisation. Attaché à combattre la *Vested right theory* de BEALE (Pour plus de précisions sur cette Théorie V. les explications de F. LECLERC, Thèse précitée, PP. 52-53), il a en effet réfuté l'idée d'une « compétence unique » (W.W COOK, Op. cit. P.13), et considéré que « la règle de conflit ne satisfait plus aux exigences impératives de la souveraineté territoriale ou d'une prétendue « nature des choses » » (F. LECLERC, Thèse précitée, P.53). À la même époque, M. AGO « caractérisait la conception régulatrice de la règle de conflit » en considérant que le « choix de la norme, qu'elle soit tirée de l'ordre juridique du for ou d'un ordre juridique étranger » (Id. P. 56.), répond « à ce principe évident d'opportunité législative qui consiste à donner à chaque catégorie de rapports de la vie humaine, le règlement le plus favorable à leur nature et à leurs possibilités de développement » (R. AGO, Règles générales de conflits de lois, RCADI, 1936, P.290, cité par F. LECLERC, Thèse précitée, P. 54).

¹¹⁶ Laurence USUNIER, Thèse précitée, P. 81.

Mais quels sont ces intérêts que le droit international privé doit pouvoir considérer ? Quel rôle la matière doit-elle leur permettre de jouer ? Certes, la pensée de certains grands internationalistes a permis d'aborder les relations privées internationales sous un angle nouveau. C'est cependant la découverte concrète, premièrement des principes généraux et ensuite des intérêts, qui, en dégagant les fondements du droit international privé, a révélé au grand jour la pleine teneur de la vocation que l'on pouvait attribuer à la matière (a). La force induite de cette conception renouvelée du droit international privé restait encore néanmoins à mettre à l'épreuve de la Justice (b)

a) La découverte des principes généraux et des intérêts

50. WENGLER, tout comme d'autres éminents auteurs¹¹⁷, a proposé des principes susceptibles d'imprégner les solutions de droit international privé¹¹⁸. Au titre de ces principes on trouve l'ordre public, l'harmonie matérielle, le but des lois internes, l'harmonie internationale, l'effectivité et l'intérêt politique. Leur étude permet d'ailleurs de constater que certains de ces principes sont l'expression d'un résultat souhaité¹¹⁹ et paraissent tout à fait aptes à pousser vers la considération du contenu des règles, et donc, du résultat concret obtenu.

51. Un deuxième courant doctrinal a conduit d'autres auteurs¹²⁰ à dépasser la notion de « principes généraux » « *en concentrant leur capacité d'analyse, non pas sur les solutions du droit*

¹¹⁷ En effet, il est à noter que WENGLER n'a pas été le seul auteur à prétendre dégager des intérêts susceptibles de marquer l'évolution du droit international privé. En effet, les travaux de P.-G. VALLINDAS et de G. VAN HECKE auraient également pu être cités.

¹¹⁸ W. WENGLER, Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits, Rev. crit. 1952, PP. 595-622 ; Rev. crit. 1953, PP. 37-60. Pour une explication de l'œuvre de WENGLER, Voir également Benjamin REMY, Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé, Thèse, Dalloz, 2008, n°72 et s.

¹¹⁹ Ibid. Pour exemple : « Ainsi en est-il de l'idée d'harmonie internationale, qui n'exprime que le souhait d'obtenir des solutions identiques entre les différents ordres juridiques, celle d'harmonie internationale, qui n'exprime que le désir de dégager des solutions identiques au sein d'un ordre juridique donné, ou du principe « d'intérêt politique » qui n'est, dans l'esprit de ses auteurs, que la préférence systématique pour la loi du for ».

¹²⁰ Parmi eux, H. BATIFFOL (Cf. ses Aspects philosophiques du droit international privé, Dalloz, rééd. 2002, Préface, Y. LEQUETTE, n°102) et G. KEGEL (Cf. The crisis of conflict of law, Op. cit, PP. 95-268, où sa pensée est révélée notamment par la critique de la doctrine de CURRIE ; P. FRANCESCAKIS, La pensée des autres en droit international privé, Université Aristote de Thessalonique, 1985, P.115 ; H. BATIFFOL, Les intérêts de droit international privé, in: Mélanges Kegel, Francfort, 1977, P.17).

*international privé, mais sur le problème auquel cette matière est confrontée*¹²¹, réussissant ainsi à valablement « *dégager les éléments permettant d'exprimer les fondements* »¹²² du droit international privé. De cette manière, une analyse de la matière en termes d'intérêts voyait doucement le jour.

52. C'est à Henri BATIFFOL, que l'on doit d'avoir plaidé en faveur d'une méthode à la fois téléologique et inductive, dans ses illustres *Aspects philosophiques du droit international privé*¹²³. Son œuvre, si ambitieuse ait-elle pu être, a rempli le défi que lui fixait son auteur, à savoir, aux yeux de cette étude, inscrire le droit international privé dans une démarche consistant à lui faire avouer sa vocation.

Plaçant la matière dans le cadre d'un système¹²⁴, le doyen BATIFFOL l'a voulu universaliste. Ainsi détachée du nationalisme, la résolution des problématiques inhérentes aux relations privées internationales devait tendre à la coordination. C'est donc par une réflexion concrète, destinée à prendre en considération la réalité du droit positif, que l'auteur s'est proposé d'assigner au droit privé l'ambition de coordonner les différents systèmes juridiques¹²⁵. Pour lui, ni l'intérêt de la collectivité, ni la visée de l'harmonie internationale des solutions, ni le respect de l'utilité privée ne sauraient suffire à expliquer le processus de construction du droit positif.

53. Dépassant alors la simple analyse en termes de principes généraux, il préconise de prendre en compte différents intérêts¹²⁶. À ces yeux, les relations privées internationales mettent en cause trois sortes d'intérêts : les intérêts privés, les intérêts généraux et les intérêts propres à la communauté internationale¹²⁷. Et c'est par le rejet de l'option qui consisterait à les envisager séparément, que BATIFFOL part du principe qu'aucune des ces considérations n'étant prédominante, toutes doivent converger afin d'atteindre l'objectif de coordination. Partant, il recommande

¹²¹ Benjamin REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Thèse, Dalloz, 2008, n° 78.

¹²² Ibid.

¹²³ H. BATIFFOL, référence précitée.

¹²⁴ Cf. le premier chapitre des *Aspects philosophiques...* où H. BATIFFOL expose que le droit international privé consiste en une « systématisation » de divers éléments tels les concepts nationaux et internationaux, l'appel du droit naturel ou encore, la méthode sociologique...

¹²⁵ Cf. le deuxième chapitre des *Aspects philosophiques...*

¹²⁶ Cf. le troisième et dernier chapitre des *Aspects philosophiques...*

¹²⁷ Id. P. 229.

d'analyser le droit international privé autour des directives que sont la localisation, le respect de l'autorité et l'homogénéité de la loi, ainsi que le bon ordre des relations internationales.

54. De la sorte cadrée par l'exigence de coordination des systèmes dans la doctrine d'Henri BATIFFOL, la notion d'intérêt devait encore être mise à l'épreuve de la Justice dans celle de B. M. KEGEL (b).

b) La notion d'intérêt à l'épreuve de la Justice

55. La pensée de KEGEL intervient en réaction à la conception publiciste du droit international privé abordant la matière comme un conflit de souverainetés¹²⁸. Convaincu de la spécificité du rôle du droit international privé, KEGEL distingue la fonction du droit international privé de celle du droit interne. Ainsi, tandis que le droit interne se voit attribuer la tâche de parvenir à la solution la plus juste, le droit international privé se voit confier le soin de résoudre des problèmes d'un autre ordre. Pour ce dernier en effet, « *il ne s'agit pas de rechercher la solution la plus juste en elle-même au sens du droit privé interne, du problème à résoudre, mais de déterminer la loi qu'il est le plus juste d'appliquer* »¹²⁹. Il y aurait donc deux Justices distinctes. D'une part, la Justice matérielle, soucieuse du résultat concret obtenu. D'autre part, la Justice de droit international privé qui se situerait à un niveau de réflexion « supérieur »¹³⁰ et qui de ce fait, pourrait conduire à l'application de lois étrangères dont le contenu serait potentiellement moins protecteur, du moins, du point de vue de la Justice matérielle telle que considérée par l'État du for.

Dans cette configuration, la Justice de droit international privé se présenterait comme le premier objectif à atteindre par la règle de conflit. C'est à elle qu'il faudrait confier le soin d'inspirer la réglementation internationale des litiges privés comportant un élément d'extranéité. En

¹²⁸ Pour un exposé plus détaillé de la doctrine de KEGEL en français : H. BATIFFOL, Les intérêts de droit international privé, Op. Cit. ; Compte rendu de Ph. FRANCESCAKIS, Rev. crit. 1954, P.238.

¹²⁹ KEGEL, Internationales Privatrecht, München, 1977, 4^{ème} édition.

¹³⁰ Ibid.

ce sens, la véritable vocation du droit international privé consisterait dans la détermination du rattachement. « *Ainsi entendue, la règle de conflit serait par essence neutre* »¹³¹.

56. Toutefois, si KEGEL critique sans ménagement les idées de WENGLER tendant à dégager les principes destinés à organiser le règlement conflictuel, il semble quand même infléchir le raisonnement savignien en acceptant de relativiser le jeu de la neutralité. En effet, le conflit de lois, dans sa fonction visant à réaliser la Justice de droit international privé, aurait pour mission de concilier trois types d'intérêts : les intérêts des parties, ceux du commerce international et ceux de l'ordre juridique¹³². Les intérêts des parties conduiraient à devoir tenir compte des intérêts privés en cause dans le litige présentant un élément d'extranéité. Ceux du commerce international pousseraient quant à eux à envisager les impératifs liés à la stabilité et à la sécurité inhérentes au commerce international. Enfin, les intérêts de l'ordre juridique auraient pour mission de favoriser l'harmonie des solutions.

La Justice matérielle de son côté, ne pourrait finalement constituer qu'un correctif éventuel. À cet effet, place lui serait faite afin de corriger les rattachements critiquables ou de prendre en compte les objectifs que souhaite remplir l'État du for. Il en irait par exemple ainsi dans les cas de mise en œuvre de l'exception d'ordre public ou du mécanisme des lois de police¹³³.

57. Mais au fond, que peut vraiment tirer l'enfant déplacé d'une règle de conflit qui se contente de reléguer la considération de son intérêt au second plan ? La recherche d'une protection satisfaisante de l'enfance déplacée par le droit international privé, ne pourrait-elle pas demeurer légitime, tout en étant plus affirmée ? En réalité, aux yeux de cette étude, il semble que les justices de KEGEL ne soient pas figées. Elles peuvent en effet sans doute être comprises plus souples. Le droit international privé n'est en conséquence pas forcément astreint à faire de la Justice matérielle un souci mineur.

¹³¹ F. LECLERC, Thèse précitée, P. 66.

¹³² H. BATIFFOL, Les intérêts de droit international privé, Op. Cit. ; F. LECLERC, Thèse précitée, n°57, P.67.

¹³³ KEGEL, Op. cit.

Conclusion de la première section.

58. Approuvant sans retenue l'idée de l'inscription du droit international privé dans un élan privatiste régulateur, Benjamin REMY considère que les arguments des auteurs souverainistes rendaient insoluble le problème du conflit de lois posé en termes de souveraineté. Il estime à cet égard qu'aucune solution valable ne peut être tirée d'arguments « *soit illusoires, soit artificiels* »¹³⁴. Il en conclut dès lors que la « *partie de la doctrine, toujours convaincue de la fonction répartitrice de la matière* » s'est tournée vers des solutions « *purement conceptuelles et factices* »¹³⁵. Pour cet auteur, la doctrine contemporaine a donc à juste titre « *révélé que l'analyse du problème en terme de conflit de souveraineté était vaine* », le but n'étant pas « *de rechercher la clé de répartition des différentes souverainetés, mais bien plutôt de rechercher la majeure du syllogisme que le juge d'un État donné mettra en œuvre afin de trancher le litige entre particuliers* »¹³⁶.

59. En réalité, la tendance contemporaine privatiste/régulatrice du droit international privé n'est plus à démontrer. Elle a été défendue, justifiée et quasi-unaniment adoptée. De là, cette étude ne peut que se borner à constater la légitimité de la protection d'un intérêt par le droit international privé. D'ailleurs, de la vision d'un règlement conflictuel placé au service d'une bonne résolution des litiges internationaux, couplée à celle d'un rattachement désormais apte à apporter une solution au litige conformément à la configuration souhaitée par l'ordre juridique du for¹³⁷, Frédéric LECLERC déduit la possibilité de faire vivre une règle de conflit placée au service de la protection d'un intérêt¹³⁸. La fonction régulatrice des intérêts privés mis en cause dans le litige international

¹³⁴ Benjamin REMY, Thèse précitée, n° 64 et s.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ L'objet principal de la méthode savignienne consistait, on le sait à rechercher l'ordre juridique auquel le rapport de droit appartenait de part sa nature. Cette étape passée, le caractère exclusif de la localisation devait aboutir à un choix de loi imposé en vertu de règles « universelles ». L'adoption d'une tendance régulatrice du droit international privé renverse ce raisonnement. Désormais la compétence législative obéit à l'idée de ce que l'ordre juridique compétent estime être la réglementation la plus satisfaisante des rapports privés internationaux. Rien n'empêche donc la désignation de la loi la plus apte à atteindre ce dernier objectif. L'État dont la législation interne s'avère favorable à la protection de l'enfant déplacé pourrait donc ainsi rechercher à prolonger cette politique à l'échelle internationale en se souciant du contenu des lois en cause.

¹³⁸ Frédéric LECLERC, Thèse précitée, PP. 58-62.

assignée au droit international privé, devient ainsi un moyen prompt à permettre à la matière de garantir à l'enfant qu'il sera protégé (Section 2).

Section 2 : La régulation, moyen de réaliser la protection de l'enfance déplacée par le droit international privé

60. Nous l'avons vu, l'avènement d'une tendance privatiste du droit international privé tient au caractère régulateur que l'on peut attribuer à cette matière - conflits de juridictions et conflits de lois confondus. Aussi, il n'est pas inutile de rappeler que, du fait de sa capacité à viser la réalisation d'un intérêt privé, la régulation s'avère être un moyen légitime de protection. Cette évidence comprise et justifiée, il devient par la suite évident que la protection poursuivie peut être celle de l'enfant (I). Mais afin de pleinement s'assurer de la concrétisation de la protection visée, défendre la régulation ne suffit pas. En effet, il reste encore à justifier d'une protection *satisfaisante*. Pour parvenir à pareil résultat, rappelons-le, la protection dont il est question doit nécessairement revêtir certains caractères. Rejetant l'idée qui tendrait à vouloir à tout prix rechercher la meilleure protection, cette étude se propose donc de justifier la réglementation qui assurera à l'enfant une protection à la fois *effective* et *suffisante* (II).

I/ La régulation, point d'ancrage de la réalisation de l'intérêt de l'enfant déplacé

61. Affirmer que la régulation est le point d'ancrage de la poursuite d'un objectif protecteur suppose de préciser quelle est la notion d'intérêt permettant véritablement de fonder le raisonnement conflictuel (A), puis d'en déduire la dimension de la prise en considération de l'intérêt privé par le droit international privé (B).

A. La notion d'intérêt fondant le règlement conflictuel

62. Bien que paraissant de prime abord à la fois logique et judicieuse, la distinction nettement marquée entre Justice matérielle et Justice de droit international privé telle que présentée par KEGEL, n'a rien d'infailible. Ainsi, il semble que, sans pour autant sacrifier les impératifs devant présider à

l'élaboration de toute règle de conflit, certains auteurs soient parvenus à justifier l'amorce d'une conciliation entre les deux Justices (1). Cela dit, simple traduction à l'échelle internationale d'une politique législative nationale, la règle de droit, quelle qu'elle soit, aurait toujours pour fondement au moins l'intérêt de l'État (2).

1. La possible conciliation entre Justice matérielle et Justice de droit international privé

63. Attaché à défendre une règle de conflit empreinte du souci de protéger la partie faible au contrat, Frédéric LECLERC considère que « *la détermination de la loi applicable serait réceptive aux considérations de politique législative, elles-mêmes porteuses de valeurs sociales, au nom tant de la justice de droit matériel que de la justice des conflits de lois* »¹³⁹. Il précise quand même qu'il conviendrait « *de distinguer parmi les valeurs sociales, celles qui ont une portée internationale de celles n'ayant qu'une portée nationale, seules les premières étant de nature à fonder une règle de conflit* »¹⁴⁰. Relevant que la protection de la partie faible est une préoccupation défendue au sein de nombreux ordres juridiques nationaux -nous pourrions parvenir à la même conclusion relativement à la protection de l'enfant déplacé- il en conclut que la simple élévation du litige à une échelle supranationale ne saurait placer les préoccupations protectrices de côté. Finalement, convaincu que le mécanisme des conflits de lois peut sans mal s'ouvrir à des considérations d'ordre matériel, « *plutôt que de parler d'une dissociation nette et tranchée entre justice de droit international et justice de droit matériel* »¹⁴¹, l'auteur préfère « *aborder les rapports existant entre les deux justices sous l'angle de la conciliation, la seconde se révélant alors comme une véritable composante de la première* »¹⁴².

64. Le Professeur Frédéric LECLERC n'est pas le seul à avoir entrepris de nuancer l'œuvre de KEGEL, par le moyen d'une argumentation nettement tranchée en faveur de la revalorisation de la Justice matérielle. Andréas BUCHER s'est en effet pour sa part proposé de réactualiser la science du

¹³⁹ F. LECLERC, Thèse précitée, P.94.

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Id. P. 86.

¹⁴² Ibid.

règlement conflictuel, en reprenant la notion de *but social des lois*¹⁴³. Afin d'asseoir son argumentation, il entreprend de remettre en question l'influence de la doctrine savignienne. À cette fin, il relève que la conception rationaliste et universaliste sur laquelle SAVIGNY s'est fondé afin de mener à bien son raisonnement, avait pour point de mire deux affirmations : d'un côté, attribuer au rapport de droit la finalité de réaliser une liberté individuelle, et de l'autre, inscrire la nature de ce rapport de droit dans une solution universellement adoptée par la communauté internationale¹⁴⁴. De ce constat, il en vient à rappeler que la mouvance initiée par l'auteur allemand a été suivie d'un courant réaliste, positiviste et nationaliste, qui tendait à concurrencer la défense de la liberté individuelle, telle qu'analysée du point de vue savignien¹⁴⁵. De même, il souligne que l'idée de communauté de droit entre États, présidant à la recherche du « siège » du rapport de droit, ne semble plus correspondre au système de droit international privé contemporain¹⁴⁶.

65. Ne se contentant cependant pas de mettre à mal les idées de SAVIGNY, M. BUCHER propose sa propre analyse du droit. Contestant l'existence d'un infranchissable fossé entre droit matériel et droit international privé, l'auteur suisse s'adonne à une réflexion « *essentiellement téléologique et finaliste du droit* »¹⁴⁷, tournée vers la notion d'intérêts et, détachée du concept de neutralité¹⁴⁸. C'est ainsi en tâchant de faire du *but social des lois*, le principe de réglementation des conflits de lois, qu'Andréas BUCHER revalorise la prise en compte de la Justice matérielle. Cette dernière n'étant dès lors plus reléguée au rang de méthode concurrente mais secondaire, la règle de conflit peut désormais légitimement considérer « *les objectifs propres aux lois de droit matériel* »¹⁴⁹.

Aussi, pour lui, les notions d'ordre public, de loi de police et de règle de conflit de lois se distinguent de façon bien moins tranchée que ce que l'on admet généralement¹⁵⁰. La règle de conflit

¹⁴³ Andréas BUCHER, L'ordre public et le but social des lois en droit international privé, RCADI, 1993, II, P. 9 ; Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexion à la lumière des codifications récentes, TCFDIP, 1994-1995 ; Droit international privé suisse t. 1, Partie générale – Droit applicable, Helbing et Lichtenhahn, 1995, PP.49 et s.

¹⁴⁴ A. BUCHER, cours précité, P. 61.

¹⁴⁵ A. BUCHER, Vers l'adoption...Op. Cit., P. 213.

¹⁴⁶ A. BUCHER, Id. P. 212.

¹⁴⁷ Id. P. 214.

¹⁴⁸ A. BUCHER, cours précité, P.63.

¹⁴⁹ A. BUCHER, Vers l'adoption ... Op. cit., P.218.

¹⁵⁰ A. BUCHER, Cours précité, PP.34 et s. ; PP. 57 et s. ; PP.71 et s.

doit dès lors être attentive à « *l'intérêt des États à l'application de leurs lois* »¹⁵¹. Couplée à l'exigence de coordination des systèmes inhérente au droit international privé, cette attention portée à l'intérêt de l'État du for, se combine avec la nécessité de considérer les intérêts des autres États mis en cause dans le litige international.

66. En somme, il convient bien d'admettre que la doctrine d'Andréas BUCHER, en analysant à la hausse la prise en considération d'un intérêt par le règlement conflictuel, place l'intérêt de l'État au centre de ses préoccupations. Serait-ce dire que seul l'intérêt de l'État puisse constituer le fondement de la règle de droit (2) ?

2. L'intérêt de l'État en tant que fondement de la règle de droit

67. Contrairement à BATIFFOL et KEGEL qui se contentaient d'insérer la notion d'intérêt dans la globalité de leurs raisonnements, Andréas BUCHER entend faire de ce concept, le centre de ses propositions. Ainsi, en émettant l'idée que l'ensemble des règles de conflit serait élaboré en considération du *but social des lois*, l'auteur ne semble retenir que les intérêts étatiques en tant que fondement de la règle de droit international privé¹⁵².

68. Avant lui déjà, Brainerd CURRIE, dans son « *Analyse des intérêts gouvernementaux* »¹⁵³, avait proposé de s'en référer aux intérêts étatiques afin de distinguer les « faux » conflits des « vrais » conflits. Pour lui, la première hypothèse recouvre les cas où un seul État a intérêt à l'application de sa loi. Choisir la loi applicable dans pareille configuration s'apparente dès lors très logiquement à un faux problème. Le conflit se résout logiquement au profit de la seule loi ayant véritablement intérêt à s'appliquer. Dans la seconde hypothèse en revanche, plusieurs lois font état d'un réel intérêt à s'appliquer. CURRIE propose alors de permettre au juge du for d'appliquer sa propre loi.

¹⁵¹ A. BUCHER, Vers l'adoption ... Op. cit., P. 218.

¹⁵² En effet, de la notion de But social des lois émane l'idée que le but de toute loi est de réaliser une certaine politique. L'État, en tant que législateur aurait ainsi intérêt à ce que cette politique soit réalisée.

¹⁵³ La Governmental interest analysis de CURRIE a été l'une des théories ayant impacté avec une grande force la « Révolution américaine » à l'origine du déclenchement de la « crise des conflits de lois ». Pour plus de détails sur cette période Cf. B. AUDIT, Le caractère fonctionnel... Op. cit.

Bien que très largement critiquée en raison de sa dimension unilatérale certainement trop favorable à l'application de la *lex fori*, la doctrine de l'auteur américain a quand même amorcé l'idée en vertu de laquelle, le choix de loi devrait être tranché par la détermination de l'intérêt des différents États en cause, à l'application de leur propre loi¹⁵⁴.

69. Comparativement à CURRIE, M. BUCHER prend soin de cadrer davantage son recours à la notion d'intérêt et sa doctrine fait également référence à la notion d'intérêt de l'État. Pour lui, la puissance étatique aurait un intérêt à l'application de sa loi, ou, du moins, à l'application d'une loi compatible avec sa politique législative. Si donc le souci de cette politique consiste à protéger une catégorie de personnes, la loi désignée devra nécessairement conduire à la réalisation de l'exigence de protection défendue par le for. Voilà donc tracée la justification de l'intérêt de l'État en tant que fondement de la règle de droit/conflit.

70. À l'inverse, les intérêts substantiels des parties défendus par l'application de cette politique législative, ne sauraient peut être pas si facilement constituer le *fondement* de la règle adoptée. En effet, si certains auteurs ont émis l'idée en vertu de laquelle de tels intérêts seraient susceptibles d'être pris en considération lors de l'élaboration d'une règle de conflit¹⁵⁵, d'autres ont pris soin de contester cette position. Ainsi, tout en justifiant l'avènement d'une conception privatiste du droit international privé, Benjamin REMY dénonce « *le mythe de l'existence de règles dont le fondement serait l'intérêt substantiel d'une partie* »¹⁵⁶. Pour lui, pareille conception des choses renverrait une « *image tronquée du fondement de ces règles (...), soit parce qu'elle masque l'intérêt substantiel de la partie forte qui est toujours pris en considération et qu'il convient de concilier avec l'intérêt substantiel de la partie faible, soit parce qu'elle dissimule un intérêt qui se comprend, non du point de vue des parties, mais du point de vue de la société comprise comme un tout* »¹⁵⁷. Aux yeux de

¹⁵⁴ Il est à noter que c'est de l'analyse de la politique législative d'un État que l'on pourrait déduire l'intérêt de cet État à l'application de sa loi et ce, notamment en considération du champ d'application que la loi en cause semble vouloir se donner.

¹⁵⁵ Pour une promotion de la prise en considération des intérêts substantiels lors de l'élaboration de la règle de conflit de lois, Cf. Pierre MAYER, *Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois*, Revue Droits, 1985 ; Cf. également F. LECLREC, Thèse précitée.

¹⁵⁶ B. REMY, Thèse précitée, n°104.

¹⁵⁷ Ibid.

l'auteur, « *il faut donc en conclure que le fondement de (ces règles) ne peut se résumer à l'intérêt substantiel de l'une des parties en présence* »¹⁵⁸. Cependant, affirmer que l'intérêt substantiel d'une partie ne peut constituer le *fondement* unique de la règle de droit ne revient pas nécessairement à dénier tout rôle à la considération d'un intérêt privé par le droit international privé. Quelle est donc la dimension que l'on peut accorder à la prise en considération de l'intérêt de l'enfant par le raisonnement conflictuel (B) ?

B. La dimension de la prise en considération de l'intérêt privé par le droit international privé

71. Que seul l'intérêt de l'État puisse fonder l'élaboration des règles de droit international privé peut certainement *a priori* sembler dangereux pour l'internationaliste qui s'assigne l'objectif de parvenir à la protection d'un intérêt privé, et, plus spécifiquement, de celui de l'enfant déplacé. Pourtant, il serait réducteur de penser que l'intérêt étatique s'inscrit forcément dans un cadre autarcique. En réalité les liens entre intérêt de l'État et intérêt de l'enfant sont tels que bien souvent, la réalisation de l'intérêt de l'un ne va pas sans la préservation de l'intérêt de l'autre (1). Et quand bien même il viendrait encore à l'esprit du juriste que satisfaire l'intérêt étatique ramènerait la matière à une conception publiciste, réponse lui serait faite que nul est besoin de faire de l'intérêt substantiel des parties un fondement des règles adoptées, à partir du moment où leur croyance en l'application d'un droit est satisfaite (2).

1. Les liens entre intérêt de l'État et intérêt de l'enfant

72. La communauté des liens unissant intérêt de l'État et celui de l'enfant tient notamment à leur convergence en faveur de l'application de la loi du for (a). Elle justifie en outre la prise en considération de l'intérêt de l'État, alors même que l'intérêt de l'enfant est celui que cette étude cherche à réaliser (b).

¹⁵⁸ Ibid.

a) Convergence en faveur de l'application de la *lex fori*

73. Peu importe le *fondement* inspirant l'adoption des règles de droit international privé. En réalité, même si l'intérêt qui les inspire est étatique, l'intérêt privé mis en cause dans la relation internationale n'est pas automatiquement en reste. En fait, par la prise en considération de l'intérêt de l'État à l'application de sa loi, le droit international privé pourrait également viser la réalisation de l'intérêt de l'enfant. Comme il a été mentionné précédemment, le fondement étatique de la protection d'un individu traduit le prolongement à l'échelle internationale de la justice matérielle telle que vue par le *for*. Et ce prolongement est permis en raison de la possible conciliation de la Justice de droit matériel et de la Justice de droit international privé¹⁵⁹. De toute évidence, à partir du moment où l'on peut assurer que le droit français est imprégné du souci de protéger l'enfant, on peut en déduire l'existence de liens entre intérêt de l'État et celui de l'enfant déplacé. De part sa volonté protectrice, la *lex fori* constituerait même une sorte de « seuil » minimum de protection. Autant penser que l'enfant puisse avoir intérêt à se voir garantir l'application de ce seuil !

74. Finalement, c'est dire qu'une règle fondée sur le respect de l'intérêt de l'État à voir sa politique législative protectrice réalisée, peut sans mal conduire à protéger l'enfant de manière satisfaisante. De cette affirmation à la considération du bienfondé de la prise en compte de l'intérêt de l'État, il ne semble d'ailleurs n'y avoir qu'un pas (b).

b) Bienfondé de la prise en considération de l'intérêt de l'État

75. L'avènement d'une tendance privatiste du droit international privé, a eu pour heureuse conséquence de permettre à la matière de se voir reconnaître une vocation protectrice légitime des intérêts privés en cause. Néanmoins, de la possible prise en considération d'un intérêt privé, à l'éviction totale du souci de préserver l'État, il paraît quand même y avoir une grande marge. En réalité, nous venons de le voir, l'intérêt de l'État est constamment sous-jacent à l'idée de protection de l'intérêt des parties¹⁶⁰. Cette vérité est bienheureuse. On ne saurait en effet penser totalement

¹⁵⁹ Cf. supra n° 63 et suivants.

¹⁶⁰ Cf. supra n° 67 et suivants.

faire fi de l'intérêt étatique. L'équilibre entre la satisfaction des objectifs des États et la recherche du bien-être des individus apparaît nécessaire, voire, indispensable. Et cela est d'autant plus vrai en notre matière : la protection de l'enfance, si intimement privée soit-elle, revêt sous de nombreux aspects, une dimension intéressant de près l'État¹⁶¹.

76. C'est donc en recherchant la protection de l'enfant déplacé, sans occulter la considération de l'intérêt de l'État, que l'on évite le basculement du droit international privé vers une conception reposant sur des fondements fragiles. Aucune légitimité ne peut en effet être tirée d'une matière qui oublierait de satisfaire l'ensemble des intérêts que la problématique à laquelle elle est confrontée lui demande de considérer. En clair, si le privatisme semble être de nature à plier le règlement conflictuel au service de la protection de l'enfance déplacée, il paraît également tout à fait opportun de justifier son aptitude à tenir compte de l'intérêt de l'État. Le privatisme que nous prônons est donc modéré. Sa quête tend bel et bien vers la régulation des intérêts privés mis en cause au sein du litige international. Mais en puisant dans le droit interne des États la justification de la poursuite de ses ambitions protectrices, il contribue à satisfaire les exigences de souveraineté qu'un bon règlement des litiges internationaux ne saurait évincer en une matière aussi sensible. Nous craignons d'ailleurs que pousser le privatisme à l'extrême conduise à reléguer le souci de protection privée au second plan et, marque de ce fait, le point de chute de cette tendance par un mouvement de republicisation inverse. Et tel pourrait être le cas par exemple, si l'on en venait à prôner la quête de la meilleure protection pour l'enfant mobile. En effet, en pareille hypothèse, l'accent étant uniquement porté sur le mineur, la protection décidée aurait de fortes chances d'aboutir à l'incohérence et, nous le savons, à la non réalisation effective. En conséquence – et paradoxalement pour mieux protéger l'enfant - il deviendrait absolument nécessaire d'envisager de réintroduire au sein du raisonnement conflictuel, des considérations teintées de publicisme. Et nous craignons que ce soit au prix de l'adoption de rattachements davantage dictés par la réalisation d'une politique législative donnée, que par le souci de parvenir au meilleur règlement de l'affaire au regard de la protection de l'enfance...

¹⁶¹ Cf. notamment en ce sens les développements d'Yves LEQUETTE, Protection familiale et protection étatique des incapables, Préf. Henri BATIFFOL, Thèse, Paris, Dalloz, 1976.

77. La réflexion essentiellement menée autour de la compétence législative, pourrait d'ailleurs être ramenée à la compétence juridictionnelle. L'inspiration privatiste des conflits de juridictions ne saurait en effet exclure les considérations de souveraineté étatique. Si la compétence juridictionnelle a évolué jusqu'à donner une place prépondérante aux considérations de bonne administration de la justice, deux réalités doivent être soulignées. Premièrement, bien que sensible à l'intérêt procédural des parties, la notion de bonne administration de la justice est également soucieuse d'assurer le bon fonctionnement du service public de la justice, notion dont la dimension souveraine ne saurait être contestée. De plus, en dépit du fait que la dimension désormais privatiste des conflits de juridictions soit aujourd'hui incontestable, il n'est pas exclu que des considérations souverainistes viennent exceptionnellement imprégner l'élaboration des règles de compétence internationale. Partant, la souveraineté apparaît encore comme un fondement *possible* au service des exigences spécifiques de la matière concernée et ce, en vue d'une bonne résolution des problématiques impliquant pourtant des personnes privées¹⁶².

78. Cela dit, appuyer le bienfondé de la prise en considération de l'intérêt de l'État lors de l'élaboration des règles de droit international privé, ne doit pas pour autant laisser penser que la matière ne puisse aucunement tenir compte de l'*expression* d'un intérêt privé. Ainsi, tout comme la compétence juridictionnelle implique la prise en compte de la commodité des plaideurs, les conflits de lois pourraient s'ouvrir à un fondement non exclusivement imprégné de l'intérêt étatique. En clair, parallèlement à l'intérêt de l'État à la réalisation de sa politique législative, la croyance des parties en l'application d'un droit doit très certainement pouvoir contribuer à fonder la compétence inhérente aux relations privées internationales (2).

¹⁶² C'est par exemple le cas lors de la mise en œuvre d'une loi de police. C'est encore le cas, lorsque le critère de rattachement d'une règle de conflit est fondé sur la nationalité. Cf. en ce sens Étienne PATAUT, Thèse précitée ; Y. LEQUETTE, Thèse précitée.

2. La croyance des parties en l'application d'un droit

79. Si la *lex fori* constitue un seuil de protection, on peut très certainement considérer que la politique législative de l'État du for ne sera bafouée qu'à partir du moment où l'application d'une autre loi conduirait à une protection moins satisfaisante. En revanche, l'application d'une loi plus protectrice ne saurait intervenir en contradiction avec la volonté protectrice de l'État en cause. Ainsi, au fondement protecteur du raisonnement conflictuel issu de la volonté étatique, pourrait être annexé un autre fondement destiné à orienter le choix de la loi applicable. En ce sens, par sa critique de la position d'Andréas BUCHER, qu'il juge « *trop péremptoire* »¹⁶³, M. REMY lui reproche de ne pas se demander « *s'il n'existe pas une autre compréhension de l'intérêt des parties que celle retenue par F.-C. von SAVIGNY, qui permettrait d'offrir un nouveau fondement à la méthode savignienne* »¹⁶⁴. Fort de cette constatation, plutôt que de totalement l'abandonner, il entreprend de revisiter la doctrine de l'auteur allemand afin de parvenir à une actualisation de la notion de localisation.

80. Sans prétendre retracer exhaustivement le contenu de sa pensée, voici en bref l'enseignement que l'on pourrait tirer de sa réflexion :

Conformément à la pensée de Pierre MAYER, Benjamin REMY constate que le droit tend à diriger la conduite des individus¹⁶⁵. Il en déduit que la direction de cette conduite ne vaudra que dans la mesure où l'individu a conscience de l'existence de la norme¹⁶⁶ : « *En effet, seule cette conscience et la croyance dans l'autorité du droit ou, plus précisément d'un droit, sont susceptibles d'inciter le destinataire de la norme à se comporter conformément à celle-ci. En contrepoint, il est donc dans l'intérêt des individus que leurs comportements soient appréciés à l'aune de la norme qui a permis de les déterminer* »¹⁶⁷. Prenant ensuite judicieusement l'exemple d'un système

¹⁶³ B. REMY, Thèse précitée, n°137.

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ Cf. en ce sens P. MAYER, La distinction entre règles et décisions et le droit international privé, Dalloz, Préface H. BATIFFOL, 1973, cité par B. REMY dans sa thèse, note 214, P.72.

¹⁶⁶ B. REMY, Id. PP. 72-73. Il reprend à cet effet les idées de M. H. KELSEN, citées par R. CAPITANT in, Introduction à l'étude de l'illicite- L'impératif juridique, Dalloz, 1928, P.41.

¹⁶⁷ Ibid.

linguistique¹⁶⁸, l'auteur considère que l'intérêt des parties est cristallisé dans les idées de croyance en l'application d'une loi et de sécurité¹⁶⁹. Il en vient alors à constater que cette croyance pouvant être préalable à l'existence ou à la consultation des différentes règles de droit applicables, elle a de quoi être le fondement de la règle de droit international privé ; l'élément au regard duquel on détermine le contenu de cette règle¹⁷⁰. De là, sa conclusion est simple. Le système savignien peut être réagencé. Se souvenant que deux facteurs sont en permanence invoqués dans la doctrine de SAVIGNY – le siège et la soumission volontaire des parties à une loi donnée - il émet l'idée que le second de ces facteurs pourrait être reconsidéré. Ainsi, on ne rechercherait plus tant la *volonté* que la *croyance* afin de déterminer le critère de rattachement approprié. Partant de là, la relation des deux facteurs de la localisation serait revisitée : les références au siège et à la nature du rapport de droit n'apparaîtraient plus comme un facteur indépendant de la croyance des parties, mais bien plutôt comme l'évocation des éléments susceptibles de déterminer cette croyance. Voici en quelques phrases, l'actualisation de la notion de localisation telle qu'envisagée par Benjamin REMY¹⁷¹.

81. L'essentiel à tirer de la doctrine de cet auteur, comme de l'ensemble des développements précédents, se résume sans doute dans l'acceptation du caractère légitime de la quête d'une protection de l'enfance déplacée par le droit international privé. La considération d'un intérêt privé peut en effet imprégner le règlement des conflits de lois sans souffrir le reproche de dépasser la fonction du raisonnement conflictuel. D'ailleurs, des conflits de juridictions aux conflits de lois, en passant par le reste du « *pluralisme des méthodes du droit international privé* »¹⁷², c'est bien l'ensemble de la matière qui peine à masquer son souci permanent de concilier les divers intérêts mis en jeu au sein des relations privées frappées d'un élément d'extranéité... La vocation protectrice du droit international privé bien acquise, place peut être faite à l'étude du caractère que se doit de présenter la protection de l'enfance recherchée (II).

¹⁶⁸ En résumé, il fait valoir que l'individu qui souhaite se rendre dans un pays X, s'attendra à devoir y utiliser le système linguistique de ce pays.

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ Id. n° 139, P. 73.

¹⁷¹ Pour plus de détails sur ces développements, Cf. Benjamin REMY, Thèse précitée, P.72 et s.

¹⁷² Pour reprendre le titre d'un célèbre cours d'Henri BATIFFOL: Le pluralisme des méthodes en droit international privé, RCADI, T.197, vol. II.

II/ Le caractère effectif et suffisant de la protection de l'enfance déplacée recherchée par le droit international privé

82. Le caractère effectif et suffisant de la protection de l'enfance déplacée recherché rend presque inévitable l'option en faveur d'une méthodologie axée sur la coïncidence des compétences juridictionnelle et législative (A). Aussi, même évident et justifié, le recours à une méthodologie atypique mérite que l'on s'attelle à en exposer la mise en œuvre (B).

A. Protection effective et suffisante, et coïncidence des compétences

83. En matière de protection de l'enfance déplacée, l'option en faveur de l'effectivité et de la suffisance semble justifiée (1). Il en découle ensuite forcément un choix méthodologique axé sur un recours délibéré à une méthodologie coïncidente (2).

1. La justification de la recherche d'une protection effective et suffisante

84. La suffisance est opportune parce qu'elle semble servir l'intérêt de l'enfant (a). Elle l'est en outre car en raison des liens qui l'unissent à l'effectivité, elle garantit au mineur une protection à laquelle on ne saurait reprocher un caractère illusoire ou utopique (b).

a) L'opportunité de la suffisance

85. L'intérêt de l'enfant est une donnée si essentielle qu'il doit sans nul doute constamment inspirer la réglementation protectrice. Défendre le recours à une protection simplement suffisante peut dès lors paraître étonnant quand l'on vient de démontrer que le droit international privé peut légitimement aller jusqu'à défendre l'obtention d'un résultat matériel. Pourquoi donc ne pas tenter d'atteindre la meilleure protection possible ? Certainement parce qu'il apparaît que la suffisance est dans l'intérêt de l'enfant. L'illustration tirée du nécessaire respect des décisions rendues en matière d'enlèvement international d'enfant devrait nous permettre de justifier notre pensée.

86. Réserveons aux développements ultérieurs le soin de détailler davantage le sujet de l'enlèvement international d'enfant, et contentons-nous d'exposer brièvement les quelques règles qui intéressent ici notre argumentation :

Le nombre et la complexité des affaires attrayantes au déplacement international d'un enfant suite à son enlèvement, ont encouragé l'adoption de textes issus de la coopération internationale. À ce titre, un système reposant sur des Autorités Centrales a été mis en place par les *Conventions du Luxembourg du 10 mai 1980*¹⁷³ et de *La Haye du 25 octobre 1980*¹⁷⁴, par le *Règlement du 27 novembre 2003 (dit Bruxelles II bis)*¹⁷⁵, ainsi que par un certain nombre de conventions bilatérales¹⁷⁶ et ce, afin de favoriser le retour des enfants déplacés illicitement.

L'essentiel à retenir de l'adoption de ces instruments, se résume sans doute dans l'avancée considérable qu'a généré le mécanisme de la *Convention de La Haye de 1980*, en instituant le principe du retour immédiat de l'enfant illicitement déplacé¹⁷⁷. Néanmoins, soucieux de respecter l'intérêt de l'enfant en toutes hypothèses, l'automatisme de ce procédé est nuancé par l'acceptation de diverses causes de refus à ce retour immédiat¹⁷⁸. Et parmi ces exceptions, il convient notamment de citer celle envisagée à l'article 13 1 b) de la Convention précitée. Elle prévoit que le retour de

¹⁷³ Pour plus de détails sur cette convention, cf. notamment : Convention de Luxembourg du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants. Disponible sur le site : <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/105.htm>

¹⁷⁴ Pour plus de détails sur cette convention, cf. notamment : Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. Disponible sur le site de la Conférence de La Haye de droit international privé : <http://www.hcch.net> ; A. BODART-HERMANT, La convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfant, *Gazette du Palais*, 25 janvier 2000 n° 25, P. 2 ; A. DYER, Les déplacements d'enfants au regard de la Convention de La Haye, *Petites affiches* 1997, n°118.

¹⁷⁵ Pour plus de détails sur ce règlement, cf. notamment : Règlement (CE) n°2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de responsabilité parentale abrogeant le Règlement (CE) n°1347/2000, *JOUE L 338*, 23 décembre 2003, P.1 ; *Rev. crit.* 2004, P.209 ; A. BOICHE, Règlement Bruxelles II bis : dispositions relatives aux enlèvements internationaux d'enfants, *AJ Famille* 2006, P. 180, J. MINOT, Les incidences pratiques du règlement européen n°2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 dit « Bruxelles II bis » en matière de responsabilité parentale, *AJ Famille* 2005, P. 260 ; A. RICHEL-POISSON, Les règles de compétence énoncées par le règlement « Bruxelles II bis », *AJ Famille* 2005, P. 256.

¹⁷⁶ Notamment : Convention franco-marocaine du 10 août 1981, *Rev. crit.* 1983, P. 531 ; F. MONEGER, La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, *Rev. crit.* 1984 ; Convention franco-égyptienne du 15 mars 1982, *Rev. crit.* 1983, P. 745 ; Convention franco-tunisienne du 18 mars 1982, *Rev. crit.* 1983, P. 539 ; Convention franco-algérienne du 21 juin 1988, *Rev. crit.* 1988, P. 797. Pour plus de détails sur ces conventions, cf. notamment le site de la Conférence de La Haye de droit international privé : <http://www.hcch.net>, ainsi que l'article de H. YALAZ, « Dossier Conventions bilatérales » : Les déplacements illicites d'enfants et les conventions bilatérales franco-algérienne et franco-tunisienne, *AJ Famille* 2014, P. 351.

¹⁷⁷ Pour un développement plus détaillé, cf. infra n° 312 et suivants.

¹⁷⁸ Pour un développement plus détaillé, cf. infra n° 607 et suivants.

l'enfant déplacé peut être refusé si l'auteur du déplacement établit « *qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable* »¹⁷⁹.

Il paraît évident que pour ne pas risquer de faire de l'exception un principe, l'interprétation de cet article doit être cadrée¹⁸⁰. Aussi, les décisions prises conformément aux dispositions conventionnelles doivent pouvoir être exécutées sans qu'une quelconque suspicion quant à leur bienfondé ne puisse être invoquée. L'inverse conduirait malheureusement à l'anéantissement des solutions internationales. Or, le prononcé du retour, suppose de renvoyer l'enfant aux conditions de vie qui étaient les siennes avant son déplacement illicite et ce, à partir du moment où ces dernières apparaissent suffisamment convenables pour ne pas laisser présupposer d'un danger. Ce retour au « *statu quo ante* » n'est donc qu'une garantie de suffisance. En effet, le juge qui prononce le retour de l'enfant après avoir constaté qu'aucun danger n'était de nature à faire obstacle au retour immédiat, ne cherche pas à assurer à ce dernier le meilleur confort. Il vérifie simplement que la situation de l'enfant que l'on renvoie dans le pays où il vivait sera acceptable.

87. Il est vrai que des cas particuliers peuvent encourager un certain assouplissement de la rigueur conventionnelle. L'autorité judiciaire (ou administrative) compétente pourrait par exemple très certainement convenir de ne pas prononcer le retour d'un enfant handicapé, dans l'hypothèse où ce dernier n'aurait aucune chance de se voir assurer d'obtenir dans son pays d'origine, le traitement médical dont il bénéficie dans le pays qui l'accueille (certes, illicitement)¹⁸¹. Il en irait en revanche

¹⁷⁹ Dans le même esprit, l'article 19, 1° c) de la Convention franco-portugaise du 20 juillet 1983, prévoit que le retour de l'enfant déplacé illicitement peut ne pas être ordonné lorsqu'il est de nature à mettre gravement en cause sa santé ou sa sécurité. Il en est ainsi lorsque l'enfant âgé de six ans vit depuis trois ans en France où il est scolarisé, dont il connaît la langue mieux que sa langue maternelle et que, selon le juge, dans l'immédiat, le retour au Portugal porterait atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant comme étant de nature à provoquer un déséquilibre psychologique grave : E. GALLANT, Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 18 avril 2000, De l'exception d'intégration faisant obstacle au retour d'un enfant illégalement déplacé dans son pays d'origine, Rev. crit. 2001, P. 341.

Argumentation réutilisée dans un arrêt du 17 octobre 2007 : cf. pour plus de précisions P. MURAT, L'audition de l'enfant et la décision de non-retour en matière d'enlèvement international d'enfant, Dr. Fam. n°11, novembre 2007, comm. 204 ; Note F. BOULANGER, L'exception au retour d'un enfant mineur dans son pays d'origine justifiée au regard des textes internationaux de protection de l'enfance, JCP 2008.II.10001. Cependant, cette solution ne semble plus possible dans le cadre européen (nouvelles dispositions prévues par le Règlement Bruxelles II bis).

¹⁸⁰ Pour de plus amples développements à ce propos, cf. infra n° 613 et suivants.

¹⁸¹ Notons cependant qu'il en irait sans doute différemment s'il suffisait à l'enfant concerné de changer de région pour pouvoir bénéficier dans son pays d'origine, d'un traitement équivalent à celui qui lui est administré dans son pays

différemment de l'enfant susceptible de bénéficier d'un train de vie plus luxueux dans l'État de son enlèvement, que dans son pays d'origine (parent rapteur plus riche, pays d'accueil plus développé, etc.).

88. C'est dire, qu'en matière d'enlèvement, le retour est présumé être dans l'intérêt de l'enfant. En effet, les lois et les juges étant réputés favorables à la protection de l'enfant, il n'est pas envisageable de concevoir qu'un déplacement frappé d'illicéité¹⁸², puisse intervenir *a priori* dans l'intérêt de l'enfant. L'autorité saisie doit donc ordonner le retour sans trop se laisser influencer par des conditions sociales, culturelles ou politiques. Autrement, l'excuse d'une meilleure protection encouragerait régulièrement la violation du droit et, finirait de ce fait par anéantir les règles de droit international privé pourtant souvent adoptées dans la perspective d'une protection satisfaisante de l'enfant déplacé. Cela dit, il faut bien reconnaître que ces affirmations ne valent que dans la mesure où des exceptions permettent d'assouplir la rigidité d'un retour automatique, en contribuant notamment à garantir le seuil de suffisance. En effet, si le mécanisme de retour dénie la quête absolue du *maximum*, ses garde-fous quant à eux, assurent le *minimum*.

89. Dans cette configuration suffisamment protectrice, l'intérêt de l'enfant n'est pas lésé. Ce dernier se voit en effet garantir une protection dont les caractéristiques ne se limitent pas à la considération d'un *maximum* envisagé d'un point de vue superficiel. Outre le bien être physique et psychologique nécessaire à l'enfant, elles tiennent également compte d'un droit sans doute plus atypique, mais non moins important : celui de ne pas être inconsidérément déplacé. Ce n'est donc plus uniquement le résultat du déplacement qui est pris en compte, mais également, les circonstances dans lesquelles il est intervenu. La suffisance implique ainsi en quelque sorte, une double protection, tenant à la fois au bien être effectif de l'enfant, et à l'éthique de son

d'accueil. Cf. en ce sens les décisions rendues à propos d'un enfant autiste : Family Court of Australia at Darwin, 23 décembre 1999 et Cour suprême d'Australie, 27 juin 2001, disponibles sur la base de données INCADAT du site de la Conférence de la Haye de droit international privé : <http://www.hcch.net>

¹⁸² Le caractère illicite du déplacement peut résulter, tant de son intervention en contrariété d'une décision judiciaire, que de la violation de dispositions légales *ex lege*.

déplacement¹⁸³. Comment pourrait-on donc se plaindre d'une protection si convenable ? Peut-être en invoquant le fait que l'enfant ne soit pas le seul à pouvoir revendiquer l'attention. Mais là encore, le recours à une protection suffisante rend pareil argument sans saveur. En effet, en condamnant le déplacement illicite d'un mineur par l'un de ses parents, les règles relatives à l'enlèvement international d'enfant tiennent également compte des intérêts parentaux. Deux éléments permettent de vérifier cette affirmation : premièrement, le parent gardien est assuré que son ex-conjoint ne pourra pas légitimement bafouer son droit de garde¹⁸⁴ ; ensuite, le parent titulaire d'un droit de visite et d'hébergement se voit garantir la possibilité de continuer à entretenir des liens avec son enfant¹⁸⁵.

90. Finalement, ces développements nous auront permis de constater qu'en sus de servir l'enfant, la suffisance de la protection contribue à l'équilibre. Elle oblige en effet au respect des divers intérêts mis en cause dans le litige familial : l'enfant est assuré d'une protection convenable et aucun parent n'a à craindre la validation d'un enlèvement sur le fondement d'arguments superfétatoires de son ex-conjoint¹⁸⁶. Quant à l'État, il ne peut que se réjouir de l'efficacité internationale de ses décisions !

¹⁸³ Le rapprochement peut être fait avec l'adoption internationale où il ne suffit pas de constater que les adoptants seront des bons parents, à la fois aimants et source d'un cadre de vie agréable, propre à garantir le développement de l'adopté. En effet, il faut encore que l'adoption intervienne dans un cadre réglementé, selon des règles précises. À défaut, la voie serait bien plus aisément ouverte aux dérives du trafic d'enfants.

¹⁸⁴ D'après les articles 3 de la Convention de La Haye de 1980, 7§2 de la Convention de La Haye de 1996 et 2§11 du Règlement Bruxelles II bis, le déplacement de l'enfant est illicite lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué par l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle avant son déplacement ou son non-retour et que ce droit était exercé de façon effective au moment du déplacement ou du non-retour.

¹⁸⁵ Et ce, notamment en raison de la conception extensive du droit de garde, qui inclue le droit de visite.

¹⁸⁶ Il y aurait malgré tout, une sorte de hiérarchie dans l'importance accordée à l'intérêt que l'on cherche à préserver. L'équilibre visé est en fait conditionné. Le parent non fautif peut être lésé si l'intérêt de son enfant le commande. De même, les juridictions ne peuvent chercher à satisfaire les père et mère sans avoir vérifié l'accomplissement de l'intérêt de l'enfant. Cf. les exemples suivants tirés du site de la Cour de cassation : « C'est ainsi que les quelques arrêts de cassation visant l'article 3-1 et les articles du code civil en matière d'autorité parentale, sont des hypothèses où les juges du fond ont été sanctionnés pour avoir mis en avant l'intérêt de l'un ou l'autre parent sans s'expliquer sur l'intérêt de l'enfant :

- 1^{re} Civ., 8 novembre 2005 : il s'agissait du choix d'une école pour les enfants, le juge avait décidé que les enfants devaient être scolarisés dans une école francophone du fait de la nationalité du père ; « Qu'en se déterminant ainsi, en considération de l'intérêt du père et sans rechercher quel était l'intérêt supérieur des enfants qui ont la double nationalité française et luxembourgeoise, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés » ;

- 1^{re} Civ., 13 mars 2007 : une mère avait été déboutée de sa demande de suppression d'exercice de l'autorité parentale du fait de l'incarcération du père ; « Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher quel était l'intérêt de l'enfant,

91. Mais si une protection simplement suffisante semble apte à parvenir à l'équilibre, doit-on pour autant considérer que l'idéal mènerait nécessairement au déséquilibre ? Sans doute pas. En effet, il a précédemment été établi que le droit international privé peut légitimement poursuivre un objectif et, par là même, chercher à protéger un intérêt privé. Cette quête de protection peut valablement le mener à poursuivre la réalisation de la *meilleure* protection, en prenant en considération le résultat obtenu suite à l'application d'une règle de conflit. D'ailleurs, les solutions ayant plaidé la cause de la mise en œuvre de la loi la plus favorable à l'une des parties laissent parfois percevoir que la suffisance n'est pas l'unique moyen d'obtenir une protection capable de prendre en considération différents intérêts.

En effet, nous pouvons sans mal constater que chercher à protéger au mieux la partie faible, par exemple, ne conduit pas nécessairement à nier en bloc l'intérêt de la partie forte au contrat¹⁸⁷. De même, si l'application de la loi du for satisfait tant l'enfant que l'État, rien n'empêche ce dernier de considérer que ses intérêts resteront satisfaits en appliquant une autre loi. De là, il paraît tentant d'abandonner la suffisance, en assignant à cette étude la mission de garantir à l'enfant la *meilleure* protection possible, celle qui lui assurerait *l'idéal*. Cela ne vaudrait évidemment que dans la mesure où la recherche de la loi la plus protectrice serait l'œuvre du juge, et non celle des parties¹⁸⁸. Mais si une telle ambition n'est pas illégitime, nous avons vu qu'elle risquerait parfois de bafouer le droit conventionnel contemporain. De plus, rien ne permet de penser que l'intérêt de l'enfant serait mieux assuré. Enfin, bien au-delà de ces considérations, il semble que la quête de *l'idéal* soit inopportune surtout parce qu'elle est utopique ; clairement, potentiellement ineffective. C'est donc en réalité

considéré comme primordial, dans un contexte où l'expert avait relevé que la confrontation de D... aux transgressions du père l'obligeait, pour s'en protéger, à un clivage et à un rejet et que les visites à ce dernier n'étaient donc pas souhaitables car elles risquaient de le déstabiliser, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » ;

- 1^{ère} Civ., 13 mars 2007 : « Attendu que pour fixer la résidence de l'enfant, L..., chez sa mère et autoriser cette dernière à quitter, avec sa fille, le territoire français pour résider au Canada, l'arrêt énonce que M.A..., qui s'est investi tradivement dans sa paternité, après avoir consenti au départ de sa fille, s'y est opposé pour des raisons peu claires, semblant vouloir punir la mère qui, ayant favorisé les liens affectifs du père avec sa fille, ne pouvait être soupçonnée de vouloir faire obstacle à leurs relations ; Qu'en se déterminant ainsi, par des motifs sans rapport avec l'intérêt de l'enfant considéré comme primordial, ce qu'elle n'a pas recherché, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés » ».

¹⁸⁷ F. LECLERC, Thèse précitée.

¹⁸⁸ En effet, contrairement à la matière contractuelle où l'on pourrait concevoir que l'opinion des parties puisse avoir une incidence sur le règlement du litige, la protection de l'enfance déplacée quant à elle, recouvre des droits indisponibles qu'il serait sans doute moins aisé de livrer à l'appréciation privée.

dans la force des liens unissant la suffisance à l'effectivité qu'il nous faut persister à justifier notre position (b).

b) Les liens entre effectivité et suffisance (et *lex fori*)

92. À la poursuite de la meilleure protection possible de l'enfant déplacé, il vaut mieux préférer le choix de la protection dont l'effectivité sera garantie. En clair, la visée d'une protection « parfaite » n'a rien d'utile si elle n'est pas en mesure d'être concrètement réalisée. Or, force est de constater qu'en matière de protection de l'enfance (déplacée), la meilleure protection ne sera pas toujours celle dont l'effectivité sera le mieux assurée. Néanmoins, la recherche d'effectivité ne peut servir à justifier la mise en œuvre d'une protection insuffisamment protectrice. Ainsi, la renonciation au *maximum* doit nécessairement s'accompagner de l'exigence d'un *minimum*. La protection de tout enfant déplacé doit dès lors, en plus d'être *effective*, s'avérer *suffisante*.

93. Forcément combinée à la nécessaire effectivité, la protection de l'enfant déplacé que cette étude se propose de défendre pousse la réflexion de l'internationaliste vers un autre questionnement : de quelle manière assurer la mise en œuvre concrète de la protection de l'enfance déplacée, tout en garantissant la suffisance des mesures adoptées ?

La réponse est rapide. Si l'enfant est en France, par un recours à la *lex fori*¹⁸⁹. Et le raisonnement est simple. Si le droit français se soucie de protéger l'enfant, il y a matière, nous l'avons vu, à considérer qu'il constitue un seuil minimal de protection¹⁹⁰. À cet égard, la protection française est nécessairement au moins suffisante.

Quant à l'effectivité de la justice - et donc de la protection - elle requiert la satisfaction de deux exigences : d'une part, la protection de l'enfance semble impliquer une correspondance entre le juge désigné et la loi applicable. En cela, la *lex fori* justifie encore sa vocation à s'appliquer. D'ailleurs, il n'est pas inutile de rappeler que l'exécution des décisions est automatiquement

¹⁸⁹ Il ne fait pas de doute que l'ordre juridique français n'est pas le seul à se soucier de protéger l'enfant. L'application d'une loi étrangère par le juge saisi, aurait de ce fait très certainement pu, dans de nombreux cas, conduire à un résultat suffisamment protecteur. De cette application on aurait même parfois pu tirer une protection meilleure que celle issue du droit national. Mais c'est sans compter l'impérative effectivité.

¹⁹⁰ Cf. supra n°73.

facilitée à partir du moment où les mesures qu'elles ordonnent sont propres à la législation du for, puisqu'aucun obstacle puisé dans l'exequatur, la divergence des institutions ou la limite des pouvoirs, ne peut être invoqué. Voilà une première garantie de protection effective issue de l'application de la loi du for¹⁹¹. D'autre part, en raison des liens étroits existant entre l'enfant et le juge, la personne à protéger et l'organe chargé de sa protection doivent être proches. En cette matière, la bonne administration de la justice est donc garantie par la proximité géographique entre l'enfant et l'autorité chargée de le protéger. De là, il apparaît opportun de donner compétence aux juridictions qui justifient d'une proximité suffisante avec l'enfant, car c'est elles qui assureront l'effectivité de la décision de protection rendue. Voilà donc une seconde garantie d'effectivité, cette fois-ci inhérente à la compétence des autorités pouvant justifier d'un contrôle physique, matériel, sur l'enfant. De là, notons que de la proximité du juge désigné, se déduit la proximité de la loi appliquée. La compétence de la *lex fori* se trouve donc doublement opportune : en sus d'appartenir à l'ordre juridique du juge désigné, elle est proche de l'enfant. Ainsi, on ne peut clairement pas craindre une protection en décalage avec ce que l'enfant vit au quotidien.

94. En somme, il faut bien reconnaître que l'étroitesse des liens unissant le fond et la procédure en matière de protection de l'enfance, conduit nécessairement à leur interpénétration. De cette fusion, il convient forcément de déduire la compétence du juge saisi, celle de la *lex fori*. À défaut, on en reviendrait avec certitude aux difficultés soulevées par l'application de la loi nationale du mineur, distincte de celle du juge saisi, mises en lumière avec la célèbre affaire *Boll*¹⁹². Des liens entre effectivité et suffisance, à l'application préconisée de la loi du for, le particularisme de l'enfance déplacée recommanderait donc de recourir à une méthodologie à l'image de la matière à laquelle elle s'applique : exceptionnelle, décalée, bref, de nature à faire délibérément coïncider les compétences (2).

¹⁹¹ En effet, quelle meilleure garantie d'effectivité peut-il y avoir que de permettre au juge d'appliquer sa propre loi ? S'il ne parvient pas à rendre effectives ses propres dispositions, comment parviendrait-il à en faire appliquer d'autres ?

¹⁹² Cf. Daniel-Henri VIGNES, L'arrêt de la CIJ du 28 novembre 1958 (Affaire relative à la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, Pays-Bas contre Suède), in « Annuaire français de droit international », vol. 4, 1958, PP. 250-256. Suite à cette affaire, l'évolution du système français de protection de l'enfance a progressivement abandonné le recours au principe de nationalité, au profit d'un rattachement à la résidence habituelle. Les règles relatives à la protection de l'enfant se sont ainsi peu à peu détachées de celles relatives au statut personnel, conduisant à inscrire la matière dans un élan qui lui est propre.

2. Le caractère délibéré d'un recours nécessaire à la coïncidence des compétences

95. Conscient que les arguments suscités justifiaient de recourir à la coïncidence des compétences, le droit conventionnel de la protection de l'enfance a dans une large mesure évolué en faveur du recours à une méthodologie coïncidente. Mais peut-on considérer que la liaison des compétences juridictionnelle et législative soit le fruit du hasard ?

Pour certains auteurs, l'application de la *lex fori* résultant des dispositions conventionnelles inhérentes à l'enfance, traduirait une simple convergence des règles de conflit de lois et des règles de conflit de juridictions, sans pour autant entraîner une réelle interdépendance entre ces deux compétences¹⁹³. En dépit de leur coïncidence, compétence juridictionnelle et loi applicable pourraient donc reposer sur des fondements distincts¹⁹⁴ : « *sous l'apparence d'une formulation identique, on peut en effet remonter à des justifications autonomes qui permettent de justifier avec des arguments propres choix de la loi et choix de l'autorité* »¹⁹⁵. Ainsi, le conflit de juridictions procéderait d'une volonté de rapprocher physiquement l'organe protecteur et la personne à protéger, tandis que le conflit de lois traduirait davantage l'ancrage de l'enfant dans son milieu de vie. D'ailleurs, le recours à une clause d'exception permettrait d'asseoir cette argumentation, et de laisser sauve, la séparation des compétences¹⁹⁶. *A priori*, une telle position ne permet pas de répondre à la question de savoir quelle compétence commande l'autre, puisqu'elle s'attache à faire valoir que la coïncidence ne justifie pas nécessairement la soumission d'une compétence à l'autre.

96. Toutefois, en matière de protection de l'enfance (déplacée), la volonté de lier les compétences semble réellement procéder de la conscience que les deux types de règles puisent leurs solutions dans la proximité avec l'enfant. Dès lors, même si de tels arguments sont évidemment bien pensés, ils ne nous permettent pas vraiment d'en venir à croire que la coïncidence des compétences puisse être pur hasard. En effet, à moins d'une application de la *lex fori* résultant d'un choix de loi non impératif, issu d'un critère alternatif, à notre sens, la coïncidence ne peut qu'être le

¹⁹³ É. PATAUT, Thèse précitée, PP. 224 et s. Raisonnement mené relativement à la Convention de La Haye de 1996.

¹⁹⁴ Ibid.

¹⁹⁵ Id. P. 226.

¹⁹⁶ Id. PP. 227 et s.

résultat d'une mise à l'écart délibérée du recours à la séparation des compétence juridictionnelle et législative.

Mais finalement, qu'implique un tel choix méthodologique ? Comment sa mise en œuvre s'organise-t-elle concrètement (B) ?

B. Mise en œuvre du recours à une méthodologie coïncidente

97. Nous l'avons dit, le droit international privé est un pluralisme. Le recours à une méthodologie coïncidente en matière de protection de l'enfance déplacée est donc une option possible (2). Peu importe en effet le maintien ou non du principe de séparation. L'essentiel se situe dans l'atteinte d'une protection satisfaisante. Au risque d'ouvrir la voie de la hiérarchisation ? Nous le pensons. Car relativiser l'importance des arguments visant à sauvegarder le principe de séparation, revient en notre matière, à accepter de déduire de la désignation du juge, la loi qui sera appliquée et donc, à asseoir la primauté de la compétence juridictionnelle sur la compétence législative, et non l'inverse (1).

1. La supériorité du conflit de juridictions

98. Pousser l'analyse de la coïncidence des compétences en matière de protection de l'enfance, permet d'en venir à la considération en vertu de laquelle le particularisme des règles inhérentes à cette matière commanderait de rejeter une approche législative (a), pour préférer admettre une approche juridictionnelle, attribuant la primauté au conflit de juridictions (b).

a) Rejet de la supériorité du conflit de lois

99. Pendant longtemps, la compétence juridictionnelle a été reléguée au second plan. La théorie universaliste de SAVIGNY a en effet nettement contribué à amoindrir l'intérêt de la désignation du tribunal compétent, en estimant que les mêmes règles de conflit devaient être appliquées par les tribunaux des différents pays appartenant à une même communauté de droit. Pour l'auteur, la

logique des conflits de lois représentait donc l'essentiel du raisonnement de droit international privé et la primauté leur était en conséquence accordée¹⁹⁷. Cependant, les conflits de civilisations soulevés de nos jours en matière familiale remettent en cause ce raisonnement. En effet, l'inégalité à l'égard des conflits de juridictions s'explique dans la construction de SAVIGNY, par la conviction que quelque soit le juge saisi, la même loi sera appliquée. Or, face aux ruptures de plus en plus marquées et de plus en plus fréquentes de la communauté de droit entre États, cette hypothèse devient évidemment contestable. Au point d'ailleurs d'avoir parfois même conduit à un raisonnement renversé. Ainsi, M. PICONE a pu considérer que : « *le centre de gravité du conflit n'(est) plus désormais constitué par la recherche de la loi applicable, mais par celle du tribunal le plus approprié pour régler les différentes catégories de litiges entre les sujets privés* »¹⁹⁸.

100. La Théorie du *forum legis*, par l'importance qu'elle attribue à la loi en cause, pourrait peut être malgré tout constituer une justification propre à fonder l'infériorité des questions juridictionnelles. Cette théorie est en effet une forme d'influence du droit applicable sur la détermination de la compétence des juridictions. Sa mise en œuvre revient à attribuer compétence au juge étatique dont le droit matériel a été désigné par la règle de conflit de lois¹⁹⁹.

Un auteur français, Étienne PATAUT, a proposé l'application d'une solution assez similaire au statut personnel. Ainsi, pour lui, en cette matière, le rattachement à la nationalité, manifestation du principe de souveraineté, devrait permettre de déduire la compétence du juge, de la loi applicable²⁰⁰. De la même manière, il estime que la mise en œuvre d'une loi de police peut en quelque sorte induire la compétence du juge²⁰¹. Ses développements s'appuient notamment sur l'exemple tiré d'une application de la théorie du *forum legis* par la Cour de cassation au cours de l'affaire *Maro*, dans un domaine où la qualification de loi de police est incontestable²⁰². Pour lui

¹⁹⁷ Ce qui justifie le désintérêt dont a longtemps été victime la compétence juridictionnelle.

¹⁹⁸ P. PICONE, Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé, RCADI 1999, t. 276, P. 259.

¹⁹⁹ Pour plus de détails sur cette théorie, cf. notamment : Ch. BROCHER, Cours de droit international privé suivant les principes consacrés par le droit positif français, t. III, Thorin Paris, 1885.

²⁰⁰ Étienne PATAUT, Thèse précitée, n°195, P.132.

²⁰¹ Id. n°196 et s., PP. 133 et s.

²⁰² Cass. Civ. 1^{ère}, 27 octobre 1964, *Maro*, Bull. 1964 I n° 472 P. 365 ; Dalloz 1965 P. 81 ; RCDIP 1965 P. 119 (1^{ère} esp.) ; JCP 1964 II 13911 bis ; « les dispositions sur l'assistance de l'enfance en danger sont applicables sur le territoire français à tous les mineurs qui s'y trouvent, quelle que soit leur nationalité ou celle de leurs parents ».

cependant, en matière de lois de police, l'application de la *lex fori* ne traduirait pas tant un lien de dépendance du *forum* envers le *jus*, qu'une fusion dans l'intérêt de la souveraineté de l'État²⁰³.

101. De la liaison étroite entre le juge et la loi en matière de lois de police, à la liaison nécessaire des deux compétences pour ce qui concerne l'ensemble des règles de la protection de l'enfance déplacée, on pourrait sans doute trouver une sorte d'analogie permettant d'en revenir à l'affirmation d'une supériorité du conflit de lois. Une telle argumentation nous paraîtrait cependant réductrice. En effet, le particularisme de la matière étudiée semble une fois de plus prompt à faire valoir la pleine étendue de ses exigences. En ce sens, il commande très certainement davantage de reléguer les justifications exclusivement souverainistes de côté et de tenir compte de l'importance particulière confiée à la compétence juridictionnelle en matière d'enfance déplacée (b).

b) Admission de la supériorité du conflit de juridictions

102. La coïncidence des compétences à laquelle cette étude se propose de se raccorder est le fruit de l'exigence d'*effectivité* de la protection poursuivie. Elle n'est pas le constat de l'impérativité systématique de la loi applicable, induite du seul intérêt de l'État. Il s'en suit le rejet d'un fondement totalement souverainiste de nature à faire de toutes les règles applicables au déplacement d'un enfant, des dispositions assimilées à des lois de police. L'exigence d'effectivité au contraire, ne fait que refléter les liens étroits existant entre le juge et l'enfant lorsqu'il s'agit de prendre des mesures protectrices. Ce sont donc les questions ayant trait à la compétence juridictionnelle qui apparaissent faire état d'une certaine primauté en raison de la fonction téléologique attribuée à la coïncidence des compétences. De l'importance particulière du juge, découle en fait le caractère essentiel de sa désignation, par opposition à la tendance classique consistant à faire primer la désignation de la loi. Finalement, on aboutit sensiblement au même résultat que si l'on avait recours à l'application d'une loi de police, mais ici, l'axe est porté sur le juge (quête de proximité et visée

²⁰³ « Si en effet la loi de police est la manifestation de l'intérêt étatique, de la souveraineté, la règle de compétence est le versant juridictionnel du même intérêt. Dans cette mesure, compétence et loi de police ne sont pas réellement unies par un lien de dépendance, comme le voudrait la théorie du *forum legis*, mais par une concordance d'objectifs qui exige la fois l'application d'une loi précise et la compétence des juridictions françaises. La souveraineté française implique que les deux compétences soient retenues simultanément, sans hiérarchie, pour réaliser les impératifs fixés par le *for* » : Étienne PATAUT, Thèse précitée, n° 266, P. 181.

de la réalisation de l'intérêt de l'enfant comme de celui de l'État) et non sur la loi (considérations de souveraineté et recherche exclusive de l'intérêt de l'État).

Un tel raisonnement n'est pas simplement théorique : le droit conventionnel - conventions de La Haye, *Règlement Bruxelles II bis* - renverse la logique savinienne en penchant pour l'absorption des conflits des lois par les conflits de juridictions. La loi applicable y est ainsi déduite du juge saisi²⁰⁴ :

103. La construction la plus achevée en matière de protection de l'enfance déplacée est la *Convention du 29 mai 1993, sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*. Phénomène relativement récent, l'adoption internationale s'est lentement développée après la Seconde Guerre mondiale. Puis, à l'aube des années 1970, un accroissement significatif du nombre des adoptions a pu être relevé. Ce n'est pourtant qu'à compter des années 1980 que l'importance et la gravité des problèmes générés par le phénomène a révélé la nécessité d'une approche conventionnelle. La voie était donc ouverte à l'élaboration de la *Convention de 1993*²⁰⁵. Ayant pour but d'établir des garanties afin que les adoptions internationales aient lieu dans l'intérêt supérieur de l'enfant et dans le respect de ses droits fondamentaux, l'instrument est généralement accusé d'opérer un déclassement de la méthode conflictuelle au profit d'une coopération entre autorités administratives. En effet, dans cette convention, le rôle des autorités centrales est particulièrement important et le recours à des autorités administratives modifie profondément l'équilibre traditionnel entre les conflits de lois et les conflits de juridictions : les conflits de lois y apparaissent ainsi subordonnés aux conflits de juridictions, eux-mêmes soumis à l'aval des autorités administratives²⁰⁶.

104. Cette construction coïncide avec la préférence affichée dans les autres conventions de La Haye relatives à la protection de l'enfance, pour le rattachement à la résidence habituelle²⁰⁷. En

²⁰⁴ Pour exemple, cf. l'article 2 de la Convention de 1961.

²⁰⁵ <http://www.hcch.net/upload/outline33f.pdf>

²⁰⁶ Pour exemple, l'article 4 de la Convention de La Haye de 1993 prévoit que les juridictions des États contractants ne sont pas autorisées à prononcer une adoption à laquelle les Autorités centrales n'auraient pas consenti. De la sorte, l'enclenchement de la procédure judiciaire est soumis à l'aboutissement de la procédure administrative.

²⁰⁷ Conventions de 1961 et de 1996.

effet, le domaine de la protection de l'enfance est un domaine particulièrement sensible aux effets immédiats des décisions judiciaires, souvent prises dans l'urgence et, dont l'exécution, caractérisée par un suivi administratif et judiciaire, nécessite une étroite relation entre la juridiction et l'entourage de l'enfant concerné. Le choix de la résidence habituelle²⁰⁸ correspond alors presque nécessairement à une primauté de la compétence juridictionnelle sur la compétence législative, puisque les mesures relatives à la protection de l'enfance, à l'adoption internationale et à la lutte contre l'enlèvement international d'enfant, font toutes ressortir l'importance du juge et conséquemment, l'utilité pratique, au vu des exigences essentielles de rapidité d'intervention de la décision et de proximité dans son exécution, du rattachement à la résidence habituelle de l'enfant.

105. Finalement, c'est dire qu'en matière de protection de l'enfance, le privatisme des conflits de juridictions associé à celui des conflits de lois, traduit un souci convergent entre les différentes règles de compétence en faveur de la protection de l'enfance déplacée. Aussi, les liens étroits entretenus entre les deux types de compétence - l'un participant à la réalisation de l'autre et réciproquement - conduisent à recourir à la liaison des compétences. L'exigence d'effectivité de la protection garantie par la compétence juridictionnelle conduit néanmoins à faire primer la recherche du juge compétent. La loi applicable sera par la suite déduite de la compétence juridictionnelle. Mais pour évident qu'il nous apparaisse, un tel raisonnement est-il réellement bienfondé en droit international privé (2) ?

2. Bienfondé du recours à une méthodologie coïncidente

106. Le bienfondé du recours à une méthodologie coïncidente tient au fait que l'on puisse sans grande difficulté critiquer le postulat faisant de la séparation des compétences, l'essence du droit international privé. Partant, il semble aisé d'affirmer que la séparation des compétences

²⁰⁸ En droit conventionnel, la notion de domicile est généralement remplacée par celle de résidence habituelle. On pourrait se contenter de relier l'importance grandissante de la résidence habituelle en matière de statut personnel, au mouvement général « d'objectivisation » de droit, de plus en plus tourné vers le concret, le tangible. La résidence est alors préférée parce qu'elle est réputée faire plus facilement l'unanimité que la notion de domicile. Au contraire, le domicile revêt souvent un caractère fictif et pourrait conduire à des solutions trop rigides parce qu'exigeant un degré d'intégration des parties dans le for saisi, d'une intensité contraire aux objectifs de souplesse et de proximité inhérents à la notion de résidence habituelle.

juridictionnelle et législative est une simple possibilité (a). Il en résulte que la coïncidence des compétences doit pouvoir intervenir concurremment (b).

a) La séparation des compétences juridictionnelle et législative, une simple possibilité

107. En dépit de leur capacité commune à viser la réalisation d'un intérêt privé, conflits de lois et conflits de juridictions demeurent des réalités distinctes, destinées à répondre respectivement à la nécessité de trouver un traitement de fond adéquat à la situation juridique en cause, et d'attribuer le litige au juge qui lui convient. Et si les deux types de compétences s'influencent réciproquement, leurs différences justifient la prétention de chacune de ces catégories de règles à une solution propre. Ainsi, il est couramment admis que les règles de compétence législative, doivent généralement mener à une solution unique, de nature à résoudre le problème de droit posé par l'affaire en cause. Pour leur part, les règles de compétence juridictionnelle, dans leur souci de garantir tant la commodité des plaideurs, qu'une bonne administration de la justice, aboutissent bien plus régulièrement à la désignation de chefs de compétence multiples.

La rigueur de cette distinction peut cependant valablement être tempérée. En effet, il suffit de confier le soin à la règle de conflit de lois de parvenir à garantir un résultat matériel, pour que l'alternativité de la désignation du critère de rattachement, témoigne d'une multiplicité de compétences. Aussi, il n'y a qu'à imprégner la désignation juridictionnelle d'une part de substantialité, pour lui faire porter le poids d'un choix moins axé sur la justice procédurale, que sur la possibilité de garantir le résultat visé. Il en va d'ailleurs un peu ainsi en cas de liaison des compétences, puisque dans cette hypothèse, la primauté conférée au conflit de juridictions, fait reposer sur ce dernier, la charge du résultat issu de la loi désignée.

108. Il n'en reste pas moins qu'il ne semble pas interdit d'admettre que les règles qui déterminent le *forum* et celles qui désignent le *jus* puissent obéir à des objectifs différents. En effet, les règles relatives à l'enfance déplacée ne sont pas les seules existantes en droit international privé. Dès lors, si ces dernières requièrent que l'on recoupe les deux compétences, les justifications portées au choix de l'élément de fait tiré de la situation juridique internationale, une telle opération n'est pas systématiquement souhaitable. Il en résulte que le juge doit parfois pouvoir puiser la directive lui permettant de résoudre le litige frappé d'un élément d'extranéité, dans un droit étranger. En droit international privé, la séparation des compétences est donc *possible*. Certains auteurs l'ont d'ailleurs

érigée en véritable principe du droit international privé, allant jusqu'à considérer que l'on peut y voir l'essence de la matière²⁰⁹. Décritant alors la science des partisans de l'application généralisée de la *lex fori*²¹⁰, ils ont sans mal dénoncé ce qui à leur yeux pouvait être qualifié d' « *anti-droit international privé* »²¹¹.

109. Au fond pourtant, c'est surtout la dimension *générale* de l'application de la loi du for qui souffre la critique. Rien ne s'opposerait au contraire à ce que l'on assigne un domaine à cette théorie : celui de la protection de l'enfance (déplacée). En effet, dans ce domaine, les faits l'emportent le plus souvent sur l'importance des questions de droit²¹². Aussi, la sensibilité de la matière, tout comme la nécessité d'assurer à l'enfant mobile une protection satisfaisante, plaident en faveur de l'application de la loi la plus apte à promettre un résultat effectif honorable : celle du juge saisi. La coïncidence des compétences juridictionnelle et législative apparaît dès lors comme une possibilité concurrente (b).

b) La coïncidence des compétences juridictionnelle et législative, une possibilité concurrente

110. La règle de conflit bilatérale, en assurant le potentiel de l'applicabilité de la loi étrangère, serait le moyen le plus sûr de parvenir à la Justice de droit international privé²¹³. Pourtant, déjà à l'origine, l'exception d'ordre public marquait les limites de la vocation universelle du bilatéralisme. Aussi, par la suite, nous l'avons vu, la conception régulatrice du droit international privé a

²⁰⁹ Yves LEQUETTE, Thèse précitée, n°147, P.113.

L'indépendance entre compétence juridictionnelle et loi applicable a également été qualifiée par P. LAGARDE de « vérité première du droit international privé » : Note sous Civ. 1^{ère}, 1^{er} février 1972, Dalloz 1973, P. 60.

²¹⁰ Cf. Les exemples tirés des doctrines comparées de EHREBZWEIG et de WÄCHTER in : Kurt LIPSTEIN, The General principles of Private International Law, RCADI 1972-I t. 135, n°29, P.144 et s.

²¹¹ D. EVRIGENIS, Tendances doctrinales actuelles en droit international privé, RCADI 1966-II t. 118, P. 369 s.

²¹² Pour Yves LEQUETTE en effet, en matière de protection des incapables « les questions de droit n'auraient qu'une importance minimale : tout dépend de l'intervention du juge ; à son défaut, la situation juridique est inefficace, pour ne pas dire inexistante » : Thèse précitée, P. 119.

²¹³ En effet, selon KEGEL, notamment, la justice adaptée aux situations internationales est par essence fondée sur le recours au bilatéralisme en matière de conflits de lois. Aussi, pour le professeur VALLINDAS, l'égalité des lois mises en conflit s'apparente à un « postulat de la Justice » : P. VALLINDAS, La structure de la règle de conflit, RCADI 1960-III t. 101, PP. 344 et 351.

fortement contribué à valoriser la prise en compte d'un intérêt. En conséquence, les liens entre Justice de droit international privé et neutralité peuvent être relativisés.

111. Mais bien au-delà des nuances dont elle a fait l'objet et surtout, en dépit de son franc succès, ce qu'il y a d'essentiel à considérer, c'est que la méthode bilatérale n'a jamais constitué l'unique moyen de résolution des conflits privés présentant un élément d'extranéité. Elle a en effet toujours été concurrencée par le reste du panel des méthodes que le droit international privé propose. Il serait dès lors malaisé de considérer que la matière se résume à l'application de la loi étrangère. En réalité, l'unilatéralisme, bien que moins largement défendu, n'a pas cessé d'exister. Certains auteurs l'ont même farouchement promu, et, face aux critiques lui reprochant son excès de souverainisme, se sont même attelés à en proposer un renouveau²¹⁴. D'ailleurs, il faut bien admettre que le raisonnement conflictuel lui-même ne résume pas l'ensemble de la résolution des problématiques que le droit international privé est en charge de résoudre. L'« unilatéralité », pour reprendre les mots du Professeur LECLERC²¹⁵, expression de la mise en œuvre d'une loi de police, tout comme le recours à des règles matérielles, sont en effet des méthodes parallèles bien connues des internationalistes.

Partant de là, il semblerait que la coïncidence des compétences puisse être considérée comme une méthode, parmi d'autres méthodes, dont le droit international privé dispose afin de résoudre au mieux les problématiques mettant en cause les relations privées marquées d'un élément d'extranéité. Cette étude ne propose donc pas une remise en cause généralisée du principe de séparation. Elle se contente simplement de puiser au sein du pluralisme des méthodes dont la matière fait état, celle qui sera la plus apte à répondre aux besoins de l'enfant déplacé.

²¹⁴ De l'abandon d'une vision du droit international privé impliquant un conflit de souverainetés par la majorité de la doctrine contemporaine, on aurait donc pu en déduire logiquement l'abandon de l'unilatéralisme, fondé sur cette vision, et de l'idée d'indissociabilité du droit matériel et du droit de conflit.

Pourtant, rejetant une approche du droit international privé qui se fonderait sur une analyse de la souveraineté, QUADRI a, selon l'expression de GOTHOT, contribué au « renouveau de l'unilatéralisme », réaffirmant ainsi l'utilité de recourir à cette méthode. C'est ainsi qu'il a entrepris de justifier le recours à l'unilatéralisme en se plaçant sur le terrain des objectifs d'ordre privé assignés à tout système de solution. Pour plus de détails sur cette question, cf. GOTHOT, Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé, *Rev. crit.* 1971 ; La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats, *TCFDIP*, 1975, P. 201.

²¹⁵ F. LECLERC, Thèse précitée.

Conclusion de la seconde section.

112. Point d’ancrage de la réalisation d’un intérêt, la régulation est le résultat de l’avènement d’un droit international privé à tendance privatiste. Caractérisée par la recherche d’un équilibre entre les différents intérêts mis en cause par les rapports juridiques impliquant le déplacement transfrontière d’un mineur, elle contribue naturellement à défendre une compétence qui ne soit pas exclusivement fondée sur le recours à des principes issus du droit international public. Ainsi détachée de l’idée de souveraineté, elle révèle d’ailleurs la capacité du droit international privé à s’inscrire légitimement dans une nouvelle forme d’engagement, à savoir, la poursuite de la réalisation d’un intérêt privé.

Sans que cette réalité ne l’empêche de prendre acte de l’intérêt de l’État à la réalisation de sa politique législative, la notion permet dès lors d’assurer au mineur une protection à la fois effective et suffisante et ce, par le moyen d’un recours à la coïncidence des compétences juridictionnelle et législative. La neutralité du raisonnement conflictuel se trouve en conséquence atténuée par l’application quasi-systématique de la loi du for.

Conclusion du Premier Chapitre.

113. Ce n'est plus un secret, l'enfant a besoin d'être protégé. Celui que l'on déplace nécessite que l'on s'assure en outre que sa mobilité ne lui nuira pas. Celui à qui l'on fait passer une frontière est exposé à des risques supplémentaires que le droit se doit de considérer. Mais quand la situation présente ainsi un élément d'extranéité, avant que le droit matériel ne puisse se proposer d'apporter une réponse, encore faut-il laisser au droit international privé le soin de désigner le juge compétent et la loi applicable. Peut-on alors considérer que la matière puisse contribuer à la protection de l'enfance que l'on déplace ? Très certainement, car dès ce stade du raisonnement, une vocation protectrice paraît permise. En effet, l'inscription progressive du droit international privé au sein d'une conception privatiste-régulatrice, semble à la fois justifier et permettre la prise en considération de l'intérêt de l'enfant déplacé. La régulation est donc un moyen, tant de légitimer, que de réaliser la protection de l'enfance.

114. Aussi, tout comme il a été précédemment exposé, la défense d'une vision ainsi portée sur l'intérêt de l'enfant rend l'intervention des autorités compétentes indispensable au bon fonctionnement de l'institution concernée, mais également à la mise en œuvre et au contrôle des mesures de protection. Ce qui compte alors, c'est l'appréciation que le juge, dans le cadre général de la loi, a des faits. La détermination de l'autorité compétente revêt une importance primordiale, parce que l'effectivité de la protection dépendra pour une large part du choix de cette autorité, qui doit être à la fois proche de l'enfant et porteuse de décisions immédiatement efficaces. La loi applicable peut quant à elle être déduite de la compétence juridictionnelle à partir du moment où la protection qu'elle organise apparaît suffisante. Or, la primauté de la désignation du juge compétent, en ne laissant quasiment aucune place à la désignation d'une loi étrangère, implique un certain retour à l'unilatéralisme (et c'est d'autant plus vrai en l'absence de convention internationale puisque la *désignation* de la compétence juridictionnelle reste quand même une prérogative de l'État). La poursuite de la réalisation de l'intérêt de l'enfant demeure donc *a priori* conforme à son fondement incontournable : l'intérêt de l'État à la réalisation de sa politique législative. Est-il pour autant inévitable de voir dans cette affirmation l'unique expression d'un caprice souverainiste que l'État du for masquerait par la mise en avant de la poursuite d'un intérêt privé ? Peut-être pas si l'on

parvient à justifier que l'intérêt de l'État à l'application de sa politique législative, reflète en réalité le souci de respecter le statut de droit substantiel de l'enfant garanti par les droits fondamentaux (de l'enfance). Pour ce faire, nous nous proposons de défendre l'hypothèse suivante : la coïncidence des compétences reflèterait l'impérativité, non pas tant de la politique législative du for, que de celle des droits de l'enfant défendus. Et c'est en ce sens que les droits fondamentaux nous semblent pouvoir porter leur contribution à la protection de l'enfance déplacée par le droit international privé (Chapitre 2).

Chapitre 2 : La contribution des droits fondamentaux à la protection effective et suffisante de l'enfance déplacée poursuivie par le droit international privé

115. En marquant l'amorce d'une réflexion portée sur le droit naturel, la période Antique a permis de sous-entendre la pensée des « droits de l'Homme ». Effectivement, déjà au V^{ème} siècle avant Jésus-Christ, les philosophes grecs de l'école sophiste revendiquaient clairement une égalité de nature entre les Hommes, semblant ainsi militer en faveur d'un humanisme que l'on pourrait aujourd'hui être tentés de rapprocher de l'école des Lumières²¹⁶. Par la suite, le stoïcisme, notamment imprégné des réflexions de CICERON, SENEQUE et ÉPICTÈTE, a prolongé l'idée d'une égalité entre les Hommes qui serait partie intégrante d'un droit naturel universellement valable. En inspirant un peu plus tard les théologiens scolastiques, le stoïcisme a par ailleurs permis à ces derniers de se référer aux termes bibliques en vertu desquels, Dieu a créé l'homme à son image²¹⁷, pour considérer que l'égalité des êtres humains ne pouvait plus provenir de la nature. À leur sens, l'égalité était un don de Dieu, et chaque Homme revêtait la même dignité.

116. Malgré tout, il convient bien de reconnaître que les Anciens proposaient un modèle de droit objectif, non déduit des exigences de la Raison humaine²¹⁸. Si donc Platon et son disciple, Aristote, ont chacun à leur manière affirmé le principe de l'existence d'une nature universelle de l'Homme, il

²¹⁶ Notons cependant que les sophistes n'ont pas été jusqu'à fonder sur l'essence de l'homme, des droits inaliénables et sacrés. Pour plus de détail sur l'apport de la philosophie antique, cf. M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

²¹⁷ Genèse, chapitre 1, verset 26.

²¹⁸ Luc FERRY et Alain RENAUT, *Le fondement universel des droits de l'homme*, in : « Communications », 43, 1986. Le croisement des cultures. PP. 27-54.

n'en restait pas moins qu'inscrit dans la nature des choses, le « juste » se déterminait à leur yeux par l'observation de la hiérarchie naturelle d'un élément substantiel : l'ordre cosmique²¹⁹. La justice qui en découlait était alors nécessairement définie par la fin naturelle de la chose à laquelle elle s'appliquait. L'humanité ne pouvait en conséquence pas la fonder²²⁰. En réalité, dans une telle configuration, le droit ne désignait pas véritablement la conduite à suivre, mais s'attachait davantage à répartir, par le biais d'une justice distributive²²¹. De plus, en excluant l'idée d'un contrat social par lequel les hommes conviendraient de définir la structure du corps politique, le naturalisme des Anciens ne semblait pas vraiment admettre l'idée de liberté²²². Il apparaissait alors clairement qu'une telle conception du monde ne pouvait fonder la revendication de droits dont l'Homme puisse se prévaloir.

117. Il a donc fallu attendre le XVIII^{ème} siècle et l'avènement de la philosophie moderne, pour que du seul fait de sa nature humaine, l'Homme puisse prétendre posséder et faire valoir des droits subjectifs, aptes à lui conférer un véritable statut de droit substantiel. Lorsque les droits revendiqués sont essentiels à la personne *humaine*, il semble permis de considérer qu'ils revêtent une importance particulière. Ils rentrent alors dans la catégorie des « droits de l'homme ». Dans cette catégorie, certains droits sont reconnus par des textes constitutionnels ou internationaux. Et parce que ces textes occupent une place de choix au sein de la hiérarchie des normes dans la plupart des pays, les droits auxquels ils font référence sont qualifiés de « fondamentaux »²²³. Identiques pour tous, inaliénables et imprescriptibles, ces droits semblent exprimer des valeurs communes à l'humanité et en ce sens, prétendent à l'universalité²²⁴.

²¹⁹ Ibid.

²²⁰ Ibid. « C'est le bien naturel (dont l'humain est une dimension) qui fonde le juste ».

²²¹ Ibid.

²²² Ibid.

²²³ J.-J. VINCENSINI, *Le livre des droits de l'homme*, Paris, Éd. Robert Laffont, 1985, P. 12. : Concrètement, il peut être dit que ces droits s'apparentent à « des prérogatives gouvernées par les règles reconnues par le droit constitutionnel et le droit international qui visent à défendre les droits dans leurs relations avec le pouvoir de l'État avec les autres personnes et qui tendent à promouvoir l'établissement des conditions permettant de jouir effectivement de ces droits ».

²²⁴ Bien que certains auteurs distinguent entre « universalité » et « universalisme », cette étude entend employer indistinctement les deux termes.

118. Désireuse d'adapter l'universalité fondamentale au particularisme de l'enfance, la communauté internationale a jugé utile de reconnaître à l'enfant un statut et des droits dont il puisse se prévaloir spécifiquement. En conséquence, il semble qu'il existe désormais une catégorie de droits fondamentaux - les droits de l'enfant - qui puisse de nos jours venir au soutien de la protection de l'enfance déplacée par le droit international privé (Section 1). Mais pour assurément bien comprendre la mesure d'une telle contribution en notre matière, encore faudra-t-il envisager les conséquences de la confrontation de ces droits à la diversité culturelle (Section 2).

Section 1 : L'universalité fondamentale au soutien de la protection de l'enfance déplacée par le droit international privé

119. La *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* du 26 août 1789 (ci-après DDHC) a marqué en France, l'avènement d'un État de droit dont le propre a été de reconnaître à l'ensemble des individus des droits naturels inconditionnels, tout en précisant que la souveraineté résidait non pas dans un monarque de droit divin, mais dans l'ensemble des individus qui forment la Nation. L'effondrement des formes de pouvoir féodales et la naissance d'États nationaux souverains a ainsi progressivement permis l'affirmation effective d'une « philosophie fondamentale » au sein des États désormais attachés à la démocratie libérale²²⁵. Par la suite internationalisée au moyen de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, adoptée le 10 décembre 1948 (ci-après DUDHC), cette conception apte à attribuer à l'individu un véritable statut de droit substantiel, a inspiré de nombreux textes tant nationaux, qu'internationaux.

« Point d'aboutissement » de ce mouvement déjà bien amorcé en faveur de l'individu, la *Convention internationale des droits de l'enfant* adoptée le 20 novembre 1989, et entrée en vigueur en France dès 1990 (ci-après CIDE), a quant à elle eu le mérite de consacrer des droits spécifiques à l'enfance. À l'instar de l'adulte, l'enfant – y compris celui que l'on déplace - peut donc désormais se prévaloir d'un statut juridique international (I). Inscrit au sein de l'universalité fondamentale, ce nouveau statut accordé à l'enfance semble d'ailleurs à même d'impacter le droit international privé, au point peut être, de justifier la méthodologie que cette étude propose d'adopter lorsque le déplacement d'un enfant est en cause (II).

²²⁵ La doctrine des droits et libertés ne peut en effet se concevoir que dans le cadre de l'État démocratique et libéral dont le propre est de reconnaître aux individus des libertés individuelles et politiques, tout en consacrant la séparation des pouvoirs. Cf. en ce sens Gilles LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Éd. Armand Colin, 1995.

I/ La contribution des droits de l'enfant à la promotion d'un statut juridique international de l'enfant (statut de droit substantiel)

120. L'affirmation internationale des droits de l'enfant acquise (A), la législation nationale devait pouvoir s'ouvrir à son tour à l'absorption progressive des concepts supranationaux, jusqu'à les rendre siens. L'opération reproduite au sein des autres systèmes de droit conduit forcément à l'émergence d'un statut de l'enfant, qui, bien que propre à chaque État, repose sur des bases communes. En ce sens, l'internationalisation du droit interne s'avère être un moyen de mise en œuvre concrète des droits de l'enfant à l'échelle nationale, et contribue de ce fait à la protection de l'enfant déplacé (B).

A. L'affirmation internationale des droits de l'enfant

121. L'évolution de la place de l'enfant dans la société a été permise par le passage de sa soumission à la puissance paternelle, à l'encadrement prioritairement familial de sa protection (1). Aboutissant à lui reconnaître la qualité de véritable sujet de droit, cette évolution a en outre permis l'affirmation concrète de droits dont l'enfant peut désormais se prévaloir (2).

1. L'évolution de la place de l'enfant dans la société

122. À l'origine d'une pensée qui a contribué à inspirer le droit privé jusqu'au XX^{ème} siècle, rappelons qu'ARISTOTE a considéré qu'il appartenait à chacun de se conduire selon sa nature²²⁶. Le fils devait donc obéir à son père, notamment parce que ce dernier lui a offert l'existence. Dans cette configuration où les droits de l'homme – et *a fortiori* les droits de l'enfant - n'existaient pas, il ne pouvait y avoir de rapport juridique au sein de la famille²²⁷. L'autorité appartenait de droit au père en raison de la nature des choses. L'affection naturelle du père envers sa descendance était en effet

²²⁶ Dominique YOUNG, *Penser les droits de l'enfant*, PUF, 2002, P.12.

²²⁷ Id. PP. 13-14.

supposée contredire une action paternelle opposée à qu'il y avait de bon pour l'enfant²²⁸. Mais si l'enfant était soumis, c'est aussi que pour ARISTOTE, à l'instar de l'animal, il était réputé agir spontanément, suite à une pulsion et non suite à une réflexion²²⁹. Dépourvu de raison, l'enfant aristotélécien était un être inachevé²³⁰, et en conséquence, incapable de délibération²³¹.

123. Une telle perception de l'enfance n'a pas su tenir dans la durée. Et c'est sans surprise le siècle des Lumières qui a traduit l'amorce d'un changement, notamment en marquant l'évolution des relations entre l'enfant et le droit. L'École du droit naturel moderne ayant en effet posé les jalons d'une appréhension philosophique des droits de l'Homme, un renversement de la philosophie d'ARISTOTE a permis le rayonnement de l'approche kantienne : l'enfant, en tant qu'être humain, pouvait désormais être fondé à exiger de ses parents qu'ils assument les responsabilités résultant de sa naissance.

En ce sens, pour LOCKE, ce sont les parents qui sont tributaires de devoirs à l'égard de leur progéniture²³². C'est en outre parce que ROUSSEAU aborde l'enfant en tant que personne humaine dès les premiers instants de son existence, que ce dernier peut prétendre à un rapport au droit

²²⁸ Id. P. 14.

²²⁹ ARISTOTE, *Histoire des animaux*, VII, 588, a32, Paris, Gallimard (Folio), 1994.

²³⁰ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, III, 4, 112, a15, Genève, Vrin, 1982.

²³¹ D. YOUNG, *Op. cit.* P. 10.

²³² La pensée de John LOCKE diffère de celle de ses prédécesseurs. Pour lui, le père partage solidairement avec la mère l'autorité sur les enfants. La puissance paternelle devient l'autorité parentale. Cette dernière se fonde sur l'idée de l'égalité des êtres humains. Cependant, bien que les hommes soient tous égaux, « les enfants ne naissent pas dans cet état de pleine égalité » qui consiste à « être également le maître de sa liberté naturelle sans dépendre de la volonté d'aucun autre ni de son autorité » (John LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, Traduction française de David MAZEL, 1795 à partir du texte de la 5^{ème} édition de Londres publiée en 1728. Paris : Garnier-Flammarion, Deuxième édition corrigée, 1992. Collection Texte intégral. Traduction de David MAZEL. Edition électronique). Les enfants peuvent donc être titulaires des droits de l'homme dès leur naissance mais ne pourront en bénéficier que plus tard. En clair, « l'enfant, bien que doué de raison, est encore incapable d'en exercer les fonctions ». Il ne saurait en conséquence « bénéficier immédiatement de la liberté » (D. YOUNG, *Op. cit.*, PP. 16-17).

Comme ARISTOTE, LOCKE fait reposer l'enfance sur une conception négative (D. YOUNG, *Op. cit.*, PP. 19-20). Puisque l'enfant est incapable de préserver seul ses intérêts, son placement sous la protection parentale se trouve dès lors nécessairement justifié. Le pouvoir conféré aux parents doit néanmoins être compris comme une obligation mise à leur charge : celle d'éduquer leur enfant de manière à ce qu'il puisse développer son corps et son esprit afin de jouir pleinement à l'avenir, de sa liberté. Ainsi, les « obligations parentales constituent les droits spécifiques de l'enfant. » Si donc les enfants, du fait de leur âge, ne peuvent disposer immédiatement de leurs droits d'Hommes, ils bénéficient néanmoins de droits particuliers. Partant de là, l'autorité parentale ne saurait être absolue et arbitraire, mais doit être limitée et temporaire. Dès que l'enfant est capable de discernement, il doit être libéré de la tutelle parentale. Pour un développement plus détaillé, cf. D. YOUNG, *Op. cit.*, PP. 15 et s.

dépassant la simple évidence naturelle²³³. En rupture avec la conception précédente négative de l'enfance, ROUSSEAU se propose d'appréhender la notion selon une logique qui lui est propre²³⁴. À présent définie positivement, l'enfance apparaît alors comme un élément essentiel à l'humanité. Et c'est d'ailleurs cette conscience de l'égalité, qui pousse « étonnamment » le philosophe à accepter la différence : l'enfant-homme doit être considéré selon des règles adaptées à son manque de maturité. Il n'en est pas pour autant dépourvu de toute raison²³⁵. C'est pour cela qu'une fois « grand », l'enfant deviendra « capable » d'un discernement indépendant. À cet effet, l'autorité des parents ne peut être « totalitaire ». Elle n'a rien d'un pouvoir absolu. Bien au contraire, elle s'apparente déjà à ce qui sera bien plus tard qualifié de « droit-fonction »²³⁶.

124. Certes, les visions de LOCKE et de ROUSSEAU ne peuvent être considérées totalement identiques. Mais on peut à tout le moins leur reconnaître d'avoir amorcé l'idée d'une possible acception philosophique des « *droits de l'enfant* ». Le XIX^{ème} siècle a ainsi été marqué d'une prise de conscience de la nécessité de protéger l'enfant, au besoin contre sa famille²³⁷. Pourtant, « *plus qu'une logique des droits de l'homme, c'est une logique d'ordre public qui a présidé à la naissance du droit de l'enfant dans l'ensemble des pays européens* »²³⁸. Or, cette logique s'est avérée être « *la manifestation d'un État paternaliste, c'est-à-dire d'un État qui tendait à se substituer aux parents jugés défaillants dans la protection et l'éducation des enfants* »²³⁹. Partant de ces constatations, Dominique YOUNG considère que si « *l'État sanitaire et social a permis que les droits spécifiques de l'enfant soient garantis, ce fut parfois au mépris des droits des parents* »²⁴⁰. Le respect de l'intérêt

²³³ J.-J. ROUSSEAU, *Émile ou de l'Éducation*, Paris, GF – Flammarion, 1966, P. 67.

²³⁴ Id. P.100 : L'enfant « ne doit être ni bête ni homme mais enfant ».

²³⁵ J.-J. ROUSSEAU, *Émile ou l'éducation*, Op. cit., P.109 : « L'enfant a des manières de voir, de penser, de sentir qui lui sont propres ; rien n'est moins sensé que d'y vouloir substituer les nôtres ».

²³⁶ Expression utilisée par A. GOUTTENOIRE-CORNUT in : *Commentaire des dispositions relatives à l'autorité parentale*, AJ Famille 2002, P.124 et S. TROISVALETS, in : *L'autorité parentale dans les familles recomposées*, Petites affiches, 11 mai 2000 n° 94, P. 12.

Pour une illustration de l'autorité parentale découlant des droits de l'enfant, cf. la Recommandation du Conseil de l'Europe 1121 (1990) : « Les pouvoirs des parents et l'autorité d'autres adultes sur les enfants découlent d'un devoir de protection et ne doivent exister que dans la mesure où ils sont nécessaires à la protection de la personne et des biens de l'enfant ».

²³⁷ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Les droits de l'enfant*, Que-sais-je ?, Paris, PUF, 2010, P. 4.

²³⁸ D. YOUNG, Op. cit., P. 33.

²³⁹ Ibid.

²⁴⁰ Id. P. 38.

de l'enfant semblant pourtant naturellement commander la préservation des droits de ses parents, il convenait de redéfinir les droits parentaux afin que l'État ne soit légitimé à intervenir que dans l'hypothèse exceptionnelle où les parents exposent gravement leur enfant à une situation dangereuse. C'est d'ailleurs à cette dernière affirmation que tient la définition du principe de la subsidiarité de l'intervention étatique. Mais encore, le respect de l'intérêt de l'enfant commandait de dépasser la vision d'une enfance, simple sujet d'éducation²⁴¹. De l'existence pérenne d'un droit *applicable à l'enfant*, on pouvait donc véritablement en venir à la *reconnaissance de droits à l'enfant*²⁴². Et pour que l'on cesse de considérer le droit de l'enfance comme « *un ensemble de droits que les adultes avaient sur les enfants* »²⁴³, il fallait concrètement faire du mineur un véritable sujet de droit, titulaire d'un statut de droit substantiel (2).

2. La reconnaissance d'un statut de droit substantiel à l'enfant : l'affirmation de ses droits

125. Premier instrument juridique international de protection de l'enfance revêtant une force obligatoire, la *Convention internationale des droits de l'enfant* a manifesté un engagement des États qui l'ont ratifiée, visant à protéger, garantir et promouvoir les droits de l'enfant²⁴⁴. Son intérêt principal réside sans doute dans la proclamation de droits subjectifs individuels au profit des enfants. Le mineur se voit ainsi reconnaître certaines libertés. Il peut à cet effet librement s'exprimer²⁴⁵ - y compris politiquement²⁴⁶. Il peut en outre se prévaloir du droit à la liberté de penser, de conscience et de religion²⁴⁷. L'enfant a aussi droit à un nom et à une nationalité, ainsi qu'à la connaissance de ses origines – bien évidemment dans la mesure du possible²⁴⁸. Au-delà des libertés dont l'enfant peut faire l'objet, la famille est amenée à jouer un rôle dans son évolution. L'article 5 de la CIDE

²⁴¹ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, Op. cit., P.4.

²⁴² Ibid.

²⁴³ Ibid.

²⁴⁴ Notons qu'elle a été précédée par la Déclaration des droits de l'enfant de 1959 (dépourvue de force obligatoire), et suivie par la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants du 25 janvier 1996, entrée en vigueur en France le 1^{er} janvier 2009.

²⁴⁵ Article 12-1 de la CIDE.

²⁴⁶ Article 15 de la CIDE.

²⁴⁷ Article 14-3 de la CIDE. Cet article prévoit que la liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut être soumise qu'aux seules restrictions prescrites par la loi et qui sont nécessaires pour préserver la sûreté publique, l'ordre public, la santé et la moralité publiques, ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui.

²⁴⁸ Article 7 et 8 de la CIDE.

confère dès lors très logiquement également des droits aux parents afin que ces derniers soient à même de promouvoir et protéger les droits de leurs enfants. C'est d'ailleurs parce que les parents sont réputés prompts à garantir le bon respect des droits de leur progéniture que l'article 9 de la CIDE assure à l'enfant le droit de ne pas être inconsidérément séparé d'eux. Et quand ces derniers ne sont plus ensemble, la Convention parade en relevant le droit de l'enfant à l'entretien de relations personnelle avec chacun de ses père et mère. Cela vaut d'ailleurs même lorsque l'enfant doit être placé²⁴⁹. Cela vaut encore lorsqu'il doit être déplacé puisque les droits de l'enfant se soucient également des problématiques suscitées du fait du déplacement de l'enfant, notamment en garantissant le respect de la vie familiale²⁵⁰.

126. Sensiblement dans le même sens, la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH), semble intimement lier la préservation de la vie familiale à la préservation de l'intérêt de l'enfant. Pour la Cour, l'enfant est ainsi fondé à revendiquer le maintien des liens l'unissant à ses deux parents. Dans cet esprit, la jurisprudence de la CEDH, tout comme les législations de la plupart des pays européens, ont pris acte du fait que la puissance étatique ne puisse prétendre inconsidérément se substituer aux parents afin de veiller à la santé, à la sécurité, ainsi qu'à l'éducation de leurs enfants²⁵¹. Néanmoins, l'intérêt de l'enfant commande parfois exceptionnellement l'interruption des liens entre l'enfant et son/ses parent(s)²⁵². En dehors de ces circonstances particulières, et indépendamment de la rupture du couple conjugal, l'intérêt de l'enfant commande que ce dernier se voit garantir le maintien des liens avec ses deux parents et ce,

²⁴⁹ Article 9 et 20 de la CIDE.

²⁵⁰ Cf. infra n°136 et suivants ; n° 515 et suivants, sur le regroupement familial.

Cf. également supra n° 279 et suivants sur la contribution des droits fondamentaux à l'adoption et à la bonne application de solutions concertées de droit international privé.

²⁵¹ Le contrôle des juges européens quant à la restriction du droit de l'enfant au maintien de relations personnelles avec ses deux parents est extrêmement sévère. Il se fonde en effet sur l'article 8§2 de la CESDH en vertu duquel il peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie familiale, dans la seule mesure où cette ingérence est prévue par la loi et constitue une mesure, qui, dans une société démocratique, est nécessaire – entre autres - à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Une mesure d'interruption ou de suspension des liens enfant/parents ne sera dès lors légitime que si différentes conditions sont satisfaites. Pour davantage de précisions voir : COUSSIRAT-COUSTERE, « Article 8§2 » in : La Convention européenne des droits de l'homme, sous la dir. de L.-E. PETTITI, 2^{ème} éd., 1999, Economica, PP. 323 et s. ; P. HILT, L'intérêt supérieur de l'enfant, clé de voûte de la protection européenne des relations parents-enfant, AJ Famille, n°11, 2004, P. 384.

²⁵² CEDH, 6 juillet 2004, Piss c/ France : « seule des circonstances tout à fait exceptionnelles peuvent conduire à une rupture du lien familial ».

même en cas de déplacement transfrontière. La position des juges européens ne fait d'ailleurs que refléter celle de nombreux législateurs nationaux, puisque pour la plupart des États membres du Conseil de l'Europe, la séparation des père et mère induit en principe la survie du couple parental²⁵³.

127. Cette étude ne prétend pas lister exhaustivement l'ensemble des droits dont le mineur peut se prévaloir. Elle n'envisage pas non plus de s'atteler à l'examen global de tous les instruments internationaux adoptés en vue de garantir à l'enfant des droits de nature à lui octroyer un véritable statut. Cette brève énumération tend en effet simplement à démontrer que depuis le début du XX^{ème} siècle, et davantage encore depuis l'adoption de la Convention de 1989²⁵⁴, l'enfance a pris une autre dimension. L'essentiel à retenir de ces développements réside dans la principale conséquence de l'émergence des droits de l'enfant : faire passer le mineur de l'état d'*objet* de droit, à celui de *sujet* de droit²⁵⁵. Et à la reconnaissance de l'enfant en tant que personne juridique, nous n'omettons pas de nous rappeler qu'il faut sans conteste adjoindre la quête de la préservation de son intérêt. En effet, depuis la CIDE, « *l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* »²⁵⁶.

²⁵³ F. GRANET, Les préoccupations dominantes dans les législations européennes actuelles en matière d'autorité parentale, Note pour le Haut Conseil de la Population et de la Famille, 2002.

Site du CDPF, <http://www-cdpf.u-strasbg.fr>.

²⁵⁴ Avant l'adoption de la CIDE, la notion de « droits de l'enfant » avait déjà été reconnue par la Déclaration de Genève, adoptée par la Société des Nations en 1924, puis par la Déclaration des droits de l'enfant approuvée unanimement par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 20 septembre 1959. Ces différents textes étaient cependant dépourvus de tout caractère contraignant et, pour cette raison, il apparaissait indispensable qu'un texte – la CIDE – impose de reconnaître à l'enfant un véritable statut de sujet de droit.

²⁵⁵ En ce sens la Convention « est apparue comme extrêmement novatrice en ce qu'elle a apporté à l'enfant des droits : le droit à n'être plus un objet, mais un sujet dont l'intérêt allait enfin être pris en compte » : J. RUBELLIN-DEVICHI, Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française, JCP G, 1994.I.3739. V. également A. GOUTTENOIRE, La convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après. Commentaire article par article, Dr. fam. 2009, n° 11, PP. 11-56.

²⁵⁶ Cf. notamment l'article 3-1 de la CIDE : « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur doit être une considération primordiale ». Cf. également l'article 18-1 : « la responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incumbe au premier chef aux parents, ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant ».

Notons qu'avant la CIDE, l'intérêt de l'enfant était déjà pris en considération par le droit français (Cf. pour exemple l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 30 avril 1959 : Dalloz 1960, P. 673, Note J. CARBONNIER) comme par le droit conventionnel (Cf. notamment la Convention relative à la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs du 5 octobre 1961, la Convention européenne relative à l'adoption du 24 avril 1967, la Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants du 20 mai 1980 et la Convention relative aux aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 25 octobre 1980).

Après 1989 toutefois, les instruments internationaux font référence à l'« intérêt supérieur » de l'enfant à la place de celle d'« intérêt » (Cf. pour exemples la Convention sur la coopération internationale en matière d'adoption du 29 mai

128. Pour certains auteurs cependant, si l'on acceptait de ne plus raisonner en termes d'intérêt de l'enfant - par lequel passent trop de données subjectives et culturelles - pour préférer penser uniquement en termes de droits de l'enfant, les divergences profondes liées à la conception de la famille, au rôle de l'État et du juge, et, surtout, à la conception de l'intérêt de l'enfant, devraient trouver à s'estomper²⁵⁷. Une telle analyse semble néanmoins pouvoir être nuancée. En réalité, il semblerait que l'intérêt de l'enfant n'apparaisse pas simplement comme un objectif à atteindre, mais s'avère également avoir été un véritable guide, dont le rôle dans la réglementation des relations familiales, n'a cessé de s'accroître tout au long du XX^{ème} siècle. Point d'orgue de cet essor, la CIDE a d'ailleurs permis aux droits de l'enfant de bénéficier d'un rayonnement appréciable en érigeant l'intérêt – qualifié de supérieur - de l'enfant au rang des principes fondamentaux. Ayant peu à peu gagné son autonomie, l'intérêt de l'enfant est en effet devenu un véritable principe fondateur de la réglementation à la source de l'inspiration des droits reconnus²⁵⁸. En clair, c'est le concept de l'intérêt supérieur de l'enfant qui a poussé à octroyer des droits aux enfants²⁵⁹. C'est encore lui qui sous-tend l'obligation des parents, comme de l'État, de respecter de tels droits²⁶⁰. C'est enfin lui qui, conscient du fait que l'enfant devenu sujet de droit n'en demeure pas moins astreint au besoin impérieux de se voir accorder une protection adaptée à son état, s'est employé à la lui garantir.

1993, la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants du 25 janvier 1996, ainsi que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000).

²⁵⁷ H. FULCHIRON, Les enlèvements d'enfants à travers les frontières, « Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille » (sous la direction de H. FULCHIRON), Journées du 20 et 21 novembre 2003, Lyon, Bruylant, 2004, avant-propos.

²⁵⁸ Pour Cyril CHABERT, l'intérêt de l'enfant aurait valeur de principe général du droit. Cf. en ce sens sa thèse, *L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois*, PUAM, 2001, n° 590 et s.

²⁵⁹ Comme le fait en effet valoir Madame GALLANT (Note sous Civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, *Enfant Laëtitia*, Rev. crit. 2007, P.603. Question du maintien des liens entre l'enfant et ses deux parents. Appréciation de la grande distance séparant les domiciles des parents) : « l'intérêt de l'enfant est nécessairement dépourvu de toute existence autonome et se trouve ainsi appelé à jouer au soutien d'une règle matérielle (...). Cette règle devra dès lors être identifiée pour ensuite être confrontée à l'intérêt concret de l'enfant ». Assurément donc, « l'intérêt de l'enfant n'est pas une notion vide de contenu exclusivement laissée à l'appréciation des juges du fond. Dans le domaine de l'autorité parentale, plusieurs règles issues de la loi du 4 mars 2002 encadrent cette notion. Certaines d'entre elles postulent par exemple que l'intérêt de l'enfant réside dans le maintien de ses liens avec ses deux parents. Une fois admis ce postulat, les juges devront ensuite rechercher in concreto si cet intérêt est ou non satisfait. Il en résulte une présomption très forte qui ne pourra être renversée que si le parent qui désire s'éloigner parvient à établir que l'intérêt de l'enfant est au contraire de vivre éloigné de l'autre parent. Cette recherche de la coïncidence entre l'intérêt concret de l'enfant et l'intérêt abstraitement poursuivi par la règle positive conduit à un résultat tout à fait satisfaisant sur le terrain de l'autorité parentale. Il est en effet désormais difficile pour un parent d'emmener ses enfants loin de l'autre parent, sauf à démontrer qu'il est concrètement dans leur intérêt d'en être tenus éloignés ».

²⁶⁰ Cf. l'article 2 de la CIDE.

Qu'il ne soit pas précisément défini n'est d'ailleurs peut être pas plus mal. Dans tous les cas, pour cette étude, l'intérêt préservé consiste en l'obtention d'une protection satisfaisante.

129. On pourrait très certainement voir dans la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, un facteur de rapprochement des systèmes juridiques favorisant l'adoption de solutions internationales, sans pour autant que les impératifs de protection ne cèdent le pas à une nécessité absolue d'uniformiser les législations nationales. En clair, la notion serait fondée à faire l'objet d'une appréhension venant au soutien des différents objectifs poursuivis par le droit international privé et, plus précisément pour ce qui concerne cette étude, par le droit international privé de la protection de l'enfance mobile. Le résultat de cette quête conduirait alors très certainement à révéler l'aptitude de l'intérêt de l'enfant à assurer un rapprochement des systèmes juridiques, sans gommer l'identité culturelle de chacun d'eux. Plus simplement, la notion peut aussi inspirer les droits internes des États à l'origine de la proclamation internationale des droits de l'enfant. Concrètement donc, la notion n'est pas superficielle. D'ailleurs, en encourageant l'internationalisation du droit matériel de la famille, il semble même qu'elle donne à la protection de l'enfance (déplacée) les moyens de ne pas se contenter de garanties théoriques (B).

B. L'internationalisation du droit interne

130. L'internationalisation du droit interne tient notamment à deux choses : d'une part, à l'influence des droits fondamentaux sur les réformes entreprises par les États (1) ; d'autre part, à l'applicabilité directe de certains droits fondamentaux conventionnels par les juridictions nationales (2).

1. L'influence des droits de l'enfant sur les réformes internes (influence sur le législateur)

131. Il a été précédemment mentionné que la CIDE a été à l'origine d'un mouvement en faveur de la promotion des droits de l'enfant et de la sauvegarde de l'intérêt (supérieur) de ce dernier²⁶¹. Le rayonnement de cette convention n'est désormais plus à prouver. L'instrument international a d'ailleurs influé sur l'espace européen, car le Conseil de l'Europe comme l'Union européenne, ont par la suite adopté différentes dispositions destinées à promouvoir et garantir la protection de l'enfant, à l'instar de ce que faisait déjà la *Convention internationale des droits de l'enfant*²⁶². L'ensemble de ces textes – CIDE et dispositions européennes, mais également droit international « en général » - n'est pas resté sans conséquences sur le droit interne français dont les récentes réformes en matière de droit de la famille ont semblé soucieuses d'assurer leur conformité au droit conventionnel.

Ainsi, pour illustration, *la loi relative à la famille, à l'état civil et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales*, du 8 janvier 1993, a été forgée dans le but de mettre en

²⁶¹ Cf. supra n°125.

²⁶² Pour exemple, le parallèle peut être fait l'article 12 de la CIDE et le texte de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants du Conseil de l'Europe (Voir en ce sens A. ISOLA, Les principes d'organisation familiale posés par la « législation » issue du Conseil de l'Europe, in, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ et C. CHOAIN (dir.), « Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille », LGDJ, 1996).

Il apparaît en outre opportun de remarquer que l'Union européenne semble s'être lancée dans le même mouvement. Prenons pour illustration le Règlement CE no 2201/2003 du conseil du 27 novembre 2003, dit Bruxelles II bis. Ses considérants 19 et 20 (Préambule) sont rédigés en ces termes : « L'audition de l'enfant joue un rôle important dans l'application du présent règlement sans que cet instrument ait pour objet de modifier les procédures nationales applicables en la matière. L'audition d'un enfant dans un autre État membre peut être effectué selon les modalités prévues par le règlement CE du conseil du 28 mai 2001... ».

Aussi, son article 11, qui concerne le retour d'un enfant déplacé ou retenu illicitement dans un autre État membre, fait valoir que : « lors de l'application des articles 12 et 13 de la convention de la Haye de 1980, il y a lieu de veiller à ce que l'enfant ait la possibilité d'être entendu au cours de la procédure à moins que cela n'apparaisse inapproprié eu égard à son âge ou à son degré de maturité ».

L'article 23, de ce règlement prévoit quant à lui qu'une décision en matière d'autorité parentale n'est pas reconnue : « si, sauf en cas d'urgence, elle a été rendue sans que l'enfant, en violation des règles fondamentales de procédure de l'État membre requis, ait eu la possibilité d'être entendu ».

Pour sa part, l'article 41 relatif au droit de visite prévoit que le juge ne délivre le certificat qui permet une reconnaissance immédiate de la décision qui acquiert force exécutoire que : « si l'enfant a eu la possibilité d'être entendu, à moins qu'une audition n'ait été jugée inappropriée eu égard à son âge ou à son degré de maturité ».

Enfin, l'article 42 du règlement prévoit que la juridiction d'origine peut déclarer une décision de retour exécutoire et le juge délivrer le certificat qui donne force exécutoire à sa décision que : « si l'enfant a eu la possibilité d'être entendu, à moins qu'une audition n'ait été jugée inappropriée eu égard à son âge ou à son degré de maturité ».

conformité le droit français avec les dispositions de la CIDE²⁶³. Cet objectif a dès lors poussé le législateur national à affirmer le droit de l'enfant à être élevé par ses deux parents et ce, indépendamment de l'union ou de la désunion du couple parental. Il a en outre été reconnu à l'enfant le droit à être entendu dans toutes les procédures le concernant²⁶⁴. Pour sa part, *la loi relative au maintien des liens entre frères et sœurs* du 30 décembre 1996, a ensuite fondé la possibilité de les séparer, dans l'article 371-5 du Code civil, sur leur « intérêt ». Aussi, la réforme des règles relatives à l'adoption internationale intervenue en 2001 est un autre exemple significatif de conformité du droit interne au droit international²⁶⁵.

Opportunes au seul plan interne, ces diverses avancées de notre droit national le sont bien évidemment tout autant, si ce n'est davantage, lorsque la mobilité internationale d'un enfant est en cause. Et la *loi relative à l'autorité parentale*, du 4 mars 2002, n'échappe pas non plus à cette logique. Mentionnant à différentes reprises la notion de « l'intérêt de l'enfant »²⁶⁶, cette réforme constitue en effet un bel exemple de l'avancée de la conformité du droit français aux principes internationaux et, notamment à ceux de la CIDE²⁶⁷. Ainsi, loin de constituer une réforme supplémentaire injustifiée après les lois de 1987, puis de 1993, la loi de 2002 prétend « *parachever une œuvre commencée il y a quinze ans et visant à instaurer définitivement et complètement des principes fondamentaux de coparentalité et d'égalité, des parents comme des enfants, dans les relations familiales* »²⁶⁸. À cet effet, « *le nouvel article 371-1 propose une nouvelle définition de l'autorité parentale, conçue comme « un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant »*. Cette référence expresse à l'intérêt de l'enfant consacre une approche de

²⁶³ Cette loi mentionne d'ailleurs cinq fois « l'intérêt de l'enfant » et deux fois « l'intérêt du mineur ». Pour plus de détails sur cette réforme : cf. Hugues FULCHIRON, Une nouvelle réforme de l'autorité parentale. Commentaire de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 à la lumière de l'application de la loi « Malhuret », Recueil Dalloz 1993 P. 117.

²⁶⁴ L'exemple de l'audition de l'enfant constitue en effet une fois de plus un exemple significatif puisqu'il marque sans conteste une évolution de la législation interne sous l'influence du droit international. En effet, l'article 12 de la CIDE, tout comme les autres textes internationaux abordant la question, ne semblent pas étranger à la rédaction de l'article 388-1 du Code civil (Cf. J. RUBELLIN-DEVICHY, Le principe de l'intérêt de l'enfant... Op. cit. ; J. MASSIP, Les modifications apportées au droit de la famille par la loi du 8 janvier 1993, Defrénois, 1993, P. 609). Pour plus de détails à propos du droit de l'enfant à être entendu, cf. infra n° 730 et suivants.

²⁶⁵ Cf. la loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale, JO. du 8 févr. 2001, conforme pour l'essentiel à la Convention de La Haye de 1993 relative à l'adoption internationale, elle-même soucieuse du respect de l'intérêt de l'enfant.

²⁶⁶ Cf. notamment les articles 371-1, 371-4, 373-2, 373-2-1, 373-2-6, 373-2-7, et 373-3 du Code civil.

²⁶⁷ Pour plus de détails sur cette loi, cf. l'article d'Hugues FULCHIRON, L'autorité parentale renouée (Commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale), Defrénois, 15 août 2002 n° 15, P. 959.

²⁶⁸ Adeline GOUTTENOIRE-CORNUT, Commentaire des dispositions relatives à l'autorité parentale, Op. cit., P.124.

l'autorité parentale comme un ensemble de droits-fonctions, la loi précisant l'objectif que les parents doivent poursuivre. Outre la protection de la sécurité, de la santé et de la moralité de l'enfant, les parents doivent « assurer son éducation et permettre son développement dans le respect dû à sa personne ». Cette dernière expression témoigne d'une évolution dans la conception de l'autorité parentale vers une meilleure prise en compte de l'enfant et de sa volonté. En ce sens, le dernier alinéa de l'article 371-1, selon lequel « les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent selon son âge et son degré de maturité », est particulièrement révélateur et s'inspire incontestablement de la Convention internationale des droits de l'enfant »²⁶⁹.

132. Il aurait certes difficilement pu en être autrement quand l'on sait que la hiérarchie des normes commande que le droit interne soit subordonné au droit international et, que conformément à ce principe, le droit français reconnaît aux accords internationaux, « *une autorité supérieure à celle des lois* »²⁷⁰. Cela paraît même assez naturel si l'on se rappelle que notre droit national a tendance à chercher à protéger l'enfant²⁷¹. Il n'est d'ailleurs pas le seul à de la sorte évoluer vers un souci de plus en plus marqué dans le sens d'un rapprochement avec les principes internationaux de protection de l'enfance. En effet, en Europe, « *dans quasiment tous les États, les législateurs sont animés par des préoccupations sensiblement identiques (...) assez largement traduites dans leur droit interne (...) ne serait-ce que pour respecter leurs engagements internationaux* »²⁷². L'internationalisation du droit interne conduit donc à l'atténuation des spécificités nationales en reflétant un mouvement commun des États vers une protection accrue de l'enfance.

133. Néanmoins, même imprégnée de l'idée de protection, toute législation a ses failles. Et tout problème, sa solution. Quand donc la *lex fori* peinerait à justifier la suffisance de la protection de

²⁶⁹ Ibid.

²⁷⁰ Article 55 de la Constitution française du 4 octobre 1958.

²⁷¹ Précision doit également être faite que si le droit international a tendance à déteindre sur les législations internes des États à l'origine de son adoption, il n'en demeure pas moins que le droit international en question puise la source de son existence dans les législations nationales. En effet, ce sont les États qui créent le droit international. Ce dernier n'existe alors que grâce à eux. Et il va de soi que les principes qu'il défend puisent leur inspiration dans les principes chers aux États. L'internationalisation du droit interne constitue donc généralement une amélioration du droit sans être un véritable sacrifice des États.

²⁷² Frédérique GRANET, Les préoccupations dominantes dans les législations européennes actuelles en matière d'autorité parentale, Note pour le Haut Conseil de la Population et de la Famille, 2002.

l'enfance qui se déplace, l'intervention des droits fondamentaux pourrait très certainement contribuer à rendre inopérante l'objection qui aurait pu conduire à argumenter en défaveur de la fiabilité de son application quasi-systématique. En effet, l'impact des textes fondamentaux dépasse leur influence législative puisque les juges eux-mêmes sont parfois poussés à contrôler la conventionalité des lois²⁷³ et, à ainsi mettre à l'écart les dispositions contraires à l'esprit international de protection²⁷⁴. L'obstacle à un tel contrôle pourrait-il cependant résider dans l'impossible applicabilité directe de certains instruments conventionnels (2) ?

2. L'applicabilité directe des droits de l'enfant conventionnels (influence sur le juge)

134. Une fois ratifié et publié conformément à l'article 55 de la Constitution, tout traité entre en vigueur – sauf à être suspendu ou dénoncé²⁷⁵. Cependant, l'applicabilité de ses dispositions dépend de leur caractère auto-exécutoire. En clair, puisque tous les traités ne concernent pas directement les individus, il convient de distinguer entre les instruments internationaux. On peut en effet les classer en deux catégories. Les premiers font état de dispositions d'application directe et, en ce sens, les particuliers peuvent s'en prévaloir devant les juridictions²⁷⁶. Les seconds quant à eux, n'obligent que les États signataires²⁷⁷. Il revient alors à l'État de respecter les dispositions conventionnelles sans que les individus ne puissent les invoquer devant les juges. Précisément, c'est de l'interprétation de la volonté des États contractants que l'on déduit le potentiel de l'applicabilité directe.

²⁷³ Cass. Ch. Mixte, 24 mai 1975, Administration des douanes c/ Soc. des cafés Jacques Vabre et Soc. Weigle, in « Grands arrêts de la jurisprudence civile », Op. cit.

²⁷⁴ Le propos mérite une appréciation nuancée. En effet, si les droits fondamentaux ont incontestablement une influence sur la réglementation interne, l'évolution de cette dernière peut parfois prendre du temps (Cf. notamment en ce sens les développements relatifs à la traite et à l'exploitation des mineurs isolés étrangers : infra n° 388 et suivants).

²⁷⁵ Le juge doit vérifier l'existence d'une ratification, non sa régularité (Cass., 1^{ère}, 25 janvier 1977, Reyrol, Clunet 1977, P. 470, Note RUZIE. Il doit en outre s'assurer de la publication (Cass., Ass. Plén. 11 mars 1953, Gambino, Clunet 1953, P. 636, Note GOLDMAN).

²⁷⁶ Ils revêtent alors l'autorité d'une norme hiérarchiquement supérieure au droit interne (Article 55 de la Constitution).

²⁷⁷ Ces derniers s'étant engagés à rendre leur droit national conforme aux dispositions prônées par l'engagement international.

135. La volonté d'applicabilité directe des conventions de droit international privé ne fait généralement pas de doute, ces dernières ayant pour sujets immédiats les personnes²⁷⁸. De la même manière, les droits de l'homme intéressent fondamentalement les particuliers. Pourrait-on en déduire que les droits de l'enfant puissent également prétendre à l'applicabilité directe ?

136. Dans le domaine du droit international privé de l'enfance déplacée, la question de l'applicabilité directe des droits fondamentaux conventionnels a commencé à résonner en matière de condition des étrangers et, plus spécifiquement, en matière de regroupement familial. Conformément aux exigences de la CIDE, la préservation des liens entre l'enfant et ses parents est devenue l'un des grands axes de la politique d'immigration française. Pour ne pas séparer de sa mère un enfant en bas âge irrégulièrement entré en France, le Conseil d'État a ainsi été amené à reconnaître l'applicabilité directe de l'article 3-1 de la Convention précitée²⁷⁹. La Haute juridiction administrative trouvait là le moyen de paralyser les défaillances de la loi française en vertu de laquelle il était interdit d'utiliser la procédure du regroupement familial à l'égard des personnes déjà entrées sur le territoire national de manière irrégulière²⁸⁰. Cette bienveillance du Conseil d'État n'a cependant pas tout de suite convaincu la Cour de cassation, puisqu'en matière civile, l'applicabilité directe de la CIDE a dû passer par un chemin plus périlleux.

²⁷⁸ M.-L. NIBOYET, La mise en œuvre du droit international privé conventionnel (incidence du droit des traités sur les pouvoirs du juge national), in « Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? », Mélanges Roger PERROT, Dalloz, 1996, PP. 313 et s. ; Cf. également CE, 22 septembre 1997, Cinar, Note I. BARRIERE-BROUSSE, Clunet 1998, PP.721 et s. ; Note F. MONEGER, Le conseil d'État met en avant l'intérêt supérieur de l'enfant contenu dans la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant, Rev. dr. sanit. soc. 1998, P.174.

²⁷⁹ Conseil d'État, 22 septembre 1997, Cinar. Cf. les conclusions de R. ABRAHAM: L'effet direct de certaines stipulations de la Convention internationale sur les droits de l'enfant, RFDA, n°3, mai-juin 1998, P. 562 ; Cf. également : I. BARRIERE-BROUSSE, note précitée ; Clunet 1998, P.721 et s., Op. cit.

En effet, la CIDE conforte parfois les recours pour excès de pouvoir formés à l'encontre d'arrêtés d'expulsion s'adressant à certains des membres d'une famille quand ces derniers se trouvent de manière irrégulière sur le territoire national. L'appui du texte alimente alors l'argumentation tirée de la violation par l'État français des obligations conventionnelles fondamentales auxquelles il est astreint, et qu'il semble avoir méconnues du fait de la décision d'expulsion.

Notons cependant que l'arrêt Cinar marque l'affirmation explicite d'une évolution antérieure déjà bien amorcée : Cf. notamment en ce sens les arrêts du 29 juillet 1994, Abdelmoula (Note F. MONEGER, Rev. dr. sanit. soc. 1995, P. 167), et du 10 mars 1995, Dermipence (Note BENHAMOU, Dalloz 1995, P.617).

²⁸⁰ Notons cependant que cette solution ne devait pas conduire à l'octroi d'un droit inconditionnel au regroupement familial. En effet, des restrictions demeurent opposables. C'est notamment le cas concernant les enfants issus d'unions polygames.

137. Ainsi, en 1993²⁸¹, et par la suite à plusieurs reprises²⁸², la Haute juridiction judiciaire a décidé que la *Convention de 1989* n'était pas d'applicabilité directe en France. Les termes de l'instrument international ne pouvaient donc pas être invoqués par les particuliers devant les juges judiciaires. Bien que les arguments de la Cour de cassation n'aient pas totalement été dépourvus de sens²⁸³, la doctrine, forte d'arguments tout aussi défendables, a largement manifesté son désaccord²⁸⁴. Quelque peu ébranlée par le lot des arguments contraires, la position de la Cour de

²⁸¹ Civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, Lejeune, Bull. 1993, I, n° 103, pourvoi n° 91-11.310 - à propos de l'article 12 de la Convention, Note P. LAGARDE, La convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant n'est pas directement applicable en droit interne, Rev. crit. 1993, P. 449. Pour la Cour en effet, la CIDE « ne reconnaissait pas à l'enfant des droits précis, déterminés, mais contenait des engagements pris par les États signataires, de sorte que ce traité n'avait pas d'application directe en France ». Cf. également la note de J. RUBELLIN-DEVICHY, JCP, 1993.I. 3688, P. 300.

²⁸² Civ. 1^{ère}, 2 juin 1993, Bull. 1993, I, n° 195, pourvoi n° 91-17.487 - article 8-1 ; 15 juillet 1993, Bull. 1993, I, n° 259, pourvois n° 92-05.015 et 91-18.735 - article 30 ; Soc., 13 juillet 1994, Bull. 1994, V, n° 236, pourvoi n° 93-10.891 - article 26 ; Civ. 1^{ère}, 4 janvier 1995, Bull. 1995, I, n° 2, pourvoi n° 92-20.682 - article 12.

²⁸³ En effet, les dispositions du texte paraissent claires : les États parties « s'engagent » (articles 2-1, 3-4), « prennent toutes les mesures appropriées » (articles 2-2, 19-1, 27-4, 28-2, 33, 35, 39), « respectent » (article 5), « reconnaissent... assurent » (articles 6, 15, 17), « veillent à ce que l'enfant » (article 9), « garantissent à l'enfant » (article 12), « s'emploient de leur mieux » (article 18).

« Force est de reconnaître que ces formulations expriment des engagements des États signataires, plus qu'elles ne reconnaissent de droits précis et déterminés au bénéfice des enfants. Le caractère très général, voire vague, des dispositions protectrices énoncées va dans le même sens. Enfin, l'article 43 crée un « comité des droits de l'enfant », chargé, précisément, d'examiner les progrès accomplis par les États parties dans l'exécution des obligations contractées par eux en vertu de la convention ». (Cf. site de la Cour de cassation : http://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2009_3408/etude_personnes_3411/chambre_civile_3417/convention_new_3423/introduction_15306.html).

²⁸⁴ « Il a ainsi été affirmé que ces décisions conduisaient à paralyser l'application du traité, et même à en nier l'existence, faisant ainsi obstacle à l'exécution, par la France, de ses engagements internationaux (...). Il a été également observé que, si l'intention des États contractants est essentielle – ils ont entendu s'engager – il existe des critères objectifs pour déterminer la vraie nature de la convention par l'analyse approfondie de ses dispositions. Il faut alors envisager l'objet de la disposition : attribue-t-elle un droit précis à l'enfant ? Puis il faut vérifier le caractère parfait de la disposition : pour être efficace juridiquement et judiciairement, elle doit n'exiger aucune mesure interne complémentaire. Il faut admettre que la mise en œuvre de ces critères à propos de la Convention relative aux droits de l'enfant pouvait conduire à apporter des nuances à la solution adoptée par la Cour de cassation. Deux observations pouvaient être formulées à cet égard :

Première observation :

La lecture même du texte de la convention, telle que l'avait faite la Cour de cassation, n'était pas à l'abri de la critique. La Cour, en effet, s'était fondée sur l'article 4 (« les États s'engagent à prendre toutes les mesures ») pour démontrer que la convention ne pouvait pas avoir d'application directe. Mais on pouvait observer, d'abord que cet article 4 devait être rapproché, spécialement, de l'article 2, par lequel les États « s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction ». La convention se définit donc elle-même comme « énonçant des droits » et non seulement des engagements des États. L'argument n'est cependant pas sans réplique, car si la Convention européenne reconnaît expressément les droits qu'elle garantit à toute personne (« Toute personne a droit... »), toutes les conventions sur les droits fondamentaux comportent de tels engagements solennels, sans que cela constitue un critère d'inapplicabilité directe.

Seconde observation :

cassation a progressivement évolué sur le chemin du revirement²⁸⁵ ; jusqu'à céder à l'évidence d'un revirement avec les affaires *Chloé*²⁸⁶, *Vincent*²⁸⁷ et *Charlotte*²⁸⁸. De la condition des étrangers évoquée en matière administrative, l'applicabilité directe de la CIDE a alors été étendue à la question de l'enlèvement international d'enfant et cette fois-ci, en matière civile.

Il était permis de penser que le rejet de toute application directe de l'ensemble de la Convention ne tenait pas suffisamment compte de la substance même des droits consacrés par cette Convention. S'il est exact en effet que beaucoup de dispositions pouvaient apparaître comme trop imprécises pour pouvoir être utilement invoquées devant une juridiction, il en était d'autres qui consacraient expressément des droits, précisément définis et, comme tels, parfaitement invocables devant le juge, avec l'autorité supérieure qui s'attache à une norme internationale. Il pouvait s'en déduire que certaines dispositions pouvaient être considérées comme d'application directe, dans la mesure où elles définissaient précisément les droits reconnus à l'enfant : ainsi, le droit au nom, à la nationalité, à la connaissance de ses parents (article 7), le droit à une protection spéciale de l'enfant privé de son milieu familial, le recours à l'adoption (article 20). Et l'on peut ajouter les dispositions sur le droit de l'enfant à être entendu dans toute procédure le concernant (article 12-2.), la liberté d'expression (article 13) et la liberté de pensée et de religion (article 14). Sans oublier la disposition fondamentale, celle de l'article 3-1 selon laquelle, dans toute décision concernant l'enfant, « l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». (Cf. site de la Cour de cassation : http://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2009_3408/etude_personnes_3411/chambre_civile_3417/convention_new_3423/introduction_15306.html).

²⁸⁵ En effet, l'évolution s'est discrètement amorcée « dès 1996, la première chambre civile ayant eu l'occasion de rejeter les moyens fondés sur la Convention de New York, sans reprendre sa première jurisprudence sur l'inapplicabilité directe, mais en laissant entendre que cette Convention n'avait pas été méconnue. Ce qui laissait supposer qu'elle pourrait l'être, et ce qui était un début de reconnaissance de l'applicabilité directe de certaines de ses dispositions.

Il faut citer également un arrêt de la première chambre du 18 avril 2000 (Bull. 2000, I, n° 112, pourvoi n° 97-20.809), qui, pour approuver une cour d'appel d'avoir refusé le retour d'un enfant dans son pays de résidence, relève le motif de la cour d'appel selon lequel ce retour « portait atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant comme étant de nature à provoquer un déséquilibre psychologique grave ». Il est évident que, dans cette décision, la première chambre civile a, à dessein, repris explicitement ce motif, inspiré de la Convention de New York, afin de montrer que ce traité était pris en considération. Un autre arrêt de la deuxième chambre civile du 4 juillet 2002, non publié, statuant en matière de fixation de la résidence d'un enfant à l'occasion d'un divorce, cite expressément l'article 3 de la Convention de New York et l'intérêt de l'enfant. Ces indices témoignaient d'une attention nouvelle de la Cour de cassation à l'égard de la Convention. Il fallait que l'occasion d'un pourvoi permette à la Cour de poursuivre sa réflexion ». (Cf. site de la Cour de cassation, Op. cit.).

Relevons par ailleurs l'évolution parallèle du positionnement de la chambre criminelle : Cass. Crim., 16 juin 1999, (pourvoi n° 98-84.538) et 5 septembre 2001.

²⁸⁶ Dans l'affaire *Chloé* (Civ., 18 mai 2005, Bull. 2005, I, n° 212, pourvoi n° 02-20.613) la Cour de cassation a d'office soulevé les dispositions de la CIDE. On aurait donc pu douter d'un véritable revirement de jurisprudence en la matière. C'était sans compter sur la jurisprudence postérieure qui est venue confirmer la même année le revirement jurisprudentiel par rapport à la jurisprudence *Lejeune*. Cf sur le sujet : A. GOUTTENOIRE, Note sous Civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, La Convention internationale des droits de l'enfant a, enfin, trouvé grâce, aux yeux de la Cour de cassation !, Droit de la famille n° 7, Juillet 2005, comm. 156 ; C. CHABERT, Note sous Cass. Civ. 18 mai 2005, Acceptation judiciaire de l'applicabilité directe de la Convention de New York, JCP 2005.II. 10115.

²⁸⁷ Civ.1^{ère}, 18 mai 2005, *Vincent*, Bull. 2005, I, n° 211, pourvoi n° 02-16.336.

²⁸⁸ Civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, *Charlotte*. Cf. Claire NEIRINCK, À propos de Civ. 1^{ère}, 18 mai, et 14 juin 2005, L'application de la Convention internationale de l'enfant à la découpe : à propos d'un revirement de jurisprudence, Rev. dr. sanit. soc. 2005 P. 814 ; G. SALAME, Note sous Civ.1^{ère}, 14 juin 2005, Gaz. Pal. 2005, P.6 ; P. COURBE, Note sous Civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, L'application directe de la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant, Dalloz 2006, P. 1487.

138. La référence à l'intérêt de l'enfant à propos de la situation d'enlèvement international n'était cependant pas nouvelle. En effet, la notion avait déjà été invoquée à l'occasion de l'interprétation du risque grave inhérent au retour²⁸⁹. Pourtant, une part de la doctrine craignait que la force nouvelle résultant de l'applicabilité directe de l'article 3-1 puisse entraîner l'invocation systématique de l'intérêt de l'enfant, dont l'interprétation *in concreto* pourrait préjudicier au devenir de la *Convention de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfant*²⁹⁰. Il est pourtant aisé de se rendre compte qu'une telle crainte n'était pas vraiment justifiée²⁹¹. Pour exemple, dans l'affaire de *la petite Charlotte* il apparaît clairement que la Cour de cassation, tout en affirmant la primauté de l'intérêt de l'enfant tel que formulé par la CIDE, a su ne pas mettre en péril l'effectivité de la *Convention-enlèvement*.

139. Le vague principe de l'intérêt de l'enfant n'a donc pas balayé les dispositions précises et utiles destinées à le servir²⁹². En outre, la décision rendue par la Cour européenne des droits de l'homme à propos de cette même affaire le 6 décembre 2007, permet de comprendre que la référence à la CIDE n'implique pas nécessairement le non-retour²⁹³. Et puis, il faut bien reconnaître

²⁸⁹ Dominique BUREAU, De l'application directe en France de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant, *Rev. crit.* 2005 P. 679.

²⁹⁰ *Ibid.*

²⁹¹ En effet l'affaire Charlotte fait état d'un retour prononcé « dans l'intérêt de l'enfant ». Plusieurs affaires ont par la suite contribué à satisfaire la conciliation entre la Convention de 1980 et la CIDE, cf. notamment :

- Civ.1^{ère}, 13 juillet 2005, Bull. 2005, I, n° 334, pourvois n° 05-10.519 et 05-10.521, Note M. FARGE, Retour perplexe sur l'application directe de la Convention de New York : la référence à « l'intérêt supérieur de l'enfant » est-elle opportune ? *Droit de la famille* n° 2, Février 2006, comm. 42 ; Note F. JAULT-SESEKE et C. PIGACHE, Contribution procédurale à l'efficacité de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants *Dalloz* 2006, P. 1778 ;

- Civ. 1^{ère}, 10 juillet 2007, Bull. 2007, I, n° 261, pourvoi n° 07-10.190, Note CABINET BWG ASSOCIES, Déplacement de l'enfant à l'étranger, *Gaz. Pal.* 2008, P.34 ; Obs. C. DELAPORTE-CARRE, Déplacement illicite de l'enfant au sens de l'article 3 de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, *Dalloz actualité* 29 août 2007 ;

- Civ. 1^{ère}, 25 février 2009, pourvoi n° 08-18.126.

²⁹² En effet, les juges de la Haute juridiction ont validé le jeu de l'action possessoire sans s'arrêter au prétendu obstacle constitué par l'intérêt de l'enfant et sans tomber a priori dans un examen de la garde au fond.

²⁹³ Dans cet arrêt, la CEDH a été saisie de la compatibilité de la décision de retour de la petite Charlotte auprès de son père (USA) et des conditions d'exercice de celle-ci avec l'article 8 de la CESDH (droit au respect de la vie familiale). De la décision de la CEDH dépendait le maintien en l'état d'une situation acquise de manière illégale en France, ou, au contraire, la réformation de cette illécéité par un retour immédiat de Charlotte aux États-Unis.

Procédant à une approche (pourtant) *in concreto* de l'affaire, les juges ont mis en œuvre l'article 8§2 de la CESDH à la lumière des C°80 (article 13 b)) et de la CIDE (article 3-1). Les juges luxembourgeois définirent l'intérêt supérieur de la fillette comme sa réintégration immédiate dans son milieu de vie habituel et estimèrent que la décision de retour se

à cet arrêt le mérite de se démarquer de par son effort pour faire concorder le traitement de la Convention de 1989 avec celui des autres conventions relatives aux droits fondamentaux de la personne, évitant ainsi que des dispositions parfois identiques puissent recevoir un traitement différencié selon qu'elles soient invoquées au titre de la CIDE ou d'une autre convention et, notamment de la *Convention européenne des droits de l'homme* (ci-après CESDH) ou du *Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques*.

140. En définitive, la position adoptée par la Cour de cassation consistant à accepter l'applicabilité directe de certaines dispositions de la CIDE contribue incontestablement à la cohérence jurisprudentielle par l'alignement de sa position à celle du Conseil d'État. Au surplus, le risque d'évocation des droits fondamentaux conventionnels aux fins de justifier la mise à l'écart d'une disposition législative nationale semble limité du fait de l'évolution actuelle du droit français des mineurs qui s'avère pour l'essentiel, conforme aux dispositions internationales²⁹⁴.

fondait sur des motifs pertinents, suffisants et proportionnés au but légitime recherché. Cette décision démontre ainsi que l'intérêt de l'enfant tel qu'il est défendu par la CIDE, peut justifier son retour.

²⁹⁴ Ce qui pose la question de l'opportunité de l'utilisation de la CIDE : Si le droit interne lui est déjà conforme, pourquoi vouloir l'invoquer à tout prix ? En réalité, la référence à l'article 3 de la CIDE n'est sans doute pas inutile. En effet, si la norme interne repose sur l'intérêt de l'enfant, mais que sa mise en œuvre s'éloigne de cet objectif, il peut être salutaire de rappeler par le biais de la convention internationale que cet intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale (J. HAUSER, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 22 novembre 2005 et 8 novembre 2005, RTD. civ. 2006 P.101). « Le renfort des dispositions existantes par la Convention de New York se voit ainsi confirmé, aux côtés d'un rôle certainement plus attendu tendant à combler les textes lacunaires ou à corriger ceux promouvant un objectif contraire. Or, à cet égard, il faut cependant se garder des excès de zèle. Dans certaines hypothèses en effet, certaines règles sont bien fondées sur le même objectif que celui défendu par la Convention de New York, mais sans que leur formulation le laisse apparaître clairement. La tentation est ainsi grande de vouloir faire jouer la Convention de New York dans le but de corriger ces dispositions, au risque de créer une contradiction entre les textes qui convergent pourtant vers le même objectif. L'utilisation de la norme internationale n'est en effet aucunement souhaitable lorsqu'elle a pour finalité de combattre une norme matérielle précise, interne ou internationale, reposant pourtant sur le même objectif. Le danger serait ainsi de vouloir faire produire à la règle particulière un effet contraire à celui pour lequel elle a été conçue, par le biais du concept contenu dans la convention internationale ». « Pourtant, il semble que cet inconvénient, dont la gravité est incontestable, puisse être aisément évité. L'article 13 de la Convention de La Haye a été conçu pour répondre à un objectif particulier d'équilibre et intégré dans un système global destiné à résoudre les déplacements illicites d'enfants. Faisant partie d'un tout, il doit être interprété au regard de l'économie de l'ensemble auquel il appartient, et non isolément, même par le truchement d'une disposition de la Convention de New York. Ainsi, l'ensemble du texte de la Convention de La Haye repose sur l'intérêt supérieur de l'enfant, et postule qu'il est dans son intérêt d'être ramené immédiatement après son enlèvement, sauf exception strictement encadrée » : E. GALLANT, Note sous Civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, *Enfant Laëtitia*, Rev. crit. 2007, P. 603.

141. Voilà de quoi apprécier le point de vue de la France au sujet de l'applicabilité directe des droits de l'enfant. Voilà même de quoi apprécier plus globalement l'internationalisation du droit interne. D'ailleurs, qu'elle résulte de l'imprégnation du droit national par les principes fondamentaux, ou qu'elle intervienne suite à l'application directe des principes issus du droit conventionnel, l'affirmation des droits de l'enfant révèle une quête commune des États visant à reconnaître au mineur un statut juridique international lui permettant de revendiquer le bénéfice d'une protection satisfaisante. Mais quel impact une telle position peut-elle avoir sur le droit international privé de l'enfance déplacée ? Peut-elle contribuer à justifier le recours à une méthodologie dérogatoire si souhaitable en notre matière (II) ?

II/ La justification du recours à une méthodologie dérogatoire

142. Nous venons de le voir, l'essor des droits de l'enfant est perceptible en droit interne. Ces droits ont en effet investi tout l'ensemble du droit privé et ce, jusqu'à internationaliser les solutions étatiques désormais fortement imprégnées du point de vue fondamental²⁹⁵. Mais le droit matériel n'est pas le seul affecté. En réalité, la logique des droits de l'enfant paraît également apte à atteindre le raisonnement internationaliste. En effet, la prétention à l'universalité des droits de l'enfant semble pouvoir justifier le recours à une méthodologie dérogatoire impérative (A). Par ailleurs, en conduisant à retracer les frontières autour de la fondamentalité, une telle option révèle un choix axé sur la recherche privatiste de la réalisation de l'intérêt de l'enfant et, en conséquence, détaché de l'idée de souveraineté (B).

A. La prétention à l'universalité des droits de l'enfant

143. HOBBS et LOCKE eux-mêmes ne se sont pas résolument privés de faire allusion à Dieu. Les droits de l'homme sont-ils donc réellement le produit d'une Révolution bourgeoise, qui, en 1789 a entendu s'émanciper de toute référence à un Dieu défini ? Pour n'être pas arbitraires et afin d'asseoir légitimement leur autorité dans la pensée de leurs auteurs, les droits du XVIII^{ème} siècle ne

²⁹⁵ D. GUTMANN, Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? in « Mélanges F. TERRE », 1999, P. 329.

devaient pas être l'expression d'une norme absolue de justice. Il fallait donc leur trouver une origine détachée de la volonté purement humaine, justifiée par sa transcendance. « *D'où l'importance non seulement de déclarer ces droits comme « naturels, inaliénables et sacrés », mais aussi de les reconnaître « en présence et sous les auspices de l'Être suprême »* »²⁹⁶. La référence est tout de même nuancée et suffisamment vague pour amorcer l'émancipation de la subjectivité humaine. Elle est en outre exclusive de tout parti pris religieux. Si donc ce texte a « *élaboré tout un programme politique et constitutionnel de la modernité dans lequel l'idée d'universalité des droits occupe une place prédominante* »²⁹⁷, c'est qu'il se veut abstrait et théiste par nature. L'Être suprême auquel il fait référence est en réalité un être raisonnable, détaché de l'idée d'appartenance à une religion²⁹⁸.

144. De toute évidence, les Modernes ont de la sorte contribué à la mise en place d'une idéologie nouvelle, plus centrée sur l'homme, moins axée sur Dieu. Incontestablement, leur prise en considération de la subjectivité de la personne humaine a trouvé bonne part de sa justification dans la liberté et l'égalité²⁹⁹. En réaction à la définition des Anciens, l'individu sujet de droit est réputé

²⁹⁶ Geneviève MEDEVIELLE, La difficile question de l'universalité des droits de l'homme, in *Revista de Estudos Politécnicos. Polytechnical Studies Review*, 2010, Vol VIII, n°13.

²⁹⁷ P. GREGORIO, *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2004, P. 274.

²⁹⁸ « Même si l'ambiguïté demeure et que l'Être suprême peut être compris en référence au Dieu biblique, la référence explicite est déjà brisée. On ne se situe que « sous les auspices » de l'Être suprême, témoin neutre et distant, et non pas dans l'obéissance à l'instance fondatrice du droit naturel, tel que le Dieu créateur et donateur de la loi fonctionne dans la théorie de Locke et dans le texte américain de 1776. Le sujet du droit, ce n'est pas Dieu mais la volonté des représentants du peuple au sens de la volonté générale chez Rousseau ». Geneviève MEDEVIELLE, *Op. cit.*, PP. 37-56. À l'opposé de cette conception, la Déclaration américaine se fonde explicitement sur l'autorité d'un Dieu créateur de la norme. Le droit naturel auquel elle fait référence paraît donc être le fruit d'une volonté divine. Aussi, le message qu'elle adresse semble plus concret, plus spécifiquement adressé aux citoyens américains, et en conséquence, moins universalisable.

²⁹⁹ John LOCKE et Jean-Jacques ROUSSEAU ont assimilé à la notion d'état de nature, la liberté et l'égalité. Si donc l'homme accepte de renoncer à sa liberté originaire en passant à l'état de société, c'est afin de s'assurer la sécurité. Le pouvoir de l'État doit donc être justifié. Mais alors que la Théorie libérale du contrat social de LOCKE repose, tout comme dans l'œuvre plus absolutiste de HOBBS, sur l'idée de l'aliénation de l'individu (qui) abandonne son pouvoir d'autoconservation (menacé dans le libre état de nature) au profit de l'État et ce, en vue d'atteindre la sécurité), ROUSSEAU, lui, est davantage animé du souci de préserver la liberté. Elle est d'ailleurs pour lui le fondement de la condition humaine. Il en résulte une liberté accrue de l'individu, désormais détaché des obligations que lui imposerait l'ordre du monde chez les Anciens. À l'instar de ces penseurs, d'autres philosophes de l'époque des Lumières ont contribué à la remise en cause des idées jusque là bien établies, telles que la monarchie absolue, ou l'emprise quasi-totale du pouvoir religieux.

Pour plus de détails sur l'œuvre de ces philosophes, cf. notamment : J. LOCKE, *Essai sur le pouvoir civil*, Texte traduit, présente et annoté par Jean-Louis FYOT, Paris, PUF, 1953 ; J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur les origines et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, 1754, Paris, Bordas, Coll. Univers des lettres Bordas ; *Du contrat social ou Principes du droit politique*, 1762, Paris, Union générale d'éditions, 1963. Éd. électronique. Ouvrages disponibles sur le site de

libre de ses choix. L'homme de la *DDHC de 1789* n'est donc pas le spectateur passif de son existence. Bien au contraire, détenteur de droits subjectifs à la fois inaliénables et sacrés, il devient le maître de son destin. Les droits et les devoirs qui sont siens « *ne sont plus à penser relativement à ce que les hommes d'une société donnée appréhendent comme juste, mais sont à déduire d'un homme doué de raison, universel et abstrait* »³⁰⁰. Dans cette nature de l'homme à l'origine de leur détermination, se trouve le point d'ancrage de la prétention à l'universalité des droits fondamentaux. Théoriquement, ces droits ne sont donc pas supposés dépendre d'une tendance particulière inhérente à la spécificité d'une société donnée. Au contraire, leur « *approche est forcément globale et universelle, car la protection internationale des droits de l'homme vise nécessairement tous les individus* »³⁰¹.

145. De plus, parce qu'ils assurent protéger des valeurs particulièrement essentielles, ces droits revendiquent de manière déconcertante l'impérativité de leur intervention. Partant, leur succès n'est plus un secret³⁰². Et à mesure qu'ils imprègnent les diverses branches du droit, ils paraissent pouvoir bouleverser les autres logiques, évincer celles qui les contredisent³⁰³. Le droit international privé de l'enfance déplacée est-il alors encore à même d'échapper à cette opération ? Sans doute pas. Effectivement, avant de permettre l'insertion d'une norme étrangère au sein de l'ordre juridique français, conformément à ce qu'aurait pu commander le raisonnement conflictuel classique, les droits de l'enfant imposent au juge de s'assurer que cette norme n'interviendra pas en violation des valeurs fondamentales qu'ils défendent. Il en résulte l'affrontement de deux logiques contradictoires puisque dans cette hypothèse, « *l'aspiration à l'universalité (des droits fondamentaux) étouffe l'esprit relativiste que cultive le droit international privé* »³⁰⁴.

l'UQAC (Université du Québec à Chicoutimi) ; T. HOBBS, *Léviathan, Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la République ecclésiastique et civile*, Trad. Philippe FOLLIOT, Éd. électronique disponible sur le site de l'UQAC (Université du Québec à Chicoutimi).

³⁰⁰ Geneviève de MEDEVIELLE, Op. cit.

³⁰¹ G. COHEN-JONATHAN, Les droits de l'homme et l'évolution du droit international, in « Clés pour le siècle », Dalloz, 2000, P.611 ; N. VALTICOS, Universalité et relativité des droits de l'homme, in : « Mélanges PETTITI », Bruylant, Bruxelles, 1998, P. 737.

³⁰² En effet, « les valeurs protégées sont telles que les droits fondamentaux revendiquent une application préférentielle » : Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, *Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux*, 2000, vol. 52, n°4, PP. 797-818.

³⁰³ Ibid.

³⁰⁴ Ibid.

146. C'est certainement ce qui fait dire à Horatia MUIR-WATT, qu' « *en contrepoint au discours de la globalisation économique, l'internationalisation des droits de l'homme aboutit, au nom de l'universalité, à pousser jusqu'à la rupture méthodologique le relativisme culturel auquel les raisonnements traditionnels répondaient, tant bien que mal, par une logique coordinatrice, axée sur la coexistence pacifique des modèles familiaux. C'est dire que la méthode du conflit de lois n'est pas en mesure de relever le défi que représente en ce domaine l'internationalisation de ses sources* »³⁰⁵. Comme le souligne donc à juste titre Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, contrairement au but d'harmonie internationale des solutions sous-entendant toute la méthode des conflits de lois, « *la prise en considération croissante des droits fondamentaux en droit international privé emporte le rejet des méthodes traditionnelles et favorise l'emprise d'un système dominant, le plus souvent d'origine supranationale* »³⁰⁶. Pourrait-on dès lors considérer que l'inscription des droits de l'enfant au sein de l'impérativité fondamentale des droits de l'homme, puisse justifier le recours à une méthodologie coïncidente, dérogoire au raisonnement conflictuel classique ?

147. Aujourd'hui essentiellement traduit par un recours aux lois de police³⁰⁷ ou à l'exception d'ordre public international³⁰⁸, il semble que la défense du statut juridique international de l'enfant soit le reflet du souci de parvenir à la réalisation de la politique législative du for. Un réaménagement méthodologique de nature à promouvoir un retour quasiment global au raisonnement conflictuel, même teinté de l'unilatéralisme nécessairement déduit du recours à une méthodologie coïncidente, pourrait cependant très certainement conduire à revisiter le fondement des règles de la protection de l'enfance déplacée. En ce sens, il est imaginable de prétendre retracer les frontières autour de la fundamentalité (B). Le résultat serait dans de nombreux cas sensiblement

³⁰⁵ Horatia MUIR-WATT, Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé), in « Archives de philosophie du droit ».

³⁰⁶ B. FAUVARQUE-COSSON, Op. cit.: « Parce qu'ils possèdent une très forte valeur persuasive, les droits fondamentaux affectent la méthode traditionnelle des conflits de lois ». Cf. également en ce sens, Horatia MUIR-WATT, Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation, Op. cit.

³⁰⁷ Comme c'est par exemple le cas pour l'enfance en danger.

³⁰⁸ Comme c'est le cas en droit international privé de la famille, toutes les fois où la mise en œuvre d'une loi étrangère paraît choquante. L'ordre public mis en œuvre est alors un ordre public de proximité ou de rattachement.

le même, mais sa justification, davantage porteuse du privatisme cher à la protection d'un intérêt privé.

B. Le retraçage des frontières autour de la fundamentalité

148. Cette étude n'a-t-elle pas démontré que même assurément inscrit dans le cadre d'un privatisme particulièrement soucieux de réaliser l'intérêt de l'enfant déplacé, le raisonnement conflictuel est nécessairement fondé sur le respect de l'intérêt de l'État à l'application de sa politique législative³⁰⁹ ? En effet, la neutralité absolue est un leurre. Quant à la mise à l'écart de l'intérêt étatique, il n'est jamais total. Ces affirmations sont valables pour deux raisons (du moins en notre matière) : d'une part, lorsque la règle de conflit est imprégnée de considérations substantielles, elle renonce à la neutralité afin de prendre parti en faveur de la réalisation d'un intérêt privé. Ce souci privatiste se fonde néanmoins - ne serait-ce que partiellement -, sur l'intérêt de l'État à la réalisation de sa politique législative ; d'autre part, lorsque la règle de conflit est inscrite dans un bilatéralisme privatiste neutre, elle peut permettre la mise en œuvre de la loi étrangère désignée dans la seule mesure où cette dernière ne conduit pas à un résultat choquant au regard des valeurs essentielles à l'ordre juridique du for. Faute de quoi, son application risque d'être évincée par l'intervention de l'exception d'ordre public. Dès lors, l'intérêt de l'État à l'application de sa politique législative, bien que nuancé dans cette dernière hypothèse, n'en demeure pas moins prêt à ressurgir.

149. Est-il néanmoins permis de considérer que la méthode adoptée puisse être révélatrice du degré d'implication de l'intérêt de l'État dans la résolution de la problématique spécifiquement en cause ? Dans l'affirmative, en présence d'une faible implication de l'intérêt étatique, la méthodologie mise en œuvre ne saurait être considérée fondée sur le principe de souveraineté. Au contraire, en présence d'une forte implication de l'intérêt de l'État, comme c'est le cas de la protection de l'enfance déplacée, les considérations souverainistes primeraient les autres. Les intérêts substantiels défendus ne seraient donc pas véritablement fonction d'une suffisance et d'une

³⁰⁹ Cf. supra n°67 et suivants.

effectivité étudiées en fonction de ce qu'il y a de bon pour le mineur, au regard de ce qui est « objectivement » bon pour lui. Il en résulterait dès lors la mise en œuvre d'une méthodologie impérative reflétant le fondement souverainiste d'une politique législative propre à l'État du for. La forte implication de l'intérêt de l'État dans le rapport de droit en cause commanderait ainsi de déroger à la méthode conflictuelle classique. Les impératifs de protection de l'enfance intéressant de très près l'intérêt étatique, le droit international privé applicable au mineur mobile aurait du mal à être globalement construit autour d'un raisonnement conflictuel à la fois privatiste et neutre. On comprend dès lors parfaitement le choix en faveur d'une méthodologie qui, même restée attachée au raisonnement conflictuel, atténue la neutralité de son raisonnement par un recours à un unilatéralisme justifié par la poursuite de la protection effective et suffisante de l'enfant déplacé. Mais peut-on réellement se satisfaire d'une telle explication ? Est-il assurément inévitable de fonder la défense particulièrement vive de la politique législative de l'État du for sur des considérations de souveraineté ? Cette étude propose une explication plus nuancée.

150. L'imprégnation des législations nationales par les droits fondamentaux de l'enfance sous-entendrait que l'intérêt de l'État, lié à celui de l'enfant, masque en réalité lui-même la volonté de ne pas risquer d'enfreindre une réglementation « supérieure ». Ainsi, en poursuivant la réalisation de sa politique législative, l'État chercherait à garantir la mise en œuvre des droits dont sa législation s'est imprégnée. Par ailleurs, cette démarche serait commune à l'ensemble des États partageant le souci de promouvoir les droits de l'enfant. Dès lors, la poursuite d'un objectif tendant à la protection de l'enfance déplacée trouverait sa justification dans la fundamentalité du statut de droit substantiel défendu, fundamentalité qui elle-même, s'insérerait dans le raisonnement de droit international privé : la fonction régulatrice de la matière puiserait son fondement dans l'intérêt de l'État à l'application de sa politique législative, elle-même imprégnée des droits fondamentaux de l'enfance. Cette dernière affirmation confirmerait dès lors la négation de l'idée en vertu de laquelle la protection de l'enfance déplacée ne serait que l'émanation d'une prétention souverainiste isolée.

151. L'internationalisation des droits internes aurait pourtant pu présumer un retour à la méthodologie savignienne³¹⁰, notamment en faisant surgir l'idée d'une communauté de droit apte à garantir la suffisance par delà les frontières de la France. En serait alors potentiellement déduite, l'indifférence de la loi appliquée, à partir du moment où la législation susceptible d'intervenir s'avèrerait porteuse des valeurs fondamentales défendues par les droits de l'enfant. Mais la communauté de droit n'est plus. Et surtout, c'est sans compter sur le rappel de l'indispensable *effectivité* de la protection envisagée. Si donc les droits de l'enfant sont soucieux de garantir au mineur une protection satisfaisante, ils ne peuvent pas eux-mêmes cautionner une méthodologie inadaptée à notre matière.

152. Finalement, c'est dire que ces droits seraient à même de contribuer à la protection de l'enfance déplacée. Ils y parviendraient non pas tant en appuyant le choix du recours à une méthodologie coïncidente sur une prétention uniquement souverainiste de l'État à l'origine de sa mise en œuvre, que sur l'assise à la fois privatiste et fondamentale de la protection poursuivie. Les frontières se trouveraient alors potentiellement retracées, non plus autour d'un territoire, mais autour de la *fondamentalité*³¹¹.

Cela étant, il n'est pas certain que cette simple argumentation suffise à s'assurer l'unanimité : alors que le fondement souverainiste risquait de confronter la politique législative de l'État du for à celle des autres États concernés par le rapport de droit en cause, la *fondamentalité* « menace » de n'apporter qu'une solution limitée. L'accord sur la protection se borne en effet la plupart du temps aux États partageant une vision commune de la protection de l'enfance. Malheureusement, le risque d'un cloisonnement n'est donc pas annihilé. Bien au contraire, il est simplement déplacé, décalé à l'échelle d'une communauté de valeurs³¹².

³¹⁰ Horatia MUIR-WATT, Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation... Op. cit.

³¹¹ Ibid.

³¹² L'idée d'une communauté de valeurs sous-entend la référence à un fond commun sur lequel les différentes législations fondent leurs dispositions. La notion est à distinguer de l'idée de « communauté de droit » qui quant à elle suppose que quel que soit le for appelé à régir la situation en cause, la solution sera la même.

Conclusion de la première section.

153. En passant de l'état d'*objet* de droit à celui de *sujet* de droit, l'enfant a acquis un véritable statut juridique lui permettant de revendiquer des droits subjectifs. Si donc le droit international privé peut légitimement prétendre avoir une vocation protectrice, l'enfant déplacé, lui, peut tout aussi légitimement prétendre bénéficier de la protection mise à sa disposition. L'importance particulière de certains droits reconnus aux mineurs a d'ailleurs même permis de leur conférer une grande valeur, en faisant ainsi d'eux, des droits fondamentaux particuliers. Leur impérativité acquise, les États déjà soucieux du bon respect des droits de l'homme ont cédé à l'influence internationale et laissé leurs systèmes juridiques internes s'imprégner constamment davantage des valeurs chères à l'enfance.

Face à ces constatations, cette étude a proposé de voir dans la prétention à l'universalité des droits de l'enfant, un moyen de justifier le recours à une méthodologie apte à permettre au droit international privé de protéger l'enfant déplacé de manière effective et suffisante. Vraie confirmation d'une solution privatiste, mais fausse solution quant à la capacité de la méthode à concilier les différents ordres juridiques, la réflexion ainsi menée s'expose à recevoir pour réponse que le risque d'affrontement est une réalité qui s'impose presque immuablement. Faut-il pour autant capituler ?

154. Quoi que tente l'internationaliste, il faudrait qu'il parvienne à justifier la création d'un droit international privé « véritablement international » - la formule est maladroite mais lourde de sens -, pour enfin prétendre parvenir à une solution universellement acceptée. Le droit international privé en général n'en est pas à ce stade de son évolution. Peut être qu'à l'avenir, les juristes qui nous succéderont trouveront le moyen de décrire ces propos. C'est tout le mal que cette étude peut leur souhaiter. Mais nous n'en sommes pas là et l'affrontement, fruit de la diversité, demeure une question que le droit international privé se doit d'envisager.

155. La coordination existe ainsi pour adoucir les chocs que les conflits de civilisations suscitent. Sans divergences, il est évident qu'elle n'aurait pas lieu d'être. Néanmoins, il est des cas où la différence est telle, qu'aucune concertation ne paraît atteignable. Pour exemple, comme le souligne très justement Madame GANNAGE, les écarts entre les civilisations occidentale et musulmane

rendent le dialogue utopique - du moins, en certaines matières particulièrement sensibles, au titre desquelles les questions familiales peuvent sans conteste être citées³¹³. Faut-il dès lors vraiment considérer les valeurs occidentales comme empreintes d'une supériorité qui justifierait la mise à l'écart de toute solution contraire à leur esprit ? Faut-il à l'inverse préférer défendre un « relativisme culturel » en vertu duquel la différence est la plupart du temps vue comme étant équivalente ? Faut-il tempérer davantage le propos et plutôt considérer qu'un juste milieu doit être atteint entre le rejet total et l'acceptation aveugle ? Certes, cet équilibre n'est pas aisé à définir. Il l'est sûrement encore moins à atteindre. Il replacerait cependant l'objectif de coordination à sa juste place. La sincérité des propos de BATIFFOL encourage à viser ce dernier résultat, quand l'on sait que l'auteur, tout en proposant de coordonner les différents systèmes juridiques, avait conscience des limites de sa théorie. Voici en somme ce qu'est vraiment la coordination. Un objectif visé que l'on sait imparfait, parce qu'inatteignable à une échelle absolue, mais à viser quand même. Un objectif certes moins ambitieux que l'uniformisation ou l'harmonisation, mais réalisable à une échelle raisonnable. Un objectif qui amoindrit l'affrontement (en se refusant au rejet total) sans l'annihiler (en se refusant également à l'acceptation aveugle). C'est sans doute conscient de cette réalité, que BATIFFOL a quand même pris soin d'argumenter son système de solutions. Malgré tout, il le savait défendable. En droit international privé, la coordination reste indispensable. Et pourtant, en droit international privé de l'enfance déplacée, la coïncidence des compétences est inévitable. Ces deux exigences doivent donc impérativement être conciliées. Il appartient dès lors à la suite de cette étude de trouver le moyen d'y parvenir.

156. Certes, la diversité culturelle met en avant un relativisme qui se montre menaçant vis-à-vis d'une prétention à l'universalité de plus en plus remise en cause. Mais ne dit-on pas que les opposés s'attirent ? Qui se dissemble pourrait alors peut-être s'assembler en vue de la conciliation. Mettons donc l'universalité à l'épreuve de la diversité culturelle et permettons ainsi à cette étude de prouver la cohérence de ses raisonnements (Section 2).

³¹³ Léna GANNAGE, La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille, Préface Y. LEQUETTE, t. 353, LGDJ, Paris, 2001, n° 248, P. 166.

Section 2 : L'universalité fondamentale à l'épreuve de la diversité culturelle

157. Si l'universalité des droits de l'enfant présentée du point de vue occidental est à ce point contestée, c'est qu'elle se veut impérialiste, intransigeante, absolue. Or, dans un monde où les droits culturels ont fait leur apparition jusqu'à s'imposer en tant que valeur également essentielle, une position aussi rigide n'est pas tenable³¹⁴. Cela dit, ce n'est pas tant la prétention à l'universalité des droits en question, que sa capacité à persuader les États que le seul langage possible est celui de l'affrontement, qui pose véritablement problème. Aux yeux de cette étude, c'est donc la manifestation absolutiste de l'universel qui doit être remise en cause (I). Néanmoins, envisagée avec davantage de souplesse, inscrite dans un cadre qui tient compte de la culture, l'universalité des droits de l'enfant pourrait révéler ses potentialités, jusqu'à peut être même, inspirer la pensée d'un dialogue autrement perçu (II). Pour l'enfance déplacée, nous verrons d'ailleurs que le bénéfice d'une telle position emporterait des conséquences heureuses.

I/ La remise en cause de l'acception universaliste absolutiste des droits de l'enfant

158. Entendre remettre en cause l'acception universaliste absolutiste des droits de l'enfant présuppose de faire état de la réalité de ce qu'entendent contester les peuples (A) puis, d'exposer ce qu'ils entendent réellement revendiquer (B).

³¹⁴ Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, créé en 1985 a été chargé de suivre l'application par les États parties, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, entré en vigueur en 1976. Plus tard, en 1993, la Déclaration de Vienne fait est venue affirmer qu'« il faut garder à l'esprit l'importance des particularités nationales et régionales et la diversité des patrimoines historiques, culturels et religieux ». Enfin, ratifiée en 2001, la Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle, reconnaît la diversité culturelle comme « héritage commun de l'humanité » et fait de sa sauvegarde un impératif concret et éthique inséparable du respect de la dignité humaine.

A. La réalité de ce qu'entendent contester les peuples

159. La défense d'un statut juridique international de l'enfant apte à lui garantir une protection effective et suffisante semble inscrite dans un cadre occidental (1). En conséquence, l'universalité des droits de l'enfant sur laquelle la protection proposée par le droit international privé paraissait pouvoir se fonder, risque d'être remise en cause par les États appartenant à une communauté de valeurs différente. Malheureusement, en s'enfermant l'un l'autre dans leurs convictions réciproques, les États s'exposent nécessairement à un affrontement peu propice à la pleine satisfaction de l'intérêt des enfants mobiles (2).

1. Le cadre occidental de la défense du statut juridique international de l'enfant

160. L'universalité des droits de l'homme semble à ce point évidente qu'il ne vient pas automatiquement à l'esprit de pouvoir la remettre en cause. À l'esprit de l'internationaliste occidental. Car il suffit d'une petite réflexion pour s'apercevoir que l'universalité revendiquée, simple *prétention*, s'apparente davantage à une ambition imposée qu'à un acquis justifié. Pour certains auteurs en effet, la thèse de l'acception universelle des droits fondamentaux est une politique, et non une réalité incontestable³¹⁵. En clair, sous couvert d'une universalité inhérente à la nature de l'homme, les droits fondamentaux masqueraient le désir de répandre le modèle occidental du droit³¹⁶. Il conviendrait alors certainement davantage de parler d'« universalisme »³¹⁷.

³¹⁵ R. CHARVIN et J.-J. SUEUR, Droits de l'homme et libertés de la personne, Litec, 2000, P.161. Pour preuve : « la volonté des grandes puissances occidentales d'imposer à tous les États du monde, quelles que soient leur culture et leurs conditions sociales, les mêmes valeurs et les mêmes moyens d'y parvenir, s'identifie au plan international à la politique du parti unique dans l'ordre interne ».

³¹⁶ Pour certains auteurs en effet, l'ambition occidentale « ne consiste plus à composer mais à vaincre ; elle vise désormais à ériger la conception occidentale en modèle universel » : G. LEBRETON, Libertés publiques et droits de l'homme, Colin, 2003, P.129.

³¹⁷ En effet, alors que le Petit Robert définit l'universalité comme le « caractère de ce qui est universel ou considéré sous son aspect de généralité universelle », certains auteurs font de l'universalisme une « forme dégradée de l'universalité par généralisation à l'ensemble du monde d'un cas particulier, généralement choisi dans la culture occidentale » : L. PORCHER et M. ABDALLAH-PRETEILLE, Éthique de la diversité et éducation, Paris, PUF, 1998.

161. Mais au fond, qu'y a-t-il de vraiment mauvais à ce que l'Occident prétende avoir « découvert » les droits de l'homme ? Si ces droits sont réellement universels, l'origine de leur découverte, qu'elle soit d'ici ou de là, ne devrait pas avoir une importance si capitale. Tout au plus, conviendrait-il d'admettre la frustration que peuvent éprouver les peuples de n'être pas ceux à qui l'on peut reconnaître le mérite d'avoir les premiers, proclamé l'évidence. Mais à partir du moment où la fundamentalité de certains droits pourrait faire l'unanimité, l'ensemble du monde devrait s'accorder à la reconnaître et à la défendre. Indépendamment du point de départ de son affirmation, l'universalité s'imposerait alors avec force sans même que l'idée de la contester ne vienne aux esprits. Partant, ce ne doivent pas tant être les racines occidentales des droits de l'enfant qui font à ce point obstacle à leur reconnaissance par tous, que la pensée à l'origine de leur inspiration.

162. Aux yeux de certains auteurs, « *il ne peut y avoir de droits de l'homme quand on n'inscrit pas dans le droit l'idée théologique ou philosophique de l'unité de l'humanité, introuvable dans le monde païen, pour lequel il y a des dieux et des cités différents par nature hétérogènes par principe. L'idée d'une humanité est monothéiste et, dans notre tradition, biblique* »³¹⁸. En effet pour VILLEY³¹⁹, les droits de l'homme – et partant, pour cette étude, les droits de l'enfant déplacé -, révèlent une origine puisée au cœur de la tradition judéo-chrétienne, trouvent leur source dans la Torah, leur explication dans l'Ancien et le Nouveau Testaments. Dans cette optique, la prétention à l'universalité des droits de l'homme/enfant, trouverait son point de départ dans la reconnaissance universelle de la personne humaine, à l'origine, intimement liée à l'existence de Dieu³²⁰. Elle se confirmerait –voire, s'approfondirait - au fil du temps par la révélation de Dieu en Jésus-Christ et ce, notamment au travers du message de la croix³²¹, appuyé par les paroles de l'apôtre Paul pour qui «

³¹⁸ Blandine KRIEGER, État de Droit et Empire, République et démocratie, in « Séminaire L'État, le souverain, la finance et le social », Paris, 28 mai 1993, dactyl. P. 17.

³¹⁹ M. VILLEY, Le droit et les droits de l'homme, Paris, PUF, « Question », 1983.

³²⁰ Genèse chapitre 1 versets 26 et 27 : « Puis Dieu dit : Faisons l'homme à notre image, selon notre ressemblance, et qu'il domine sur les poissons de la mer, sur les oiseaux du ciel, sur le bétail, sur toute la terre, et sur tous les reptiles qui rampent sur la terre. Dieu créa l'homme à son image, Il le créa à l'image de Dieu, Il créa l'homme et la femme ». La Bible, Traduction Louis SECOND.

³²¹ Jean, chapitre 3, verset 16 : « Car Dieu a tant aimé le monde qu'Il a donné son Fils unique, afin que quiconque croit en Lui ne périsse point, mais qu'il ait la vie éternelle ». La Bible, Traduction Louis SECOND.

Il n'y a plus ni Juif ni Grec, il n'y a plus ni esclave ni libre, il n'y a plus ni homme ni femme ; car tous vous êtes un en Jésus-Christ »³²².

163. Il apparaîtrait donc que la pensée des Lumières puisse n'être qu'un « retour aux sources » trouvant les bases de sa justification dans une vision bien antérieure à la pensée classique. L'homme doué de raison serait bien maître de son destin³²³, mais depuis la nuit des temps, il resterait « soumis » à des lois « supérieures » car ce sont elles qui fonderaient à la fois sa subjectivité et l'universalité de ses droits. À l'instar de Moïse recevant les tables de la loi sur le Mont Sinaï, les Déclarations du XVIII^{ème} siècle sous-entendraient alors en quelque sorte une corrélation entre le Dieu unique, Créateur du monde, et l'État démocratique et libéral, support indispensable à la justification et à l'existence des droits fondamentaux (de l'enfance déplacée). Mais comment expliquer l'émancipation du divin de l'intime corrélation actuelle entre les droits de l'homme et la laïcité ? Peut être en faisant valoir que le siècle des Lumières n'a été que l'amorce d'une évolution progressive. D'une référence à Dieu à cette époque atténuée, à sa disparition désormais acquise, il fallait traverser les siècles pour en arriver à la pleine laïcité.

164. Pour autant, bien qu'aujourd'hui, droits de l'homme/enfant et message judéo-chrétien soient bel et bien deux réalités distinctes, des liens continueraient à les unir : l'inspiration de ces droits désormais laïques, quoi qu'on en dise, justifie sa prétention à l'universalité dans un parallèle à une histoire liée au christianisme³²⁴. Voilà ce qui pose véritablement problème aux peuples dont la culture et les traditions sont fondées sur un tout autre message, sur de toutes autres convictions, sur de toutes autres structures. L'universalité à l'Occidentale raconte une histoire dans laquelle ils ne se retrouvent pas.

³²² Galates, chapitre 3, verset 28. La Bible, Traduction Louis SECOND.

³²³ La liberté individuelle reconnue à l'homme sujet de droit implique le choix pour tout être humain de choisir le bien ou le mal. Cf. notamment en ce sens Deutéronome chapitre 30 verset 19 : « J'en prends aujourd'hui à témoin contre vous le ciel et la terre : j'ai mis devant toi la vie et la mort, la bénédiction et la malédiction. **Choisis** la vie, afin que tu vives, toi et ta postérité... ».

³²⁴ Anatole LEROY-BEAULIEU, La papauté, le socialisme et la démocratie (15 décembre 1891 et 15 janvier 1892), La Revue des Deux Mondes, mai 1991, P. 63 : « L'idée de droits, inhérents à la personne de l'homme, est en réalité une idée chrétienne ».

165. Aujourd'hui, nous l'avons vu, l'intérêt et les droits de l'enfant ne se conçoivent pas sans la CIDE. Point d'ancrage de leur émergence par la suite devenu la pierre angulaire de leur défense, l'instrument est pourtant, comme on pourrait le dire de la CESDH, d'inspiration occidentale. Bien que la Convention manifeste un désir certain de respecter la diversité des cultures³²⁵, elle donne incontestablement à la protection de l'enfance, un visage européen. En témoigne le modèle de la famille auquel elle fait référence : alors qu'en Afrique l'esprit clanique revêt une importance souvent capitale, en Occident, la famille nucléaire est essentiellement organisée autour d'un noyau restreint. En témoigne encore le rejet parfois marqué de certaines pratiques culturelles. L'exemple de l'excision, sous-entendu par les dispositions de l'article 24 (3) exigeant de l'État qu'il prenne *« toutes les mesures efficaces appropriées en vue d'abolir les pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé des enfants »*, est à cet effet particulièrement riche de sens. Cette position est louable. La convention semble en effet avoir compris que l'on ne pouvait pas inconditionnellement admettre toutes les pratiques, simplement en invoquant la culture. Paradoxalement pourtant, la diversité demeure une richesse. Elle caractérise le monde. Quant à l'intérêt de l'enfant déplacé, il ne lui est pas totalement indifférent. Pour ces raisons, la culture doit quand même être respectée.

166. Ce qui semble être une contradiction mène parfois à une véritable impasse : parce qu'ils font partie intégrante des droits de l'homme, à l'instar de ces derniers, les droits de l'enfant se sont donné une vocation exportatrice. Sans surprise cependant, la légitimité d'une telle opération est accusée d'imposer un impérialisme culturel³²⁶ qui, dans sa prétention à l'universalité, consiste en réalité à promouvoir un ethnocentrisme occidental, voire une manifestation d'un néocolonialisme

³²⁵ Pour illustrations : le Préambule de la CIDE : « Tenant dûment en compte de l'importance des traditions et valeurs culturelles de chaque peuple dans la protection et le développement harmonieux de l'enfant, ... ». Également, son article 19 (c) précisant qu'il convient d'« inculquer à l'enfant le respect de ses parents, de son identité, de sa langue et de ses valeurs culturelles, ainsi que le respect des valeurs nationales du pays dans lequel il vit, du pays duquel il peut être originaire et des civilisations différentes de la sienne ».

³²⁶ P. GREGORIO, *Théorie générale des droits fondamentaux*, Op. cit., P. 278 : « le caractère universaliste des droits de l'homme a éveillé la crainte d'un impérialisme culturel (...). Prétendre accorder les droits de l'homme à tous les individus dans le monde peut conduire à l'excès de tolérance à l'égard de cette tendance (...), à piétiner les cultures qui ne partagent pas la même conception du bien-être et de la justice sociale ».

idéologique³²⁷. Le terme « impérialisme » n'est peut être pas le mieux approprié quand l'on sait que de nombreuses explications, ne serait-ce qu'historiques, permettent de comprendre l'influence exercée par l'Europe sur le reste du monde³²⁸. Néanmoins, l'histoire à elle seule ne peut se permettre de justifier arbitrairement la soumission des peuples à la vision d'un autre peuple – ou d'un ensemble coalisé de peuples. En somme, qu'est-ce qui permet de véritablement affirmer que l'intérêt de l'enfant serait mieux respecté par le prononcé d'une adoption, que par la mise en œuvre d'une *kafala* ? Qu'est-ce qui permet de prétendre que l'équilibre de l'enfant sera mieux servi si ce dernier est élevé par ses seuls père et mère à Paris ou à New-York, que s'il grandit au sein de sa famille élargie au cœur d'un village africain ? Voilà les questions que posent les peuples à l'Occident. Et face à l'arrogance, à l'incohérence des réponses qui leur sont apportées, voilà ce qui justifie leur révolte.

167. Certes, dans leur grande majorité³²⁹, les États ont accueilli la *Convention relative aux droits de l'enfant*. Mais cette dernière n'échappe pas à la contestation : quand ils n'émettent pas de réserves, puisque le Préambule de l'instrument le leur permet³³⁰, les États entendent interpréter à leur manière les droits garantis. L'intérêt de l'enfant qui se déplace prend ainsi parfois le parti du pays qui se prononce et, sa protection, le visage du droit dont le mineur en question dépend. En témoigne cet arrêt du 30 janvier 1979³³¹ par lequel la Cour de cassation a approuvé le refus d'exequatur opposé à une décision tunisienne accordant au père, ressortissant tunisien, la garde de ses enfants au détriment de leur mère, française. Comment recevoir une telle position quand l'on sait que le juge tunisien avait pourtant pris soin de prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant ? Dans cette affaire, la France a considéré que l'appréhension tunisienne de l'intérêt de l'enfant se heurtait aux exigences de son ordre public, même atténué. Deux États pour deux

³²⁷ Ainsi, la colonisation aurait pris une nouvelle forme. Elle ne serait plus « matérielle »/« officielle » mais davantage « morale »/« officieuse ».

³²⁸ Pour exemple, le rappel du passé colonial de l'Europe prend ici tous son sens. Cf. en ce sens. Y. DROZ, La morale de l'interdiction de la clitoridectomie en pays kikuyu, in « Anthropologie et sociétés », vol. 33, n° 3, 2009, 2009, PP.118-137 : « lorsque le poids symbolique d'un acteur dominant se conjugue avec son poids stratégique, son système de valeurs s'impose de façon hégémonique ».

³²⁹ Parmi les 193 États reconnus par l'ONU, seuls les États-Unis, la Somalie et le Soudan du Sud ne sont pas parties à ce traité.

³³⁰ Alinéa 11 : « Tenant dûment compte de l'importance des traditions et valeurs culturelles de chaque peuple dans la protection et le développement harmonieux de l'enfant ».

³³¹ Civ. 1^{ère} 30 janvier 1979, Bayar c/ Dame Nemeth, R. 1979.

interprétations différentes du même intérêt... Il est pourtant difficile d'admettre que l'intérêt d'un enfant soit si facilement (superficiellement ?) susceptible de varier au gré de sa mobilité. Dans toutes les autres affaires impliquant un déplacement transfrontière, le risque est similaire : l'affrontement entre États au détriment de la stabilité du statut du mineur (2).

2. La contestation de l'appréhension occidentale de la protection de l'enfance ou le risque d'affrontements entre États

168. La contestation de l'appréhension occidentale de la protection de l'enfance risque de porter atteinte, d'une part, à l'harmonie internationale des solutions (a), et d'autre part, à la coordination des systèmes juridiques (b).

a) Atteinte à l'harmonie internationale des solutions

169. La similitude que produit toute harmonisation est moins élevée que celle d'une unification ou d'une uniformisation »³³². En effet, du latin « *harmonia* », l'harmonisation désigne « *un simple rapprochement entre deux ou plusieurs systèmes juridiques* »³³³ et ce, afin d'en éviter les oppositions flagrantes. Elle est donc « *un moyen qui sert à établir les grandes lignes d'un cadre juridique (unité législative de premier degré) en laissant aux différentes parties prenantes à l'intégration le soin de compléter l'ossature commune par des dispositions qui correspondent*

³³² Ibid. En effet, en dépit de la confusion qui règne généralement à propos de ces différents termes, il convient de relever qu'ils renvoient en fait, à des réalités distinctes. Plus précisément, « l'unification consiste à instaurer, dans une matière juridique donnée, une réglementation détaillée et identique en tous points pour tous les États membres tout en leur laissant le choix de la modalité de mise en œuvre des normes communes. En conséquence, l'unification se veut porteuse d'une unité législative de second degré enchâssée dans un support souple ».

Pour sa part, « l'uniformisation consiste à donner la même forme à un ensemble d'éléments « dont toutes les parties se ressemblent entre elles ». Elle postule que, pour une matière précise, soit minutieusement élaboré un cadre normatif (unité de second degré) contenu dans un instrument unique auquel les parties prenantes adhèrent sans pouvoir y déroger ni sur le fond, ni sur la forme ».

Concrètement donc, « l'uniformisation suppose par exemple que les États impliqués dans une intégration se dotent d'un corps de normes uniformes et détaillées contenu dans un instrument unique. D'ailleurs, c'est ce support commun à tous les intervenants communs à une intégration juridique qui fait la particularité de l'uniformisation et la distingue de l'unification ».

³³³ Gérard CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, Paris, Quadrige / PUF, 2000, P. 423.

mieux à leurs valeurs, à leurs préférences ou à leur niveau de développement »³³⁴. En conséquence, elle amoindrit les divergences sans pour autant effacer les spécificités inhérentes à chaque Nation. Les États peuvent alors conserver leurs particularismes législatifs nationaux, tout en garantissant aux individus un traitement similaire des litiges mettant en cause leurs intérêts, et ce, indépendamment du juge chargé de statuer. Les relations privées internationales peuvent ainsi prétendre à une solution commune, sans que la circonstance d'un déplacement par delà les frontières ne puisse interférer.

En clair, l'harmonisation prend acte de l'incohérence qu'il y aurait à ce qu'un individu – en notre hypothèse, l'enfant -, se trouve du point de vue du droit, dans une situation incertaine, puisqu'en tout état de cause différente, du seul fait du passage d'une frontière. Quel rôle remplirait en effet le droit international privé s'il ne s'enquerrait jamais du souci de la reconnaissance transfrontière des décisions judiciaires ou des rapports *ex lege* ? S'il dénaturait chaque solution étrangère en l'insérant dans son for ? S'il condamnerait toute pratique contraire à ce que connaît son système juridique ?

170. Face à ces questions, comprendre ce qui a poussé la défense d'une désignation neutre de la compétence dans le système savignien est aisé. Il en va de même de la solution consistant à faire primer la solution au fond et à reléguer au second plan la compétence juridictionnelle. M. Werner GOLDSCHMIDT l'exprime bien en affirmant que « *la finalité du droit international privé consiste dans l'obtention de la justice à l'intérieur de la communauté nationale, justice obtenue par le moyen spécial de l'application du droit étranger, qui met en évidence le respect de l'élément étranger* »³³⁵. En effet, même s'il est désormais acquis que le cœur des relations privées internationales n'est plus uniquement centré sur les questions de conflit de lois, de manière évidente, l'application de la loi étrangère par le juge saisi participe à la réalisation de la très souhaitable harmonie internationale des solutions. Au contraire, la faveur systématique faite à la loi du for malmène la perspective d'une circulation satisfaisante des décisions judiciaires. Il faut donc bien reconnaître que la coïncidence

³³⁴ Innocent FETZE KANDEM, Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique.

Article disponible sur le site : http://www.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/17965_kamdem.pdf

³³⁵ W. GOLDSCHMIDT, Jacques Maury et les aspects philosophiques du droit international privé, in « Mélanges offerts à Jacques Maury, tome I, Droit international privé et droit international public », Dalloz, 1960, P. 162.

des compétences, en joignant systématiquement *jus* et *forum*, entraîne en quelque sorte la fermeture des systèmes juridiques étatiques. Ces derniers s'enfoncent alors dans leur propre conception de la Justice, en risquant de décrier la différence nécessaire de la communauté internationale.

171. De l'autarcie résultant du centrage des États sur l'application de leur droit au nom des droits de l'enfant, au risque de faire obstacle à la circulation internationale des décisions, la frontière est donc bien mince. Et pourtant, le droit international privé ne serait plus tributaire de la loi applicable au litige depuis que le contrôle de cette dernière ne figure plus parmi les conditions de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères³³⁶. En somme, c'est dire que le juge n'a plus besoin de contrôler la loi appliquée lorsqu'il est saisi d'une demande d'exécution relative à une décision étrangère. Faut-il pour autant espérer que la visée de l'harmonie internationale des solutions soit devenue une question insusceptible d'intéresser l'internationaliste qui se donne pour mission d'analyser la réglementation applicable à l'enfance mobile ? Le droit français ne présage pas du droit étranger. Partant de là, rien ne dit que tous les États – ou du moins le plus grand nombre d'entre eux – aient opté pour une solution similaire. Dès lors, que le droit national ne contrôle pas la loi appliquée ne signifie pas pour autant que la reconnaissance à l'étranger des décisions françaises passera aussi outre ce contrôle. Quant à l'exception d'ordre public, d'ailleurs souvent étroitement rapprochée de la fondamentalité, elle n'a jamais prétendu renoncer à son intervention...

172. L'atteinte à l'harmonie internationale des solutions est donc un risque, un inconvénient prévisible résultant du recours à une méthodologie se proposant de résoudre ensemble les questions de conflits de juridictions et les questions de conflits de lois. Mais à défaut d'harmonisation, peut-on à tout le moins quand même considérer que la coordination des ordres juridiques puisse rester sauve (b) ?

³³⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 20 février 2007, Cornelissen et société Avianca, Bull. n° 68, P. 60 ; Note B. ANCEL et H. MUIR-WATT, Rev. crit. 2007, P. 420 ; Note Fr.-X. TRAIN, Clunet 2007, P. 1195 ; Note L. D'AVOUT et S. BOLLEE, Dalloz 2007, P. 1115 ; Note M.-L. NIBOYET, Gaz. Pal. 29 avril - 3 mai 2007, n° 119-123, P. 2.

b) Atteinte à la coordination des systèmes juridiques

173. Rappelons-le, pour Henri BATIFFOL, la résolution des problématiques inhérentes aux relations privées internationales doit tendre à la coordination³³⁷. Son idée, inspirée de la théorie du renvoi³³⁸, semble prendre acte du fait qu'en droit international privé, les rapports de droit mettent en jeu des situations rattachées à plusieurs systèmes différents. L'auteur propose alors de trouver le moyen de « concilier » ces différents systèmes, afin de pallier les conséquences de la diversité. Les solutions peuvent ainsi coexister sans se heurter. Madame CARLIER en déduit naturellement que « *si l'harmonisation des solutions juridiques est un degré plus raisonnable d'exigence que l'uniformisation, la coordination est sans doute la façon la plus tempérée de faciliter les échanges entre les ordres juridiques* »³³⁹.

174. De manière générale, le recours à la coordination se veut relativement souple. Quand de façon classique, les États organisent la désignation des compétences juridictionnelle et législative, ainsi que les règles destinées à la reconnaissance et à l'exécution des décisions étrangères, la méthode peut encourager l'imbrication des solutions entre les différents ordres juridiques concernés. Cela vaut aisément en présence d'une convention internationale. Mais à défaut d'un tel dialogue, il faut bien reconnaître que la bonne volonté de la coordination n'est pas toujours à la hauteur de ses capacités. Ainsi, en l'absence d'instrument conventionnel, chaque État résout de manière autonome les questions internationales. La coordination relève alors de la volonté étatique individuelle. Partant de là, la méthode n'a rien de miraculeux. Les règles de conflit de juridictions et de conflit de lois dépendent de critères de rattachement propres à chaque État. La dimension nationale de l'effort peine ainsi forcément à répondre à la complexité des situations internationales. Il en résulte que les conflits de souverainetés ne sont pas totalement évités avec le degré moindre d'exigence de la coordination. D'ailleurs, si le droit international privé s'avère bel et bien « *porté à accueillir la différence à laquelle il est en permanence confronté* »³⁴⁰, il faut rester lucide et garder en tête que «

³³⁷ H. BATIFFOL, Aspects philosophiques du droit international privé, Op. cit., n°102. Cf. supra n° 52 et suivants.

³³⁸ H. BATIFFOL, Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux, RCADI 1967-I t. 120, P. 173.

³³⁹ P. CARLIER, Thèse précitée, n°668, P. 392.

³⁴⁰ Léna GANNAGE, L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs, TCFDIP, 2006/2008, Éd. PEDONE, 2009, P. 206.

la coordination n'est pas inconditionnelle et l'accueil de la différence n'est pas illimité »³⁴¹. En somme, « *la matière est à la recherche d'un équilibre permanent entre les exigences d'ouverture que commandent la vie internationale et le souci de ne pas sacrifier la cohésion de l'ordre du for* »³⁴². La résistance tient dès lors encore une fois aux mécanismes « de secours » que sont l'ordre public, et, dans une dimension un peu différente, les lois de police.

175. L'application de la loi étrangère, bien qu'étant un moyen certain d'amoindrir le risque de vexation des États étrangers, n'est donc pas un outil sans faille. Cela ne signifie pas pour autant qu'il soit absolument nécessaire d'écarter totalement les avantages du bilatéralisme, puisque la méthode tempère quand même la susceptibilité des États de manière plus certaine que le recours à une méthodologie coïncidente à tendance unilatérale. On en revient alors sensiblement au même problème que celui posé par la volonté d'harmonisation : bien que le recours à la coïncidence des compétences semble être le meilleur moyen de préserver l'intérêt *substantiel* de l'enfant déplacé à être effectivement et suffisamment protégé, il risque néanmoins de ne pas toujours concorder avec la préservation de son intérêt *conflictuel* à voir sa protection reconnue à l'étranger (permanence et continuité). Au souci d'effectivité de la protection est ainsi opposé le souci d'efficacité internationale de la décision. Pourtant, les limites de la méthode coïncidente ne paraissent pas suffisantes pour justifier sa mise à l'écart en notre matière. Sans doute d'ailleurs en raison de la relativisation dont elles peuvent faire l'objet, notamment au regard des avantages certains que présente le choix de la coïncidence des compétences pour résoudre les problématiques inhérentes au déplacement international d'enfant.

Néanmoins, il faut garder à l'esprit ce que ces développements nous révèlent : l'appréhension de l'enfant-homme serait fonction des sociétés, et partant, nécessairement contingente. Ainsi, à l'instar du « consensus occidental » au sujet des droits de l'enfant, d'autres communautés de valeurs justifient l'affrontement en entendant revendiquer leurs propres conceptions du droit. C'est dès lors la teneur de ces revendications qu'il nous appartient à présent d'envisager (B).

³⁴¹ Ibid.

³⁴² Ibid.

B. La réalité de ce qu'entendent revendiquer les peuples : une appréciation contingente de l'humain

176. Nous l'avons vu, dans l'être humain abstrait, la philosophie moderne occidentale entend clairement puiser la raison justifiant de s'écarter du souci permanent de prendre en considération la volonté divine. Mais cette vision du monde n'est pas en tous lieux approuvée car de nombreux peuples continuent à fonder leur réglementation sur des croyances religieuses. L'affirmation, générale, demeure vraie lorsqu'il s'agit des questions inhérentes à l'enfance. Or, si dans l'absolu, il n'apparaît pas véritablement problématique d'accorder aux peuples la liberté de protéger l'enfance selon leurs propres conceptions du droit, cela ne semble pleinement valoir qu'à compter du moment où les frontières demeurent infranchies. En effet, dès l'instant où le mineur se déplace, la confrontation de logiques divergentes risque de placer l'intérêt de ce dernier au cœur d'un conflit interétatique insoluble, impropre à lui garantir une protection satisfaisante...

177. De nos jours, la principale opposition à l'Occident émane de la pensée orientale. Cette dernière peut elle-même être divisée en deux courants contestataires : d'une part, celui émanant de l'Extrême-Orient³⁴³, représentatif de la revendication émanant de la communauté asiatique (1) et, d'autre part, celui issu du monde arabo-musulman, représentatif de l'idéologie tirée de la tradition islamique (2). Leur bref exposé à suivre s'assigne l'objectif d'illustrer l'incompatibilité entre les visions à l'origine de la revendication anti-universaliste et la pensée occidentale, et ce, afin de mieux justifier le risque d'affrontement susceptible d'en résulter lorsque le déplacement d'un enfant est en jeu.

³⁴³ Pour cette étude, l'Extrême-Orient est essentiellement illustré au moyen des exemples de la Chine et du Japon. Afin d'être plus précis, il aurait été possible de distinguer entre ces deux civilisations. La civilisation chinoise dont le confucianisme est l'une des composantes majeures, ne se réduit d'ailleurs pas au confucianisme et semble aller bien au-delà en tant qu'entité politique. Quant à la civilisation japonaise, elle forme une civilisation distincte de la civilisation chinoise, apparue entre 100 et 400 après Jésus-Christ. Dans tous les cas, l'expression recouvre plus largement l'ensemble des sociétés asiatiques qui, bien que non chinoises, partagent la culture issue de la tradition confucéenne. Il en est par exemple ainsi de la Corée du Nord et du Viêt-Nam. Source : Samuel P. HUNTINGTON, *Le choc des civilisations*, Éd. Odile Jacob, 1997, PP. 42-43.

1. La revendication des pays asiatiques

178. La doctrine des droits et libertés telle qu'envisagée par l'Occident judéo-chrétien, semble profondément éloignée des spécificités de l'appréhension asiatique du monde et du Droit, encore fortement imprégnée des traditions confucéenne³⁴⁴ et hindoue³⁴⁵. Ainsi, l'idée d'un État de droit, indispensable à l'avènement d'une philosophie en faveur des droits humains, ne paraît pas véritablement trouver sa place dans la configuration sociétale de l'Extrême-Orient. Certains considèrent d'ailleurs que la revendication des valeurs asiatiques, sous couvert d'une tendance opposée à la conception occidentale, « *peut se muer en un outil politique au service d'une élite qui détient le pouvoir politique et économique* »³⁴⁶. Ceci porte à croire que la promotion de la diversité culturelle puisse en réalité contribuer à appuyer une idéologie de nature à asseoir l'autorité du pouvoir en place. Une telle critique n'ôte cependant rien à la réalité des divergences profondes entre les philosophies occidentale et asiatique : en Europe, la démocratie résulte de l'évolution d'un courant de pensée absolument incompatible avec la primauté accordée en Extrême-Orient à l'ordre public et à la stabilité politique sur les droits individuels et la démocratie libérale³⁴⁷. De là, il paraît évident que l'étude des réglementations asiatiques nous offre peu de chance de parvenir à une conclusion tirée de la fundamentalité similaire à celle qui nous a précédemment permis de justifier nos propositions.

³⁴⁴ Confucius a vécu en Chine de l'an 551 à l'an 479 avant Jésus-Christ. Il est à l'origine d'une pensée philosophique dont le propre est d'être essentiellement basée sur le principe de dualité et de complémentarité, - mieux connu sous l'expression du « Yin et du Yang » - et dont le but est de créer ou de préserver l'harmonie terrestre et céleste d'un univers appréhendé comme formant un tout. La nature entière est régie par les notions de Yin et de Yang dont l'équilibre antithétique et complémentaire doit conduire à l'harmonie.

Jusqu'au début des années 1910, le confucianisme a été la doctrine officielle de l'Empire chinois. Le régime communiste a par la suite interdit la pensée confucéenne. À compter des années 1980, un infléchissement semble avoir eu lieu. Quoi qu'il en soit, à l'instar de l'Europe qui, bien que devenue laïque, garde l'emprunte de ses origines judéo-chrétiennes, l'Extrême-Orient reste pour une large part, fortement imprégné des valeurs fondamentales de la pensée chinoise.

³⁴⁵ « L'hindouisme a joué un rôle central dans la culture indienne depuis le deuxième millénaire avant Jésus-Christ (...). Il a continué à jouer ce rôle à l'époque moderne, même si l'Inde possède une importante communauté musulmane ainsi que plusieurs minorités culturelles moins nombreuses. Le terme hindou permet de distinguer la civilisation de son État phare, ce qui est souhaitable lorsque, comme c'est ici le cas, la culture liée à la civilisation s'étend au-delà des limites de cet État » : Samuel P. HUNTINGTON, *Le choc des civilisations*, Éd. Odile Jacob, 1997, P. 43.

³⁴⁶ Michel LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, Op. cit., P. 220.

³⁴⁷ Maria Linda TINIO, *Les droits de l'Homme en Asie du Sud-Est*, Paris, L'Harmattan, P.31.

179. Mais bien plus encore, l'écart profond des conceptions entre les systèmes européen et asiatique a toutes les chances de créer des incompatibilités quant à la teneur de la réglementation destinée à assurer la protection d'un enfant qui se déplace. En effet, alors que la société Occidentale moderne distingue clairement entre le Droit et la morale, la conception confucéenne attache une importance capitale aux devoirs moraux interindividuels, fondés sur une idée de hiérarchie contraire à la vision libre et égalitaire de la philosophie des Lumières. Ainsi, en Extrême-Orient, les membres de la famille sont réputés vouer un respect et une soumission inconditionnels au chef de famille. Dans cette optique, *« l'enfant est défini au travers d'une relation de devoirs à l'égard de ses géniteurs »*³⁴⁸. *« De fait (...) le défi des tenants des Droits de l'enfant au Japon est bien de chercher : « (...) à faire adopter une Convention qui considère les enfants comme des individus autonomes dotés de droits humains (...) dans une société où ceux-ci sont traditionnellement considérés comme des sujets ayant besoin de protection ». C'est-à-dire des êtres qui, par définition, sont considérés comme inférieurs aux adultes et dépendants de ceux-ci »*³⁴⁹. On en déduit aisément la difficile conciliation de cette vision avec la promotion occidentale de l'égalité entre l'enfant et l'adulte reconnue par la CIDE. La conception confucéenne ne permet pas véritablement à l'enfant d'exister en tant qu'individu³⁵⁰. D'ailleurs, l'idée même d'une reconnaissance de droits dont l'individu (et *a fortiori* l'enfant) puisse se prévaloir ne semble pas avoir sa place en Asie. Plus que le Droit, ce sont les rites qui encadrent l'organisation des actions humaines. Inscrits au sein d'une vision cosmologique, où monde terrestre et monde céleste sont des répliques réciproques, les rites manifestent le renouvellement des liens unissant le ciel et la terre. L'harmonie entre l'ordre humain

³⁴⁸ Christian GALAN, La question des droits de l'enfant au Japon : regards croisés. Document disponible sur le site : [http://www.reseau-asie.com/userfiles/file/I01_galan_droit_enfant_japon\(3\).pdf](http://www.reseau-asie.com/userfiles/file/I01_galan_droit_enfant_japon(3).pdf)

³⁴⁹ Ibid. Au sein de cette citation, Christian GALAN cite Roger GOODMAN (On Introducing the UN Convention on the Rights, of the Child into Japan, in « R. Goodman & I. Neary (eds), Case Studies on Human Rights in Japan », Richmond, U.K., Japan Library, 1996, P. 110).

³⁵⁰ Ibid. Elle ne permet d'ailleurs pas non plus à l'adulte de véritablement revendiquer une subjectivité individuelle sur fond de liberté et d'égalité : « les chinois se considèrent comme appartenant à leur famille et comme étant en même temps les enfants de l'État. Dans la famille elle-même, ils n'ont pas de personnalité propre, car la cohésion du groupe dans lequel ils existent en tant que membres de cette famille résulte de la consanguinité et de l'obligation naturelle. Ils n'ont guère d'indépendance personnelle dans l'État. La relation patriarcale y est prédominante et le Gouvernement est fondé sur la gestion paternelle de l'empereur qui maintient l'ordre dans tous les secteurs de l'État. Cette base familiale est la base de la constitution. En effet, si l'empereur a les droits d'un monarque et occupe le sommet de l'édifice politique, il exerce ces droits paternellement. Il est le patriarche, et tout ce qui dans l'État a droit à quelque respect est attaché à sa personne ». « En somme, le Droit et la constitution des pays orientaux sont traditionnellement liés aux règles morales auxquelles les membres de la famille sont tenus d'obéir de façon passive et absolue » : Masami ITO, Le problème des droits de l'homme dans les autres traditions asiatiques, Table ronde sur les droits de l'homme, Oxford, novembre 1965.

et l'ordre cosmique passe quant à elle, par l'autodiscipline. On perçoit dès lors aisément que dans cette configuration, l'individu soit astreint à des devoirs, et que l'intérêt collectif prime son intérêt personnel. L'acception confucéenne de l'enfant n'a donc que peu de chances de s'avérer conciliable avec la conception occidentale tirée des dispositions de la CIDE, et dont le propre est de reconnaître au mineur, des droits opposables à la collectivité. Forcément, la prétention à l'universalité de ces droits s'en trouve nécessairement affectée. Et c'est là le point de départ du risque d'affrontement. Face à cet état de fait pourtant, dans un monde de plus en plus marqué par la mobilité des individus, il y a fort à parier que les mineurs soient toujours davantage amenés à passer les frontières. Et il est à craindre par exemple, que la circonstance d'un déplacement prive l'enfant issu d'un père français et d'une mère japonaise, du droit à entretenir des relations personnelles avec ses deux parents séparés dans les mêmes termes qu'en France.

En effet, si le mineur est déplacé vers le Japon par sa mère, il faudra tenir compte de la législation locale qui prévoit que la garde soit accordée à un seul des parents, le plus souvent la mère. Et quand on sait que *« le droit de visite ne fait pas partie des mœurs du pays »*³⁵¹, *« lorsqu'un père l'obtient à l'arraché, toujours de haute lutte devant les tribunaux de l'Archipel, ce droit demeure encadré très sévèrement et reste soumis au bon vouloir de la mère. La police refuse en effet d'exécuter ce type de décisions, au motif qu'elles relèvent de la vie privée »*³⁵². C'est d'ailleurs pour *« défendre la paix et la tranquillité de la cellule familiale »*³⁵³ que la loi japonaise *« ne punit pas l'enlèvement d'enfants ; elle l'entérine même de fait »*³⁵⁴ : *« contrairement à la France, les tribunaux japonais ne reconnaissent pas les jugements de divorce prononcés à l'étranger et n'hésitent donc pas à réattribuer la garde au parent nippon. Ils ne condamnent pas non plus les enlèvement d'enfants, qui restent toujours impunis »*³⁵⁵.

Choquante pour l'internationaliste occidentale, les orientations japonaises s'expliquent pourtant aisément si l'on prend soin de s'en référer, même brièvement à l'histoire. En effet, *« au*

³⁵¹ Régis ARNAUD, Japon : le drame des enfants confisqués.

Article disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.lefigaro.fr/international/2010/11/24/01003-20101124ARTFIG00723-japon-le-drame-des-enfants-confisques.php>

³⁵² Ibid.

³⁵³ Christian KESSLER et Julien BIELKA, Le drame des pères français au Japon.

Article disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://blog.mondediplo.net/2011-01-12-Le-drame-des-peres-francais-au-Japon>

³⁵⁴ Ibid.

³⁵⁵ Ibid.

Japon, la famille se réfère traditionnellement au modèle ie, « la maisonnée », c'est-à-dire la « maison », le bâtiment. Certes, de ce modèle découle l'instauration du droit patriarcal. Mais, s'occupant de la maison et en élevant l'héritier, la femme avait une position forte, contre toute vision androcentriste de l'histoire nipponne. Ce modèle se diffusera à l'époque Meiji, avec l'établissement des droits du chef de famille (kachô) et une vision familialiste de l'État. Lors de la restauration de Meiji (1868), pour légitimer le retour de l'empereur sur le devant de la scène politique, le droit recourut aux vieux récits mythologiques du VIII^{ème} siècle qui faisaient du souverain le descendant en droite ligne des divinités génitrices de l'Archipel. L'empereur Meiji, chef de la maison-souche du Japon, devait exercer son autorité naturelle sur l'ensemble des maisons-branches censées regrouper toute la population japonaise, devenant ainsi kachô de tout le pays. L'ordre politique était ainsi considéré comme la prolongation réelle de celui de la famille, creuset des qualités morales du citoyen. L'argumentaire quasi-naturaliste pour justifier le statut de la femme en tant que mère nourricière, éducatrice et garante de stabilité, correspond aux paradigmes militaires et patriarcaux du nouveau régime impérial. La famille est le lieu de l'amour auto-sacrifié, sans limites, tel qu'il est structuré dans et par la maison traditionnelle. Après la guerre, la période d'accroissement rapide de la population et d'urbanisation massive a été marquée par la « nucléarisation » de la famille (kaku-kazoku ka), phénomène qui achevait de mettre fin à la domination de l'ie ou « famille souche ». On retrouve cependant ce modèle vertical et féodal dans de nombreux aspects de la société (dont la vie dans l'entreprise). Il est possible d'expliquer le phénomène du père divorcé sans aucun droit par une subsistance de ce modèle. Celui-ci s'est exclu de la maisonnée, et devient par conséquent, selon cette logique implicite, un étranger absolu »³⁵⁶. Et bien que la Convention de La Haye de 1980 soit entrée en vigueur au Japon le 1^{er} avril 2014³⁵⁷, il n'est pas certain que la démarche suffise à résoudre tous les problèmes car elle ne changera pas d'emblée les mentalités et les pratiques ...

³⁵⁶ Ibid.

³⁵⁷ http://www.hcch.net/index_fr.php?act=events.details&year=2014&varevent=344

180. Une réflexion sensiblement similaire pourrait guider la confrontation des valeurs occidentales au système des Castes³⁵⁸ tel qu'appréhendé par l'Inde hindouiste. En effet, en prônant une conception de la société inégalitaire et hiérarchisée, ce système implique que chacun se comporte conformément à la place qu'il occupe dans la hiérarchie sociale indienne, en fonction de sa naissance. Cette vision du monde est possible en Inde car, contrairement à la croyance issue d'un fondement judéo-chrétien et en vertu de laquelle il existe une vérité unique pour tous les hommes, les Hindous croient qu'il existe « *des vérités pour chaque âge, chaque occupation, chaque classe d'homme* »³⁵⁹. Mais là encore, le doute n'est pas permis sur la capacité d'un tel système à entrer en opposition avec la non-discrimination puissamment défendue par les droits de l'homme et de l'enfant...

181. De la pensée confucéenne et/ou hindouiste résulte une évidence : face aux critiques sur la violation des droits de l'enfant - et en dépit des évolutions actées - « *la réponse asiatique prend la forme d'un réquisitoire contre l'Occident. Le concept des droits de l'Homme est considéré comme une invention occidentale et une abstraction à base culturelle imposée par un hégémon occidental vis-à-vis d'un monde peu enthousiaste* »³⁶⁰. À la prétendue supériorité des revendications occidentales en faveur des droits de l'homme, l'Asie entend ainsi opposer sa propre universalité. Pourquoi une conception du monde inspirée de la tradition judéo-chrétienne serait-elle supérieure aux valeurs issues d'une vision du monde et du Droit au fondement essentiellement confucéen ? En vérité, le choc des universalités laisse place à la revendication d'un relativisme culturel au sens où la culture peut être comprise comme la tendance d'un peuple, résultant d'un cheminement à la fois historique, spirituel et cette fois-ci au sens strict, culturel.

C'est d'ailleurs très certainement ce qui justifie que la *Déclaration de Bangkok*³⁶¹ n'ait accepté de réaffirmer le principe en vertu duquel tous les droits de l'Homme sont universels, qu'en

³⁵⁸ Pour plus de détails sur le système des Castes en Inde, cf. notamment l'ouvrage de Robert DELIEGE: Les Castes en Inde aujourd'hui, PUF, Paris, 2004.

³⁵⁹ Référence prise à l'adresse suivante : <http://icp.ge.ch/po/cliotexte/xxe-siecle-colonisation-decolonisation-tiers-monde-civilisations-extra-europeennes/inde.hindouisme.html>

³⁶⁰ Maria Linda TINIO, Op. cit., P. 27.

³⁶¹ Id., P. 25 : « La Déclaration de Bangkok est l'aboutissement des efforts de gouvernements asiatiques pour encadrer une perspective homogène. Du 29 mars au 2 avril 1993, la Conférence régionale sur les droits de l'homme, réunion de

prenant soin de souligner l'importance de la prise en compte des particularités nationales et régionales ainsi que les contextes historique, culturel et religieux³⁶². Clairement c'est dire que « *les gouvernements d'Asie sont prêts à reconnaître l'universalité si et seulement si, elle tient compte de la diversité* »³⁶³. En est-il de même pour le monde arabo-musulman qui, pour S. P. HUNTINGTON, à l'instar de l'Asie, lance un « *défi* » à l'Occident (2)³⁶⁴ ?

2. La revendication du monde arabo-musulman

182. La pensée confucéenne n'est pas la seule à s'opposer à l'imprégnation judéo-chrétienne des droits de l'homme/enfant. En effet, de manière analogue, la philosophie musulmane apparaît difficilement conciliable avec les valeurs humanistes et désormais laïques de ces droits : alors que l'Occident a pris le chemin de la laïcité et de la modernité, le monde islamique est resté fidèle à la tradition³⁶⁵. Pour l'Orient arabo-musulman, la révélation de Dieu a été donnée sans devoir par la suite être complétée. Au mieux, elle peut être approfondie, voire, transmise au reste du monde (non-musulman).

183. Puisqu'en Islam, les droits de l'homme ont pour origine la volonté d'Allah, ils ne peuvent émaner de la volonté d'un homme doué de raison. Ce particularisme musulman induit un nécessaire rejet des tendances issues d'un Occident qui fait remonter les racines de sa pensée laïque aux valeurs tirées du judaïsme et du christianisme. « *L'Iran estime ainsi que la déclaration (des droits de l'homme) doit être modifiée, le document laïc et occidental doit faire place à un instrument qui soit mieux accepté universellement* »³⁶⁶. En effet, « *on souligne souvent la contradiction - voire*

préparation pour les États asiatiques, s'est tenue à Bangkok, deux mois avant la Conférence mondiale sur les droits de l'homme à Vienne ».

³⁶² Ibid.

³⁶³ Id., P.24.

³⁶⁴ Samuel P. HUNTINGTON, Op. cit., P. 109.

³⁶⁵ Peggy HERMANN, L'existence d'une conception des droits de l'homme propre aux États musulmans, Mémoire, Montpellier, 1999 : « En Islam, les droits de l'Homme sont conférés par Dieu, et par conséquent, aucune autorité sur terre, n'a le droit d'y adapter de modification. Personne n'a le droit de les abroger. Le raisonnement fondateur des droits de l'Homme selon l'Islam ne peut donc procéder que par référence à des indications du Coran ».

³⁶⁶ Gilles LEBRETON, Libertés publiques et droits de l'homme, Op. cit., P. 129.

Référence faite l'intervention en 1982 du représentant de l'Iran à la 3^{ème} Commission de l'O.N.U : « La Déclaration et les Pactes sont en grande partie le produit du libéralisme occidental ; au moment de leur adoption, les régimes

*l'incompatibilité - qui existe entre l'universalité des droits de l'Homme, d'origine essentiellement laïque et occidentale et la revendication d'un particularisme propre aux États musulmans en la matière, d'origine purement religieuse »*³⁶⁷.

184. Ainsi, les fondements de l'universalité occidentale semblent bousculés par la nécessité exprimée par les États arabo-musulmans, d'élaborer des documents de protection des droits de l'Homme qui leur soient propres. En effet, eux aussi entendent asseoir universellement leur modèle, et pour ce faire, ils ont entrepris d'élaborer leur propre corpus de règles. Cela dit, il est de prime abord permis de douter que l'opération ait été à ce point « personnalisante ». En effet, lorsqu'en septembre 1981, la *Déclaration islamique universelle des droits de l'homme* a été adoptée par le Conseil islamique en Europe, elle reconnaissait des droits pour l'essentiel identiques à ceux reconnus dans la DUDHC de 1948, ainsi que dans les Pactes internationaux de 1966. De la même manière, treize ans plus tard, la *Charte arabe des droits de l'homme* ne s'est sur le fond, pas significativement démarquée de la conception européenne des droits de l'homme. À l'instar des autres initiatives l'ayant précédé, cet instrument n'est cependant jamais entré en vigueur³⁶⁸. Actualisée dix ans plus tard à Tunis, à l'occasion du 16^{ème} Sommet de la Ligue des États arabes, et cette fois-ci entrée en vigueur le 15 mars 2008, la Charte a fait preuve d'un certain progrès, notamment en matière de protection de l'enfance³⁶⁹. Pourtant, elle a été largement critiquée en

colonialistes et impérialistes occidentaux représentaient la majorité de la communauté internationale. Mais aujourd'hui cette majorité est formée par les États nouvellement indépendants d'Asie et d'Afrique qui possèdent un riche héritage philosophique, idéologique et culturel. Par conséquent, la déclaration doit être modifiée, le document laïc et occidental devant faire place un instrument qui soit mieux accepté universellement et donc plus facilement applicable universellement. Pour cela, le monde occidental doit se départir de son chauvinisme culturel traditionnel et envisager de nouvelles approches en matière de droits de l'Homme ». (AG, 3^{ème} Commission, 26 nov. 1982, A/C.3/37/SR. 56, P.17).

³⁶⁷ Peggy HERMANN, Mémoire précité.

³⁶⁸ Cf. notamment : le Projet de Déclaration des droits de l'Homme et des obligations fondamentaux de l'homme en islam, publié par la Ligue du Monde musulmans en 1979 ; la Déclaration islamique universelle, publiée par le Conseil islamique de Londres le 12 avril 1980 ; la Déclaration islamique universelle des droits de l'Homme (précitée), publiée par le Conseil islamique à Londres le 19 septembre 1981 ; le Projet de document sur les droits de l'Homme en Islam, proposé au Sommet de l'organisation de la Conférence Islamique à Taïf en janvier 1981 ; le Projet du Pacte arabe des droits de l'Homme, préparé par la Ligue des États arabes en 1982 ; le Projet du Pacte des droits de l'Homme et du peuple dans le monde arabe, de Syracuse en 1986 ; la Grande Charte verte des droits de l'Homme de l'ère jamaïrienne, adoptée par la Libye le 12 juin 1988 ; le Projet de Déclaration islamique des droits de l'Homme de Téhéran en décembre 1989 ; ainsi que la Déclaration du Caire des droits de l'Homme en Islam, publiée par l'Organisation de la Conférence Islamique au Caire le 5 août 1990.

³⁶⁹ Cf. sur ce point les développements de Louis BALMOND : Chronique des faits internationaux, RGDIP 2008, P.2.

raison de l'incompatibilité de certaines de ses dispositions avec les instrumentaux occidentaux de protection des droits de l'homme³⁷⁰. C'est que, bien qu'ils paraissent sensiblement identiques aux droits de l'homme/enfant européens, la référence faite au divin dans les textes islamiques va en droite opposition avec l'appréhension aujourd'hui laïque des droits de l'homme en Occident³⁷¹ : *« tout en se ralliant à l'universalisme onusien, ces documents doivent être lus à la lumière des préceptes du Coran. C'est dire que même si la formulation des droits peut paraître très classique et rejoindre celle des textes universels, en réalité ils doivent être interprétés dans un sens qui risque fort de contredire celui qui est admis sur le plan universel. En effet, les États musulmans refusent la préséance des normes universelles sur les normes divines ; ce qui serait blasphématoire à l'égard de leur auteur divin, Allah »*³⁷². En somme les droits reconnus en terre d'Islam doivent nécessairement être interprétés au regard de la Charia car c'est elle qui constitue le cadre de leur intervention.

185. Voilà donc ce qu'entend réellement revendiquer le monde arabo-musulman : une « démarcation » des textes internationaux occidentaux de protection des droits de l'homme, qui, bien que considérés comme laïcs, n'en cachent pas moins une inspiration judéo-chrétienne. Partant, ce n'est pas l'universalité en elle-même qui est décriée, mais l'inspiration sur laquelle l'Occident s'appuie afin de justifier son interprétation.

De là, l'analyse menée à propos de la tradition confucéenne apparaît transposable à nos développements relatifs à la conception arabo-musulmane. Il en résulte donc pour l'enfant déplacé entre les frontières séparant l'Orient de l'Occident, des conséquences sensiblement similaires à celles précédemment évoquées.

Pourtant, la position de l'Orient arabo-musulman n'a rien d'illégitime : lui aussi, désire revendiquer l'histoire qui a bâti sa conception du monde et du Droit. Il entend donc décrier toute

Notons en outre qu'il promeut certains droits traditionnellement défendus par les instruments occidentaux telle la liberté individuelle.

³⁷⁰ Cf. notamment le Communiqué du Haut Commissariat aux droits de l'homme, diffusé le 30 janvier 2008.

³⁷¹ Peggy HERMANN, Mémoire précité : « on peut constater à la lecture de ces documents, qu'il n'y a pas de droits propres aux États musulmans qui n'auraient pas d'équivalent dans les divers documents internationaux des droits de l'Homme. Les contradictions viennent (simplement) du fait que ces documents ne cherchent pas obligatoirement une lecture islamique des droits de l'Homme »

³⁷² Ibid.

revendication entrant en contradiction directe avec les valeurs tirées de l'Islam. Le message passé est clair. L'universalité est une valeur revêtant le potentiel d'être promotionnée par tous. Mais pour devenir concrètement un objectif unanimement défendu, elle doit pouvoir composer avec la diversité. C'est en ce sens que l'universalité doit pouvoir être inscrite au sein d'un cadre contingent (II).

II/ L'inscription de l'universalité au sein d'un cadre contingent

186. Accepter de remettre en cause l'acception universaliste absolutiste des droits de l'enfant en inscrivant l'universalité au sein d'un cadre contingent présuppose une opération qui peut de prime abord sembler paradoxale : accepter l'idée que contingence et universalité soient liées (A). Car au fond, quelle est donc cette nature humaine sur laquelle les Lumières se sont fondés pour permettre l'émergence d'une personnalité juridique à même de revendiquer le bénéfice de droits ? En réalité, il apparaît qu'elle dépende « *de la découverte que fait l'homme de sa propre humanité, par un cheminement historique* »³⁷³. Entendre appréhender de manière contingente une protection intervenant en réponse à un objectif pouvant être jugé fondamental, semble en outre permettre d'apprécier raisonnablement les contours de l'exception d'ordre public, ce qui ne peut être qu'opportun (B).

A. La possible conciliation entre universalité et diversité culturelle

187. En réalité, si l'universalité est conciliable avec la diversité culturelle, c'est qu'elle ne peut que s'y heurter puisque la contingence est inévitable (1). Si donc l'universalité veut exister, elle doit composer. Selon la formule de M. MEYER-BISCH d'ailleurs, « *l'universel n'est pas culturellement*

³⁷³ N. ROULAND, La doctrine juridique chinoise et les droits de l'homme, RUDH 1998, P.18 ; Cf. également P.-H. IMBERT, L'apparente simplicité des droits de l'homme. Réflexion sur les différents aspects de l'universalité des droits de l'homme, RUDH 1989, P. 24.

neutre »³⁷⁴. Cette étude se propose d'en déduire qu'il n'est pas nécessairement lié à l'idée d'uniformité (2).

1. Le caractère inévitable de la contingence

188. L'Occident - à savoir, en matière de droits de l'homme, l'Amérique du Nord et l'Europe - revendique sans complexe l'influence de la DUDHC. Ainsi, la *Convention Américaine relative aux droits de l'homme* signée à San José de Costa-Rica le 22 novembre 1969, et entrée en vigueur le 18 juillet 1978, entend se référer au texte de la *Déclaration universelle*³⁷⁵. Quant au Préambule de la CESDH, il s'inscrit dans une perspective identique. En outre, dans leur désir de rendre effectives les valeurs qu'ils défendent communément, les États membres du Conseil de l'Europe s'engagent à « *prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle* ». D'ailleurs, en s'imbriquant sans heurts, les différents textes fondamentaux européens s'accordent et garantissent raisonnablement l'harmonie³⁷⁶.

Mais cet accord « régional »³⁷⁷ s'appuie, rappelons-le, sur un être humain abstrait dont la raison permet de fonder les droits les plus essentiels. En conséquence, il se limite à l'Occident. La *Déclaration et le programme d'action de Vienne* du 25 juin 1993 adoptés à l'issue de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme avaient pourtant permis de croire en l'universalité des droits

³⁷⁴ P. MEYER-BISCH, L'universalité des droits de l'homme, développée par les droits culturels. Document disponible sur le site suivant : <http://www.unifr.ch/iiedh/assets/files/DS/DS16-universalite.pdf>

³⁷⁵ Cf. en ce sens les alinéas 2 et 3 du Préambule de la Convention : « Reconnaissant que les droits fondamentaux de l'homme ne découlent pas de son appartenance à un État donné, mais reposent sur les attributs de la personne humaine, ce qui leur justifie une protection internationale, d'ordre conventionnel, secondant ou complétant celle que procure le droit interne des États américains ; Considérant que ces principes ont été consacrés dans la (...) Déclaration universelle des Droits de l'Homme ».

³⁷⁶ P. TAVERNIER, L'ONU et l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme, RTDH 1997 P. 383.

D'ailleurs, il semble que le consensus ne vaille pas simplement entre la CESDH et la DUDHC. En effet, comme l'expose justement Angélique THURILLET-BERSOLLE, au sein même de l'Europe, « les deux ordres juridiques (Union européenne et Conseil de l'Europe) coexistent harmonieusement dans le sens où non seulement ils s'enrichissent mutuellement, mais se suppléent également l'un l'autre. Ils se combinent et s'imbriquent plus qu'ils ne se superposent. (...) Les deux organisations échangent, communiquent, travaillent en synergie afin d'optimiser la réalisation des objectifs partagés. Leurs relations ne peuvent donc être qualifiées de conflictuelles. Bien au contraire, les deux institutions s'évertuent à multiplier les modalités de coopération et s'emploient toujours à approfondir leur complémentarité afin de construire un véritable espace normatif paneuropéen ». Angélique THURILLET-BERSOLLE, *Droits européens et droit de la famille : contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement*, Thèse, 2011, Dijon, P. 96.

³⁷⁷ Ici, l'adjectif régional vise l'Occident et non simplement l'Europe.

attachés à l'individu. Il faut cependant se rappeler que même l'adhésion massive des États à la CIDE n'a permis qu'un accord sur le principe du respect de l'intérêt de l'enfant et de ses droits. Finalement, l'interprétation de l'objectif visé demeure donc fonction des particularismes nationaux.

189. Afin d'accéder à l'universel, les valeurs que les droits fondamentaux de l'enfance défendent ne peuvent pas être arbitrairement imposées. Bien au contraire, elles doivent être reconnues³⁷⁸. La formulation universelle de ces droits ne peut donc que reposer sur un élément qui soit universellement partageable comme c'est *a priori* le cas pour la raison³⁷⁹. À l'inverse, la religion, à cause de son appréhension quelque peu subjective, peut sembler un peu plus difficilement apte à remplir une telle fonction « universalisante ». Pourtant, nous l'avons vu, il apparaît aujourd'hui clair que le monde arabo-musulman, même sur fond religieux, entend imposer sa propre version de l'universalité. En réalité, tous les arguments se valent car aucun n'est infallible. D'ailleurs, même la raison est contingente puisqu'à partir du moment où elle s'insère dans un cadre culturel, elle reflète une vision qui, bien que paraissant évidente à l'internationaliste issu d'un mouvement de pensée similaire, n'en demeure pas moins contestable une fois les autres cultures analysées. Pour véritablement prétendre accéder à l'universel, un texte ne saurait donc simplement se cacher derrière la raison des Modernes, ni derrière la religion, ni même derrière quelque autre transcendance. Il lui faut encore tenir compte de l'autre, de celui qui pense différemment. C'est là la seule manière d'en faire un allié qui entende poursuivre le même but.

190. Pour Henri PALLARD, « *il est facile de dire que les essences n'existent pas, qu'il n'y a pas de certitude absolue, et qu'il est donc impossible de retrouver un fondement qui assurerait l'universalité des droits fondamentaux. Cependant, en théorisant, il est très difficile de ne pas s'appuyer sur un présupposé inavoué comme fondement absolu de la connaissance. Or le désarroi devant l'absence de la certitude absolue est troublant seulement du point de vue absolutiste. Il n'y a rien de plus solide que la contingence de notre connaissance. Cela est simplement notre mode de*

³⁷⁸ François BECKER, Universalité des droits de l'homme, diversité des religions et des cultures. Document disponible sur le site suivant : <http://www.fede.org/files/Europe/UDH/13-BECKER.pdf>

³⁷⁹ Ibid.

*saisir la réalité, mais cela ne nous empêche pas de prendre des décisions morales, de décider que l'on ne doit pas faire tort à autrui »*³⁸⁰. Est-ce à dire qu'il soit permis de considérer que le constat des divergences culturelles ne fait pas automatiquement obstacle à la lutte en vue d'atteindre un objectif de protection de l'enfant déplacé ? Très certainement. Du moins à partir du moment où il suffit simplement de distinguer entre universel et uniforme (2).

2. La distinction entre universel et uniforme

191. Comme différentes routes peuvent conduire vers la même destination, l'universalité peut trouver sa réalisation au sein de la diversité culturelle. En ce sens, l'universel n'est pas nécessairement uniforme (a). L'exemple de la traduction africaine des droits de l'enfant démontre en effet qu'un objectif à tendance universelle peut être concrétisé culturellement (b). Pour l'enfant déplacé, pareil constat pourrait être de bon augure : la mise en œuvre culturelle de ses droits n'empêcherait pas inévitablement la réalisation de l'objectif de protection. Ainsi, dans la mesure où les États accepteraient cette possibilité, le risque d'affrontement s'en trouverait potentiellement amoindri.

a) La distinction entre universel et uniforme en elle-même

192. Comme le souligne François BECKER, « *concilier universalité et diversité culturelle et religieuse nécessite un travail de dissociation entre le concept, disons une valeur, et la manière dont il est traduit dans les différentes cultures. Il est en effet essentiel de distinguer le concept de sa formulation qui dépend forcément de la culture dans laquelle il est formulé* »³⁸¹. En effet, « *universel ne veut pas dire uniforme. Ainsi, il peut être envisagé d'exprimer une même valeur dans des cultures différentes, de façon à créer une « universalité polyphonique », comme les diverses sonorités des instruments d'un orchestre s'accordent sur la même mélodie* »³⁸². Mais comment parvenir à une telle harmonie ?

³⁸⁰ Henri PALLARD, Op. cit., P.131.

³⁸¹ François BECKER, Op cit.

³⁸² Ibid.

193. Pour le professeur Frédéric SUDRE, la « *reconnaissance à tout être humain, en tout lieu et à toute époque, d'un minimum consistant de droits fondamentaux jette la base d'un nouveau droit commun international : en ce sens, le droit international des droits de l'homme prétend exprimer des valeurs - la dignité de l'homme, l'égalité des hommes - qui constituent un fond commun à toutes les civilisations et à toutes les religions* »³⁸³. Faut-il en déduire que certains droits procèderaient d'une morale commune à l'ensemble des peuples et, que sur ce fondement, leur universalité pourrait être justifiée ? Faut-il corrélativement en déduire que d'autres droits, au contraire, s'adresseraient à des catégories de personnes déterminées et, que dès lors, leur intervention en réponse à un particularisme, justifierait une part de relativisme dans leur appréhension ? Tel pourrait alors être le cas des droits de l'enfant.

194. Cette distinction entre les droits en fonction qu'ils s'adressent à l'humanité toute entière ou à une catégorie de personnes déterminée est défendable. Nous pensons cependant que rien n'empêche que quelques dérogations commandées par le particularisme de la situation en cause y soient portées. Ainsi par exemple, il nous apparaît qu'un accord de base entre les États visant à garantir la protection de l'enfance déplacée puisse valablement justifier sa pertinence. De là, cette étude propose de considérer que les droits de l'enfant, bien que s'adressant à une catégorie de personnes déterminée, puissent faire l'objet d'un accord global autour d'un objectif commun universalisable. Reprenant El Obaid, Myriam HUMBERT fait d'ailleurs valoir qu'« *il existe un certain nombre de droits humains « de base » sur lesquels chacun semble d'accord : « Pour changer, nous devrions regarder les domaines dans lesquels il n'y a pas de différences. Nous devons dresser une liste des droits et libertés qui ne sont pas contentieux et ne présentent pas de difficultés. Ce serait surprenant pour beaucoup d'entre nous de découvrir que les droits sur lesquels nous nous accordons représentent 80 à 90% de l'ensemble des droits de la personne. Nous devons nous demander ce que nous faisons pour renforcer ces droits et libertés qui ne sont pas controversés. Cette approche est beaucoup plus positive et constructive. Le véritable progrès consisterait à renforcer ces droits et*

³⁸³ Frédéric SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF, Coll. Droit fondamental, 2008, 9^{ème} édition revue et augmentée.

c'est ce vers quoi nous devons travailler »³⁸⁴ (...) »³⁸⁵. En effet, « de nombreux textes de droits humains sont généralement acceptés par une grande partie des populations, voire des États. Outre la Déclaration universelle des droits de l'homme ou la Convention relative aux droits de l'enfant, plusieurs documents régionaux reprennent une majorité des droits humains et confirment ainsi que ceux-ci sont partagés à un niveau planétaire. Ces États ont une relative marge de manœuvre dans l'application de la Convention des droits de l'enfant. En première instance, c'est à eux d'assurer prestations, promotion et protection de ces droits. Il leur appartient de composer avec les traditions locales en se souvenant toujours de l'importance de l'enfant, de son bien-être et de son intérêt »³⁸⁶.

195. De là, il semble que l'accord puisse sans doute être trouvé sur le principe d'une protection satisfaisante dont la mise en œuvre pratique serait fonction de l'État le plus étroitement concerné par le rapport de droit en cause. Pour exemple : tous les États semblent s'accorder sur le fait qu'un enfant dont les parents sont décédés doit faire l'objet d'une protection de substitution à la protection familiale. Peu importe cependant que la protection mise en œuvre prenne la forme d'une adoption, d'une *kafala* ou d'une prise en charge par la famille élargie. L'essentiel doit être que l'enfant - dans notre hypothèse orphelin - soit protégé de manière satisfaisante. Pour considérer que ce soit le cas, l'analyse mérite d'être détachée d'une vision purement occidentale, orientale, africaine, etc. Si donc la réalisation concrète de la protection peut dépendre de l'État sollicité par telle affaire mettant en cause un enfant et, en ce sens, revêtir une dimension culturelle, la vérification du caractère satisfaisant de la protection, lui, ne devrait dépendre que d'une référence faite à des critères globalement partagés. Ainsi, la protection d'un enfant déplacé doit pouvoir être jugée satisfaisante à partir du moment où elle apparaît effective, suffisante, et efficace. C'est dire qu'elle doit permettre la réalisation de l'intérêt à la fois *substantiel* et *conflictuel* de l'enfant et ce, en dépit de son déplacement transfrontière.

L'exemple africain pourrait-il nous permettre d'illustrer ces développements (b) ?

³⁸⁴ NDUWIMANA, Fr., REHMAN, I. A (s.d.). Universalité et relativisme culturel, cité par Myriam HUMBERT, Mémoire précité, P. 49.

³⁸⁵ Myriam HUMBERT, Ibid.

³⁸⁶ Myriam HUMBERT, Id., P. 53.

b) L'illustration au moyen de l'exemple africain

" You don't think they should learn to read ? "

" I think you might have asked them. "

" Did you ask to learn when you were a child ? How can stories possibly harm them ? "

" They have their own stories ; they're just not written down. "

" Why would you rather keep them ignorant ? "

" They're not ignorant. I just don't think they should be turned into little Englishmen ".³⁸⁷

196. Par opposition à la vision occidentale de l'individu et corrélativement, de l'enfant, en Afrique, c'est le groupe/la tribu, et non pas l'être humain en tant qu'entité individuelle, qui prime. Par voie de conséquence, la *Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant* (Ci-après CADBE)³⁸⁸, voit moins en l'enfant un être humain universel et abstrait, qu'un individu concret possédant une place (définie) au sein d'un tissu social³⁸⁹. Aussi, alors que la CIDE considère qu'il est du devoir des parents d'enseigner à leurs enfants « *le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le respect de ses parents, de son identité, de sa langue, et de ses valeurs culturelles ainsi que le respect des valeurs nationales du pays dans lequel il vit, du pays duquel il peut être originaire et des civilisations différentes de la sienne* »³⁹⁰, l'instrument africain semble confier à l'enfant la responsabilité de s'approprier les enseignements de sa tribu. Le résultat est sensiblement le même : l'enfant est placé sous la protection d'une famille au sein de laquelle il puisera les bases de la vie en société. Mais c'est la perception de l'enfance – et plus largement, de l'individu - qui diffère selon que l'on se place du point de vue occidental, ou du point de vue africain. L'enfant de la CADBE, à l'instar de celui de la CIDE, est fondé à revendiquer un certain

³⁸⁷ S. POLLACK, *Out of Africa*, film, 1985.

³⁸⁸ Adoptée par la 26^{ème} Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'Organisation de l'unité africaine (OUA, devenue Union africaine (UA)) à Addis-Abeba (Éthiopie) le 11 juillet 1990, la Charte est entrée en vigueur le 29 novembre 1999. Texte disponible sur le site : <http://www.africa-union.org>

³⁸⁹ Ch. EBERHARD, *Droits de l'homme et dialogue interculturel*, Éd. Les Écrivains, Paris, 2002, P.75 ;

³⁹⁰ Article 29 de la CIDE.

nombre de droits. Toutefois, en réponse aux valeurs traditionnelles africaines, le premier est également astreint à certains devoirs vis-à-vis de la communauté³⁹¹. En ce sens, la vision de l'instrument africain est holiste.

197. Son adaptation sociétale n'empêche pas la *Charte africaine* de se vouloir réellement protectrice, voire, en certains points, plus protectrice que la CIDE. Ainsi par exemple, alors que l'article 3 de l'instrument onusien fait de l'intérêt supérieur de l'enfant *une* considération primordiale³⁹², l'article 4 de la CADBE va jusqu'à en faire *la* considération primordiale. Cette illustration permet de prendre conscience que, même formulé différemment, le souci de préserver l'intérêt de l'enfant se retrouve en chaque culture et passe nécessairement par le biais de la protection. Et si la formulation d'une telle protection diffère selon les peuples, la conscience de la vulnérabilité de l'enfance, elle, semble bel et bien universelle. Peu importe donc que l'enfant voie son intérêt réalisé sur fond d'appréhension européenne ou individuelle. Peu importe également que la solution concrètement mise en œuvre reflète le particularisme de la culture de l'État compétent pour résoudre l'affaire. Le tout, l'essentiel, c'est que la protection dont l'enfant déplacé fait l'objet soit satisfaisante.

198. Il y a donc matière à ce que les différents blocs régionaux s'accordent sur un objectif commun qui soit défini selon les trois critères du standard pré-exposé. L'exemple africain est la preuve que certains droits peuvent assurément prétendre à l'universalité et ce, du seul fait du souci

³⁹¹ Article 31 de la CADBE : « Tout enfant a des responsabilités envers sa famille, la société, l'État et toute autre communauté reconnue légalement ainsi qu'envers la communauté internationale. L'enfant, selon son âge et ses capacités, et sous réserve des restrictions contenues dans la présente Charte, a le devoir :

a) d'œuvrer pour la cohésion de sa famille, de respecter ses parents, ses supérieurs et les personnes âgées en toutes circonstances et de les assister en cas de besoin ;
b) de servir de communauté nationale en plaçant ses capacités physiques et intellectuelles à sa disposition ;
c) de préserver et de renforcer la solidarité de la société et de la nation ;
d) de préserver et de renforcer les valeurs culturelles africaines dans ces rapports avec les autres membres de la société, dans un esprit de tolérance, de dialogue et de consultation, de contribuer au bien-être moral de la société ;
e) de préserver et de renforcer l'indépendance nationale et l'intégrité de son pays ;
f) de contribuer au mieux de ses capacités, en toutes circonstances et à tous les niveaux, à promouvoir et à réaliser l'unité africaine ».

³⁹² Rappel : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

commun de la communauté internationale à les voir réaliser. En matière d'enfance déplacée, il en irait ainsi de l'intérêt du mineur à être protégé de manière satisfaisante en dépit de sa mobilité transfrontière. Néanmoins, bien qu'internationalement défendable, une telle protection doit nécessairement faire l'objet d'une appréhension contingente. Le régionalisme est inévitable. Et c'est bienheureux car il est aussi souhaitable. En effet, c'est lui qui permet d'adapter l'objectif international à la situation plus spécifique de l'enfant qui se trouve en un lieu, qui appartient à une culture³⁹³. C'est aussi lui qui permet d'approfondir la protection internationalement décidée en permettant l'adoption de solutions issues d'un dialogue impossible à l'échelle du monde. Il faut donc verser un peu de relativisme dans les aspirations universelles de la fundamentalité. C'est là le seul moyen de judicieusement parvenir à accepter l'idée qu'une solution prônant la coïncidence des compétences dans le but de garantir le caractère satisfaisant de la protection, doit être encouragée en matière de compétence internationale directe. La décrier simplement en raison de sa tendance à privilégier la mise en œuvre de la *lex fori*, c'est oublier que l'enfance déplacée nécessite une réponse adaptée à la spécificité de ses besoins. Et pour ce qui est de la compétence internationale indirecte, il n'y a que l'acceptation de la contingence pour limiter l'affrontement en posant les jalons d'une appréhension raisonnable des contours de l'ordre public (B).

B. Le renouvellement des contours de l'ordre public

199. L'exception d'ordre public est un mécanisme intervenant après le jeu de la règle de conflit, dans le but d'écarter une loi étrangère dont l'application produirait un résultat choquant au regard des conceptions du *for*³⁹⁴. Contrairement à l'intervention d'une loi de police, l'exception d'ordre

³⁹³ Les illustrations de J.-D. BOUKONGOU sont riches de sens quant à la contradiction pouvant exister en Afrique entre le droit écrit, inspiré de celui des anciennes puissances coloniales et les coutumes africaines, prédominantes en pratique. Elles suffisent à démontrer qu'il n'est pas cohérent de prétendre imposer un modèle sans l'adapter au contexte dans lequel il doit être mis en œuvre car cela conduit à son ineffectivité pratique, à savoir, son inutilité. De la même manière en effet, imposer à tout prix la vision occidentale des droits de l'enfant, sans en permettre une traduction régionale semble être inopportun.

Jean-Didier BOUKONGOU, Le système africain de protection des droits de l'enfant, Exigences universelles et prétentions africaines, in « Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux », n°5, Presses universitaires de Caen, 2006, PP. 97-108.

³⁹⁴ Pour de plus amples développements sur la notion d'ordre public, cf. notamment : Danièle ALEXANDRE, L'intervention de l'ordre public dans le droit de la famille en droit international privé français, in « Le droit de la famille en Europe, son évolution de l'Antiquité à nos jours », (sous la direction de R. GANGHOFER), Presses

public ne joue qu'une fois la règle de conflit appliquée, la loi étrangère étant désignée, et ses dispositions, connues. Elle apparaît donc comme un mécanisme correcteur permettant l'application subsidiaire de la loi du for.

À l'occasion de la mise en œuvre de ce mécanisme, la loi étrangère est appréciée *in concreto* : son contenu ne compte pas véritablement en tant que tel. Ce qui importe c'est le résultat de son application. Il est ainsi tenu compte du particularisme des circonstances caractérisant la situation privée internationale en cause. Une loi étrangère en apparence choquante pourra alors jouer, si tant est qu'elle ne produise pas un résultat inadmissible en France. Ainsi par exemple, la Cour de cassation a été amenée à considérer que la loi étrangère excluant l'adoption pouvait être conforme à l'ordre public, et ce, dès lors qu'une autre mesure était prévue en faveur de la protection de l'enfant³⁹⁵.

De plus, l'éviction de la loi étrangère est limitée au strict minimum. Ce n'est donc pas toute la loi étrangère qu'il convient d'écarter, mais ses seules dispositions choquantes au regard des conceptions du for³⁹⁶. Il en résultera une application distributive des dispositions de la loi étrangère et de la loi du for. Toutefois, comme le souligne Thierry VIGNAL, ce principe « *trouve sa limite dans le souci de respecter la cohérence des systèmes législatifs : on ne peut faire dire à un système juridique le contraire de ce qu'il énonce, voire... inventer cette solution dans le système juridique du for* »³⁹⁷. Il sera donc « *parfois nécessaire d'étendre le domaine d'application de la loi française substituée à la loi étrangère* »³⁹⁸.

universitaires de Strasbourg, 1992 ; D. BODEN, L'ordre public : limite et condition de la tolérance, Recherches sur le pluralisme juridique, Thèse multig., 2 vol., Paris I, 2002 ; A. CHAPPELLE, Les fonctions de l'ordre public en droit international privé, Thèse multig., Paris 2, 1979 ; Ph. FRANCESCOAKIS, Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ?, TCFDIP, 1966-1969 ; L. GANNAGE, L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs, Op. cit. ; P. LAGARDE, Recherches sur l'ordre public en droit international privé, Paris, LGDJ, 1959 ; R. LIBCHABER, L'exception d'ordre public en droit international privé, in « L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle, thèmes et commentaires, Dalloz, 1996 ; J. MAURY, L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public et la fraude à la loi, Vallalodid, 1952 ; N. NORD, Ordre public et lois de police en droit international privé, Université de Strasbourg 3, Thèse, 2003 ; B. REMY, Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé, Thèse précitée.

³⁹⁵ Civ. 1^{ère}, 19 octobre 1999, n° 97-20.345, Bull. 1999, n° 282.

Il semble cependant qu'en pratique, la seule constatation de la contrariété de la loi à l'ordre public suffise à emporter son éviction. L'appréciation *in abstracto* n'est donc pas totalement impossible...

³⁹⁶ Civ. 8 novembre 1943, Fayeulle, Note P. L.-P., JCP 1944.II.2522 ; Note SAVATIER, Dalloz 1944, P. 65 ; Rev. crit. 1946, P. 273.

³⁹⁷ T. VIGNAL, Droit international privé, Op. cit., n°193-194.

³⁹⁸ Ibid.

Dans tous les cas, il importe de relever que l'intensité de l'éviction de l'exception d'ordre public varie selon que l'on se situe en présence d'une situation à créer en France ou d'une situation déjà créée à l'étranger³⁹⁹. Dans le premier cas, l'ordre public est amené à jouer de manière pure et simple. En effet, puisqu'il s'agit de directement permettre l'application sur le territoire français, d'une loi contraire aux valeurs essentielles de notre système juridique, la réaction se doit d'être tranchée. Dans la seconde hypothèse en revanche, il s'agit simplement de laisser se produire en France, les effets d'une situation juridique constituée à l'étranger en application de la loi étrangère compétente selon le droit international privé français et ce, en l'absence de fraude. L'essentiel consiste alors à rechercher l'équilibre entre la défense de l'ordre public et le respect des droits acquis et de la sécurité juridique. C'est ce qui explique que l'exception joue dans ce cas, de manière atténuée. Il en résulte que certains effets de la situation régulièrement constituée à l'étranger soient tolérés, et ce, en dépit de leur contrariété à l'ordre public français. Tel est le cas par exemple, lorsque la Cour de cassation reconnaît des droits alimentaires à la seconde épouse d'un mariage polygamique prononcé à l'étranger⁴⁰⁰.

200. L'hypothèse qui intéresse cette étude est essentiellement celle où, l'État du for, à savoir, la France, est sollicité en vue de reconnaître une décision prononcée à l'étranger conformément aux dispositions d'une autre loi que la loi française. En effet, si nous raisonnons sur la base d'un recours quasi-systématique à la coïncidence des compétences, l'application de la loi étrangère sera très exceptionnelle, et, par voie de conséquence, l'exception d'ordre public n'aura pas de réelle occasion d'être mise en œuvre en matière de compétence internationale directe. Cela revient à dire que,

³⁹⁹ Civ. 17 avril 1953, Rivière, Note. H. BATIFFOL, Rev. crit. 1953, P. 412 ; Note PLAISANT, Clunet 1953, P. 860.

Notons cependant que « le principe de l'effet atténué est complété et amoindri aujourd'hui par la notion de proximité issue de la doctrine allemande de l'**Inlandsbeziehung**. Cette conception permet d'être moins indulgent à l'encontre de situations juridiques qui certes, ont été créées à l'étranger mais qui présentent avec l'ordre juridique français un lien de proximité tel qu'il est en droit de s'opposer à sa reconnaissance, par exemple parce que l'une ou les parties ont la nationalité française ou leur résidence habituelle en France. Mais ce nouvel ordre public de proximité ne semble pas particulièrement s'illustrer dans la jurisprudence relative à l'autorité parentale » : A. BIGOT, L'autorité parentale dans la famille désunie en droit international privé, préf. H. FULCHIRON, Thèse, Éd. PUAM, 2003, PP. 234-235.

Cf. également pour plus de détails à propos de la doctrine de l'*Inlandsbeziehung* : P. LAGARDE, La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation, l'expérience française, Mélanges RIGAUX, 1993 ; Natalie JOUBERT, La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (*Inlandsbeziehung*) en droit international privé, préf. P. LAGARDE, Thèse, Paris I, Litec, 2007.

⁴⁰⁰ Civ. 1^{ère}, 19 février 1963, Note G. H, Rev. crit 1963, P. 559 ; Note A. PONSARD, Clunet 1963, P. 986.

jouant de manière atténuée, l'exception d'ordre public ne sera fondée à contrecarrer la protection décidée à l'étranger que si le résultat concret de la mise en œuvre de la loi étrangère par le juge étranger, conduit à une protection qui n'en soit pas une. Pour ce faire, il faudrait que la protection ne satisfasse pas aux exigences minimales d'effectivité et de suffisance. En effet, dans cette configuration où la contrariété à nos valeurs essentielles apparaît intolérable, il serait malaisé d'invoquer la sécurité juridique ou les droits acquis ! Tel pourrait être le cas par exemple, dans l'hypothèse où la loi étrangère prévoirait de confier automatiquement et sans conditions l'enfant à une personne déterminée en cas de défaillance parentale : le nourrisson confié à un tuteur incapable de s'occuper convenablement de lui en raison d'un handicap aurait sans doute à gagner à être placé chez une personne mieux à même de lui prodiguer les soins indispensables à son bon développement.

Mais à défaut de contrevenir aux exigences d'une protection satisfaisante et, dans la mesure où le juge ayant statué était fondé à intervenir, l'efficacité internationale de la protection décidée à l'étranger devrait être reconnue en France. Ainsi, à moins de faire valoir une intervention résolument injustifiée du juge étranger, seule une protection ineffective et insuffisante pourrait justifier l'inefficacité⁴⁰¹. La méthode très souple de l'exception d'ordre public international permettrait donc d'assurer la continuité de la situation juridique des personnes privées - et, plus précisément pour notre étude, des enfants - lors de leurs déplacements tout en respectant leurs prévisions légitimes – où celles de leur représentant légal⁴⁰².

201. En effet, en matière d'enfance déplacée, il semblerait qu'un certain relativisme soit opportun à propos de l'opinion que se fait le juge d'une protection satisfaisante. Or, seule une appréciation « souple » des exigences d'une telle protection peut permettre d'espérer prendre en considération les impératifs, si ce n'est de l'harmonie internationale des solutions, à tout le moins, de la coordination.

202. Mais à la réflexion, nos propos ne reviennent-ils pas en quelque sorte à tendre vers une conception commune des critères d'intervention de l'ordre public ? Il semble qu'une telle ambition

⁴⁰¹ Cette étude exposera dans ses développements ultérieurs relatifs au critère de rattachement de la compétence, les critères permettant de décider de la compétence du juge.

⁴⁰² À savoir, leur croyance en l'application d'un droit (Cf. à ce propos supra n°79 et suivants).

ne soit pas complètement utopique. Elle n'est cependant accessible qu'à une échelle raisonnablement délimitée. En effet, il semblerait abusif de croire que du jour au lendemain, l'esprit d'ouverture et de relativisme cher au droit international privé pourra à lui seul convaincre l'ensemble des États que l'affrontement est néfaste. Même si ces derniers en sont conscients, il apparaît que cette conscience n'est pas nouvelle. Et pourtant, l'affrontement lui-même n'est pas nouveau. Jusqu'à aujourd'hui cependant, il n'a pas trouvé de remède miracle. Et quand l'effort des États consiste à respecter le point de vue de l'autre, les questionnements demeurent. En témoigne par exemple, les problématiques inhérentes au refus de la France de transformer une *kafala* en adoption simple⁴⁰³.

Une conception commune des critères de déclenchement de l'exception d'ordre public international ne semble donc pouvoir intervenir qu'à la seule échelle régionale. En clair, c'est encore une fois un ralliement autour de la culture qui permettra d'intégrer dans les principes d'ordre public des États appartenant à une même communauté de valeurs, les contours d'un ordre public commun à la fois procédural et substantiel. Ainsi, le seuil de tolérance à l'égard des normes issues d'une autre communauté de valeurs pourrait être le même dans chacun de ces pays. En pratique, cet objectif est encore loin d'être atteint. Mais il semble progressivement réalisable. Il faudrait pour le toucher du doigt, s'en tenir à dessiner une conception européenne de l'ordre public⁴⁰⁴.

Une telle progression permettrait d'espérer amoindrir les divergences entre les juges. Et au lieu de continuer à séparer les États, cette vision régionalement partagée de l'exception d'ordre public international conduirait à rapprocher les systèmes. Certes, les conflits de civilisations ne disparaîtraient pas miraculeusement. Les communautés de valeurs se distingueraient nettement autour de conceptions communes, amoindrissant ainsi le risque d'intervenir de l'ordre public à l'échelle régionale. Mais, à l'échelle internationale, l'harmonie internationale des solutions demeurerait inaccessible. Toutefois, l'affrontement ne concernerait plus les États partageant un fond commun.

⁴⁰³ Pour un développement plus détaillé à ce propos, cf. infra n° 651 et suivants.

⁴⁰⁴ Même une conception occidentale semble trop large. Rallier l'Amérique du Nord est une autre entreprise...

203. Le point de vue de cette étude revient à dire qu'une avancée, même imparfaite, mérite d'être défendue. Cela dit, consciente que la protection de l'enfance déplacée ne peut se satisfaire d'une efficacité régionale, notre réflexion ne peut se limiter à cette conclusion. C'est la raison qui nous poussera à défendre la nécessité d'un dialogue entre États mené à l'échelle internationale. Lui seul peut en effet permettre de réduire l'atteinte à la coordination entre les ordres juridiques issus de communautés de valeurs différentes, en accordant les États sur la fin plus que sur les moyens...

Conclusion de la seconde section.

204. *« Le voyageur réfléchissait : c'est toujours un problème d'intervenir de façon décisive dans les affaires d'autrui. Il n'était ni membre de cette colonie pénitentiaire, ni citoyen de l'État auquel elle appartenait. S'il s'avisait de condamner cette exécution ou même de s'y opposer, on pouvait lui dire : Tu n'es pas d'ici, tais-toi »*⁴⁰⁵.

205. Voilà une belle illustration des développements que nous venons d'appréhender. La diversité culturelle intrinsèquement liée au droit international privé oblige à l'acceptation de la contingence en matière de protection de l'enfance. Cela est d'autant plus nécessaire lorsque l'enfant en question se déplace d'un État à l'autre. Cela vaut malgré la fondamentale de la quête de la préservation de l'intérêt du déplacé. La prétention à l'universalité de la conception occidentale de cet intérêt se risque ainsi à la résistance des autres civilisations si elle n'admet pas les limites de son interprétation.

L'universalité ne serait peut-être cependant pas si ambitieuse à partir du moment où elle se bornerait à fixer un objectif, tout en laissant aux différents peuples le soin de le traduire culturellement. C'est donc quand la prétention à l'universalité de certains droits masque en réalité une volonté d'uniformité interprétative que l'utopisme semble atteint. En revanche, la prétention à l'universalité d'une protection fondée sur la visée d'un objectif commun pourrait avoir de sérieuses chances de succès, à partir du moment où, prenant en considération la volonté (quasi) universelle de protéger l'enfance, la réalisation de l'objectif poursuivi interviendrait en accord avec les tendances culturelles de l'État chargé de sa mise en œuvre dans telle ou telle affaire. La contingence trouverait toutefois ses limites dans la non réalisation du but visé, étant entendu que l'interprétation d'une protection de la sorte insuffisante devrait être strictement interprétée et, au possible, cadrée.

⁴⁰⁵ Franz KAFKA, *La colonie pénitentiaire et autres récits*, Gallimard, 1948, rééd. Folio.

Conclusion du Second Chapitre.

206. La reconnaissance à l'homme d'un véritable statut juridique apte à lui permettre de revendiquer des droits est progressivement apparue. Très rapidement, la généralité des droits de l'homme a été suivie de la reconnaissance d'un statut adapté à des catégories spécifiques d'êtres humains. Il en va ainsi de la reconnaissance à l'enfant d'un statut de droit substantiel lui permettant de se prévaloir de droits visant la préservation de son intérêt qualifié par nombre de textes internationaux, de « supérieur ». Et si l'évolution internationale du statut de l'enfant a si facilement su imprégner les différents ordres juridiques des États à l'origine de sa promotion, c'est que de toute évidence, la quasi-totalité de la communauté internationale était déjà soucieuse de protéger l'enfance.

207. Même largement défendu, l'intérêt de l'enfant déplacé à être effectivement et suffisamment protégé doit pouvoir justifier d'un fondement. Cela dit, que la poursuite de l'intérêt du mineur se base sur l'intérêt de l'État à l'application de sa politique législative, ou qu'elle soit justifiée au moyen de la fundamentalité des droits protégés, elle implique dans tous les cas le même genre de conséquences. Néanmoins, en encourageant la reconnaissance d'un objectif protecteur commun, les droits de l'enfant présentent l'avantage de contribuer à diminuer les tensions interétatiques.

Il reste que parfois, la coordination semble devoir être sacrifiée au prix de l'assurance d'une protection effective et suffisante de l'enfant déplacé. Néanmoins, cela ne saurait valoir que dans la mesure où aucun accord n'a pu être trouvé entre les États en cause. Dans le cas contraire, un tel sacrifice demeure inacceptable. C'est pourquoi, il convient de chercher une solution permettant d'aboutir à une protection qui, tout en restant effective et suffisante sera en outre efficace et partant, satisfaisante.

Conclusion du Titre I.

208. Même légitimement fondé à viser la réalisation d'un intérêt privé, le droit international privé serait un droit imprégné d'un souci d'équilibre. Dans son pan chargé de résoudre les problématiques relatives au déplacement d'un enfant par delà les frontières, il aurait ainsi pour mission d'accorder la société internationale, tout en résolvant de manière satisfaisante, tant pour les États en cause, que pour les individus – et surtout pour l'enfant déplacé –, les problématiques qui lui sont confiées.

209. Aux fins de garantir au mineur mobile une protection à la fois effective et suffisante, la matière serait poussée à recourir à une méthodologie coïncidente, au moyen de laquelle, conflits de lois et conflits de juridictions seraient résolus ensemble. Ce choix méthodologique aurait d'ailleurs pour caractéristique le refus d'attribuer à la matière un fondement publiciste/souverainiste. Cette affirmation privatiste du droit international privé de l'enfance déplacée ne générerait néanmoins pas de déséquilibre entre l'État et le mineur, à partir du moment où la réalisation d'un intérêt privé se concilie avec la défense de l'intérêt étatique. Pour autant, cette solution présenterait une faille : sa tendance à privilégier quasi-systématiquement la mise en œuvre de la *lex fori* aurait pour conséquence de risquer de porter atteinte à la coordination, et ce, notamment en poussant d'une manière ou d'une autre les États au cloisonnement.

210. La conscience des limites de la coordination elle-même aurait peut être pourtant pu venir au secours d'un choix méthodologique pensé dans l'intérêt de l'enfant. En effet, il serait utopique de penser que les divergences entre les États pourraient totalement disparaître. Et d'ailleurs, quand bien même cela serait possible, il est à douter que ce soit réellement souhaitable. Dès lors, puisque seule la liaison des compétences juridictionnelle et législative paraît capable de garantir une protection à la fois effective et suffisante à l'enfant déplacé, il convient de la défendre.

L'internationaliste serait ainsi fondé à rejeter l'idée de la coordination à tout prix, et ce, à partir du moment où elle n'est possible qu'au prix de sacrifices inenvisageables⁴⁰⁶.

211. Pourtant, paradoxalement, même imparfaite, la coordination reste souhaitable. Elle doit donc évidemment être encouragée au « maximum ». Et dans cette opération, nous pensons que les droits de l'enfant peuvent être mis à contribution.

Cependant, confrontés à la diversité culturelle, ces derniers ont révélé les limites régionales d'un apport coordonnateur fondé sur le retraçage des frontières autour de la fundamentalité. Dès lors, plus que le fondement du recours à une méthodologie coïncidente, c'est sans doute le cadre dans lequel les solutions au déplacement d'un enfant sont insérées qui importe. Précisément, c'est dire que la résolution des problématiques inhérentes à la mobilité transfrontière d'un mineur ne sera pleinement satisfaisante, qu'à partir du moment où la solution effective et suffisante résultera d'un dialogue entre États apte à lui garantir une réelle *efficacité* internationale. C'est ainsi sans doute en partie le recours au dialogue interétatique qui permettra de parvenir à l'efficacité recherchée (Titre II).

⁴⁰⁶ Ce serait le cas par exemple dans l'hypothèse où le juriste occidental devrait renoncer à ses valeurs pour satisfaire toutes les civilisations.

TITRE II :

**La recherche d'une protection EFFICACE de
l'enfance déplacée par le droit international
privé**

212. Tout en s'inscrivant dans le dessein du respect de la diversité culturelle, la coopération interétatique s'assigne le but de pallier les inconvénients inhérents à la confrontation des différentes traditions juridiques sur la scène internationale. C'est en ce sens que la notion s'avère être source d'*efficacité*. En réalité, elle initie nécessairement le dialogue entre les États. Or, seul le dialogue peut permettre de dépasser l'affrontement en aboutissant à un consensus. Ce n'est en effet que lorsque les différents systèmes se parlent et s'accordent, qu'ils se donnent le moyen de parvenir à une concertation. Et une fois concrètement mise en œuvre, la concertation n'est-elle pas naturellement censée mener à l'efficacité que requiert l'exigence de coordination, voire d'harmonisation ?

213. Par leur considération et leur respect du point de vue étranger, les solutions tirées d'un dialogue mené à l'échelle internationale auront donc grandement la chance d'être efficaces. Mais afin de faire valoir l'opportunité de son intervention, le dialogue en question doit conduire à une protection pleinement satisfaisante. L'efficacité doit dès lors posséder un objet, se fixer un objectif (matériel) précis consistant à assurer à l'enfant une protection conforme à son intérêt – supérieur -, à savoir, à la fois *effective et suffisante*.

Dans la lignée de ces affirmations, et conformément aux solutions méthodologiques ci-avant préconisées, un socle de règles protectrices paraît pouvoir être défini conventionnellement en vue de protéger l'enfant étranger de manière satisfaisante. En ce sens, le recours à la coïncidence des compétences tel que justifié par cette étude, semble bel et bien à même de conduire à la réalisation de l'ensemble des critères qu'implique une protection satisfaisante de l'enfant dont la situation juridique est affectée d'un élément d'extranéité. Ainsi peuvent donc être posés les principes d'une réglementation destinée à garantir une bonne appréhension des règles relatives à la protection familiale ou étatique dont un enfant peut faire l'objet⁴⁰⁷.

D'ailleurs, cette étude n'est pas la première à avoir relevé l'opportunité de la coïncidence des compétences sur fond de primauté accordée au conflit de juridictions en matière de protection des mineurs. En vérité, différents instruments internationaux actuellement en vigueur offrent

⁴⁰⁷ La distinction entre protection familiale et protection étatique envisagée par Yves LEQUETTE dans sa thèse, n'a plus lieu d'être dès lors que l'on opte pour un recours à la liaison des compétences juridictionnelle et législative.

clairement l'exemple d'une réglementation dont l'évolution révèle la prise en considération croissante des exigences propres à l'enfance. En ce sens, la *Convention relative à la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs du 5 octobre 1961*⁴⁰⁸ (ci-après *Convention de 1961*) donne la primauté à la désignation du juge compétent, ce dernier se voyant octroyer la charge d'appliquer par principe, le droit de son for⁴⁰⁹. Dans le même esprit, la *Convention 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 du 19 octobre 1996* (ci-après *Convention de 1996*) peut également être citée⁴¹⁰.

214. La logique coïncidente prévalant à la résolution des problématiques qui, affectées d'un élément d'extranéité sont inhérentes à l'enfance, vaut en l'absence de tout déplacement international de l'enfant. De même, au moyen des règles applicables à la résolution des conflits mobiles susceptibles d'intervenir suite à un déplacement lié à la responsabilité parentale, nous verrons qu'une logique similaire semble encore valoir lorsque l'enfant traverse licitement les frontières⁴¹¹. Mais les mêmes principes peuvent-ils véritablement garantir une protection satisfaisante à l'enfant dans tous les types de déplacement dont il peut faire l'objet ?

215. En vérité, les hypothèses de déplacement sont variées. La coopération entre les États ne peut donc se borner à envisager le conflit mobile dans une logique de continuité en réponse à la modification du critère de rattachement applicable du fait du déplacement transfrontière. Le droit conventionnel doit pouvoir envisager d'autres questions. Partant de là, l'*efficacité* rappelle que son ambition est avant tout de réaliser un objectif spécifiquement décidé, parce qu'il garantit à l'enfant

⁴⁰⁸ À propos de cette convention, cf. notamment : J.-M. BAUDOUIN, La protection du mineur étranger par le Juge des enfants, *Rev. crit.* 1994, P. 483.

⁴⁰⁹ Article 2.

⁴¹⁰ Pour quelques développements à propos de cette convention, cf. notamment : A. BOICHE, Les déplacements illicites d'enfants, *Petites affiches*, 09 mars 2012 n° 50, P. 65 ; W. DUNCAN, La Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants, in « Les enfants sans enfance », Actes du Colloque de l'Association Louis CHATIN, 27-28 novembre 1998, *Petites affiches* 1999. ; P. LAGARDE, Rapport explicatif sur la Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, in « Actes et documents de la dix-huitième session », Tome II « Protection des enfants », Conférence de La Haye de droit international privé, 1996.

⁴¹¹ Cf. les développements relatifs au conflit mobile infra n° 568 et suivants.

une protection recommandable. Quant à la coopération, à savoir, le dialogue entre États, elle dévoile pleinement sa fonction : permettre la réalisation de l'objectif en question.

Placé face à la diversité des hypothèses de déplacement, cet objectif doit pouvoir être précisément définissable en fonction des nécessités protectrices liées au type de mobilité dont l'enfant fait l'objet. La coopération se prend ainsi parfois à lutter contre les déplacements sans droit en apportant des solutions impossibles à véritablement garantir à l'échelle nationale. C'est précisément le cas quand le déplacement de l'enfant est illicite et traduit en réalité un enlèvement par l'un de ses parents (Chapitre 1). Ensuite, il lui arrive également de chercher à pallier les risques particuliers auxquels l'enfant peut être exposé du fait d'un déplacement. Il en va notamment ainsi en matière d'adoption internationale et de protection des mineurs isolés étrangers (Chapitre 2). Dans cette dernière hypothèse, que le droit conventionnel prévoit lui-même des règles matérielles, qu'il ne les prévoit pas toutes, ou qu'il n'en prévoit aucune, nous verrons qu'un rôle essentiel est toujours attribué au droit interne des États parties dans la réalisation concrète de l'objectif communément poursuivi.

Chapitre 1 : La coopération interétatique, un outil de dialogue au service de l'efficacité de la protection décidée dans l'intérêt de l'enfant : l'exemple de l'enlèvement international d'enfant

216. L'actualité retrace régulièrement le fil des situations dramatiques dans lesquelles est placé l'enfant victime de la séparation houleuse de ses parents. Au sein d'un même État, la désunion parentale est déjà susceptible d'être préjudiciable au mineur. Mais lorsque les frontières sont franchies, le problème est accru par l'exposition de l'enfant à un risque de mobilité intervenant en violation des règles protectrices dont il faisait l'objet. Sa contradiction avec ce que commande l'intérêt de l'enfant provient alors notamment du risque consistant à mettre les relations entre le mineur et ses deux parents à bien plus rude épreuve encore que ce qu'il est possible d'imaginer à la seule échelle nationale.

217. Marquant une prise de conscience de cette triste réalité et, afin de « *lutter contre les déplacements et les non-retours illicites de l'enfant à l'étranger* », l'article 11 de la CIDE commande aux États parties de « *prendre des mesures* », notamment en « *favorisant la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux ou l'adhésion aux accords existants* ». Plusieurs instruments internationaux ont ainsi été élaborés, au titre desquels peuvent être cités la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, la *Convention de Luxembourg du 10 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants*, le *Règlement communautaire dit*

« *Bruxelles II bis* »⁴¹², ainsi que nombre de conventions bilatérales conclues en la matière par la France. L'étude de ces divers instruments permettra à notre recherche de faire valoir que la coopération interétatique peut contribuer à porter une double réponse au problème de l'enlèvement international. En effet, d'une part, elle permet de prévenir le risque d'enlèvement avec une efficacité bien supérieure à celle qu'est en mesure de proposer le droit international privé commun (Section 1). D'autre part, elle apporte à l'enlèvement réalisé une solution impossible à obtenir à la seule échelle nationale (Section 2). Bien que l'étude de ces deux sections marque le cœur de nos développements, il est évident qu'une notion ne peut être correctement appréhendée sans avoir été préalablement définie. Ainsi, il convient dès à présent de porter tout le soin nécessaire à la compréhension de ce en quoi consiste précisément l'enlèvement international d'enfant et ce, notamment au regard des contours du caractère illicite qu'implique un tel déplacement (Section Préliminaire).

⁴¹² Le Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 a identifié la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière de droit de visite comme une priorité. Un règlement n°1347-2000, dit « Règlement Bruxelles II », a dès lors été adopté par le Conseil de l'Union européenne le 29 mai 2000, concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs. Cependant, très largement inspiré d'une convention du 28 mai 1998 ayant le même objet, ce Règlement s'est avéré insuffisant étant donné qu'il ne s'appliquait qu'aux enfants communs et aux litiges nés d'une procédure matrimoniale. C'est alors sur une initiative de la France, présentée le 3 juillet 2000, que le Conseil de l'Union européenne a été conduit à adopter, le 27 novembre 2003, le Règlement n°2201/2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, dit « règlement Bruxelles II bis ». Ce règlement est applicable depuis le 1^{er} mars 2005 à tous les États membres de l'Union européenne, y compris les dix États qui ont intégré l'Union le 1^{er} mai 2004, à l'exception du Danemark et des territoires ultra-marins français et néerlandais. Il abroge évidemment Bruxelles II mais en reprend les dispositions tout en en élargissant les conditions d'application. De la sorte, il garantit une protection renforcée et plus égalitaire de tous les enfants, quelle que soit la situation matrimoniale de leurs parents et la nature de leur filiation. Il est en vigueur depuis le 1^{er} mars 2005.

Section Préliminaire : La notion d'enlèvement international d'enfant : les contours de l'illicéité du déplacement

218. Pour être qualifié d'illicite, le déplacement transfrontière d'un enfant doit enfreindre un droit de garde effectivement exercé (I). Il revient alors pour l'un des parents à déplacer ou retenir son enfant dans un autre pays que celui dans lequel il est habitué à vivre. Aussi, il n'est pas inutile de préciser que pour recevoir une qualification porteuse de conséquences juridiques, le droit de garde en question peut provenir de diverses sources à partir du moment où son origine rentre dans le « cadre » prévu par le droit conventionnel (II).

I/ La violation d'un droit de garde effectif

219. Aux yeux de la jurisprudence, la notion de *garde* semble pouvoir être appréhendée de manière extensive et en conséquence, inclure la notion de *visite* (A). Il n'en reste pas moins qu'une fois correctement définie, la garde bafouée doit encore être en mesure de justifier d'un exercice effectif par le parent lésé, sans quoi, ce dernier ne pourra pas faire valoir le caractère illicite du déplacement de son enfant par son ex-conjoint (B).

A. La conception extensive de la garde

220. L'assimilation des droits de garde et de visite (1) semble aujourd'hui admise. Concrètement fondée, l'opération est bienvenue en ce qu'elle permet de garantir à l'enfant illicitement déplacé, le respect du principe du maintien des liens avec ses deux parents (2).

1. L' « assimilation » des droits de garde et de visite

221. L'ensemble des instruments conventionnels destinés à régir les situations d'enlèvement international d'enfant se réfère à la notion de « *droit de garde* » afin de reconnaître au déplacement visé, un caractère illicite. Contrairement à ce qu'implique l'actuelle définition de l'autorité parentale,

le terme « *garde* » doit être entendu au sens de la garde physique de l'enfant, à savoir, son lieu de résidence habituelle dans l'hypothèse où ses deux parents n'habitent plus ensemble.

222. La *Convention de Luxembourg* frappe le déplacement d'illicéité à partir du moment où il intervient en violation d'une décision relative à la garde⁴¹³. Sensiblement dans le même sens, le déplacement sans droit est caractérisé par la *Convention de La Haye de 1980* lorsque l'enfant a été déplacé ou retenu *en violation d'un droit de garde*, attribué seul ou conjointement⁴¹⁴. L'article 5 de la *Convention de La Haye de 1980*, comme l'article 2§9 du *règlement Bruxelles II bis* définissent le droit de garde comme comprenant « *le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence* »⁴¹⁵. Ainsi, il semble que ce soit « *essentiellement l'hypothèse d'un enlèvement organisé à l'occasion de l'exercice d'un droit de visite – que le titulaire du droit de visite retienne chez lui l'enfant à l'issue de la période d'exercice du droit de visite, ou qu'il l'emmène dans un pays étranger- qui a été retenue par les rédacteurs de la Convention de La Haye de 1980 afin de caractériser déplacement illicite. Mais la définition du déplacement illicite recouvre également l'hypothèse fréquente, de l'enlèvement réalisé par l'un des parents alors que ceux-ci exerçaient la garde conjointement, c'est-à-dire n'étaient pas encore séparés, et qu'en tout cas aucun droit de visite n'était organisé* »⁴¹⁶.

⁴¹³ Article 1d).

⁴¹⁴ Pour un exemple de décision relative à une garde conjointe, cf. Civ. 1^{ère}, 14 décembre 2005, Enfant Eloïse, Note Estelle GALLANT, Le déménagement à l'étranger d'un enfant suppose le consentement des deux parents, *Rev. crit.* 2006, P. 619 ; Obs. I. GALLMEISTER, Définition de la résidence habituelle, *Recueil Dalloz* 2006, P. 12.

⁴¹⁵ Ibid. : Pour une illustration du droit de décider de la résidence de l'enfant.

⁴¹⁶ Estelle GALLANT, L'autorité parentale et la protection des mineurs en droit international privé, Thèse, Paris 1, 2000. Éd. Defrénois, 2004, P. 267.

Civ. 1^{ère}, 10 juillet 2007, Note CABINET BWG ASSOCIES, Déplacement de l'enfant à l'étranger, *Op. cit.* ; Obs. C. DELAPORTE-CARRE, Déplacement illicite de l'enfant au sens de l'article 3 de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, *Op. cit.*

Dans cette affaire, la Cour de cassation a considéré que, les droits du père avaient été bafoués par la décision de la mère de modifier sans son consentement le lieu de résidence habituelle de l'enfant, en s'appuyant sur un accord parental qui n'avait pour seul objet de régir les relations entre les parties dans l'attente d'une décision sur le fond, dès lors que les parents exerçaient la garde conjointe. Et pour justifier l'existence d'une garde conjointe, la formulation de la solution paraît distinguer droit de garde et autorité parentale en faisant valoir que le caractère « conjoint » de la garde renvoie à une autorité parentale exercée en commun par les parents.

Selon les observations de Madame DELAPORTE-CARRE, l'arrêt est en outre l'occasion de préciser que « la convention par laquelle les parents organisent la situation de l'enfant ne doit pas être réalisée au pémpri des droits de l'un des parents, d'où la nécessité de l'homologation judiciaire. La mère ne pouvait donc pas se retrancher derrière l'accord parental pour justifier l'éloignement de l'enfant. Comme l'a relevé la Cour d'appel, l'accord conclu entre les parents « avait pour seul objet de régir les relations entre les parties dans l'attente d'une décision sur le fond ». Or, la mère avait

En tout état de cause, il est absolument nécessaire que le parent qui entend se prévaloir de l'illicéité du déplacement justifie être (co)titulaire de la garde. C'est ce qu'illustre clairement un arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne, rendu le 5 octobre 2010. Dans cette affaire, le père demandait le retour de ses enfants en Irlande. Cependant, rattaché à eux par un lien de filiation naturelle, il aurait du, pour pouvoir prétendre bénéficier du droit de garde requis, avoir obtenu une décision de justice, conformément à ce qu'exige le droit irlandais. Le déplacement transfrontière des enfants par leur mère ne pouvait donc être frappé d'illicéité⁴¹⁷. De manière sensiblement similaire, il apparaît que dans l'hypothèse où le droit étranger compétent n'attribuerait la garde qu'à un seul parent, impliquant pour ce dernier le droit de modifier seul la résidence habituelle de l'enfant, l'illicéité du déplacement ne saurait être caractérisée.

Aussi, il apparaît que les juges de l'État vers lequel le mineur a été déplacé devront prononcer le retour immédiat sans pouvoir rechercher si le droit étranger fondant la décision de garde porte atteinte à la conception française de l'ordre public international, qui protège l'égalité des parents dans leur exercice de l'autorité parentale. En effet, constatant que « *la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 ayant pour seul objet d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés illicitement et de faire respecter le droit de garde existant dans l'État du lieu de résidence habituelle de l'enfant, avant son déplacement* », la Cour de cassation considère que « *le juge de l'État requis doit, pour vérifier le caractère illicite (du déplacement), se borner à rechercher si le parent avait le droit de modifier seul le lieu de résidence de l'enfant pour le fixer dans un autre État* »⁴¹⁸.

décidé arbitrairement de se déplacer avec l'enfant en France et de s'y installer. C'est donc logiquement que la Cour de cassation confirme la violation du droit de garde ».

⁴¹⁷ CJUE, 3^{ème} ch., 5 octobre 2010, Note F. BOULANGER, Les limites de l'égalité parentale dans le déplacement international d'enfants nés hors mariage, JCP G, n° 52, 27 décembre 2010, P.1327 ; Note Laurence IDOT, Déplacement illicite d'enfant et droit de garde, « Règlement Bruxelles II bis », Europe n° 12, Décembre 2010, comm. 447 ; Commentaire M. FARGE, Les déplacements illicites d'enfants et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Droit de la famille n° 3, mars 2011, comm. 50 ; Note I. GALLMEISTER, Déplacement illicite de l'enfant, au sens du règlement Bruxelles II bis, Dalloz 2010, P. 2516 ; Dalloz actualité 20 octobre 2010 ; A. BOICHE, Enlèvement illicite d'enfants : actualité jurisprudentielle de la convention de La Haye, AJ Famille 2010, P. 482.

⁴¹⁸ Cass. Civ. 1^{ère}. 7 décembre 2016, n° 16-21.760, Recueil Dalloz 2016, P. 2518 ; C. BERLAUD, Condition d'application de la Convention de La Haye sur l'enlèvement international d'enfants, Gaz. Pal. n°2, P.35 ; F. MELIN, Détermination du caractère illicite d'un déplacement d'enfant, Dalloz actualité, 3 janvier 2017.

223. Mais comment doit-on appréhender la notion de garde ? Doit-on nécessairement l'entendre restrictivement ? Plus précisément, est-ce à dire que la violation du *droit de visite*, elle, n'est pas susceptible de constituer un déplacement illicite ? *A priori*, cela semble probable. En effet, l'article 3 de la *Convention de La Haye de 1980* suscite une véritable interrogation quant à la place qu'il convient d'accorder au non respect du droit de visite dans l'hypothèse où son titulaire ne bénéficiait pas d'une garde conjointe. L'unique recours du titulaire d'un tel droit pourrait dès lors résider dans l'intervention des Autorités centrales telle qu'envisagée par l'article 21 de la *Convention-enlèvement*⁴¹⁹. Cette solution est sans doute justifiée lorsque l'on considère que les rédacteurs de cet instrument considéraient que le retour de l'enfant devait être organisé à partir du moment où le mineur a été soustrait à son cadre de vie habituel⁴²⁰, ce qui n'est pas le cas lorsque le droit de visite est entravé.

Le problème d'une telle analyse est cependant certain car raisonner en ces termes revient en substance à dire que le parent gardien pourrait déplacer discrétionnairement son enfant, en privant l'autre parent de l'exercice de son droit de visite et ce, sans que le caractère illicite d'une telle opération ne puisse jamais être relevé aux fins de conduire à une solution conforme à l'intérêt du mineur concerné. Fondamentalement, une telle position serait regrettable en ce qu'elle reviendrait finalement à privilégier automatiquement le parent titulaire de la garde. Corrélativement, le « visiteur » serait placé dans une position de faiblesse que la logique parentale ne permet que très difficilement, et surtout, très exceptionnellement de justifier. La mésentente des parents serait alors potentiellement source d'abus directement contraires à ce que commande le bien-être de l'enfant, à savoir, entretenir des liens réguliers avec ses *deux* parents⁴²¹.

⁴¹⁹ « Une demande visant l'organisation ou la protection de l'exercice effectif d'un droit de visite peut être adressée à l'Autorité centrale d'un État contractant selon les mêmes modalités qu'une demande visant au retour de l'enfant.

Les Autorités centrales sont liées par les obligations de coopération visées à l'article 7 pour assurer l'exercice paisible du droit de visite et l'accomplissement de toute condition à laquelle l'exercice de ce droit soumis, et pour que soient levés, dans toute la mesure du possible, les obstacles de nature à s'y opposer.

Les Autorités centrales, soit directement, soit par des intermédiaires, peuvent entamer ou favoriser une procédure légale en vue d'organiser ou de protéger le droit de visite et les conditions auxquelles l'exercice de ce droit pourrait être soumis ».

⁴²⁰ Aux yeux de cette étude : son centre d'attaches et d'intégration (CAI). Pour de plus amples développements à propos de cette notion, cf. infra n°484 et suivants.

⁴²¹ Conformément à ce que commande le principe largement reconnu du maintien des liens de l'enfant avec ses deux parents tel que défendu par la loi du 4 mars 2002.

En réalité, permettre au parent gardien de n'avoir qu'à déménager loin de son ex-conjoint pour priver ce dernier de son droit entre en contradiction avec la plaidoirie en faveur du droit de visite, insérée dans la *Convention de La Haye de 1980*, ainsi que dans de nombreux autres textes conventionnels⁴²². Aussi, ce serait faire prévaloir une trop grande inégalité entre les droits de garde et de visite - déjà bien différents dans les faits. De plus, si la notion de centre d'attaches et d'intégration permet, nous le verrons, de faire valoir la nécessité de garantir à l'enfant de ne pas être trop vite et sans protection, arraché à son milieu de vie habituel, il apparaît quand même que, sans produire un déracinement nécessairement physique, l'entrave au droit de visite peut nuire à son équilibre et à son développement de manière significative. La notion de « déracinement » ne peut donc être totalement exclue simplement par le fait que le droit en cause, ne soit pas un droit de garde pur et simple.

224. Pour amoindrir sa frustration, notre recherche propose de se rallier à l'analyse de Madame GALLANT afin de tenter d'« assimiler » garde et visite. Pour ce faire, il convient de relire l'article 3 de la *Convention-enlèvement*, en espérant voir dans la garde conjointe, à savoir, les cas où l'autorité (la responsabilité) parentale est exercée en commun par les parents de l'enfant, un moyen de préserver le droit de visite⁴²³. En effet, cet article recouvre les situations de parents encore ensemble ou séparés. Dans ce dernier cas, si aucun droit de visite n'a été organisé et si le parent chez qui réside l'enfant décide de le déplacer, il y a non seulement violation du droit de garde de l'autre parent, entendu comme son autorité parentale conjointe, mais aussi violation de son droit de visite. Dans cette hypothèse en effet, le droit de visite sera nécessairement malmené par l'effet de la violation du droit de garde exercé conjointement⁴²⁴. Par conséquent, si la violation du droit de visite n'entraînait pas en elle-même la qualification de déplacement illicite, elle serait néanmoins réparée par l'action en remise déclenchée par la violation du droit de garde conjoint⁴²⁵. Mais l'on pressent bien que la protection du droit de visite en passant par la garde n'est qu'un bricolage insatisfaisant.

⁴²² E. GALLANT, Thèse précitée, P. 268.

⁴²³ Dans la définition du droit de garde, le Règlement Bruxelles II bis a ajouté que la garde est considérée comme exercée en commun lorsque l'un des titulaires de la responsabilité parentale ne peut décider du lieu de résidence de l'enfant sans le consentement de l'autre titulaire de la responsabilité parentale. La précision ainsi apportée fait écho à une jurisprudence française bien établie.

⁴²⁴ E. GALLANT, Thèse précitée, P. 268.

⁴²⁵ Analyse d'Estelle GALLANT, Ibid, PP. 268-269.

Se limiter à cette interprétation reviendrait à laisser entières d'autres questions. Par exemple, il importe de savoir si le non-respect des mesures préventives accompagnant un droit de garde ou de visite, c'est-à-dire, le déplacement d'un enfant malgré une limitation territoriale des droits précités, peut déclencher l'action en remise de l'enfant organisée par le droit conventionnel.

225. Pour Estelle GALLANT, puisque le déplacement de l'enfant par le seul titulaire d'un droit de visite - déplacement intervenant en violation d'un droit de garde au sens de la *Convention-enlèvement* - constitue toujours un déplacement illicite, il paraît évident que le non respect de la limitation territoriale grevant le droit de visite est une violation du droit de garde de nature à déclencher l'action en remise⁴²⁶. En revanche, aux yeux de l'auteur, « *s'agissant de l'enlèvement de l'enfant par le parent gardien en violation de l'assignation géographique qui accompagnait son droit de garde, la réponse est moins évidente* ». Elle n'en demeure cependant pas moins claire : si l'on occulte la vision restrictive de quelques juges du fond⁴²⁷, la jurisprudence tend à admettre qu'un tel comportement puisse bel et bien constituer une violation du droit de garde au sens de l'article 3 de la *Convention de La Haye de 1980*⁴²⁸. L'affaire ayant conduit la Cour de cassation à rendre la décision du 14 mars 2012 en est une illustration parfaite. Un couple de français installés au

⁴²⁶ Ibid.

⁴²⁷ Pour exemple : TGI Périgueux, 17 mars 1992 décidant que ces restrictions sont contraires à la CESDH, Note B. ANCEL, Rev. crit. 1993, P. 650 ; Note G. C., La Convention de La Haye relative aux déplacements internationaux d'enfants vise à protéger les droits de garde et ne saurait interdire la liberté d'expatriation du titulaire du droit de garde, Dalloz 1992, P. 315 ; Note H. GAUDEMENT-TALLON, Clunet 1994, P. 133. Cité par E. GALLANT, Thèse précitée, note 130, P. 269.

⁴²⁸ Pour plus de détails sur ces développements, cf. l'analyse complète d'Estelle GALLANT, Thèse précitée.

Précision faite que, bien qu'inspirées de la Convention de La Haye de 1980, les conventions bilatérales n'en sont pas moins différentes. Ainsi, pour exemple, la Convention du 21 juin 1988 relative aux enfants issus de couples mixtes séparés franco-algériens (Disponible sur le site de la Conférence de La Haye de droit international privé) ne concerne que les violations du droit de garde stricto sensu. En effet, pour cet instrument, le retour effectif de l'enfant n'est prévu que lorsque celui-ci a été retenu à l'issue de l'exercice du droit de visite transfrontière (articles 8 et 11). Si donc le droit de garde était exercé conjointement par un couple non encore séparé, sans qu'aucun droit de visite n'ait été organisé, l'un des parents pourrait déplacer l'enfant sans que la Convention ne puisse être un secours. Il en irait de même dans l'hypothèse d'un déplacement par le parent gardien au mépris de restrictions géographiques.

D'autres instruments bilatéraux comme la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire et la Convention franco-tunisienne du 18 mars 1982 relative à l'entraide judiciaire en matière de droit de garde des enfants, de droit de visite et d'obligations alimentaires (Disponibles sur le site de la Conférence de La Haye de droit international privé), n'offrent tout simplement pas de définition du déplacement ou de la rétention. Cette lacune est révélatrice du fait que ces instruments conventionnels aient été rédigés en s'inspirant de la Convention de La Haye de 1980. Les juridictions françaises confrontées à l'application des textes bilatéraux tendent ainsi nécessairement à s'inspirer des dispositions multilatérales modèles pour compléter la convention lacunaire en cause et ce, alors même que les pays concernés ne sont pas contractants !

Chili se sépare. La mère est autorisée par les autorités de son État de résidence à quitter le territoire avec ses enfants pour une durée de quinze jours afin de se rendre en France. Bien évidemment, elle ne revient pas. La Haute juridiction, censurant les juges du fond, décide alors que l'inobservation de la décision chilienne caractérisait bel et bien un non retour illicite au sens de la *Convention de La Haye de 1980*⁴²⁹. Partant, les juges semblent avoir adopté une conception large de la notion de *garde*, notamment, en l'assimilant sans trop de difficultés au droit de *visite*. Mais sur quels fondements (2) ?

2. Les fondements de l'assimilation

226. Afin de fonder l'assimilation jurisprudentielle entre garde et visite, Madame GALLANT propose plusieurs analyses⁴³⁰ :

Premièrement, elle estime qu'il est permis de considérer que *le parent non gardien puisse être investi d'un attribut du droit de garde, et ce, quand bien même l'autorité parentale n'aurait pas été attribuée conjointement*. C'est là l'hypothèse où le parent simplement titulaire d'un droit de visite et d'hébergement « *a le pouvoir d'autoriser ou de refuser le déplacement de la résidence de l'enfant par le biais d'une décision judiciaire ou administrative, d'un accord, ou même de la loi* »⁴³¹. En effet, dans cette hypothèse, les dispositions de l'article 5 de la *Convention-enlèvement*, semblent permettre de considérer que le déplacement de l'enfant sans l'autorisation requise peut enfreindre le droit de garde. Et cela vaut car cet article précise que le droit de garde englobe le droit de *décider du lieu de résidence de l'enfant*. Ainsi, de toute évidence, le non respect par le parent gardien du droit de l'autre parent de s'opposer au changement de résidence de l'enfant, peut s'apparenter à une violation de la garde conjointe telle qu'entendue par le texte de La Haye⁴³².

C'est d'ailleurs là la position que semble avoir adopté la Cour suprême des États-Unis dans son arrêt du 17 mai 2010⁴³³. La Haute juridiction américaine a en effet jugé dans cette affaire qu'au

⁴²⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 14 mars 2012, Obs. A. BOICHE, Précisions sur la définition du déplacement illicite, AJ Famille 2012, P. 350.

⁴³⁰ E. GALLANT, Ibid.

⁴³¹ Ibid.

⁴³² Ibid.

⁴³³ Cour suprême des États-Unis, 17 mai 2010, Timothy Mark Cameron Abbott c/ Jacquelyn Vaye Abbott, Horatia MUIR-WATT, Enlèvement international d'enfant : violation par le parent gardien d'une restriction territoriale posée par

sens des articles 3 et 5 de la *Convention de La Haye de 1980*, le droit pour un parent uniquement titulaire du droit de visite et d'hébergement de s'opposer à la sortie du territoire de son enfant constitue un droit de garde et qu'en conséquence, le déplacement effectué en violation d'un tel droit est illicite⁴³⁴.

Possible, l'interprétation ci-dessus exposée n'est cependant qu'une interprétation jurisprudentielle sujette aux fluctuations conceptuelles des juges. Certainement désireux d'apporter plus de clarté et d'asseoir la stabilité de cette conception, le *Règlement Bruxelles II bis*, a pris soin d'énoncer dans son article 2§11b) que : « *la garde est considérée comme étant exercée conjointement lorsque l'un des titulaires de la responsabilité parentale ne peut (...) décider du lieu de résidence de l'enfant sans le consentement d'un autre titulaire de la responsabilité parentale* ». Au vu des dispositions de cet instrument, il semble donc désormais incontestablement pouvoir y avoir garde en commun dans des hypothèses où la responsabilité parentale n'aurait pas été attribuée conjointement. En conséquence, « *il suffira (...) que l'exigence du consentement de l'autre parent soit imposée par la loi ou une décision pour que la garde soit considérée comme conjointe* »⁴³⁵.

Mais qu'en est-il alors des accords entre parents ? Le parent qui s'est engagé à ne pas quitter le territoire de la résidence familiale ne doit-il pas respecter cet engagement ? La méconnaissance de la convention parentale ne constitue-t-elle pas tout autant une violation d'un droit de garde assorti de limites ? La Cour de cassation a répondu par l'affirmative par un arrêt du 22 avril 1997 et

l'État de résidence, Rev. crit. 2010, P. 519 ; A. BOICHE, Commentaire de plusieurs décisions : CJUE, 5 octobre 2010, Cour Suprême des États-Unis, 17 mai 2010, CEDH, 6 juillet 2010, Cour de cassation, Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010 et CJUE, 1^{er} juillet 2010, Enlèvement illicite d'enfants : actualité jurisprudentielle de la convention de La Haye, AJ Famille 2010, P. 482.

Décision disponible sur le site de la Cour suprême des États-Unis : www.supremecourt.gov

⁴³⁴ C'est là encore la solution retenue par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence dans son arrêt du 23 mars 1989, lequel se réfère à l'article 5 de la Convention de La Haye de 1980 pour justifier sa solution. Ainsi, pour la Cour, la faculté du parent non gardien d'autoriser ou de s'opposer au déplacement de la résidence de l'enfant dans le cadre d'une restriction géographique du droit de garde est considérée comme un droit de garde conjoint au sens de la Convention. Pour plus de détails, cf. la Note d'Yves LEQUETTE : Transfert à l'étranger de la résidence de l'enfant et garde conjointe au sens de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, Rev. crit. 1990, P. 529.

Cf. également sensiblement dans le même sens : Cass. Civ. 1^{ère}, 24 juin 2015, n°14-14.909, A. ALOUANE, La violation du droit de garde par le gardien ravisseur, Rev. Crit. 2016, P.165 ; Note V. LEGRAND, Enlèvement international d'enfants : rappel de l'application stricte de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, Petites affiches, 30 septembre 2015 n° 195, P.11 ; R. MESA, Droit de garde et déplacement illicite de l'enfant, Dalloz actualité, 6 juillet 2015 ; Obs. I. GALLMEISTER, Dalloz 2015, P. 1437 ; Chron. I. GUYON-RENARD, Dalloz 2015, P. 1783.

Plus récemment : Cass. Civ. 1^{ère}, 2 décembre 2015, Violation du droit de garde et illicéité du déplacement, RJPF, n°2, Section brèves, 1^{er} février 2016 ; B. BLOQUEL, Enlèvement international d'enfant : précisions sur la notion de droit de garde au sens de la convention de La Haye du 25 octobre 1980 ; Gaz. Pal., 19 avril 2016, n°15, P.78.

⁴³⁵ E. GALLANT, Thèse précitée, P. 270.

à cette occasion, s'est livrée à une véritable interprétation du domaine de l'article 3 de la *Convention de La Haye de 1980*⁴³⁶. Toutefois, on peut regretter qu'aucune référence à l'article 5 de cette convention aux fins de qualifier la violation du droit de garde en passant par le droit de décider du lieu de résidence habituelle de l'enfant ne puisse être relevée dans cette décision. Et si certains pensent que la solution est conforme à l'esprit du texte⁴³⁷, d'autres ont quand même trouvé l'opération « audacieuse »⁴³⁸.

227. En second lieu, Madame GALLANT admet que l'on puisse penser que « *le droit de garde comporte une limitation géographique sans toutefois que l'autre parent ne soit investi d'un quelconque droit de regard sur l'éventuel déplacement de l'enfant. Il en résulte qu'en cas de déplacement de l'enfant par le parent gardien au mépris de cette assignation géographique, il ne sera pas permis de se référer au droit du parent non gardien sur le fondement de l'article 5 de la Convention. Pourtant, certaines décisions étrangères ont retenu qu'un tel déplacement constituait une violation du droit de garde au sens de l'article 3 de la Convention* »⁴³⁹.

⁴³⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 22 avril 1997, Note Horatia MUIR-WATT, Le non-respect d'un accord des parents sur la résidence de l'enfant constitue une violation du droit de garde, *Rev. crit.* 1997, P. 746.

⁴³⁷ Voir en ce sens, Estelle GALLANT, *L'autorité parentale et la protection des mineurs en droit international privé*, Thèse, Paris 1, 2000. Éd. Defrénois, 2004.

⁴³⁸ En ce sens, M. MASSIP, considère qu'« il est difficile d'approuver le motif de la Cour d'appel qui transforme la garde confiée à la mère en une garde conjointe, interprétation qui paraît pour le moins audacieuse », tout en précisant quand même qu'en l'espèce « il y a bien-sûr eu non retour illicite de l'enfant » : Note sous Civ. 1^{ère}, 22 avril 1997, *Dalloz* 1998, P. 289, spéc. P. 290 ; Defrénois 1997, P. 1336.

⁴³⁹ E. GALLANT, Thèse précitée, P. 271.

Cf. en ce sens l'exemple cité par l'auteur : Cour suprême du Canada du 26 janvier 1994. Dans cette affaire, « il s'agissait d'un enfant dont la garde avait provisoirement été confiée à la mère par un tribunal écossais, lequel avait en outre ordonné que l'enfant demeure en Écosse jusqu'à ce qu'une décision définitive soit rendue. La mère ayant ensuite déplacé l'enfant de l'Écosse vers le Canada pour s'y installer définitivement, le père, investi d'un droit de visite provisoire au moment du déplacement, puis d'un droit de garde après le déplacement de l'enfant, demande aux autorités canadiennes que soit ordonné le retour immédiat de l'enfant en vertu de la Convention de La Haye de 1980. La Cour suprême du Canada décide que le tribunal écossais est investi d'un droit de garde au sens de l'article 5 de la convention et que ce droit de garde est bafoué par le déplacement de l'enfant au Canada. La Cour suprême canadienne se fonde ainsi sur la violation, par le parent gardien, du droit de garde appartenant au tribunal, en ce que ce dernier dispose du pouvoir de lever l'interdiction de déplacement de la résidence de l'enfant et, par conséquent, de décider du lieu de cette résidence ».

Pour de plus amples développements sur cet arrêt, cf. : Note B. ANCEL et H. MUIR-WATT, Application de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfant, *Rev. crit.* 1995, P. 342.

228. En somme, ce qu'il importe de constater, c'est que ces solutions, l'une comme l'autre témoignage d'une interprétation jurisprudentielle extensive de la notion de *garde*, assurent une protection au moins partielle du droit de *visite* et permettent, chacune à leur manière, de fonder l'assimilation des deux notions pour qualifier l'illicéité. En outre, depuis l'avènement en France de la *Loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale*, il apparaît que la violation du droit de garde au sens de l'article 5 de la *Convention de La Haye de 1980* mérite d'être examinée au regard des dispositions de l'article 373-2 alinéa 3 du Code civil prévoyant que « *tout changement de résidence de l'un des parents, dès lors qu'il modifie les modalités d'exercice de l'autorité parentale, doit faire l'objet d'une information préalable et en temps utile de l'autre parent* ». Certes, il ne s'agit là que d'un simple devoir d'*information*, n'impliquant pas véritablement le droit de décider du lieu de résidence habituelle de l'enfant. Mais le juge pourra très certainement quand même tirer les conséquences de la mauvaise foi de celui qui manque de respecter cette obligation si peu contraignante⁴⁴⁰ ...

229. Il reste que le raisonnement ne s'arrête pas en si bon chemin. En effet, complète, l'analyse de Madame GALLANT propose de pousser le raisonnement encore un peu plus loin⁴⁴¹. Ainsi, l'auteur se demande s'il serait possible d'admettre que le déplacement de l'enfant par le parent gardien sans l'accord de l'autre parent, puisse constituer une violation du droit de garde au sens des dispositions du droit conventionnel et ce, alors même qu'aucune mesure préventive n'affecte le droit du parent gardien, qu'aucune décision ni accord n'attribue au non gardien le droit de s'opposer au déplacement. Plus clairement, elle se pose la question de savoir si le droit contenu dans l'article 5 est inhérent à tout droit de visite simple ou s'il nécessite une formulation judiciaire ou même légale.

⁴⁴⁰ Pour une illustration (déplacement purement interne mais riche de sens) : Cass. Civ. 1^{ère}, 4 juillet 2006, Note P. MURAT, Le « principe californien » à la française ou la Cour de cassation part en guerre contre les coups de force, Droit de la famille n° 10, Octobre 2006, comm. 188 ; Note Pierre BOULANGER, Le droit de visite et d'hébergement au regard de l'intérêt de l'enfant, JCP 2006. II. 10177. Également : Versailles, 15 décembre 2010, Note C. NEIRINCK, Compétence territoriale et changement de résidence de l'enfant, Droit de la famille n°10, Octobre 2011, comm. 151 : « Le parent auprès duquel l'enfant a sa résidence habituelle a l'obligation d'informer l'autre parent de son futur déménagement en temps utile. Le fait de s'abstenir volontairement de le faire réalise une fraude qui affecte la compétence territoriale du juge aux affaires familiales liée à la résidence de l'enfant ».

⁴⁴¹ Estelle GALLANT, Thèse précitée, P. 272.

En réponse, l'auteur estime que l'on pourrait sans doute considérer que la nécessité d'obtenir le consentement du parent non gardien pour déplacer l'enfant est due à son « état » de parent et ne serait dès lors pas subordonnée à ce que ce dernier soit investi de l'autorité parentale. En effet, si un parent n'exerçant pas la garde conjointe est privé de certaines prérogatives, on ne saurait cependant admettre trop facilement qu'il soit privé de tout pouvoir et, notamment, de celui d'entretenir avec son enfant des relations affectives par l'intermédiaire des droits de visite et d'hébergement.

Dès lors, il est sans doute permis de considérer que la violation du droit de visite constitue purement et simplement un déplacement illicite par le biais de l'article 5 de la *Convention-enlèvement* et permet de protéger le titulaire du droit de visite. Faudrait-il alors nécessairement provoquer le retour de l'enfant dans son pays d'origine comme en cas de violation d'un « réel » droit de garde ? Arracher l'enfant au parent avec lequel il vit habituellement pour lui garantir de ne pas être abusivement déplacé est-il le meilleur moyen de s'assurer du respect de son intérêt⁴⁴² ? La notion de centre d'attaches et d'intégration mérite-t-elle d'être toujours en priorité envisagée au regard du lieu de résidence habituelle de l'enfant ou faut-il avant tout privilégier sa « cellule de vie » ? Dans cette hypothèse, le transfert du droit de garde au parent le plus respectueux des droits de l'enfant (et de l'autre parent) est à mettre en balance avec la nécessité de responsabiliser les États dans l'obligation qui leur est faite de toujours devoir garantir l'exercice effectif du droit de visite.

⁴⁴² À cette question, la Cour d'appel de Toulouse, dans une décision en date du 27 juin 2000, a semblé répondre par la négative. Dans cette affaire, par jugement en date du 16 octobre 1996, le juge aux affaires familiales toulousain avait entériné l'accord parental relatif à l'exercice commun de l'autorité parentale, fixé la résidence de la fillette chez sa mère et prévu un large droit de visite et d'hébergement au profit du père domicilié dans la même ville. Quelques années plus tard, la mère avait déménagé avec l'enfant en Espagne et informé le père après coup. Ce dernier a en conséquence contesté ce coup de force maternel devant le juge toulousain. Ce dernier a fait droit à sa demande de modification de la résidence habituelle de sa fille à son profit. En réponse, la mère a aussitôt interjeté appel et obtenu infirmation de la décision : si les conseillers d'appel ont pris acte du déménagement et de la mise devant le fait accompli, ce n'est qu'une prise d'acte. Pour eux, l'intérêt de l'enfant devait primer sur tout autre considération, quelle que soit l'attitude des titulaires de l'autorité parentale.

Seulement, en plaçant le débat sur la primauté de l'intérêt de l'enfant après avoir relevé un passage de frontière, la cour a négligé l'aspect international de la situation. Elle a aussi négligé les conventions internationales éventuellement applicables qu'il lui appartenait pourtant de relever d'office, quitte à en rejeter l'applicabilité du fait de la non-intégration du litige dans le domaine conventionnel. Anne BOTTIAU, *Le déménagement brutal à l'étranger justifie-t-il le transfert de résidence chez l'autre parent ?*, Dalloz 2001, P. 2866.

Cette solution est peut être due au fait que la situation en cause soit antérieure à la Loi du 4 mars 2002 prévoyant l'information de l'autre parent en cas de modification de l'exercice des modalités de l'autorité parentale conformément aux dispositions de l'article 373-2 alinéa 3 du Code civil. Au regard de cet article en effet, la sanction aurait peut être été plus sévère comme le laisse penser cet exemple d'un déplacement purement interne (France métropolitaine/Nouvelle Calédonie : Cass. Civ. 1^{ère}, 4 juillet 2006, Op. cit.).

230. Finalement, il est bienheureux que le texte de la *Convention de La Haye de 1980*⁴⁴³ permette à la jurisprudence de concevoir largement la notion de *garde* en lui faisant recouvrir le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant, droit pouvant appartenir au parent non gardien ou même à une institution... De cette manière, indépendamment du titulaire de la garde, le droit de visite simple se trouve indirectement protégé. Néanmoins, pour véritablement justifier le caractère illicite du déplacement, le droit de garde dont il est question doit encore pouvoir justifier l'effectivité de son exercice (B).

B. La nécessaire effectivité de la garde

231. Au titre de l'article 3 de la *Convention de La Haye de 1980*, « *le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite* », à partir du moment où le droit de garde auquel il contrevient « *était exercé de façon effective, seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eut été si de tels évènements n'étaient pas survenus* ». En prévoyant des exceptions au retour de l'enfant illicitement déplacé, l'article 13 du même instrument prend acte de l'exigence d'effectivité. En effet, le retour peut n'être pas ordonné si « *la personne, l'institution ou l'organisme qui avait le soin de la personne de l'enfant n'exerçait pas **effectivement** le droit de garde à l'époque du déplacement ou du non-retour (...)* ». Le caractère effectif de la garde apparaît en conséquence comme un élément essentiel de la définition du déplacement illicite dont un enfant peut faire l'objet.

Il en résulte que cet élément doit pouvoir être cerné. Et c'est encore une fois au regard des dispositions de l'article 5 que l'on peut parvenir à réaliser cette ambition. Ainsi, pour Madame PEREZ-VERA, il y a « *garde effective quand le gardien s'occupe des soins de la personne de l'enfant, même si pour des raisons plausibles, (...), enfant et gardien n'habitent pas ensemble* »⁴⁴⁴. Il est en

⁴⁴³ Notons que, la Convention de La Haye de 1996 reprenant une définition quasi identique à celle de la Convention de La Haye de 1980 dans son article 7§2, il est à souhaiter que la jurisprudence retienne la même définition du droit de garde dans les différentes hypothèses.

⁴⁴⁴ E. PEREZ-VERA, Rapport explicatif de la quatorzième session de la Conférence de La Haye du 25 octobre 1980, in « Actes et documents de la quatorzième session » Tome III, « Enlèvements d'enfants », Conférence de La Haye de droit international privé, 1980.

effet logique de ne pas renvoyer un enfant auprès d'un parent qui ne prend pas vraiment soin de lui. Il est en revanche cohérent de ne pas considérer qu'un parent, qui, pour des raisons valables, confierait son enfant à un organisme de formation ou à un membre de la famille, serait défaillant dans les soins et l'attention portés à sa progéniture.

232. L'effectivité de la garde est donc une condition requise. Mieux, elle peut être vérifiée. Mais il reste encore à savoir à qui il appartiendra de la prouver. Il y a fort à parier que l'ineffectivité de l'exercice du droit de garde saura être un argument de choix dans la défense du parent rapté. Afin de protéger le parent lésé, il semble donc que la *Convention de La Haye de 1980* prévoit de présumer l'effectivité de l'exercice de la garde. Elle met dès lors à la charge de l'auteur de l'enlèvement le soin d'établir l'ineffectivité s'il veut parvenir à faire échec à l'action en remise. De plus, aux fins d'apprécier le caractère effectif ou non de la garde, il convient sans surprise de se placer au moment de l'enlèvement initial⁴⁴⁵. En effet, l'absence de prise sur l'enfant de la part du parent à qui l'on a sans son avis retiré l'objet de ses soins, ne saurait être un moyen de justifier *a posteriori* l'action illicite du parent rapté. Si donc deux enlèvements se succèdent, le seul à devoir être pris en compte semble être le premier⁴⁴⁶ et ce, quand bien même d'autres décisions sur la garde auraient été rendues. L'effectivité comprise, cette étude peut désormais s'attacher à appréhender la source et l'origine du droit de garde susceptible de fonder l'illicéité du déplacement de l'enfant (II).

⁴⁴⁵ Y. LEQUETTE, Rép. Int. Dalloz, 2^{ème} éd., V° Mineur, n°154, cité par E. GALLANT, Thèse précitée, note 165, P. 278.

⁴⁴⁶ Ainsi, il conviendra d'apprécier l'enlèvement initial et, seulement s'il n'est pas établi, d'envisager le second. Le contraire en effet, reviendrait à effacer le premier enlèvement (Cf. la note ci-après citée de M. FARGE).

Pour illustration, cf. : Civ. 1^{ère}, 16 juillet 1993, Note H. GAUDEMET-TALLON, Clunet, 1994, P. 146, cité par E. Gallant, Id., Note 166, P. 278. Également en ce sens : Cass. Civ. 1^{ère}, 5 mars 2014, Note A. BOICHE, Enlèvement illicite d'enfant et contre-enlèvement, juridiction compétente dans le cadre du Règlement Bruxelles II bis, AJ Famille 2014, P. 319 ; Note T. DOUVILLE, Juridiction en cas d'enlèvement illicite d'un enfant suivi d'un retour forcé, Dalloz actualité 26 mars 2014 ; Note M. FARGE, Contre-enlèvement dans l'espace européen : l'hommage de la Cour de Cassation à la Cour de Luxembourg, JCP G n°9, 12 mai 2014, P.555 ; du même auteur, Droit de la famille n°6, juin 2014, comm. 105 ; Commentaire Estelle GALLANT, Clunet n° 3, Juillet 2014, comm. 11 ; Note A. GOSSELIN-GORAND, Déplacement international illicite de l'enfant et compétence du juge en matière de responsabilité parentale : c'est le premier enlèvement qui compte, L'ESSENTIEL Droit de la famille et des personnes, 15 avril 2014, n°4, P.6. Enfin : Civ. 1^{ère}, 13 mai 2015, S. LAVAL, Le contre-enlèvement est une repose licite à l'enlèvement illicite d'enfant, Rev. Crit. 2016, P.146. Notons cependant que si la décision du 5 mars 2014 conclut au maintien de la compétence de l'État membre d'origine, c'est sans pour autant nécessairement signifier que le contre-enlèvement doit être ignoré. Ainsi, dans sa note précitée, Michel FARGE relève que le second enlèvement pourra être sanctionné : il devra être pris en considération par le juge qui aura la charge de statuer au fond sur l'exercice de la responsabilité parentale. La précision est judicieuse car elle prévient opportunément le parent lésé qu'il n'est pas bienvenu de se faire justice soi-même...

II/ La source et l'origine du droit de garde

233. Depuis l'avènement de la *Convention de La Haye de 1980*, il semblerait que la source du droit de garde permettant de fonder l'illicéité du déplacement, possède un caractère diversifié (A). Il n'en demeure pas moins que dans tous les cas, elle doit puiser son origine dans le droit de la résidence habituelle qui était celle de l'enfant immédiatement avant son déplacement transfrontière (B).

A. La source du droit de garde

234. La *Convention de Luxembourg de 1980* a été élaborée en réponse à l'absence de précisions de la *Convention de 1961* au sujet de l'exécution des décisions portant sur l'autorité parentale⁴⁴⁷. Son principal objectif est donc de garantir l'exécution de la décision adoptée dans le but de protéger l'enfant dans l'État sur le territoire duquel ce dernier se trouve. Ainsi, elle entend contribuer à empêcher le parent rapté de bafouer inconsidérément les droits de son ex-conjoint et, de contrevenir à ce que commande l'intérêt du mineur en cause. Mais pour justifier son intervention, l'instrument luxembourgeois commande l'existence d'une *décision* statuant sur le droit de garde ou le droit de visite relatif à l'enfant déplacé⁴⁴⁸. Acte étant pris des divergences entre les États au sujet des institutions susceptibles de se prononcer, la décision requise peut être celle d'une autorité judiciaire ou administrative.

235. À dessein moins restrictifs et très certainement conscients des limites de la Convention précitée⁴⁴⁹, les rédacteurs de la *Convention de La Haye de 1980* ont pour leur part choisi de défendre l'ensemble des rapports d'autorité parentale licites, contre l'enlèvement. Ils se sont ainsi

⁴⁴⁷ Cf. sur ce point le rapport explicatif.

⁴⁴⁸ Il en va de même de la Convention franco-égyptienne du 15 mars 1982, relative à la coopération judiciaire en matière civile y compris le statut personnel, et en matière sociale, commerciale et administrative (Disponible sur le site de la Conférence de La Haye de droit international privé).

⁴⁴⁹ Adair DYER, Rapport sur l'enlèvement international d'un enfant par l'un de ses parents (« Kidnapping légal »), DP n°1, août 1978, « Actes et documents de la XIV^{ème} session », PP. 12 et s. : « Le sérieux problème de l'enlèvement d'un enfant par un de ses parents soulève des difficultés qui vont bien au-delà des conflits normaux en matière de garde des difficultés qui vont et qui ne peuvent pas être rapidement et efficacement réglés au moyen de procédures normales de reconnaissance et d'exécution des décisions en matière de garde des mineurs ».

donné les moyens d'englober les situations d'une louable majorité d'enfants. Voilà pourquoi, l'article 3 de l'instrument conventionnel précise que : « *le droit de garde (...) peut notamment résulter d'une attribution de plein droit, d'une décision judiciaire ou administrative, ou d'un accord en vigueur selon le droit de cet État* ». Applicable par un grand nombre de pays, cet instrument assure donc désormais une prétention d'intervention relativement large puisqu'une réponse à l'enlèvement international d'enfant peut être portée quand bien même le déplacement aurait eu lieu en l'absence de toute décision sur la garde⁴⁵⁰. En réalité, trois sources juridiques peuvent marquer le point d'ancrage des règles destinées à protéger de manière satisfaisante un enfant par son noyau familial.

236. Premièrement, le *rapport d'autorité parentale peut être directement déterminé par la loi*. On parle alors de rapport d'autorité *ex lege* ou de plein droit. La loi à prendre en considération est logiquement celle qui était en vigueur au jour du déplacement⁴⁵¹. Permettre de fonder l'illicéité du déplacement sur une source purement légale est bienvenu. En effet, cela permet d'envisager des hypothèses qui, en l'absence de décision, n'auraient pu trouver de solutions dans le cadre luxembourgeois. En réalité, l'accroissement des naissances d'enfants hors mariage et la multiplication des séparations parentales ont rendu plus pressant le besoin de résoudre les problématiques posées par les familles naturelles désunies. Si donc, à l'instar de ce qui vaut en France, la législation nationale à laquelle il convient de se référer règle légalement les rapports d'autorité parentale, le parent confronté au départ brutal de son ex-conjoint avec son enfant pourra, même avant de saisir un juge, se prévaloir des prérogatives que la loi lui reconnaît au titre de

⁴⁵⁰ Cf. en ce sens cet exemple où, suite à leur déplacement illicite par le père, la Haute cour de Londres avait confié la garde des enfants à la mère. Cette décision ne pouvait évidemment constituer la mesure dont la violation aurait conféré au déplacement un caractère illicite puisqu'elle était postérieure à celui-ci. Mais il suffisait pour que la condition posée par l'article 3 fût remplie que la mère ait exercé antérieurement et en cette seule qualité la garde des enfants. La convention protège, en effet, un droit de garde attribué « conjointement » et « de plein droit », ce qui était en l'espèce le cas. Cass Civ.1^{ère}, 23 octobre 1990, Note Y. LEQUETTE, Définition de l'enlèvement international d'enfant et du risque grave couru par l'enfant, Rev. crit. 1991, P. 407 ; Note J. MASSIP, Au sens de l'art. 3 de la Convention de La Haye du 25 oct. 1980, est illicite le non-retour d'un enfant en violation d'un droit de garde, ce droit pouvant être attribué de plein droit, Dalloz 1991, P. 233 ; Defrénois 1991, P. 297.

⁴⁵¹ Cf. en ce sens l'exemple de la décision rendue par la Cour administrative d'appel de Paris le 11 juillet 1997. Conclusions de J.-P. PAITRE, Refus du Garde des Sceaux de prêter l'assistance prévue par la Convention de La Haye sur l'enlèvement international, RFDA 1998, P.1035 ; Commentaires, H. BOSSE-PLATIERE, Enlèvements d'enfants et adoption internationale : la nécessité d'un contrôle juridictionnel des décisions des Autorités centrales. À propos de l'arrêt rendu par la Cour administrative d'appel de Paris du 11 juillet 1997, RFDA 1999, PP.414-421.

l'autorité parentale. L'intérêt d'une telle possibilité est palpable : en matière d'enlèvement international d'enfant, la célérité est fondamentale. Permettre au parent lésé de ne pas avoir à attendre le prononcé d'une décision revient à lui garantir opportunément un gain de temps considérable en lui ouvrant la voie d'une action immédiate⁴⁵².

237. Ensuite, *le rapport d'autorité parentale peut provenir d'un accord conclu entre les parents et judiciairement homologué*. Déjà permises auparavant⁴⁵³, les conventions parentales occupent une place plus importante en droit interne français depuis l'adoption de la *loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale*. En effet, jadis cantonnée au cadre du divorce sur requête conjointe, la possibilité d'une convention parentale organisant la situation de l'enfant est aujourd'hui toujours offerte aux parents qui se séparent, qu'ils soient mariés ou non, divorcés, ou simplement séparés de fait. L'article 373-2-7 du Code civil prévoit ainsi que « *les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant* ».

La nécessaire homologation des conventions parentales garantit quant à elle un contrôle de nature à éviter que l'un des parents ne soit contraint par l'autre à abandonner ses droits parentaux. Il appartient en effet au juge de vérifier le consentement des parents et de s'assurer du respect de l'intérêt de l'enfant. Mais aussi, et peut être même surtout, l'homologation légitime la force exécutoire attribuée au consensus parental⁴⁵⁴.

⁴⁵² Pour une illustration de la reconnaissance d'un rapport d'autorité parentale de plein droit, cf. Civ. 1^{ère}, 23 octobre 1990 (Références précitées).

Dans cette affaire en effet, le père entendait contester la recevabilité de l'action en faisant valoir que le droit de garde avait été attribué par décision judiciaire à la mère seulement après le déplacement de l'enfant vers l'étranger. Prenant en considération le fait que, le droit anglais de la résidence habituelle de l'enfant attribuait l'autorité parentale conjointement à chacun des parents, la Cour de cassation a fait application des dispositions de l'article 3 de la Convention-enlèvement et à ce titre, estimé que le droit de garde de la mère avait bel et bien été enfreint.

⁴⁵³ Pour illustrations : Versailles, 12 novembre 1992, Note, B. AUDIT, *Appréciation souveraine des juges du fond quant à l'existence d'un risque grave présenté par le retour à l'étranger d'un enfant retenu illicitement en France*, Dalloz 1993, P. 352 ; Note H. GAUDEMET-TALLON, *Clunet* 1994, P.133. Civ. 1^{ère}, 16 décembre 1992, Note B. AUDIT, précitée ; Note J. MASSIP, *Appréciation souveraine des juges du fond quant au risque grave présenté par le retour de l'enfant chez sa mère à l'étranger*, Dalloz, 1993, P.570, Defrénois 1993, P. 721. Civ. 1^{ère}, 16 juillet 1993 ; Note H. GAUDEMET-TALLON, *Clunet* 1994, P. 133, précitée ; Note B. ANCEL, *Rev. crit.* 1993, P.650, précitée ; Cass. Civ. 1^{ère}, 22 avril 1997 ; Note H. MUIR-WATT, *Le non-respect d'un accord des parents sur la résidence de l'enfant constitue une violation du droit de garde*, *Rev. crit.* 1997, P. 746, précitée.

⁴⁵⁴ Rappelons que le principe d'indisponibilité de l'état des personnes s'oppose à ce l'ensemble des règles relatives à l'autorité parentale soit laissé à la libre appréciation des parents.

238. Enfin, *le rapport d'autorité parentale peut, à l'instar de ce que prévoyait la Convention de Luxembourg de 1980, puiser sa source au sein d'une décision – administrative ou judiciaire.* Qu'une telle décision fasse suite à un divorce, ou qu'elle intervienne en réponse à la requête de l'un des parents indépendamment de toute situation de mariage, à partir du moment où elle fonde la garde, elle permettra dans certains cas, d'invoquer à la fois la Convention précitée et la *Convention de La Haye de 1980*⁴⁵⁵.

239. Ces développements nous auront permis de comprendre que le caractère multiple de la source pouvant fonder la garde ouvre le champ des possibles à la lutte contre les déplacements internationaux non souhaitables. Sans toutefois permettre n'importe quoi. En effet, en considérant que le déplacement de l'enfant est illicite lorsqu'il intervient en violation d'un droit de garde *attribué par le droit de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement*, la *Convention-enlèvement* entend cadrer l'origine de la protection évoquée avant de lui permettre de qualifier le déplacement d'enlèvement (B).

B. L'origine du droit de garde

240. Le droit de garde dont le bafouement est susceptible de fonder l'illicéité du déplacement doit avoir été attribué par le droit de l'État de la résidence habituelle de l'enfant⁴⁵⁶ (1). Cela revient à

Notons toutefois que cette affirmation mérite d'être nuancée par un arrêt récemment rendu par la Cour de cassation. En effet, tel que le font valoir les propos d'Inès GALLEMEISTER, par sa décision du 13 février 2013, la Haute juridiction a considéré que « le titre fondant le droit de garde peut (...) résulter d'un accord entre les parents, alors même qu'en l'espèce, celui-ci n'avait pas fait l'objet d'une homologation judiciaire. L'efficacité de cet accord semble, toutefois, dépendre du contenu de la loi nationale ». Note sous Civ. 1^{ère}, 13 février 2013, Enlèvement international : appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant, Dalloz actualité 25 février 2013, Recueil Dalloz 2013, P. 498. Cf. également à propos de cet arrêt la note d'Alexandre BOICHE: Enlèvement international : la Cour de cassation refuse de suivre la jurisprudence Neulinger de la Cour européenne des droits de l'homme, AJ Famille 2013, P. 185.

⁴⁵⁵ Précision faite qu'en cas de conflit entre les deux instruments, le Conseil de l'Europe a recommandé aux Autorités centrales une appréciation au cas par cas et d'appliquer l'instrument le plus approprié. Cf. en ce sens : Information à l'attention des autorités centrales désignées en vertu de la convention relative à la garde des enfants, Conseil de l'Europe, 16 janvier 1998.

⁴⁵⁶ Ce qui comprend, tant les dispositions de la loi interne de l'État de la résidence habituelle de l'enfant, éventuellement interprétées par la jurisprudence, que ses règles de conflit de lois, permettant de désigner une loi étrangère applicable au droit de garde : E. PEREZ-VERA, « Rapport explicatif », spéc. P. 445.

dire que le lieu de la résidence visé doit pouvoir être déterminé préalablement à la désignation du titulaire de la garde (2).

1. L'attribution de la garde par le droit de la résidence habituelle de l'enfant

241. Le choix en faveur de la résidence habituelle de l'enfant telle qu'établie *immédiatement* avant le déplacement vise à éviter de masquer son caractère illicite par une nouvelle décision relative à la garde obtenue dans l'État d'accueil de l'enfant. Il permet en outre en toute logique de garantir à l'enfant un palliatif à un déplacement survenu en contradiction avec une protection présumée décidée conformément à ce que commande son intérêt. Il s'inscrit enfin dans la logique du droit conventionnel de l'enfance. Il n'y en effet qu'à se référer aux dispositions de l'article 16 de la *Convention de La Haye de 1996* attribuant compétence à la loi de la résidence habituelle de l'enfant pour régir les rapports d'autorité de plein droit, afin de s'en rendre compte⁴⁵⁷.

242. Cela dit, poser un cadre ne signifie pas forcément rigidifier à l'excès la source du droit de garde. C'est ce que le rapport explicatif de la *Convention de La Haye de 1980* permet de comprendre⁴⁵⁸. En effet, lorsque l'autorité parentale est issue d'une *décision* –administrative ou judiciaire–, cette dernière peut avoir été rendue par les autorités de la résidence habituelle de l'enfant. Mais elle peut tout aussi bien être le produit des autorités d'un État tiers, à partir du moment où, elle est *susceptible d'être reconnue* dans l'État normalement compétent pour statuer. L'interprétation est judicieuse car elle permet de qualifier l'illicéité d'un déplacement survenu au sein d'une situation complexe : l'hypothèse où, après qu'une décision ait été rendue au sujet de l'autorité parentale dans l'État de la résidence habituelle, l'enfant a été licitement déplacé vers un autre État. Et bien que cet État soit devenu la nouvelle résidence habituelle du mineur, on peut envisager que le parent gardien n'y ait pas (encore) demandé la reconnaissance de la décision ayant fondé ses droits. Il aurait été fâcheux que la mobilité successive de l'enfant ouvre une brèche au parent rapté en lui permettant impunément de contrevenir à la continuité de la protection de son

⁴⁵⁷ D'ailleurs, l'articulation des dispositions de la Convention-enlèvement avec l'article 3 de la Convention de La Haye de 1961 ne semble pas plus poser problème en raison de la référence faite par cet article au droit de la nationalité de l'enfant. Pour plus de détails sur ce point, cf. Agnès BIGOT, Thèse précitée, n°458, P. 314.

⁴⁵⁸ E. PEREZ-VERA, Op. cit. P. 445, n° 66.

enfant. Y aurait-il cependant à craindre que la nécessité de désigner en premier lieu la résidence habituelle de l'enfant, ne puisse quant à elle avoir pour incidence d'ouvrir un autre type de brèche (2) ?

2. Le « principe » de la désignation préalable de la résidence habituelle de l'enfant (à celle du titulaire de la garde)

243. Tandis que l'article 2 de la *Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants* à pris soin de délimiter le champ d'application *ratione personae* de l'instrument à partir de la naissance et jusqu'à l'âge de 18 ans, la *Convention-enlèvement*, elle, s'est contentée de préciser sa compétence dès lors que l'enfant est âgé de moins de 16 ans⁴⁵⁹. De toute évidence, les négociateurs n'avaient pas prévu que le déplacement transfrontière d'une femme enceinte puisse conduire les juges à devoir se prononcer sur la question de l'illicéité du déplacement *in utero* d'un enfant⁴⁶⁰ ! Un arrêt de la Cour de cassation rendu en 2011 a pourtant démontré que cette hypothèse pouvait véritablement se présenter⁴⁶¹. En effet, dans cette affaire, les parents, résidant tous deux aux États-Unis, exerçaient conjointement l'autorité parentale sur leur aîné. La femme, enceinte, s'étant rendue au chevet de son père malade en France, a décidé de ne pas retourner auprès de son époux et, a engagé une procédure de divorce sur le territoire national. Le père n'ayant pas autorisé sa femme à résider durablement en dehors des États-Unis, le déplacement du premier enfant n'a pas eu de mal à être qualifié d'illicite. Cependant, la mère ayant accouché en France du second enfant, il restait à savoir si le seul fait de la naissance en France de l'un des enfants pouvait avoir pour effet d'entraîner la modification de la résidence habituelle de ce dernier.

⁴⁵⁹ Article 4. Limite justifiée par la difficulté d'imposer le retour à un enfant déjà grand.

⁴⁶⁰ D'ailleurs la question ne trouve pas plus de réponse dans le rapport explicatif de la Convention de La Haye de 1980.

⁴⁶¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 26 octobre 2011, Enfants Arthur et Emma, Précisions sur la notion de non-retour d'enfants, JCP G n° 46, 14 Novembre 2011, P. 1236 ; Commentaire Christelle CHALAS, Clunet 2012, P.13 ; Note E. GALLANT, Du déplacement illicite in utero, Rev. crit. 2012, P. 599 ; Obs. Hélène PEROZ, L'ESSENTIEL Droit de la famille et des personnes, 15 décembre 2011 n° 11, P. 5.

Décision confirmée par Civ. 1^{ère}, 20 mars 2013, Note A. BOICHE, Pourquoi la jurisprudence Neulinger ne peut pas être appliquée par les juridictions françaises dans les procédures de retour, Recueil Dalloz 2013, P. 1520.

244. À l'instar de ce qu'affirme Madame GALLANT, en l'absence de précision de la *Convention-enlèvement* sur ce point, « *la question de savoir si, pour que la convention s'applique, l'enfant doit être né aussi bien au moment du déplacement qu'au moment de l'action en remise immédiate reste donc posée, et c'est alors sur le terrain de la qualification du déplacement illicite qu'une réponse doit lui être recherchée : les dispositions relatives à la caractérisation du déplacement illicite, empreintes de l'esprit du texte et du mécanisme de remise immédiate, sont en effet les mieux à même d'apporter une réponse fiable* »⁴⁶².

245. Voyant dans la décision unilatérale de la mère de rester en France, une intention visant à enfreindre le droit de garde du père, tant en ce qui concerne l'enfant déplacé avec elle, que celui né après le déplacement, la Cour de cassation a entendu assurer le retour des deux enfants aux États-Unis. Mais ce qu'il importe de souligner, c'est que la prise en considération de l'enfant conçu a imposé à la Cour de ne pas s'en référer directement à la résidence de l'enfant concerné : nécessairement identique à celle de ses parents, la résidence du nourrisson ne pouvait qu'être située aux États-Unis⁴⁶³.

246. Pour autant, bien que la solution de cette affaire soit satisfaisante en ce qu'elle permet encore une fois de pallier la parade que la mère a tenté afin d'échapper à l'obligation de retour de son enfant, elle a ceci d'étonnant qu'elle conduit à inverser la logique prévalant à la qualification de l'illicéité. En effet, comme le souligne Madame CHALAS, « *si c'est au droit de l'État de la résidence habituelle de l'enfant de dire s'il y a ou non atteinte au droit de garde du parent dépossédé, il est curieux de se fier à la responsabilité parentale partagée des parents pour déterminer la résidence habituelle de l'enfant. En effet, si l'on comprend bien l'article 3 de la*

⁴⁶² Estelle GALLANT, Op. cit.

⁴⁶³ Interprétation à rapprocher du raisonnement de la décision de la CJUE, rendue le 22 décembre 2010 relativement à un nourrisson (Affaire Mercredi). À ce propos d'ailleurs, il est intéressant de relever la définition familiale donnée à la résidence habituelle par les juges français et européen en matière de protection de l'enfance, conformément à ce que cette étude préconise : cf. infra n°484 et suivants (développements corrélatifs au centre d'attaches et d'intégration de l'enfant déplacé).

Pour plus de plus amples développements, cf. CJUE, 1^{ère} ch., 22 décembre 2010, aff. C-497/10 PPU, Barbara Mercredi, Commentaire H. MUIR-WATT, Enlèvement international d'enfant et ordre de retour : compétence et vie privée, Rev. crit. 2012, P. 172.

Convention de 1980, la détermination de la résidence habituelle de l'enfant doit précéder la question de la garde qui doit elle-même conduire ou non au constat d'un enlèvement ou d'un non-retour illicite. Or, dans cet arrêt, la Haute juridiction prend comme point de départ la garde partagée, dont elle déduit la résidence habituelle et enfin le non-retour illicite. Reste qu'il aurait été difficile, voire impossible, de faire autrement étant donné la singularité des faits et que cette analyse aurait plutôt tendance à renforcer l'idée d'une approche fonctionnelle de la résidence habituelle destinée à favoriser le retour des enfants auprès du parent dont ils sont séparés à l'issue d'une voie de fait, ce qui est bien l'objectif cardinal du texte conventionnel »⁴⁶⁴.

247. Ainsi, même si les notions de déplacement et de non-retour commandent généralement d'identifier le lieu de la résidence habituelle de l'enfant précédant le déplacement afin de pouvoir caractériser ensuite le non-retour illicite, la décision pré-étudiée permet de constater que la fixation conventionnelle d'un objectif commun incite les États à raisonner de manière à en assurer autant que possible la réalisation. Et puisqu'en matière d'enlèvement d'enfant il s'agit précisément de garantir que la protection dont l'enfant fait l'objet ne sera pas inconsidérément remise en cause de part le passage d'une frontière, la résidence habituelle d'un enfant peut être située aux États-Unis et ce, quand bien même ce dernier n'aurait jamais quitté le territoire français ! À elle seule, cette affirmation permet de comprendre à quel point la coopération est indispensable. En effet, véritable instrument de prévention contre les déplacements illicites, les solutions auxquelles elle est susceptible de mener ont une chance certaine de décourager la fraude des parents (Section 1).

⁴⁶⁴ Christelle CHALAS, Op. cit.

Section 1 : La coopération interétatique au service de la prévention des déplacements non souhaitables

248. Les mesures préventives à l'enlèvement international d'enfant prévues par le droit international privé commun sont diversifiées. Sans aucun doute en elles-mêmes rassurantes pour le parent qui craint l'enlèvement de son enfant par son ex-conjoint, en pratique, la question de leur opportunité continue néanmoins de se poser (I). Voilà qui justifie la plaidoirie en faveur de l'adoption de solutions conventionnelles, souvent bien plus efficaces et partant, plus dissuasives (II).

I/ Mesures préventives à l'enlèvement international d'enfant en droit international privé commun

249. L'exposé des mesures composant la prévention nationale du déplacement illicite d'un mineur permet de considérer à sa juste valeur l'effort du droit interne en matière de lutte contre les déplacements illicites de mineurs. Diversifiées, elles peuvent consister en l'octroi de garanties, voire, à la limitation des droits des parents (A). En outre, et afin de parfaire leur potentiel préventif, elles peuvent parfois être accompagnée d'une mesure d'interdiction de sortie de territoire de l'enfant (B).

A. Garanties, limitation du droit de garde et limitation du droit de visite

250. Les mesures préventives à l'enlèvement international d'enfant peuvent prendre la forme de garanties (1), ou tendre à limiter les droits des parents (2).

1. Garanties

251. En minimisant l'intérêt de l'enlèvement pour son auteur potentiel, tout en assurant à l'autre parent l'exercice de ses droits, les garanties ont pour but de prévenir l'enlèvement international d'un enfant.

252. Dans cette optique, *l'exequatur préalable* peut être demandé par les parties ou ordonné par le juge. L'opération vise à garantir l'efficacité à l'étranger⁴⁶⁵ de la décision prise en France à propos de l'autorité parentale⁴⁶⁶. Mais l'exequatur à titre préventif n'est pas une garantie absolue : le parent concerné peut toujours se rendre dans un pays tiers ou demander la révision de la décision d'autorité parentale... Fort heureusement, l'exequatur préalable n'est pas la seule solution disponible car les juges peuvent aussi avoir recours à des garanties financières⁴⁶⁷.

253. C'est ainsi dans le but d'anticiper la survenance de la non-représentation d'un enfant suite à son déplacement à l'étranger, que le Tribunal de Grande Instance de Paris a été conduit à mettre une *astreinte* à la charge d'un père⁴⁶⁸. Dans cette décision datant de 1982, précision était faite que la mesure pesant sur une personne possédant des biens en France, celle-ci pourrait sans mal être exécutée sur le territoire national. Pour autant, ce qui valait dans cette affaire n'est pas automatiquement généralisable. En effet, il est aisé de se rendre compte que le prononcé d'une astreinte n'exercera de véritable pression sur l'un des parents qu'à certaines conditions : outre la

⁴⁶⁵ À savoir dans le pays de résidence du parent non gardien, ou, dans le pays dans lequel le parent gardien compte s'installer avec l'enfant. Source : E. GALLANT, Thèse précitée, P. 282.

⁴⁶⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 8 décembre 1993, Note H. MUIR-WATT, Des garanties des droits du père naturel lors du changement de résidence de l'enfant, Rev. crit. 1994, P. 553. Dans cette affaire, l'exercice en commun de l'autorité parentale se heurtait à l'ordre public tunisien. En conséquence, le jugement tunisien d'exequatur de la décision française ayant statué sur l'exercice conjoint de l'autorité parentale revêtait un caractère partiel. Partant, il a été décidé que la décision du tribunal consistant à autoriser le transfert en Tunisie du domicile de l'enfant (et de celui de sa mère) intervenait en violation des articles 372-1 et 374 du Code civil.

⁴⁶⁷ Cette option vaut également à l'étranger. Luc BRIAND, Prévenir l'enlèvement international : les pratiques juridictionnelles après la loi du 9 juillet 2010, AJ Famille 2011, P. 416.

⁴⁶⁸ TGI Paris, 25 juin 1982, Gaz. Pal. 1982 (astreinte de 5 000 F par jour de retard en cas de non-représentation de l'enfant).

Cf. également : Paris, 20 février 2003, RJPF 2003, P. 24, Obs. A.M. BLANC, cité par E. GALLANT in, L'autorité parentale et la protection des mineurs en droit international privé, Thèse, Paris 1, 2000. Éd. Defrénois, 2004, note 181, P. 283. Dans cet arrêt, une astreinte a été prononcée à l'égard d'une mère afin de garantir au père l'exercice effectif de son droit de visite. C'est dire que l'astreinte peut être prononcée tant à l'égard du parent non gardien que du parent gardien.

nécessité déjà mentionnée de s'assurer que le parent sur qui pèse l'astreinte possède des biens dans le pays de la résidence habituelle de l'enfant, le montant fixé doit être suffisamment conséquent pour être véritablement dissuasif. Mais bien au-delà de ces considérations, la mesure deviendra en tout état de cause inutile, si, entre la décision lui accordant un droit de visite et le déplacement illicite, le parent concerné a pris le soin d'organiser son insolvabilité !

254. Nous le comprenons donc, quelle que soit la garantie mise en œuvre, le domaine de son effet préventif dissuasif restera limité. En premier lieu, parce qu'il est loin d'être absolu : soit parce que l'auteur de l'enlèvement n'est pas en mesure d'analyser tous les éléments de la situation dans laquelle il se place, soit parce qu'il compte à l'inverse, pouvoir contourner la mesure en faisant jouer en sa faveur les dispositions relatives au retour de l'enfant, et ce, en se prévalant de l'une des exceptions au retour prévues par les textes internationaux en vigueur. Voilà ce qui explique les cas dans lesquels les juges ont estimé plus opportun (efficace) d'avoir recours à des mesures limitatives, que de mettre en œuvre des garanties imparfaites (2).

2. Limitations des droits de garde et de visite

255. Afin d'assurer le maintien de relations personnelles entre l'enfant et ses deux parents et l'obligation faite à ceux-ci de respecter de tels liens, la *loi du 4 mars 2002* a fait état d'une innovation importante. En effet, nous l'avons vu, l'article 373-2 alinéa 3 du Code civil prévoit désormais que « *tout changement de résidence de l'un des parents, dès lors qu'il modifie les modalités d'exercice de l'autorité parentale, doit faire l'objet d'une information préalable et en temps utile, de l'autre parent* ». Cette règle a pour objet d'éviter que le parent non gardien se retrouve devant le fait accompli. En outre, elle lui permet le cas échéant, de manifester son désaccord. Cela dit, si l'article précité semble bien avoir pour but de provoquer une discussion entre les parents sur le lieu de résidence de leur enfant, en l'absence de mesures limitatives à proprement parler, il paraît abusif de considérer que ces seules dispositions puissent s'apparenter à un droit de veto octroyé au parent non gardien, droit qui lui permettrait d'empêcher le déménagement du mineur. En effet, la nécessité d'une information préalable ne saurait être traduite par le caractère

indispensable d'un accord. Et même s'il apparaît évident que le juge confronté à la mauvaise volonté d'un parent qui se garde de prévenir son ex-conjoint sur ses intentions de changer d'adresse, pourra en tirer les conséquences nécessaires⁴⁶⁹, il reste que la possibilité de manifester son opposition ne semble pouvoir être traduite en droit interne, par le droit de décider du lieu de résidence habituelle de l'enfant. La portée de cette permission n'est donc pas d'empêcher la mobilité du gardien, mais d'encourager les parents à se mettre d'accord. S'ils n'y parviennent pas, un recours au juge est possible. Sans interdire le déménagement, ce dernier pourra alors réaménager l'exercice du droit de visite et d'hébergement du parent qui n'a pas la garde⁴⁷⁰. Mais que faire quand le comportement de l'un des parents outrepassa le simple manque d'information et permet véritablement de pressentir le risque d'un enlèvement transfrontière ?

256. Dans ces hypothèses, certaines décisions choisissent d'être radicales et de confier exclusivement l'exercice de l'autorité parentale à l'autre parent⁴⁷¹. Ainsi, tout déplacement de l'enfant en dehors du territoire national par le parent qui n'exerce pas l'autorité parentale, présuppose nécessairement une autorisation de son ex-conjoint⁴⁷². Mais même sans aller jusqu'à la privation de l'exercice de l'autorité parentale, les mesures limitatives, en faisant obstacle au déplacement, semblent *a priori* être des solutions tout à fait aptes à prévenir l'enlèvement. Elles sont dans tous les cas moins extrêmes que la solution consistant à refuser tout droit d'accueil à l'un des parents. Cette solution semble d'ailleurs fort heureusement réservée à certains cas particuliers⁴⁷³.

⁴⁶⁹ En effet, à défaut d'une telle information, le parent rapté s'expose à ce que les juges tirent les conséquences nécessaires de son comportement. Cf. en ce sens : Cass. Civ. 1^{ère}, 4 juillet 2006, Note P. MURAT, Le « principe californien » à la française ou la Cour de cassation part en guerre contre les coups de force, Droit de la famille n° 10, Octobre 2006, comm. 188. Dans cette affaire – certes purement interne – les juges ont cherché à savoir si la mère qui a brusquement déménagé en Nouvelle-Calédonie sans en avertir le père, n'entendait pas par là de refuser de respecter le droit de ses enfants à entretenir des relations régulières avec leur père.

⁴⁷⁰ H. FULCHIRON, L'autorité parentale rénovée (commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale), Defrénois 2002, Art. 37580, spéc. P.976.

⁴⁷¹ En ce sens, cf. Civ. 1^{ère}, 17 janvier 2006, n° 03-14.421.

Remarquons que les juges peuvent également décider de priver l'un des parents de l'exercice de l'autorité parentale suite à la réalisation d'un enlèvement, notamment lorsque celui-ci est opéré dans des circonstances « particulières ». Pour une illustration (violences) : Aix-en-Provence, 21 octobre 1989, Note A. GABRIEL, L'enlèvement de l'enfant par sa mère justifie la perte de l'exercice de l'autorité parentale, JCP 2010, P. 240.

⁴⁷² Cf. pour illustration : Lyon, 28 février 2011, RG n° 10/03852.

⁴⁷³ Par exemple, lorsque le parent déjà condamné pénalement pour des faits de soustraction d'enfant, présente également des troubles psychologiques graves (Chambéry, 7 décembre 2009, RG n° 09/00706).

257. À notre connaissance, la Cour de cassation a admis pour la première fois le principe des mesures limitatives dans un arrêt du 12 janvier 1972⁴⁷⁴. Deux types de limitations sont possibles : premièrement, *la limitation du droit de garde*. Elle se manifeste par une restriction de la liberté de modifier le lieu de la résidence de l'enfant et de le fixer dans un pays étranger. La restriction géographique du droit de garde est imposée par le juge dans le cadre de la séparation du couple parental, ou, peut même être prévue par la convention des parents⁴⁷⁵. Elle a pour conséquence d'obliger le parent gardien désireux de modifier la résidence habituelle de l'enfant, à s'adresser selon les cas, soit au juge, soit à l'autre parent pour obtenir l'autorisation de déplacer le lieu de résidence de l'enfant vers un pays étranger⁴⁷⁶. Ensuite, moins délicate et plus courante, *la limitation du droit de visite*. Elle consiste en une localisation de ce droit au domicile du parent gardien, d'un membre de la famille, d'un tiers ou encore, au sein d'un établissement public, et implique l'exclusion d'un droit d'hébergement à l'étranger⁴⁷⁷.

258. Pour une pleine efficacité, ces limitations s'accompagnent généralement d'une interdiction de sortie du territoire⁴⁷⁸ (B). Au besoin, les pièces d'identité des parties concernées peuvent également devoir être déposées auprès d'un auxiliaire de justice ou d'une autorité consulaire⁴⁷⁹.

⁴⁷⁴ Civ. 2^{ème}, 12 janvier 1972, Bull.II. n°8, P. 6. Dans un arrêt plus remarqué du 3 février 1982, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation a confirmé la possibilité d'assortir le droit de garde ou le droit de visite d'un parent, de mesures restrictives : Note. P. LAGARDE, Rev. crit. 1982, P. 558 ; L. CHATIN, Comment prévenir les déplacements ou les rétentions illicites d'enfants à l'étranger, l'arrêt de la Cour de cassation du 3 février 1982, Gaz. Pal. 1982.

⁴⁷⁵ Qui, rappelons-le, depuis la loi du 4 mars 2002, est admise de façon générale.

⁴⁷⁶ Pour une affaire où la garde des deux enfants avait été confiée au père avec l'obligation de maintenir la résidence des enfants en Angleterre ou au pays de Galles, sauf autorisation expresse écrite de la mère : TGI Grasse, 7 avril 1988 et Cour d'appel d'Aix en Provence, 23 mars 1989, Note Y. LEQUETTE, Rev. crit. 1990, P.529.

Cette affaire nous démontre que les mesures limitatives conduisent parfois presque à conférer au parent non gardien, une sorte de droit de veto de nature à véritablement bloquer le parent gardien.

⁴⁷⁷ Pour un cas où le droit de visite devait s'exercer dans les locaux dépendant de la ville où les enfants résidaient : Versailles, 12 novembre 1992, Note H. GAUDEMENT-TALLON, Clunet 1994, P.133 ; obs. B. AUDIT, Dalloz 1993, Som. 352.

⁴⁷⁸ Cela vaut d'ailleurs davantage pour la limitation du droit de visite, que pour les restrictions portées à la garde.

⁴⁷⁹ L. CHATIN, Op. cit. ; E. GALLANT, Thèse précitée, P. 284.

B. Interdiction de sortie de territoire

259. En elle-même, la solution consistant à interdire la sortie de l'enfant du territoire peut paraître tout à fait opportune et justifiée (1). En effet, comment mieux pallier le risque d'enlèvement transfrontière, qu'en empêchant le déplacement ? Pareille orientation ouvre cependant le débat de sa compatibilité avec le principe de la liberté d'aller et venir (2).

1. L'interdiction de sortie de territoire de l'enfant en elle-même

260. L'interdiction de sortie de territoire a été prévue en France par une *Circulaire du Ministère de l'intérieur du 11 mai 1990 relative au franchissement des frontières nationales par les mineurs de nationalité française*. Pour le cas où un enlèvement était à craindre⁴⁸⁰, ce système permettait au juge d'« ordonner l'inscription sur le passeport des parents de l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français sans l'autorisation des deux parents »⁴⁸¹. Mais « le dispositif (...) d'inscription sur le passeport parental de l'interdiction de sortie du territoire (semblait) dépourvu

⁴⁸⁰ La mesure ne pouvant en effet être ordonnée en l'absence de risque d'enlèvement. Cf. en ce sens : Cass. Civ. 1^{ère}, 15 mai 2008, n° 07-17.723 : JurisData n°2008-043933 (refus) ; Cass. Civ. 1^{ère}, 3 mars 2010, n° 08-21.059 : JurisData n° 2010-001248 (admission). D'ailleurs, la seule constatation de liens avec l'étranger ne saurait suffire à faire présumer le risque d'enlèvement. Cf. en ce sens L. TALARICO, L'interdiction de sortie du territoire de l'enfant sans l'accord des deux parents : exigence légale ou pouvoir du juge ? Droit de la famille n°4, Avril 2011, Étude 11 : « dans une décision du 16 mai 2007, la cour d'appel de Bordeaux affirme qu'interdire par principe les sorties de l'enfant du territoire national reviendrait à l'empêcher de connaître le pays d'origine de ses parents, à le couper de sa culture, à l'isoler de sa famille, tous faits contraires à la volonté de la Convention internationale sur les droits de l'enfant fondée sur la recherche de l'intérêt qualifié supérieur de celui-ci. Dans le même sens, la cour d'appel d'Aix-en-Provence considère qu'il faut lever l'interdiction de sortie du territoire de l'enfant, que son père a le droit d'emmener en Afrique pour connaître ses origines, alors qu'aucune raison ne fait craindre un enlèvement d'enfant ».

Cf. en outre : Nancy, 25 janvier 2013, n°11/02358, Dalloz jurisprudence (Refus en raison de l'absence d'un risque d'enlèvement vers la Tunisie) et Lyon, 19 mars 2013, n°12/04743, Dalloz jurisprudence (Refus de prononcer l'interdiction de sortie de territoire demandée par la mère en raison de l'absence de risque d'enlèvement et ce, même si la Côte-d'Ivoire, pays dont est originaire le père, n'est pas partie à la Convention de La Haye de 1980). Contra, Versailles, 28 février 2013, n° 12/05037, Dalloz jurisprudence (Admission de la demande d'interdiction de sortie de territoire en raison de l'existence d'un risque d'enlèvement par la mère vers la Russie).

Enfin, précision doit être faite que les difficultés passées ne saurait suffire à interdire la sortie du territoire d'un enfant : Cass. Civ. 1^{ère}, 16 avril 1991, Bull. 1991 I n°136 P. 91.

⁴⁸¹ Article 371-2-6 alinéa 3 issu de la loi du 4 mars 2002.

Bien que de prime abord bien pensée, l'opération pouvait s'avérer impraticable, et ce, notamment si le parent concerné par la mention refusait d'obtempérer. Le parent craignant l'enlèvement n'avait alors qu'une solution à sa portée : saisir une juridiction aux fins de faire procéder à la modification des modalités d'exercice de l'autorité parentale (Réponse ministérielle n°18991 : JOAN Q, 9 mars 2004, P. 1878 ; AJ Famille 2004 P. 119).

de toute effectivité »⁴⁸², notamment en raison des incertitudes pesant sur la qualification d'un tel acte. Pour le Conseil d'État et le Rapport Léonetti, l'inscription de l'enfant sur le passeport de l'un de ses parents constituait un acte usuel de l'autorité parentale⁴⁸³. Le parent qui procédait à une telle demande, ne semblait donc pas tenu de prouver que l'autre parent avait consenti à cette démarche⁴⁸⁴. Pour autant, la jurisprudence civile paraissait laisser libre la voie du doute et de l'interprétation⁴⁸⁵. De plus, il était impossible pour le juge français d'ordonner l'apposition d'une telle mention sur un passeport étranger⁴⁸⁶. Or, c'est précisément lorsque l'un des parents est étrangers – ou binational-, que l'opération visée pouvait être utile⁴⁸⁷. Aussi, depuis le *Décret n°2005-1726 du 30 décembre 2005 relatif aux passeports électroniques*, le mineur doit avoir son propre passeport, ce qui ne fait qu'accroître l'inutilité de l'inscription susmentionnée. En effet, d'une part, pour le Code civil, comme pour la Cour de cassation, l'inscription de l'interdiction ne visait que le passeport des

⁴⁸² L. GEBLER, in « Dossier Coparentalité », AJ Famille 2009, P.150 ; Rapport LEONETTI, Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers, P. 63.

⁴⁸³ CE, 8 février 1999, obs. P. MURAT, Dr. Fam. 1999, comm. n° 40 ; obs. F. VAUVILLE, Dalloz 2000, Somm. P. 161 ; Rapport Léonetti, Op. cit. P. 57 ; CE, ord. réf. 4 décembre 2002, obs. J. HAUSER, Actes courants et actes usuels : la délivrance d'un passeport au nom de l'enfant ou vers une autorité parentale sur mesure, RTD civ. 2003, P.59. Contra : A. GOUTTENORE, L'interdiction de sortie de territoire de l'enfant : la prudence des juges, Cah. jurispr. Aquitaine et Midi-Pyrénées 2008-2, P. 443.

Notons que la question de la qualification de la décision de sortir l'enfant du territoire national est une illustration parfaite d'une nécessaire mise en balance entre la nécessité de ne pas entraver les initiatives parentales et l'impératif consistant à s'assurer que chacun des parents puisse participer de manière égale à la vie de l'enfant. Le séjour d'un enfant à l'étranger avec l'un de ses parents n'a en soi pas véritablement d'incidence sur la stabilité de la vie de l'enfant. Et pourtant, à partir du moment où un simple voyage se transforme en enlèvement, le bouleversement n'est plus à prouver... Ce qui s'apparente de prime abord à une décision dépourvue de gravité, s'avère en réalité être un bouleversement radical pour le mineur déplacé. Voilà ce qui conduit Laure TALARICO à dire que c'est « dans la prise en compte de la conséquence possible d'une décision ordinaire que la qualification se joue : si l'on tient compte du risque d'enlèvement, on ne peut que militer pour la qualification d'acte non usuel de l'autorité parentale. A contrario, il peut paraître excessif d'imposer le double accord parental pour tout déplacement de l'enfant à l'étranger. L'incertitude de la qualification réside donc dans la prise en compte ou non d'un aléa pour apprécier un acte qui, en lui-même, ne répond pas à la définition des actes non usuels ». L. TALARICO, Op. cit.

⁴⁸⁴ Quand l'exercice de l'autorité parentale est unilatéral, – mis à part quelques exceptions - le parent qui en est titulaire prend seul toutes les décisions relatives à son enfant. Ainsi, la distinction entre acte usuel et acte non usuel n'a pas lieu d'être. À l'inverse, lorsque l'autorité parentale est exercée conjointement, la distinction entre les deux types d'actes reprend tout son sens. Les actes usuels entrent alors dans le cadre de la présomption d'accord prévue par l'article 372-2 du Code civil et permettent à chacun des parents de prendre une décision relative à la situation de leur enfant. Les actes non usuels quant à eux, impliquent au contraire nécessairement un double accord parental. En effet, la coparentalité suppose que chacun des parents participe également à la prise de décisions déterminantes pour l'enfant. L'exception attrayante aux actes usuels permet cependant d'assouplir la rigidité qu'aurait induit l'exigence d'un accord explicite pour les décisions les moins graves.

⁴⁸⁵ Cf. sur ce point les nombreuses décisions contradictoires citées par Laure TALARICO, Id.

Notons en outre les précisions de l'auteur quant à l'incidence des nouvelles dispositions en vigueur sur la qualification désormais plus claire d'acte usuel de l'autorité parentale.

⁴⁸⁶ Cf. en ce sens : Nancy, 30 avril 2010, RG n° 09/00623.

⁴⁸⁷ Laure TALARICO, Op. cit.

parents⁴⁸⁸. D'autre part, l'article 8 du Décret dispensait le parent disposant de l'exercice de l'autorité parentale, de demander l'autorisation de l'autre parent aux fins de faire aboutir la demande d'établissement d'un passeport pour son enfant.

261. Face aux insuffisances de ce dispositif, un nouveau mécanisme de sortie de territoire de l'enfant a été prévu par la *loi du 9 juillet 2010*. Il vise à garantir plus efficacement l'objectif poursuivi par la *loi du 4 mars 2002*, en contrecarrant les écueils rencontrés par l'ancien système.

Aujourd'hui, le nouvel alinéa 3 de l'article 373-2-6 du Code civil permet au juge aux affaires familiales « *d'ordonner l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français sans l'autorisation des deux parents* », et ce, sans limitation de durée⁴⁸⁹. Notons par ailleurs que, conformément aux dispositions du nouvel article 375-7 du Code civil, une interdiction de sortie de territoire peut également être ordonnée pendant une durée maximale de deux ans, dans le cadre de l'assistance éducative. Cette fois-ci, non plus pour empêcher l'un des parents de priver l'autre de tout contact avec son enfant, mais pour éviter que les parents ne tentent de faire échec à une mesure prononcée dans le but de pallier un danger encouru par le mineur à l'occasion d'un droit de visite⁴⁹⁰.

262. En tout état de cause, il mérite d'être souligné que la référence faite au passeport des parents elle, est supprimée. La mesure d'interdiction est en effet désormais rendue publique par inscription au fichier des personnes recherchées⁴⁹¹. Le progrès semble palpable. Et pourtant, il est encore

⁴⁸⁸ Rapport LEONETTI, Op. cit., P. 63.

⁴⁸⁹ A. GOUTTENOIRE, La prise en compte des violences dans le cadre de l'autorité parentale, AJ Famille 2010, P. 518.

⁴⁹⁰ A. GOUTTENOIRE, Ibid. ; Laure TALARICO, Op. cit.

⁴⁹¹ Le Décret n° 2010-569 du 28 mai 2010 relatif au fichier des personnes recherchées, (Journal Officiel du 30 mai 2010), précise en son article 1 que : « Le ministre de l'intérieur (direction générale de la police nationale et direction générale de la gendarmerie nationale) est autorisé à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « fichier des personnes recherchées ».

Le Décret du 10 septembre 2012 organise quant à lui précisément la transmission de l'ordonnance du Juge aux affaires familiales au gestionnaire du Fichier des personnes recherchées qui l'inscrit : le greffier du Juge aux affaires familiales informe le Procureur de la République, de chaque ordonnance d'interdiction de quitter le territoire rendue. Et c'est ensuite à ce dernier de les transmettre au service gestionnaire du Fichier des personnes recherchées.

Une Circulaire du 12 septembre 2012 relative à la présentation du décret du 10 septembre (NOR : JUSC1230524C) a en outre été publiée au Bulletin officiel du ministère de la justice du 18 septembre. Ce texte décrit notamment les informations qui doivent être transmises par le greffe au procureur de la République.

Pour plus de précisions sur ces points, cf. Alexandre BOICHE, Prévenir l'enlèvement illégal d'enfant : précisions du Décret n°2012-1037 du 10 septembre, Recueil Dalloz 2012, P. 2440.

permis de douter que l'actuelle formulation permette véritablement d'améliorer le dispositif. En réalité, la solution consistant à interdire la sortie de l'enfant du territoire national a de forte chance de se révéler inopérante. D'une part car au sein de l'espace Schengen, les contrôles aux frontières ne sont plus une vraie garantie⁴⁹². D'autre part parce que si « *l'inscription sur le passeport était plus largement visible par tout personnel chargé du transport aéroportuaire, la consultation du fichier des personnes recherchées suppose une initiative de l'agent (de police) compétent, laquelle est peut-être plus aléatoire* »⁴⁹³.

263. Enfin, il reste à exposer que, pour faire lever l'interdiction de sortie de territoire, les parents doivent l'un et l'autre en faire la demande auprès d'un officier de police judiciaire. Ce dernier transmettra les informations nécessaires au gestionnaire du Fichier des personnes recherchées – durée et destination. À moins qu'une circonstance particulière ne le justifie, la demande doit avoir lieu au plus tard cinq jours avant la date de départ prévue. Aussi, à l'occasion d'une nouvelle procédure portant sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge aux affaires familiales peut également être conduit à supprimer la mesure d'interdiction de sortir de territoire⁴⁹⁴. Mais à défaut de rapports parentaux apaisés, il ne le fera pas systématiquement. L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 13 février 2014 en est la preuve. À l'occasion de cette affaire, il a en effet été décidé qu'« *il y (avait) lieu de maintenir l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français sans l'autorisation de ses deux parents en raison du caractère conflictuel de la relation parentale. Si la mère, de nationalité française, fait valoir que cette mesure fait obstacle à ce que l'enfant rencontre sa famille maternelle en Algérie, elle ne démontre pas que sa relation avec le père se soit améliorée. En outre, elle ne rapporte pas la preuve du caractère durable de son installation en France* »⁴⁹⁵.

*

*

⁴⁹² Alexandre BOICHE, Ibid.

⁴⁹³ Laure TALARICO, Op. cit.

⁴⁹⁴ Alexandre BOICHE, Op.cit. Pour illustration, cf. : Lyon, 12 septembre 2011, n°10/09393, Dalloz jurisprudence (Mainlevée de l'interdiction de sortie de territoire justifiée par l'absence de risque d'un enlèvement vers la Suisse par la mère).

⁴⁹⁵ Paris, 13 février 2014, Note E. VIGANOTTI, Autorité parentale : interdiction de sortie du territoire, AJ Famille 2014, P. 306.

264. Même temporaire, l'interdiction de sortie de territoire accompagnant une limitation du droit de garde ou du droit de visite limite forcément le champ de mobilité de l'enfant et, en conséquence, celui d'au moins l'un de ses parents⁴⁹⁶. La prévention interne de l'enlèvement d'enfant par l'un de ses parents n'est donc jamais anodine. La question de savoir si ces mesures préventives sont compatibles avec le principe de la liberté d'aller et venir se pose dès lors en toute logique (2).

2. La question de la compatibilité des mesures préventives à l'enlèvement international d'enfant avec le principe de la liberté d'aller et venir

265. La liberté de mouvement implique pour chaque individu, le droit de se déplacer librement à l'intérieur de son pays. Elle implique en outre pour toute personne, de pouvoir librement quitter son pays⁴⁹⁷, y revenir⁴⁹⁸, et également, d'entrer librement dans un pays étranger de manière régulière. Or, nous l'avons vu, en visant à empêcher le déplacement illicite d'un enfant, les mesures limitatives peuvent avoir pour conséquence de corrélativement faire obstacle au retour de l'un des parents dans son pays d'origine. Pourtant, si le droit de quitter le territoire national peut souffrir quelques tempéraments, il semble bel et bien que le droit pour un individu, de revenir dans le pays dont il est le ressortissant, soit un droit absolu⁴⁹⁹. La question se pose donc valablement de savoir si les autorités françaises peuvent véritablement empêcher le parent d'un enfant d'accéder à son pays d'origine de manière temporaire ou, pire encore, de manière durable – en restreignant son droit de

⁴⁹⁶ Notons en outre qu'en dehors du contexte de l'enlèvement international d'un enfant par l'un de ses parents, « une circulaire du 5 mai 2014 (INTK1400256J) met en place une nouvelle mesure d'opposition à la sortie du territoire (OST) du mineur sans titulaire de l'autorité parentale. Cette OST permet au titulaire de l'autorité parentale de faire opposition, sans délai, à la sortie de France de son enfant lorsqu'il craint que celui-ci n'envisage de partir à l'étranger, notamment sous l'influence de mouvements radicaux armés. L'enfant sera alors inscrit au fichier des personnes recherchées et signalé au système d'information Schengen (SIS). L'OST est d'une durée de six mois prorogeable sur demande expresse d'un titulaire de l'autorité parentale. Mais elle n'empêche pas le mineur de voyager s'il est accompagné par l'un de ses parents (ou un représentant légal) qui devra alors justifier de sa qualité auprès des services de la police aux frontières » : Opposition à la sortie du territoire d'un mineur, AJ Famille 2014, P. 336.

⁴⁹⁷ Article 12 alinéa 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; Article 2§2 du Protocole n°4 additionnel à la CESDH.

⁴⁹⁸ Article 3§2 du Protocole n°4 additionnel à la CESDH.

⁴⁹⁹ Une interdiction de quitter le territoire ou une restriction de l'accès à certaines zones du territoire peuvent être envisagés dans le but de préserver l'ordre public. En revanche, aucun texte ne prévoit que le ressortissant d'un État ne puisse avoir accès au territoire dont il « dépend ».

garde. La réponse portée à cette interrogation dépend de la résolution d'une question préalable : les restrictions susmentionnées contreviennent-elles aux exigences du principe de la liberté d'aller et venir ?

266. Sur ce dernier point, la jurisprudence ne semble pas nettement tranchée⁵⁰⁰. Quant à la doctrine, elle paraît pencher en faveur d'une analyse pondérée, réfléchie et bien argumentée. Ainsi pour exemple, se refusant à anéantir tout intérêt au dispositif préventif interne, Bernard ANCEL considère qu'il convient de distinguer « *selon que la mesure a pour objet ou qu'elle a pour incidence d'entraver l'exercice de la liberté résidentielle* »⁵⁰¹. Or, il serait sans doute abusif de considérer que les mesures limitatives puissent avoir pour *objet* de réduire les déplacements du parent ou de limiter sa liberté de résidence. Bien davantage, il semble raisonnable d'admettre qu'elles tendent en réalité simplement à empêcher que l'intérêt de l'enfant soit méconnu par un enlèvement de nature à le priver de toute relation avec l'autre parent. Et s'il demeure évident que ces mesures ont nécessairement une incidence sur la liberté du parent concerné, ce n'est là que la *conséquence* de l'appréciation de l'intérêt de l'enfant, et non le résultat d'un comportement arbitraire⁵⁰². D'ailleurs, n'est-il pas désormais clair que face à la nécessité de trancher entre l'intérêt de l'un des parents – se mouvoir librement- et l'intérêt *supérieur* de l'enfant – n'être pas illicitement déplacé afin de se voir garantir la permanence de son centre d'attaches et d'intégration, tout en maintenant des relations avec ses deux parents- il conviendra forcément de faire primer ce qui importe au mineur⁵⁰³ ?

⁵⁰⁰ En effet, alors qu'un jugement du Tribunal de Grande instance de Périgueux considère ces mesures contraires aux dispositions de la CESDH (TGI Périgueux, 17 mars 1992, Note B. ANCEL, Op. cit. ; Note G. C., La Convention de La Haye relative aux déplacements internationaux d'enfants vise à protéger les droits de garde et ne saurait interdire la liberté d'expatriation du titulaire du droit de garde, Op. cit. ; Note H. GAUDEMET-TALLON, Op. cit.), un arrêt de la Cour d'appel d'Aix en Provence (Aix-en-Provence, 23 mars 1989, Note Y. LEQUETTE, Rev. crit. 1990, P. 529), s'est prononcé différemment. Plus tard, en 2000, la Cour d'appel d'Angers a quant à elle considéré qu'il n'était pas possible de restreindre la liberté du père – chez qui la résidence habituelle des enfants était fixée- de s'installer où il le souhaite : Angers, 14 juin 2000, n° 1999/01488, Dalloz jurisprudence.

⁵⁰¹ TGI Périgueux, 17 mars 1992, Note B. ANCEL, Op. cit.

⁵⁰² TGI Périgueux, Ibid. Également : Rennes, 25 octobre 1999, JCP 2000.IV.2339 ; Toulouse, 27 juin 2000, obs. Anne BOTTIAU, Le déménagement brutal à l'étranger justifie-t-il le transfert de résidence chez l'autre parent ? Dalloz 2001, P. 2866.

⁵⁰³ Civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, Enfant Laëtitia, Note E. GALLANT, Rev. crit. 2007, P. 603 (précitée) :

À l'occasion de cet arrêt, « la Cour de cassation a censuré les juges du fond pour avoir motivé leur décision d'autoriser une mère à partir à des milliers de kilomètres par des motifs « sans rapport avec l'intérêt de l'enfant considéré comme

*

*

*

267. Même légitimes, même justifiées, les mesures limitatives sont-elles réellement la garantie d'une prévention efficace contre le risque d'enlèvement international d'enfant ? Rien n'est moins sûr... En effet, pour être véritablement préventives, encore faudrait-il que les solutions proposées en droit interne soient revêtues d'une réelle force dissuasive. Malheureusement, il semble que la dissuasion reste dans la plupart des cas intimement liée à l'efficacité de la coopération judiciaire. En clair, ce n'est que si le parent est certain que le déplacement illicite de son enfant l'obligera au retour, qu'il prendra conscience qu'il est préférable, pour lui comme pour le mineur, de ne pas enfreindre le droit de *garde*. Nous le comprenons donc, une meilleure prévention de l'enlèvement international d'enfant et partant, une meilleure lutte contre le risque d'inefficacité de la protection décidée dans l'intérêt du mineur, est nécessairement conventionnelle (II).

II/ Pour une meilleure prévention des risques liés à l'enlèvement international d'enfant : les solutions tirées du droit conventionnel

268. Exactement à l'inverse de l'opération consistant à restreindre le déplacement transfrontière de l'enfant afin de le préserver contre l'enlèvement, certaines conventions internationales ont choisi d'affirmer et de défendre la nécessité d'accorder un droit de visite transfrontière au parent chez lequel l'enfant ne réside pas habituellement. Mais si ces instruments peuvent sans mal considérer qu'une telle option est une solution préventive « optimale » (A), c'est sans l'ombre d'un doute

primordial ». La force de cette affirmation réside dans le fait que, même si jusqu'à présent les décisions concernant l'enfant étaient en principe guidées par son intérêt concret, encore faut-il dorénavant que les juges du fond veillent tout particulièrement à caractériser formellement cet intérêt. L'intérêt de l'enfant est ici utilisé en tant que critère central autour duquel doit s'articuler la motivation des juges du fond. Les juges devront ainsi s'attacher à écarter de leurs motivations toutes les affirmations qui seraient consacrées à défendre les intérêts individuels des parents, pour privilégier celles qui concernent l'enfant et son intérêt ».

parce qu'inscrits dans un cadre coopératif, ils s'avèrent être en eux-mêmes la meilleure garantie dissuasive (B).

A. L'octroi d'un droit de visite transfrontière : une solution optimale tirée de la coopération interétatique

269. L'octroi d'un droit de visite transfrontière consiste à permettre au parent non gardien de recevoir son enfant dans le pays où il vit, pays par définition différent de celui dans lequel le mineur réside habituellement. L'exercice d'un tel droit n'étant pas sans risques, nous l'avons vu, des mesures limitatives ont été imaginées de manière à pallier les inconvénients susceptibles de préjudicier aux droits du parent titulaire de la garde de l'enfant⁵⁰⁴. Malheureusement, ces mesures tendent parallèlement à donner au droit de garde, une considération plus élevée que celle attribuée au droit de visite. En tout état de cause, elles supposent de se placer du point de vue du parent titulaire de la garde. Et cela n'a rien d'incompréhensible. Il n'est en effet pas rare que l'exercice d'un droit de visite soit une occasion d'enlèvement saisi par le parent frustré de ne plus pouvoir partager le quotidien de son enfant. Certaines situations sont encore plus dramatiques et traduisent l'action d'un parent désireux de porter préjudice à son ex-conjoint et, qui pour ce faire, choisit d'utiliser l'enfant comme une arme.

Mais quelle que soit l'hypothèse, la plupart du temps, le réflexe est de plaindre le parent qui, mis sur le fait accompli, se voit radicalement dépossédé de son enfant. D'ailleurs, en remontant un peu le temps, il est aisé de remarquer que lors de l'élaboration de la *Convention de 1980*, l'essentiel de la problématique se résumait dans l'enlèvement opéré par le parent non gardien. La mise en œuvre de mesures limitatives se justifiait dès lors très logiquement. Cela dit, en sus de cultiver l'inégalité parentale, il faut bien reconnaître que cette position avait ceci de fâcheux qu'elle menait nécessairement à fragiliser les liens que l'enfant aurait du pouvoir entretenir avec le parent chez qui il ne résidait pas habituellement. Dès lors, bien que l'enlèvement international d'enfant soit toujours un drame inacceptable, les rôles « méchant/gentil » ne pouvaient pas persister à être systématiquement répartis de la même manière entre visiteur et gardien.

⁵⁰⁴ Cf. supra n° 249 et suivants (sur les mesures préventives à l'enlèvement international d'enfant).

270. C'est ainsi qu'à l'aube de l'augmentation continue des échanges internationaux, la conscience elle-même croissante de l'importance des liens unissant l'enfant à ses deux parents, a progressivement tendu à plaider en faveur d'une égalité plus accentuée entre garde et visite et, partant, à revaloriser les droits des parents simplement « visiteurs ». En effet, pour mieux saisir la réalité de l'enlèvement, il restait encore à se placer du point de vue du parent (potentiellement) rapteur. Il a donc peu à peu été mis en avant que la volonté manifestée par l'attitude du parent gardien qui fait systématiquement obstacle aux rendez-vous avec le mineur⁵⁰⁵, comme le refus judiciaire d'un contact satisfaisant, pouvaient être autant de « bonnes » raisons de nature à pousser le parent chez qui l'enfant ne réside pas habituellement, à s'engager dans la voie d'un enlèvement auquel il n'aurait même pas pensé s'il se voyait valablement garantir le droit d'entretenir des liens réguliers avec son enfant. Cette prise de conscience ne pouvant rester sans effets, elle a ouvert la voie d'une réflexion à propos des moyens susceptibles de pallier ce risque, et ce, notamment par le biais de la prévention.

271. Voilà donc ce qui conduit aujourd'hui l'internationaliste à croire que l'octroi d'un droit de visite transfrontière puisse contribuer à efficacement réduire le risque d'enlèvement. Voilà encore de quoi le convaincre qu'en cas d'enlèvement avéré, l'octroi d'un tel droit puisse dans de nombreuses situations véritablement garantir le retour de l'enfant illicitement déplacé⁵⁰⁶. De là à plaider en faveur de l'attribution d'un droit de visite transfrontière aussi souvent que possible quand les parents résident dans des pays différents, il n'y a donc qu'un pas. D'ailleurs, dans la mesure où aucune circonstance réellement exceptionnelle ne laisse penser que l'octroi d'un tel droit pourrait être préjudiciable à l'enfant, il ne peut qu'être souhaitable de permettre au mineur d'être reçu par son parent dans un pays qui représente généralement une part entière de sa culture !

⁵⁰⁵ Bonne ou mauvaise d'ailleurs. L'attitude du parent gardien peut en effet procéder d'une bonne intention. Il en ira par exemple ainsi dans le cas où l'enfant refuserait de voir le parent visiteur. Mais le comportement du parent titulaire de la garde peut également être beaucoup moins bien intentionnée et ne faire que refléter le conflit persistant du couple désuni.

⁵⁰⁶ Pour une vision générale du droit de visite transfrontière à la fois en tant que prévention du retour et garantie du retour, cf. les développements d'Anne RICHEZ-PONS, in : Les enlèvements d'enfants à travers les frontières, « Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille » (sous la direction de H. FULCHIRON), Journées du 20 et 21 novembre 2003, Lyon, Bruylant, 2004, PP. 500-510.

En outre, dans tous les cas, on peut voir dans la possibilité pour un parent, de recevoir son enfant dans le pays de sa résidence, une garantie du droit de ce dernier à entretenir des relations personnelles avec ses deux parents, droit – auparavant négligé mais - que défendent désormais clairement différents textes internationaux⁵⁰⁷. Cette conception va cependant radicalement à l'encontre de celle prévalant dans les pays nordiques où, tout droit de visite transfrontière est encore refusé au parent non gardien à partir du moment où celui-ci réside dans un pays étranger non nordique⁵⁰⁸. Fort heureusement, la position de la France n'est pas si radicale.

272. Bien que la prévention des enlèvements par l'octroi d'un droit de visite transfrontière soit relativement récente, mise en place par la *Convention franco-algérienne du 21 juin 1988*, elle fait aujourd'hui pleinement partie des dispositions de notre droit. À regret applicable aux seuls enfants légitimes⁵⁰⁹, cet instrument se réfère dans son préambule au principe déjà mentionné du maintien des relations de l'enfant avec ses deux parents, puis, en tire logiquement les conséquences à l'alinéa 2 de son article 6, prévoyant que : « *toute décision judiciaire rendue par les juridictions des parties contractantes et statuant sur la garde de l'enfant, attribue un droit de visite, y compris transfrontière à l'autre parent* »⁵¹⁰. Partant, « *toute décision statuant sur la garde de l'enfant doit attribuer à l'autre parent (un droit de visite transfrontière qui) ne peut être adapté dans les modalités de son exercice, conformément à l'intérêt de l'enfant, que si le juge caractérise le cas de circonstances exceptionnelles mettant directement en danger la santé physique ou morale de*

⁵⁰⁷ Pour exemples, cf. l'article 4 de la Convention sur les relations personnelles concernant les enfants du 15 mai 2003 (Disponible sur le site : <http://conventions.coe.int>). Cf. également les articles 9§3 et 10§2 de la CIDE.

Pour plus de détails sur le droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses deux parents : E. SCHAEFFER, La convention de New York et la protection du droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses deux parents séparés résidant dans des États différents, in « La protection juridique et sociale de l'enfant », IDEF, Bruylant, 1993 ; J. POUSSON-PETIT, Le juge et les droits aux relations personnelles des parents séparés de leurs enfants en France et en Europe, RIDC 1992/4.

⁵⁰⁸ Conférence de La Haye de DIP, Actes et documents de la quatorzième session, voir les réponses données par le Danemark, la Norvège et la Suède à la question n°19 du questionnaire établi par A. DYER concernant l'octroi d'un droit de visite transfrontière, P. 82, P. 111 et P. 120.

⁵⁰⁹ Pour une illustration de l'inapplicabilité de la Convention franco-algérienne aux enfants naturels et sur la question de sa potentielle application aux enfants légitimés : cf. C. CHOAIN, Note sous Douai, 16 mars 1992, Légitimation d'un enfant naturel dans le but de permettre à son père de nationalité algérienne d'exercer un droit de visite transfrontière en application de la Convention franco-algérienne du 21 juin 1988, Dalloz, 1993, P.124.

⁵¹⁰ En effet, puisque Préambule de la Convention du 21 juin 1988, considère que « l'intérêt de l'enfant commande qu'il puisse conserver des relations paisibles et régulières avec ses parents séparés, où qu'ils résident », ses négociateurs ont fait du droit de visite transfrontière le corollaire nécessaire et obligatoire du droit de garde (article 6).

l'enfant »⁵¹¹. En outre, en vertu de l'article 9 de l'instrument bilatéral, la décision attribuant le droit de visite vaut autorisation de sortie de territoire. L'enfant doit donc pouvoir circuler librement entre les deux pays dans lesquels résident ses parents séparés. Mais comment alors apaiser les craintes du parent à qui l'on impose de laisser son enfant traverser les frontières ?

273. Apparaissant « *en net retrait par rapport à d'autres conventions bilatérales conclues par la France et ce au regard des effets que peut susciter le droit de visite sur l'intangibilité du droit de garde attribué par la juridiction compétente* »⁵¹², la Convention franco-algérienne a pris soin d'être également dissuasive. En effet, elle « *exclut, en ce qui la concerne, l'hypothèse que le droit de garde attribué par la juridiction compétente puisse être remis en cause à l'occasion d'un enlèvement d'enfant de la part du parent titulaire du droit de visite. Ceci signifie que les prérogatives attachées à la qualité de parent gardien sont intangibles, même s'il est démontré que l'enfant s'est réinséré de façon harmonieuse et complète dans son nouveau milieu et qu'il ne souhaite conserver de liens exclusifs qu'avec le parent non gardien. Aucun événement, aucune circonstance ne peut intervenir qui amèneraient le juge à aménager le droit de garde après que l'enfant a été ravi au parent gardien et vécu loin de lui pendant une longue période. On mesure à travers l'« immunité » ainsi attachée au droit de garde par la Convention algéro-française, que le droit de visite à l'occasion duquel un des parents a enlevé l'enfant pour le conduire dans le pays de sa nouvelle résidence, ne confère aucun titre à celui-ci pour réclamer ultérieurement un réexamen au fond de l'attribution du droit de garde* »⁵¹³. Et si ces dispositions ne parvenaient pas à être

⁵¹¹ Cass. Civ, 1^{ère}, 16 avril 1991, Note B. ANCEL, Du droit de visite transfrontière d'un enfant franco-algérien, Rev. crit. 1992. P. 328 ; Note F. MONEGER, La référence aux difficultés passées ne permet pas de caractériser les circonstances exceptionnelles exigées pour permettre l'aménagement du droit de visite par le père algérien : interdiction de sortie de territoire, Dalloz, 1992, P.25.

Restrictivement interprétées, les circonstances exceptionnelles requises pour déroger au systématique octroi d'un droit de visite transfrontière peuvent rarement mais sûrement valoir. Un arrêt de la Cour de cassation du 26 janvier 1994 en donne une bonne illustration. Dans cette affaire, la crainte d'un enlèvement résultant de l'attitude du père et les circonstances particulièrement « violentes » dans lesquelles le père, algérien avait fait procéder à la circoncision de ses fils, justifiaient le refus des juges du fond de lui accorder un droit de visite et d'hébergement pour des motifs graves : Note C. CHOAIN, La Convention franco-algérienne relative aux enfants issus de couples mixtes concerne les seuls enfants légitimes. Refus du droit de visite et d'hébergement à un père algérien pour des motifs graves, Dalloz 1995. P. 226.

⁵¹² A. MEBROUKINE, La convention algéro-française du 21 juin 1988 relative aux enfants de couples mixtes séparés. Le point de vue d'un Algérien, Rev. crit. 1991.

⁵¹³ Ibid.

suffisamment dissuasives, la Convention a encore pris soin de prévoir l'attribution automatique et sans conditions de ressources de l'assistance judiciaire, ce qui contribue sensiblement à limiter les risques d'abandon de procédure, faute de moyens⁵¹⁴. De plus, un message fort semble lancé par l'article 7, ce dernier commandant sans détours l'obligation de poursuivre pénalement le parent gardien qui ferait obstacle à l'exercice effectif du droit de visite de l'autre parent⁵¹⁵. Enfin, afin de parfaire son dispositif, l'instrument oblige les parties contractantes à garantir le retour effectif de l'enfant sur le territoire de sa résidence habituelle à l'issue de la période de visite lorsque l'enfant n'a pas été restitué au parent qui en a la garde⁵¹⁶. À charge donc pour les États de garantir le respect des droits de chaque parent !

274. Il reste que seule la *Convention franco-algérienne* procède à la systématisation de l'octroi d'un droit de visite transfrontière. Envisager d'élargir le principe de l'attribution d'un tel droit dans les instruments internationaux multilatéraux, sur un modèle similaire serait pourtant sans doute un bon moyen de satisfaire les attentes des deux parents, tout en garantissant relativement efficacement, le respect de la protection décidée dans l'optique d'une protection satisfaisante de l'enfant déplacé.

Le *Règlement Bruxelles II bis* semble avoir pris acte de cette nécessité de faire évoluer les choses. En effet, son avènement a permis aux décisions relatives au droit de visite, de bénéficier du système du certificat⁵¹⁷. Elles sont ainsi censées circuler bien plus aisément qu'auparavant entre les États membres. De plus, les autorités de l'État d'exécution peuvent intervenir pour aménager le droit de visite prévu par une autre autorité et le rendre effectif, ce qui ne peut qu'être appréciable. En somme, il est donc permis de considérer que la prévention conventionnelle de l'enlèvement international d'enfant, sans être parfaite, mais le droit ne l'est pas, tend à évoluer de manière à renforcer l'efficacité d'une protection décidée dans le but de satisfaire ce que commande l'intérêt de l'enfant. C'est donc pourquoi, « *le nouveau règlement va plus loin dans l'harmonisation que les*

⁵¹⁴ Article 3.

⁵¹⁵ Mais sans prévoir le même type de sanction pour le parent qui violerait l'accord en exerçant son droit de visite. On se demande alors pourquoi le parent gardien n'a pas autant de garanties de retour, que le parent visiteur n'en a de voir son droit effectivement protégé...

⁵¹⁶ Article 8.

⁵¹⁷ Certificat dont les conditions de délivrance sont posées par les articles 40 et 41 du Règlement.

Cf. également à propos : Cass. Civ. 1^{ère}, 4 novembre 2015, n°14-20.050, Marion DESOLNEUX, Certification d'un droit de visite et office du juge, Lamy Droit civil, n° 133, 1^{er} janvier 2016.

règlements CE 1347/2000 et CE 44/2001 et répond à l'initiative de la République française du 15 août 2000 qui portait sur l'exécution mutuelle des décisions relatives à l'exercice transfrontalier d'un droit de visite et d'hébergement, soulignant qu'une des lacunes importantes de la Convention de La Haye de 1980 était l'absence de protection efficace du droit de visite »⁵¹⁸. Quant au respect des droits de l'enfant, il conduit à chaque fois un peu plus les instruments internationaux à se fixer des objectifs (matériels) que le droit international privé commun ne pourrait atteindre. Et si l'octroi quasi-systématique d'un droit de visite transfrontière semble être de ces objectifs, c'est sans nul doute au regard de ses avantages, plus pesants dans la balance que ses inconvénients.

De plus, l'efficacité très relative des mesures limitatives internes confrontée à la conscience accrue de l'impérativité de préserver les relations familiales, tend désormais à plaider en faveur de solutions équilibrées. Ces arguments ne suffiront cependant pas à convaincre unanimement que l'octroi quasi systématique d'un droit de visite transfrontière garantira l'absence absolue d'enlèvement. Précisément, ils n'empêcheront personne de croire que des enlèvements seront à nouveau annoncés. Il n'en demeure pas moins que la solution défendue s'inscrit dans un cadre conventionnel. Et c'est là que réside la réelle garantie de son efficacité. En effet, l'assurance du retour de l'enfant par le jeu des mécanisme internationaux, elle, générera à coup sûr un réel effet dissuasif : le parent tenté de garder son enfant à ses côtés réfléchira à deux fois avant d'enfreindre le droit de garde de son ex-conjoint s'il sait pertinemment que l'enfant lui sera tôt ou tard retiré et que de surcroît, il prend le risque de voir son droit de visite réaménagé à la baisse... En somme, la coopération elle-même revêtirait donc un potentiel dissuasif (B).

B. Le caractère dissuasif de la coopération en elle-même

275. En organisant le retour/la remise⁵¹⁹ de l'enfant au cas où celui-ci serait enlevé par l'un de ses parents, le droit conventionnel peut en lui-même contribuer à garantir l'exercice du droit de

⁵¹⁸ C. BUTRUILLE-CARDEW et E. DEFLERS, Les apports du Règlement Bruxelles II bis en matière d'enlèvements internationaux d'enfants, Gaz. Pal. 2005, P. 7.

⁵¹⁹ Le retour intervient en réponse à un enlèvement « pur et simple », hypothèse où l'un des parents emmène illicitement l'enfant à l'étranger. La remise quand à elle semble davantage s'inscrire dans le cadre où, le parent décide de garder l'enfant avec lui à l'occasion de l'exercice d'un droit de visite. Dans le second cas, le déplacement est à l'origine licite. C'est sa prolongation au-delà du temps permis qui en vient à caractériser l'illicéité. Néanmoins, dans cette étude, les deux termes sont indifféremment employés.

visite ou du droit de garde. En ce sens, il peut être fait état d'une décision du 14 décembre 1993, par laquelle la Cour d'appel de Paris a eu l'occasion de rejeter la demande d'une mère tendant à l'interdiction de sortie du territoire de ses enfants, au motif que la *Convention de La Haye de 1980* « constitue une garantie juridique de retour des enfants à l'issue de l'exercice du droit de visite et d'hébergement du père »⁵²⁰. C'est dire comment les juges peuvent se laisser convaincre que la simple existence d'un instrument conventionnel suffise à prévenir le risque d'enlèvement, au point qu'aucune autre mesure préventive ne soit nécessaire. Mais si une telle motivation est valable, c'est sans aucun doute en raison des obligations auxquelles les États s'astreignent en acceptant de coopérer (1), obligations qui, fondamentalement appuyées, ne resteront dans la plupart des cas pas lettre morte (2).

1. Obligations internes découlant des initiatives conventionnelles

276. La souveraineté, pierre angulaire du droit international public, implique l'autonomie et l'indépendance dans les relations entre les États. Ainsi, l'État n'est tenu d'obéir à aucune autorité politique ou juridique prétendument supérieure à lui. Il n'est en réalité soumis qu'aux seules décisions et règles qu'il s'impose lui-même⁵²¹. En outre, le principe de non-ingérence garantit l'État contre toute immixtion extérieure désireuse d'opérer dans sa sphère d'intervention réservée⁵²². Et pourtant, sujets à part entière de la sphère internationale, les États sont régulièrement amenés à nouer des relations entre eux afin de réguler leurs rapports. Comment donc justifier la coexistence simultanée de deux exigences, l'une consistant à respecter l'indépendance et la souveraineté étatiques ; l'autre obligeant à la prescription de normes obligatoires ? Très certainement en exposant que le respect par les États des obligations auxquelles ils ont *choisi* de se soumettre, n'enfreint pas leur souveraineté. Mais sûrement bien plus encore en faisant appel à la logique. En effet, à l'instar de la liberté d'un être qui trouve sa limite dans la liberté de l'autre, la souveraineté d'un État ne doit

⁵²⁰ Paris, 14 décembre 1993, JurisData n° 1993-023859.

⁵²¹ Cf. notamment Sentence arbitrale de M. HUBER, Affaire île de Palmas (Pays-Bas contre Etats-Unis), 4 avril 1928, R.S.A, vol II, P. 834 : « La souveraineté, dans les relations entre États, signifie l'indépendance ».

⁵²² Cf. notamment en ce sens, l'arrêt de la Cour internationale de justice du 9 avril 1949, relatif à l'affaire du détroit de Corfou. Cf. également en ce sens la décision de la CIJ du 27 juin 1986, relative à l'affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua contre Etats-Unis d'Amérique), CIJ, Rec. 1986, P. 14, § 202 : « Le principe de non-intervention met en jeu le droit de tout État souverain de conduire ses affaires sans ingérence extérieure ».

pas être comprise comme un arbitraire absolu. N'est-ce d'ailleurs pas le droit lui-même qui garantit aux États la pleine jouissance de leur souveraineté en les obligeant réciproquement au respect des prérogatives de l'autre ?

En somme, il semblerait donc que la coopération, en initiant un dialogue prompt à déboucher sur un accord, puisse conduire à « obliger » les États à poursuivre et réaliser l'objectif qu'ils se sont fixé en commun. Ainsi donc, cela revient à dire que lorsqu'ils choisissent de s'engager dans la voie de la coopération, les États peuvent accepter de faire peser sur eux certaines obligations, et ce, notamment afin de garantir l'effectivité de la mise en œuvre de l'objectif visé. Le contraire risquerait de rendre le dialogue inutile.

277. Le droit de l'enlèvement international d'enfant semble avoir pris acte de cette réalité. À ce propos, la *Convention de La Haye de 1980* est encore un bon exemple. En effet, ayant accepté d'élever au rang international les questions inhérentes au déplacement, les États parties à cet instrument sont désormais tenus de prendre « *toutes mesures appropriées pour assurer (...) la réalisation des objectifs de la Convention* »⁵²³. À cet effet, ils sont contraints d'assurer : « *la localisation de l'enfant enlevé, la prévention de nouveaux dangers pour l'enfant ou de préjudices pour les parties, la remise volontaire de l'enfant, l'échange d'informations relatives à la situation sociale de l'enfant ou au droit de l'État, l'introduction ou la facilitation de procédures judiciaires afin de permettre le retour de l'enfant et, le cas échéant, l'organisation ou l'exercice paisible et effectif du droit de visite, l'obtention de l'assistance judiciaire et juridique, le retour sans danger de l'enfant, l'obtention de l'information réciproque sur le fonctionnement de la Convention et la levée des obstacles à son application* »⁵²⁴. Pour y parvenir, ils doivent chacun désigner une Autorité centrale qui soit chargée de contribuer à la coopération interétatique, et ce, dans le but d'aboutir à la réalisation des objectifs susmentionnés de la *Convention-enlèvement*⁵²⁵.

Mais le manque de précision sur le rôle exact des Autorités centrales et les moyens qu'elles doivent mettre en œuvre pour atteindre l'objectif visé par la *Convention-enlèvement*, laisse libre

⁵²³ Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 25 octobre 1980. Article 2. Disponible sur le site : HccH <http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.pdf&cid=24> [Convention de La Haye de 1980].

⁵²⁴ Id. Article 7.

⁵²⁵ Id. Article 6.

cours aux États pour décider de la conduite à tenir en pratique⁵²⁶. En réalité, cela démontre que, même lorsque les États conviennent de s'accorder sur la protection, ils se bornent la plupart du temps à la fixation commune d'un objectif protecteur et conservent la responsabilité individuelle de sa réalisation. Cela vaut du moins pour ce qui est des relations familiales qui on le sait, « *constituent le domaine le plus violemment ancré dans les traditions des États* »⁵²⁷. Les initiatives conventionnelles ne sont donc pas tout : le droit interne des États joue à un moment ou à un autre également un rôle important dans la protection de l'enfance déplacée.

278. Voilà ce qui explique pourquoi il appartient aux États membres de la *Convention de La Haye de 1980* de réaliser les objectifs mis à leur charge par le droit conventionnel, et que, pour ce faire, il leur revient de déterminer eux-mêmes le moyen d'y parvenir. En réalité, cela revient à accepter que le bon fonctionnement du droit conventionnel soit astreint au bon vouloir des États à l'origine de son élaboration. Comment donc contraindre ces derniers à la bonne application des solutions de droit international privé adoptées dans un cadre concerté en vue de la satisfaction de l'intérêt de l'enfant ? S'il nous semble permis d'affirmer que l'État puisse être astreint à certaines obligations, il nous reste encore à cerner les moyens qui le contraindront à les respecter. En réalité, parce que « *la méconnaissance des obligations assumées par les États en la matière confine à la violation de droits fondamentaux des individus concernés par l'enlèvement d'enfant, les États auxquels ces violations sont imputables pourraient être incités par les instruments de promotion et de protection des droits de l'homme à faire face à leurs responsabilités, voire être contraints de prendre des mesures positives afin d'échapper aux sanctions mises en place par ces conventions* »⁵²⁸. Cette étude se propose donc une nouvelle fois de mettre à contribution la notion de droits de l'enfant (2).

⁵²⁶ Pour un point sur les différentes pratiques des États, cf. Anne RICHEZ-PONS, Mieux assurer le respect des relations personnelles entre l'enfant et ses deux parents, in « Les enlèvements d'enfants à travers les frontières », Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille (sous la direction de H. FULCHIRON), Journées du 20 et 21 novembre 2003, Lyon, Bruylant, 2004. Annexe 1, Section 8.

⁵²⁷ Sylvain GRATALOUP, L'enfant et sa famille dans les normes européennes, PP. 543-545.

⁵²⁸ Aude FIORINI, Enlèvements internationaux d'enfants – solutions internationales et responsabilités étatiques, Revue de droit de MCGILL, 2006, Vol. 51, PP. 283-284 ; P. 303.

2. Contribution des droits de l'enfant à la bonne application des solutions concertées de droit international privé⁵²⁹

279. Comme le souligne très justement Monsieur MARGUENAUD, « *pendant longtemps, la Cour européenne des droits de l'homme a interprété le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention en accordant une importance particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant sans se préoccuper du point de savoir s'il faisait ou non l'objet d'un consensus international* »⁵³⁰. Évidemment, la CEDH ne peut prétendre régenter tous les instruments internationaux et, en ce sens, limite sa compétence à l'examen de la violation de la CESDH⁵³¹. Cela dit, pour déterminer le sens et la portée des dispositions de l'instrument dont elle est chargée, elle conçoit de parfois se référer aux autres conventions internationales⁵³². Ainsi, la Cour a eu l'occasion de s'appuyer sur la *Convention-enlèvement* afin d'interpréter la teneur de l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme* garantissant le respect de la vie privée et familiale. Quand elle est saisie par un requérant arguant la violation du mécanisme de retour, la CEDH combine donc l'examen de la *Convention de La Haye de 1980*, à celui des dispositions de l'article 8 de la CESDH⁵³³, ce qui lui permet de contribuer à la bonne application des solutions concertées de droit international privé.

280. À ce propos, l'affaire *Ignaccolo-Zenide c/ Roumanie* du 25 janvier 2000 est assez significative⁵³⁴. C'est elle qui en effet, a marqué le tournant consistant à admettre la nécessité d'interpréter les obligations positives inhérentes à l'article 8 à la lumière de la *Convention de La*

⁵²⁹ Pour une étude plus générale, cf. notamment : F. MARCHADIER, La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme à l'efficacité des conventions de La Haye de coopération judiciaire et administrative, *Rev. crit.* 2007, P. 677.

⁵³⁰ CEDH, 19 septembre 2000, *Gnaboré c/ France* : la Cour considère que l'intérêt de l'enfant implique le maintien des liens avec la famille et l'évolution dans un environnement sain. Elle ne fait néanmoins pas référence à l'article 3§1 de la CIDE qui qualifiait déjà cet intérêt de « supérieur » et en faisait une « considération primordiale ».

⁵³¹ CEDH, 14 mai 2002, *Zehnalova c/ république Tchèque*.

⁵³² Pour exemples : CEDH, 24 février 1998, *Botta c/ Italie* ; CEDH, 26 février 2004, *Natchova et autres c/ Bulgarie* ; CEDH, 26 juillet 2005, *Siliadin c/ France*.

⁵³³ En effet, pour déclarer la requête recevable, la CEDH doit nécessairement examiner les griefs du requérant au regard de l'article 8 de la CESDH puisqu'elle ne peut examiner uniquement la violation éventuelle des dispositions d'une autre convention internationale que celle qu'elle a vocation à encadrer.

En outre, il convient évidemment de préciser que la Cour ne pourra examiner la violation de l'article 8 de la Convention à la lumière de la Convention de la Haye qu'à l'égard des membres du Conseil de l'Europe, et non pas à l'égard d'un autre pays quand bien même celui-ci aurait ratifié la Convention de la Haye.

⁵³⁴ CEDH, 25 janvier 2000, *Ignaccolo-Zenide c/ Roumanie*, Note J.-P. MARGUENAUD, *R.T.D. civ.*, 2001, P. 451.

*Haye de 1980*⁵³⁵. Dans cette espèce, suite à son divorce d'avec le père de ses enfants, la requérante, ressortissante française, s'est vu refuser par ce dernier le droit de visite qui lui avait été octroyé par le Tribunal de Grande instance de Bar-le-Duc. Par la suite, la Cour d'appel de Metz a fixé la résidence des enfants chez leur mère. Entre temps cependant, le père, après avoir changé plusieurs fois de domicile pour fuir la justice américaine, s'est enfuit en Roumanie. Par un jugement du Tribunal d'instance de Bucarest rendu le 14 décembre 1994, la mère a obtenu le retour de ses enfants fondé sur la *Convention-enlèvement*. Elle n'a cependant pas pu faire exécuter cette décision de retour. Une longue bataille judiciaire a ainsi été engagée, aboutissant au prononcé de quinze décisions⁵³⁶. Heurtée à l'inexécution de ces décisions successives, la requérante a fini par saisir la CEDH d'une requête afin de dénoncer l'inertie de la Roumanie face à la décision rendue par le tribunal de première instance de Bucarest⁵³⁷. Pour la Cour européenne, il y avait là l'occasion d'exposer que « *l'article 8 implique le droit d'un parent à des mesures propres à le réunir avec son enfant et l'obligation pour les autorités nationales de les prendre* »⁵³⁸. À l'examen des mesures prises par les autorités roumaines toutefois, les juges européens ont considéré que « *la Roumanie*

⁵³⁵ D'ailleurs, « il en va d'autant plus ainsi en l'espèce que l'État défendeur est également partie à cet instrument, dont l'article 7 dresse une liste de mesures à prendre par les États pour assurer le retour immédiat des enfants ». Cf. § 95 de la décision.

⁵³⁶ C. PETTITI, La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et la Convention de La Haye sur les enlèvements d'enfants, AJ Famille, 2006, P.185 : « L'attribution de la résidence des enfants a fait l'objet de trois décisions judiciaires françaises. Le mari a engagé des procédures aux États-Unis pour obtenir la garde des enfants, et un premier jugement du Tribunal du comté de Harris de l'État du Texas annula l'arrêt de la Cour d'appel de Metz. La requérante a déposé plainte à l'encontre de son ex-époux et le Tribunal de grande instance de Metz a rendu un jugement par défaut en 1992 condamnant l'ex-époux pour non-représentation d'enfants. L'ex-épouse engagea des procédures aux États-Unis et obtint, entre 1993 et 1994, cinq jugements de tribunaux californiens ordonnant au père de restituer les enfants. Par une décision d'avril 1994, la Cour supérieure de l'État de Californie confirma la décision de la Cour d'appel de Metz confiant à l'épouse la garde des enfants. En juillet 1994, la requérante saisit le ministère de la Justice français, en application de la Convention de La Haye, d'une requête en vue du retour des enfants. En novembre 1994, l'autorité centrale des États-Unis demanda au ministère de la Justice Roumain, le mari ayant fuit dans ce pays, le retour des enfants. En décembre 1994, l'autorité centrale française forma une même demande à l'autorité centrale roumaine. C'est dans ces conditions que la mère a été amenée à saisir, en décembre 1994, le Tribunal de première instance de Bucarest d'une demande visant à exécuter les décisions judiciaires. Le Tribunal, sur la base de la Convention de La Haye, a ordonné la restitution des enfants, ce que ne fit pas le père qui releva appel du jugement devant le Tribunal départemental, puis devant la Cour d'appel de Bucarest ».

⁵³⁷ Ibid.

⁵³⁸ Il est cependant à noter que : « l'obligation pour les autorités nationales de prendre des mesures à cet effet n'est pas absolue, car il arrive que la réunion d'un parent à ses enfants vivant depuis un certain temps avec l'autre parent ne puisse avoir lieu immédiatement et requière des préparatifs ... il (les autorités nationales) leur faut tenir compte des intérêts et droits et libertés de ces mêmes personnes, et notamment des intérêts supérieurs de l'enfant et des droits que lui reconnaît l'article 8 de la Convention ». Ibid.

n'avait pas déployé les efforts adéquats et suffisants pour faire respecter le droit de Madame Ignaccolo-Zenide au retour de ses enfants, et a conclu à la violation de l'article 8 »⁵³⁹.

281. Les principes énoncés dans l'affaire *Ignaccolo-Zenide* ont par la suite été plusieurs fois confirmés en 2003, à l'occasion notamment, des affaires *Sylvester c/ Autriche* du 24 avril 2003⁵⁴⁰, *Iglesias Gil et A.U.I. c/ Espagne* du 29 avril 2003⁵⁴¹, et *Maire c/ Portugal*⁵⁴². Dans la première espèce, la Cour reconnaît qu'un changement intervenu dans la situation en cause peut exceptionnellement justifier le refus d'exécuter une décision de retour définitive, mais seulement à condition que ce changement ne provienne pas d'une défaillance de l'État qui aurait manqué de prendre les mesures adéquates⁵⁴³. Constatant que, pour annuler l'ordonnance d'exécution imposant le retour de l'enfant, les autorités autrichiennes se sont essentiellement fondées sur l'écoulement du temps, les juges européens dénoncent le manque de célérité dont elles ont fait preuve et condamnent l'inexécution des décisions prises sur le fondement du droit conventionnel.

La seconde espèce quant à elle, fait suite à la plainte de la requérante au sujet de l'inaction des autorités espagnoles concernant l'exécution des décisions de justice lui attribuant la garde de son enfant, enlevé aux États-Unis par son père. Dans cet arrêt, la CEDH semble juger, « *dans l'appréciation du respect des dispositions de l'article 8 de la CESDH, que les obligations des États ayant ratifié la Convention de La Haye sont plus importantes que les obligations résultant du seul droit national* »⁵⁴⁴. En effet, après avoir estimé que les décisions nationales rendues par les juridictions espagnoles étaient conformes, tant aux intérêts de la requérante, qu'à ceux de l'enfant, la Cour observe « *que la présente affaire porte pour l'essentiel sur le déplacement à l'étranger de*

⁵³⁹ Ibid.

⁵⁴⁰ CEDH, 24 avril 2003, *Sylvester c/ Autriche*, requêtes n° 36812/97 et 40104/98.

⁵⁴¹ CEDH, 29 avril 2003, *Iglesias Gil et A.U.I. c/ Espagne*, requête n° 56673/00.

⁵⁴² CEDH, 26 juin 2003, *Maire c. Portugal*, Requête n° 48206/99 ; 22 juin 2006, *Bianchi c. Suisse*, Requête n° 7548/04, obs. A. GOUTTENOIRE et L. BRUNET, Dalloz, 2007.

Le requérant – cette fois-ci le père – prétendait que l'inaction et la négligence des autorités portugaises, dans la procédure d'exécution des décisions françaises lui confiant la garde de son enfant, constituaient une violation de l'article 8 de la CESDH.

⁵⁴³ Cf. d'ailleurs pour un exemple contraire, la décision du 17 février 2009, *Ancel c/ Turquie*, (Requête n° 28514/04) où la CEDH a conclu à la non-violation de l'article 8 étant considéré qu'en dépit de l'ineffectivité du retour, il était établi que les autorités turques n'avaient pas manqué de prendre soin de mettre en œuvre des efforts adéquats et suffisants pour faire respecter le droit de la requérante au retour de son enfant (§ 64).

⁵⁴⁴ C. PETTITI, Op. cit.

*l'enfant de la requérante et son non-retour illicite. La Cour doit dès lors examiner la question de savoir si, à la lumière des obligations internationales découlant notamment de la Convention de La Haye, les autorités nationales ont déployé des efforts adéquats et suffisants pour faire respecter le droit de la requérante au retour de son enfant »*⁵⁴⁵. Elle note d'ailleurs qu'au regard de ses articles 3, 7, 12 et 13, « *la Convention de La Haye contient tout un ensemble de mesures tendant à assurer le retour immédiat des enfants retenus illicitement dans tout État contractant* », et constate qu'aucune de ces mesures n'a été prise par les autorités espagnoles pour faciliter l'exécution des décisions nationales⁵⁴⁶. Elle en vient donc à considérer que l'Espagne n'a pas déployé les efforts nécessaires à la bonne application du droit conventionnel⁵⁴⁷.

L'arrêt *Maire c/ Portugal*⁵⁴⁸ pour sa part, a donné une occasion supplémentaire à la Cour européenne de rappeler que « *la Convention (de La Haye de 1980) doit s'appliquer en accord avec les principes du droit international, en particulier ceux relatifs à la protection internationale des droits de l'homme* » (§72) et qu'il y a lieu pour apprécier les obligations positives de l'article 8, de se référer à la *Convention de La Haye*⁵⁴⁹.

282. Sans aucun doute, l'examen de ces affaires marque la volonté de la Cour de Strasbourg de vérifier le respect des dispositions de la CESDH, en tenant compte des obligations inhérentes à la *Convention de La Haye de 1980*, à partir du moment où l'État en cause est « lié » par ces deux instruments. Ainsi, l'intérêt supérieur de l'enfant reconnu par la CIDE, consiste pour la CEDH en la garantie du respect de sa vie privée et familiale et lui a un temps semblé devoir être interprété au sens de la *Convention-enlèvement*. Le maintien des liens parents/enfant justifiant le principe du retour au *statu quo ante*, toute mesure consistant pour l'État à assurer la cessation du déplacement illicite était alors forcément la bienvenue aux yeux de la CEDH. La solution tirée de l'arrêt

⁵⁴⁵ Ibid.

⁵⁴⁶ Ibid.

⁵⁴⁷ Ibid.

⁵⁴⁸ CEDH, 26 juin 2003, *Maire c/ Portugal*, requête n° 48206/99.

Le requérant – cette fois-ci le père - prétendait que l'inaction et la négligence des autorités portugaises, dans la procédure d'exécution des décisions françaises lui confiant la garde de son enfant, constituaient une violation de l'article 8 de la CESDH.

⁵⁴⁹ C. PETTITI, Op. cit.

Maumousseau et Washington c/ France en témoigne⁵⁵⁰. En effet, « dans cette affaire très médiatisée, l'enfant, dont une cour d'appel avait ordonné le retour immédiat au domicile de son père américain, avait été remise aux autorités grâce à la courageuse intervention du procureur assisté de quatre officiers de police judiciaire qui avaient réussi à l'arracher de son école maternelle malgré l'hostilité solidaire de sa mère, de ses grands-parents, du personnel de l'école, d'une cohorte de villageois et du maire du village. On aurait pu douter qu'une opération de police aussi traumatisante pour une fillette de quatre ans ait parfaitement correspondu à son intérêt supérieur »⁵⁵¹. Pourtant, approuvant la « diligence » des autorités françaises, la Cour européenne en « était arrivée à justifier les applications mécaniques nationales les plus brutales de la Convention de La Haye toujours supposées conformes à l'article 8 dans la mesure où l'intérêt supérieur de l'enfant, considéré comme la première victime du traumatisme causé par son déplacement illicite et son non-retour, est toujours d'être ramené le plus lestement possible vers le parent dont il a été séparé par un enlèvement international »⁵⁵². C'était là une manière plutôt tranchée d'assurer la bonne application des solutions concertées de droit international privé à propos de l'enlèvement international d'un enfant par l'un de ses parents. C'était là en outre une manière évidemment radicale, mais somme toute défendable, d'appréhender l'intérêt de l'enfant à se voir garantir de n'être pas illicitement déplacé.

283. Peut-être consciente du danger que pouvait générer une telle position sans être mieux cadrée ou du moins, mieux explicitée, la CEDH a ensuite très vite saisi l'opportunité que lui offrait l'affaire *Neulinger et Shuruk* pour quelque peu « adoucir » l'impression laissée par la décision précédemment évoquée^{553/554}. Ainsi, alors que l'arrêt de chambre du 6 décembre 2007 avait estimé

⁵⁵⁰ CEDH, 26 décembre 2007, *Maumousseau et Washington c/ France*, Requête n° 39388/05.

⁵⁵¹ J.-P. MARGUENAUD, L'intérêt supérieur de l'enfant, instrument d'hégémonie de la Convention EDH sur les conventions procédurales, RTD civ. 2010, P. 735.

⁵⁵² Ibid.

⁵⁵³ CEDH, 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk c/ Suisse*, M. BRUGGEMAN, Veille à propos de CEDH, communiqué du greffier, 6 juillet 2010, Droit de la famille n°10, octobre 2010, alerte 65 ; Obs. I. GALLMEISTER, Dalloz 2010, P. 2062 ; Note B. PASTRE-BELDA, L'article 8 fait obstacle au retour d'un enfant déplacé illicitement, JCP 2010, P.824 ; J.-P. MARGUENAUD, Op. cit.

⁵⁵⁴ Dans le même sens : CEDH, 10 juillet 2012, *B. c/ Belgique*, Note M. BRUGGEMAN, Retour sur les décisions de non-retour, Droit de la famille n°10, Octobre 2012, comm. 147 ; Note E. VIGANOTTI, Enlèvement international d'enfant : encore une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, AJ Famille 2012 P. 562. Pour un exemple de solution contraire cependant : CEDH, 4 juin 2012, *M. R. et L. R. c/ Estonie*, Note M. BRUGGEMAN, Droit de

que, sauf arbitraire, il ne lui revenait pas de contrôler l'interprétation de La Haye retenue par les juridictions nationales, l'arrêt de Grande chambre du 6 juillet 2010 permet aux juges européens de s'estimer compétents « *pour rechercher si les tribunaux internes ont, dans l'application et l'interprétation de La Haye, respecté les garanties de l'article 8 de la Convention, en tenant notamment compte de l'intérêt supérieur de l'enfant* » (§ 141)⁵⁵⁵. Cette affirmation permet alors à la Cour d'analyser la situation et d'en conclure que le retour de l'enfant en Israël ne serait concevable que dans la mesure où ce dernier serait accompagné de sa mère, cette dernière représentant pour lui, la seule personne de référence. Et parce qu'un tel retour aurait nécessairement été ponctué de l'emprisonnement de la rapteuse, il apparaissait évidemment inenvisageable qu'il soit dans l'intérêt de l'enfant (§ 149).

284. Dès lors, aujourd'hui, ce n'est plus « *l'application de l'article 8 de la Convention EDH qui est gouvernée par la conception de l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de la Convention de La Haye, mais l'interprétation de la Convention de La Haye qui est soumise à la conception de l'intérêt supérieur de l'enfant rattaché à l'article 8 en fonction du consensus international établi autour de l'idée qu'il doit primer dans toutes les décisions concernant les enfants* »⁵⁵⁶.

Ce changement de position n'a cependant pas empêché la CEDH de réaffirmer à diverses reprises sa compétence pour vérifier la conformité de l'intervention des juridictions nationales à l'intérêt de l'enfant, et ce, conformément aux dispositions de la CESDH envisagées au regard de la *Convention de La Haye de 1980*. Pour exemple notamment, au cours de l'affaire *Carlson c/ Suisse*⁵⁵⁷, la Cour européenne a entrepris de « *rechercher si l'interprétation donnée par les*

la famille, 2012, comm. 122. Dans cette dernière affaire sensiblement similaire à celles du 6 juillet 2010 et du 10 juillet 2012, la Cour a cette fois-ci choisi de déclarer irrecevable la requête formée par la mère et sa fille visant à faire obstacle au retour de l'enfant ordonné sur le fondement de la Convention de La Haye de 1980.

Également dans le prolongement de cette jurisprudence : CEDH, 5 février 2015, Requête 66775/11, MM. Phostira Efthymiou et Ribeiro Fernandes c/ Portugal, comm. E. VIGANOTTI, Gazette du Palais, 26 mars 2015, n° 85, P. 19.

⁵⁵⁵ Ibid.

⁵⁵⁶ Ibid.

⁵⁵⁷ CEDH, 6 novembre 2008, *Carlson c/ Suisse*, requête n° 49492/06, obs. F. SUDRE, JCP G 2009, I, 104, n°12 ; Alexandre BOICHE, Exigence de célérité conforme à la Convention européenne des droits de l'homme, AJ Famille, 2009, P. 225.

Mais encore entre autres : Conformément à la jurisprudence *Carlson*, une affaire en date du 22 avril 2010 a mené la CEDH à examiner si, et dans quelle mesure la manière dont les juridictions nationales ont procédé à cadrer avec l'objet et le but de la Convention de 1980. Ici, le plus intéressant ne consistait pas dans la période de temps écoulée avant le

juridictions internes des garanties de la Convention de La Haye est à l'origine d'une violation de l'article 8 de la Convention », et ce, aux fins de déceler « *si et dans quelle mesure la manière dont celles-ci ont procédé cadre avec l'objet et le but de la Convention de La Haye* » (§73). En venant à conclure au non respect de l'intérêt de l'enfant tel qu'envisagé par la *Convention-enlèvement* (§80), la CEDH constate dans cette affaire, une nouvelle violation du droit au respect de la vie familiale du requérant.

285. Dans l'affaire du 7 mars 2013⁵⁵⁸, la CEDH semble résumer sa jurisprudence relative à la *Convention de La Haye*. Elle rappelle en effet que les États sont tenus de prendre des mesures positives afin de réunir l'enfant et ses parents (§79), tout en précisant encore que cette obligation n'est pas absolue (§ 80). Et si pour y parvenir il peut être nécessaire de prendre des mesures coercitives (§ 81), cela ne doit pas se faire au détriment de l'intérêt de l'enfant (*Ibid.*). Bien entendu, les dispositions de l'article 8 doivent être interprétées en considération de la *Convention de La Haye de 1980* et de la CIDE (§ 82). Plus récemment, une nouvelle affaire a démontré la persistance de la CEDH à considérer que le prononcé du retour de l'enfant enlevé doit respecter les garanties procédurales de l'article 8 de la CEDH⁵⁵⁹.

286. Cet exposé jurisprudentiel ne prétend pas à l'exhaustivité, ni en ce qui concerne la multiplicité des cas de déplacement – l'enlèvement international en étant un parmi d'autres-, ni

règlement définitif par les juridictions inférieures du retour de l'enfant illicitement déplacé. Considérant que, du fait de la règle posée en son article 16, l'exercice des droits parentaux du requérant était tributaire de mesures provisoires lui accordant un droit de visite (...), la Cour fait apparaître l'obligation positive pour les tribunaux de prendre de leur initiative « toute mesure appropriée afin de créer pro futuro les conditions nécessaires à la réalisation dudit droit de visite », non sans souligner à cet égard qu'« il appartient à chaque État de se doter d'un arsenal juridique et suffisant ». C'est donc le manque de diligence et d'initiative qui conduit à une violation de l'article 8.

Cf. également : N. NORD, Inefficacité de la procédure de retour de l'enfant, *AJ Famille* 2011, P.159 et M. BRUGGEMAN, Veille à propos de CEDH, communiqué, 1^{er} février 2011, *Droit de la famille* n°4, avril 2011, alerte 29.

(À propos de CEDH, 1^{er} février 2011, *Dore c/ Portugal*). Il s'agit d'un nouvel exemple de la volonté de la Cour de veiller, à travers les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, au respect par les États des obligations mises à leur charge par la Convention de La Haye de 1980.

⁵⁵⁸ CEDH, 7 mars 2013, *Raw*, Requête 10131/11, *Respect de la vie familiale : inexécution d'une ordonnance de retour de deux enfants*, *Recueil Dalloz* 2013, P. 708 ; *Obs.* Inès GALLMEISTER, *Inexécution d'une décision de retour : condamnation de la France*, *Dalloz Actualité*, 27 mars 2013 ; *Veille*, F. SUDRE, *L'intérêt de l'enfant : pas si supérieur que ça !* *JCP G.* n°14, 1^{er} avril 2013, P. 392.

⁵⁵⁹ CEDH, 5 février 2015, Requête 66775/11, *MM. Phostra Efthymiou et Ribeiro Fernandes c/ Portugal*, E. VIGANOTTI, commentaire précité.

même à propos de l'enlèvement international d'enfant – de nombreuses autres décisions ayant été rendues sans que toutes n'aient pu être citées. Il ambitionne simplement de démontrer que lorsque le droit international privé s'évertue à élaborer des solutions protectrices, les droits fondamentaux – ceux de l'enfant - sont souvent servis. Et lorsque ces solutions sont issues de la concertation des États, elles obligent ces derniers au respect des objectifs communément poursuivis par leurs engagements internationaux. Les droits fondamentaux de l'enfance se proposent ainsi de le leur rappeler et partant, de contribuer à la bonne application du droit international privé conventionnel.

Nous verrons d'ailleurs que l'affirmation ne vaut pas uniquement à propos de l'enlèvement international d'enfant par l'un de ses parents. Ainsi par exemple, la lutte contre la traite et l'exploitation des mineurs isolés étrangers constitue une illustration supplémentaire de la contribution des droits fondamentaux à la bonne application du droit conventionnel. En effet, nos développements ultérieurs démontreront que les condamnations de la France par la CEDH à l'occasion des affaires du 26 juillet 2005 et du 11 octobre 2012, ont encouragé l'évolution de notre législation nationale pénale. Il en résulte une meilleure conformité de notre droit aux instruments internationaux de lutte contre la traite et l'exploitation⁵⁶⁰. Cela étant, il nous semble que la référence faite aux droits fondamentaux afin de garantir la bonne application des dispositions conventionnelles engageant la France ne devrait jamais être excessive. Or, lorsqu'un mineur fait l'objet d'un déplacement international suite à la conclusion d'une convention de gestation pour autrui par ses parents, nous verrons que l'équilibre entre la préservation de son intérêt supérieur – article 3-1 de la CIDE- et le respect des politiques législatives est parfois difficile à atteindre⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ Pour de plus amples précisions à ce propos, cf. infra n° 421 et suivants.

⁵⁶¹ Pour de plus amples précisions à propos de la gestation pour autrui, cf. infra n° 672 et suivants.

Conclusion de la première section.

287. La reconnaissance toujours plus affirmée du droit de l'enfant au maintien de liens avec ses deux parents indépendamment de la séparation de ces derniers, a progressivement conduit à placer sur un pied d'égalité les droits de garde et de visite. En conséquence, les mesures limitatives sont devenues moins légitimes et la plaidoirie en faveur de l'octroi quasi systématique d'un droit de visite transfrontière est aujourd'hui plus pressante. D'ailleurs, l'intérêt de l'enfant, supérieur à toute autre considération, plaide à lui seul en faveur de la préservation des liens parents/enfant. C'est pourquoi, il convient d'admettre que les restrictions au droit de visite soient toujours cadrées et, le moins possible décidées. L'octroi d'un droit de visite transfrontière devrait ainsi devenir le principe, et le prononcé de mesures restrictives, le dernier recours. Car de surcroît, il faut bien l'avouer, les enlèvements d'enfants ne sont que la manifestation d'un grave conflit entre les parents. Dans cette configuration si tendue, la mise en œuvre d'une mesure préventive ne fait que conforter et approfondir le désaccord. Au contraire, l'ensemble des mécanismes mis en place par les instruments internationaux relatifs au déplacement illicite tend à préserver les droits de l'enfant, tout en contribuant à ce que les parents respectent les devoirs qui leur incombent afin d'encourager un climat plus apaisé. Cela dit, il reste que cette option n'est pas infaillible : dans certains cas, elle peut même contribuer à accroître le risque d'enlèvement. Or, l'enlèvement intervient directement à l'encontre des règles adoptées afin de garantir à l'enfant le bénéfice d'un statut protecteur. Un tel déplacement n'est évidemment pas acceptable. Sa prévention est donc éminemment souhaitable. Elle contribuera en effet à garantir l'efficacité internationale de la protection décidée dans l'intérêt de l'enfant conformément à ce que cette étude préconise. Et pourtant, la prévention n'est pas tout.

288. En réalité, bien que l'octroi d'un droit de visite transfrontière soit une solution bienvenue, il semble qu'il ne puisse à lui seul être suffisant. Il convient en effet de l'associer à l'intervention potentielle de solutions palliatives à l'enlèvement réalisé pour que l'assurance du retour de l'enfant par le jeu des mécanismes internationaux génère un réel effet dissuasif sur le parent potentiellement rapteur. Clairement, c'est dire que dans de nombreux cas, tenté de garder illicitement l'enfant à ses côtés, ce dernier finira par réaliser à temps que le fait d'enfreindre le droit de garde de son ex-conjoint n'est sans doute pas la meilleure solution.

289. En définitive, il apparaît donc clairement que face à la multiplicité croissante des échanges internationaux, la coopération internationale ne pouvait pas éviter d'aborder un second aspect des choses. Et puisqu'elle seule semble apte à offrir un cadre propice à des solutions bien pensées et efficaces, il va de soi qu'elle mérite d'être louée, encouragée et approfondie. À ce stade de nos développements, cette étude n'a donc plus qu'à exposer les règles destinées à apporter des solutions aux problématiques susceptibles de se poser dans le cas où l'enlèvement d'un enfant est constaté (Section 2).

Section 2 : La coopération interétatique au service de la résolution des problématiques posées par les déplacements non souhaitables : exposé des moyens

290. La perspective d'une protection *satisfaisante*, nous l'avons vu, ne sera pleinement réalisée qu'à partir du moment où trois éléments seront réunis. Ainsi, viser une protection *effective* et *suffisante* n'aura de véritable intérêt qu'à partir du moment où le passage d'une frontière n'anéantira pas automatiquement la protection décidée en faveur de l'enfant. Il ne suffit donc pas que l'autorité parentale ait été fixée -automatiquement ou par décision judiciaire- pour que l'enfant se voie assurer une protection louable. En effet, les situations de déplacement intéressant cette étude relevant du droit international privé, encore faut-il que le rapport d'autorité parentale, voire la décision de placement, soit internationalement *efficace*. Clairement, c'est dire que la protection dont bénéficie l'enfant mobile, doit pouvoir produire des effets en dehors de son territoire d'origine. D'ailleurs, en tout temps nécessaire, cette exigence devient indispensable quand l'enlèvement d'un enfant est avéré. Pour y satisfaire, deux techniques sont possibles. La première d'entre elles n'est pas particulièrement innovante : elle consiste à mettre purement et simplement en œuvre le mécanisme de l'efficacité internationale des jugements étrangers (I). La seconde, spécifique à l'enlèvement international d'enfant, a été pensée à l'occasion de l'élaboration de la *Convention de La Haye de 1980* (II).

I/ La résolution de l'enlèvement international d'enfant par le moyen de l'efficacité en France des décisions étrangères

291. Outre certains effets des décisions, qui, étant d'efficacité immédiate, peuvent être mis en œuvre dans l'État requis indépendamment d'un quelconque examen⁵⁶², d'autres nécessitent un contrôle de leur régularité internationale. Il en va en principe ainsi de la *reconnaissance* et de l'*exécution* des jugements et arrêts étrangers – voire, des décisions administratives.

En matière d'état et de capacité des personnes, la *reconnaissance* vaut de plein droit⁵⁶³. Elle confère à la décision une double efficacité, à la fois procédurale et substantielle⁵⁶⁴. Ainsi, par exemple, si un mineur étranger fait l'objet d'un placement sous tutelle dans son État d'origine, puis, est déplacé vers la France à l'occasion du déménagement de son tuteur, la mesure décidée à l'étranger vaudra automatiquement en France. Quant à la *force exécutoire*, elle est destinée à permettre l'exécution - au besoin forcée - de la décision étrangère sur le territoire de l'État requis⁵⁶⁵. En guise d'illustration, imaginons que le parent auteur de l'enlèvement de son enfant s'oppose à la décision de retour immédiat sanctionnant le déplacement illicite. La force exécutoire de cette décision permettra alors l'intervention des autorités publiques, comme ce fut par exemple le cas dans l'affaire de *la petite Charlotte*⁵⁶⁶.

Indépendamment de toute situation d'enlèvement, ce sont ces deux éléments qui permettront l'efficacité internationale de la décision d'autorité parentale en dehors de son territoire d'origine. Et pour le cas où un enlèvement est avéré, chacune de ces notions devra être appréciée en fonction de l'hypothèse au sein de laquelle elle se situe. De là, deux situations doivent être distinguées : premièrement, la décision d'autorité parentale invoquée en France peut se situer en dehors du champ du droit conventionnel de *l'enlèvement*. Elle sera alors soumise aux règles régissant de

⁵⁶² Pour plus de détails sur les effets de ces décisions étrangères d'efficacité immédiate, cf. H. MUIR-WATT, Remarques sur les effets en France des jugements étrangers indépendamment de l'exequatur, in « Mélanges D. HOLLEAUX », P. 301 ; J-Cl. Dr. Int., V° Effets en France des décisions étrangères, Fasc. 584-6, n°3 et s.

⁵⁶³ Sur la reconnaissance de plein droit : Civ. 28 février 1860, Buckley, Dalloz 1960, 1, 57 ; Civ., 9 mai 1900, De Wrède, Clunet 1900, P.613.

⁵⁶⁴ L'efficacité procédurale permet de revêtir la décision de l'autorité de la chose jugée en empêche en conséquence, l'ouverture d'une autre procédure portant sur la même question. L'efficacité substantielle, pour sa part, revêt le jugement étranger, d'une force obligatoire dans le pays requis.

⁵⁶⁵ Précision faite que, pour pouvoir revêtir force exécutoire en France, une décision doit en générale être exécutoire dans son pays d'origine, fût-ce par provision.

⁵⁶⁶ CEDH, 26 décembre 2007, Maumousseau et Washington c/ France, Requête n° 39388/05, Op. cit.

manière générale, l'efficacité en France des décisions étrangères relatives à l'autorité parentale (A). En second lieu, la décision d'autorité parentale en cause peut au contraire entrer dans le cadre d'un instrument conventionnel adopté précisément afin de lutter contre l'enlèvement international d'enfant (B).

A. « Généralités » à propos de l'efficacité en France des décisions étrangères

292. En matière d'efficacité en France des décisions étrangères, il convient de sous-distinguer en fonction que la décision dont il est question relève du pur droit commun, ou qu'elle soit soumise à un instrument conventionnel non spécifiquement adopté en vue de résoudre les problématiques inhérentes au déplacement illicite d'enfants. Dans le premier cas, il appartiendra en toute logique à notre droit national de se prononcer. L'hypothèse se situant alors en dehors de la confiance mutuelle induite de la coopération internationale, le droit commun ne pourra pas choisir de faire fi du contrôle de la régularité internationale de la décision étrangère (2). Mais cette exigence ne conduit ni au résultat le plus simple, ni au résultat le plus rapide. Elle s'avère en conséquence parfois décourageante. Fort heureusement cependant, le droit international privé commun ne possède en notre matière, qu'un domaine d'application résiduel par rapport au droit conventionnel. Ainsi, dans la majorité des cas, la situation entrera dans le cadre de conventions internationales ayant prévu chacune à leur manière, le chemin destiné à rendre efficaces en France, les décisions étrangères relatives à l'autorité parentale (1).

1. Le contrôle de la régularité internationale des décisions étrangères : éléments de droit international privé conventionnel

293. Comparativement au cadre induit du droit commun, celui du droit conventionnel ouvre la voie d'une perspective plus souple. En effet, le dialogue oblige les États à la confiance mutuelle. Il permet en conséquence l'adoption de solutions concertées efficaces et dont l'avantage est d'être détachées des lourdeurs de la procédure classique ci-après décrite. Soucieux d'améliorer les

dispositions relatives aux effets des décisions étrangères, la *Convention de La Haye de 1996* et le *Règlement Bruxelles II bis* s'inscrivent dans cette perspective⁵⁶⁷ :

294. Ayant pour but de renforcer la protection des enfants dans les situations à caractère international, la *Convention de 1996* s'est donné la vocation de remplacer la *Convention de La Haye de 1961 sur la protection des mineurs*. Le *Règlement Bruxelles II bis*, quant à lui, constitue le dernier échelon de l'évolution du droit international privé conventionnel de l'enlèvement d'enfant. Son avènement traduit notamment une volonté clairement exprimée d'approfondir les solutions tirées de la *Convention de La Haye de 1980*. Il instaure ainsi de nouvelles règles de droit international privé, tout en perfectionnant les règles préexistantes, et ce, notamment en matière de responsabilité parentale. Innovantes, ses solutions présentent une évolution majeure en matière de droit de garde et d'enlèvement international d'enfant.

À l'instar de ce qui sera affirmé au cours de l'étude du droit commun, les deux instruments ont choisi de permettre la reconnaissance de plein droit de la décision étrangère portant sur l'autorité parentale⁵⁶⁸. Ceci vaut d'ailleurs indépendamment de toute référence faite à son caractère définitif ou provisoire. Cela étant, il semble tout de même que le Règlement européen manifeste une volonté plus accentuée de renforcer la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière civile et commerciale au sein de l'Union européenne⁵⁶⁹. Ainsi, il recommande de réduire au minimum les motifs de non-reconnaissance, interdit toute révision au fond⁵⁷⁰ et, bien évidemment, refuse d'admettre le contrôle de la compétence juridictionnelle⁵⁷¹. Notons toutefois que la reconnaissance automatique n'interdit pas la demande en exequatur⁵⁷², pas plus qu'une demande incidente⁵⁷³.

⁵⁶⁷ La Convention de La Haye de 1961 péchait sur ce point. Cf. en ce sens : A. DYER, Rapport sur la révision de la Convention de La Haye de 1961 en matière de protection des mineurs, DP n°1, avril 1994, « Actes et documents de la XVIII^{ème} session », P. 21.

⁵⁶⁸ Articles 23§1 de la Convention de La Haye de 1996 et 21§1 du Règlement Bruxelles II bis.

⁵⁶⁹ Article 21.

⁵⁷⁰ Article 26.

⁵⁷¹ Article 24.

⁵⁷² Ainsi, l'article 21§3 du Règlement Bruxelles II bis permet à toute partie intéressée de demander au juge de l'État requis de se prononcer expressément sur la reconnaissance ou la non-reconnaissance de la décision. Il en résultera que le juge déclarera, selon le cas, la décision étrangère opposable ou inopposable.

⁵⁷³ Cf. pour exemple l'article 21§4 du Règlement Bruxelles II bis.

Mais malgré leur volonté plus ou moins marquée d'alléger le contrôle de la régularité internationale des décisions étrangères en réduisant à l'essentiel les points de contrôle, les instruments internationaux ne perdent pas de vue la nécessité de protéger l'enfant. De ce fait, ils se rejoignent sur certains points. En effet, en matière d'autorité parentale, l'indispensable conformité de la décision rendue à l'ordre public de l'État requis doit toujours être appréciée au regard des exigences de l'intérêt supérieur de l'enfant⁵⁷⁴. L'ordre public procédural oblige dès lors au refus de reconnaissance d'une décision prise sans laisser à l'enfant ou à la personne prétendant que la décision en cause porte atteinte à son autorité parentale, la possibilité d'être entendu(e)⁵⁷⁵. Quant à l'ordre public au fond, il nous est permis de penser qu'il n'interviendra que de manière atténuée.

295. À l'instar des instruments multilatéraux précédemment exposés, certaines conventions bilatérales admettent la reconnaissance de décisions non nécessairement définitives dès lors que ces dernières sont revêtues du caractère exécutoire et remplissent les conditions de régularité internationale. Cela dit, le droit conventionnel n'est pas uniforme et les conventions bilatérales ne se montrent pas toujours si « permissives ». Il arrive dès lors qu'elles exigent, pour permettre la *reconnaissance* d'une décision, que cette dernière soit exécutoire, voire, passée en force de chose jugée⁵⁷⁶. Les décisions provisoires sur la garde, s'en trouvent donc régulièrement lésées. Et cela est d'autant plus regrettable en matière d'*exécution*. En effet, les conventions refusant de reconnaître les décisions qui ne sont pas passées en force de chose jugée ne permettent en général pas non plus leur exécution⁵⁷⁷. Pourtant, par définition provisoires, les mesures intervenant à l'occasion d'un divorce devraient idéalement pouvoir être reconnues et exécutées pendant la durée de l'instance. Cela permettrait en effet au parent autorisé à déménager à l'étranger avec le mineur avant le prononcé du divorce, de ne pas se rendre coupable d'un enlèvement. Aussi, à défaut d'une telle

⁵⁷⁴ Articles 23§2 d) de la Convention de La Haye de 1996 et 23 a) du Règlement Bruxelles II bis.

⁵⁷⁵ Enfant : Articles 23§2 b) de la Convention de La Haye de 1996 et 23 b) du Règlement Bruxelles II bis. La condition d'audition de l'enfant s'inscrit dans la lignée des exigences de la CIDE. Notons qu'elle n'est pas obligatoire à tout prix : il appartient au juge d'apprécier quand il convient d'auditionner l'enfant, notamment au regard de sa maturité.

Personne arguant une atteinte à son autorité parentale : Articles 23§2 c) de la Convention de La Haye de 1996 et 23 d) du Règlement Bruxelles II bis. Cela vaudra toutes les fois où une décision sera susceptible de modifier la teneur de la responsabilité parentale de l'un ou l'autre des parents.

⁵⁷⁶ Pour un développement plus complet sur ces questions et une liste exhaustive des Conventions bilatérales concernées, cf. notamment E. GALLANT, Thèse précitée, PP. 151 et s.

⁵⁷⁷ Id. P.155.

autorisation, voire, en cas d'interdiction formelle de déplacer internationalement l'enfant pendant la durée de la procédure, la violation de ces mesures devrait permettre de qualifier un enlèvement.

296. Voilà sans doute ce qui explique l'initiative européenne. En effet, bien qu'il ne soit pas totalement parvenu à rendre exécutoire chaque décision d'un État membre dans un autre État membre exactement comme si cette décision n'était pas frappée d'un élément d'extranéité, le *Règlement Bruxelles II bis* a quand même marqué une avancée considérable. En effet, l'exequatur a été supprimé pour ce qui concerne l'exécution des décisions portant sur le droit de visite, ainsi que pour celles ordonnant le retour de l'enfant illicitement déplacé – pourvu que la décision soit accompagnée d'un certificat⁵⁷⁸. En effet, le système du certificat permet une circulation plus « légère » des décisions. Délivré dans l'État membre d'origine sous réserve du respect de l'ordre public procédural⁵⁷⁹, le certificat permet à la décision de bénéficier sans condition de la force exécutoire dans l'État membre requis⁵⁸⁰.

297. Le cadre conventionnel du contrôle de la régularité internationale des décisions étrangères exposé, il nous reste à réitérer l'opération en matière de droit international privé commun (2).

⁵⁷⁸ S. DJEMNI-WAGNER, L'évolution du droit communautaire de la responsabilité parentale, Présentation des principales dispositions du règlement dit « bruxelles II bis » du 27 novembre 2003, Gaz. Pal. 2004. P.18.

⁵⁷⁹ La décision rendue en matière de droit de visite devra ainsi satisfaire à trois conditions cumulatives :

1° En cas de procédure par défaut, l'acte introductif d'instance devra avoir été communiqué au défendeur en temps utile et de manière à ce qu'il ait pu pouvoir à sa défense ou, si tel n'a pas été le cas, il conviendra de s'assurer que défendeur ait accepté la décision « de manière non équivoque » (Article 41§2 a)).

2° Toutes les parties concernées devront avoir eu la possibilité d'être entendues (Article 41§2 b)).

3° L'enfant devra avoir été entendu à moins que son âge ou son degré de maturité n'aient rendu une telle audition inappropriée (Article 41§2 c)).

Quant à la décision rendue à propos du retour de l'enfant enlevé, elle devra simplement être exécutoire dans l'État d'origine. Il faudra en outre que le juge de l'État d'origine ait délivré un certificat attestant qu'il a « rendu sa décision en tenant compte des motifs et des éléments de preuve sur la base desquels avait été rendue la décision » de refus du retour (Article 42§2 c)), et que l'enfant ait eu la possibilité d'être entendu, « à moins qu'une audition n'ait été jugée inappropriée eu égard à son âge ou à son degré de maturité » (Article 42§2 a)).

⁵⁸⁰ Articles 41(droit de visite) et du 42 (décision de retour) Règlement Bruxelles II bis.

Ce certificat doit être rédigé sur la base du formulaire de l'Annexe III. Une fois délivré, le certificat ne pourra faire l'objet d'aucun recours (article 43 § 2) ; tout au plus peut-il être rectifié selon les dispositions de la loi du for en cas d'erreur matérielle (article 43 § 1).

2. Le contrôle de la régularité internationale des décisions étrangères : éléments de droit international privé commun

298. Pour être efficace en France, la décision étrangère devra préalablement avoir passé le cap du contrôle de sa régularité internationale. Et c'est à l'occasion d'une action portée devant le juge de l'État requis, qu'un tel contrôle sera effectué. Deux procédés sont envisageables.

En premier lieu, le contrôle de la décision étrangère peut être opéré à titre principal. Il s'agit alors d'accorder la force exécutoire à un jugement étranger afin que celui-ci puisse bénéficier de l'exécution forcée. On parle ici essentiellement de la procédure d'*exequatur*. D'ailleurs, pour que l'*exequatur* soit accordé, la décision en cause devra être exécutoire à l'étranger, sans forcément être passée en force de chose jugée⁵⁸¹. Dans ce cadre, nous pouvons imaginer un « renversement » des possibilités offertes par notre droit national pour mieux prévenir le déplacement illicite d'un enfant par l'un de ses parents. En effet, l'*exequatur* d'une décision étrangère pourrait être demandée par les parties ou ordonnée par un juge, dans l'hypothèse où un enfant confié à la garde de son parent étranger résidant à l'étranger risquerait d'être enlevé par son parent français résidant en France.

En second lieu, le contrôle de la régularité internationale d'une décision peut intervenir incidemment au cours d'une action principale. Dans cette hypothèse, il sera question des effets d'une décision ne nécessitant aucun acte d'exécution. Revêtus de l'efficacité immédiate, ces effets bénéficieront à leurs titulaires sans qu'il ne soit nécessaire d'engager une instance en reconnaissance en France. Tel sera par exemple le cas si, à l'occasion d'une action en retour immédiat présentée devant le juge français, l'attribution de la qualité de titulaire de l'autorité parentales et des effets qui lui sont attachés, résultent d'une décision d'adoption étrangère. Mais à partir du moment où une instance est engagée au cours de laquelle il est demandé au juge de modifier les effets d'une décision étrangère, l'existence de cette dernière devra être prise en considération par ce juge lorsqu'il s'agira de statuer sur le principal⁵⁸². Et c'est là que le tribunal

⁵⁸¹ Ph. FRANCESKAKIS, H. J. LUKAS, M. WESER, Rép. Int. Dalloz, 1^{ère} éd. V° Jugements étrangers (matière civile et commerciale), n° 197 et 200.

Pour prétendre à l'exécution, la décision étrangère portant sur la garde pourra dès lors être définitive ou même, provisoire.

⁵⁸² Et ce, que la décision soit considérée régulière ou irrégulière.

trouvera l'occasion de constater la régularité ou l'irrégularité internationale de la décision en question.

299. Dans un cas comme dans l'autre, pour passer le contrôle de sa régularité internationale, la décision mise en cause devra satisfaire aux conditions énoncées dans le célèbre arrêt *Münzer*⁵⁸³. La juridiction chargée de cette opération devra en conséquence examiner différents points :

Il lui faudra premièrement vérifier la compétence internationale indirecte et l'absence de fraude à la loi. En effet, depuis l'arrêt *Simitch*, « *le tribunal étranger doit être reconnu compétent si le litige se rattache de manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux* »⁵⁸⁴. Afin d'être reconnue compétente, l'autorité judiciaire ayant rendu la décision devra donc à tout le moins avoir entretenu avec le litige des liens suffisamment étroits. Pour vérifier l'étroitesse des liens juge/litige en notre matière, Madame BIGOT juge « *nécessaire de déterminer des chefs de compétence susceptibles de satisfaire à cette exigence du lien caractérisé* »⁵⁸⁵. Partant, pour elle, « *la décision étrangère statuant sur l'autorité parentale pourra produire effet en France si elle a été rendue par le for de la résidence habituelle de l'enfant ou par l'autorité de l'État de sa nationalité, chefs de compétence conventionnels. Elle pourra également être validée si elle a été prise par le for du domicile du défendeur, chef de compétence du droit commun* »⁵⁸⁶. En outre, « *lorsque la décision qui se prononce sur l'autorité parentale a été prise par le for du divorce qui ne correspond ni au for de la résidence habituelle de l'enfant, ni au for de sa nationalité* », bien que « *cette autorité ne présente pas de lien de proximité avec l'enfant* »,

⁵⁸³ Civ. 1^{ère}, 7 janvier 1964, *Münzer*, Note H. BATIFFOL, Rev. crit. 1964, P. 344 ; Note B. GOLDMAN, Clunet 1964, P. 302 : « la compétence du tribunal étranger qui a rendu la décision, la régularité de la procédure suivie, l'application de la loi compétente d'après les règles françaises de conflit, la conformité à l'ordre public international et l'absence de toute fraude à la loi ». (Arrêt par la suite partiellement modifié par la jurisprudence *Bachir*).

En outre, et même si cette condition ne figure pas dans la liste de la décision du 7 janvier 1964, il est évident que, pour donner effet à la décision étrangère, le juge devra également s'assurer qu'elle ne contrevient pas à une autre décision déjà rendue, et qu'une autre procédure portant exactement sur la même affaire (identité de cause, d'objet et de parties), n'est pas pendante à l'étranger.

⁵⁸⁴ Civ. 1^{ère}, 6 février 1985, *Simitch*, Rev. crit. 1985, P. 369 ; Note A. HUET, Clunet 1985, P. 460 ; Note J. MASSIP, Dalloz 1985, P. 469.

⁵⁸⁵ A. BIGOT, L'autorité parentale dans la famille désunie en droit international privé, Thèse précitée, n° 313, PP. 226 et s.

⁵⁸⁶ Ibid.

il semble permis de considérer qu'elle « *sera certainement jugée conforme à cette condition* »⁵⁸⁷. En revanche, il apparaît évident que l'enfant déplacé à l'étranger pour quelques semaines à l'occasion d'un voyage, ne pourra pas valablement faire l'objet d'une décision dans cet État⁵⁸⁸. Si tel était le cas, l'absence de lien suffisamment étroit entre l'enfant et l'autorité s'étant prononcée est en effet manifeste.

Quant à la fraude, notons que la jurisprudence *Simitch* semble laisser entendre qu'elle puisse être établie dès l'instant où le plaideur sollicite volontairement un tribunal en vue d'obtenir une décision qui lui soit favorable à dessein de la faire reconnaître par la suite en France, et ce, quand bien même l'existence d'un lien caractérisé serait établie⁵⁸⁹.

Le juge devra en outre s'assurer que la décision en cause n'entre pas en conflit avec une autre décision possédant l'autorité de la chose jugée⁵⁹⁰, ni ne contrevient à l'ordre public international. Conformément à la jurisprudence *Bachir*⁵⁹¹, le ménagement de l'ordre public doit être vérifié à un double égard : d'une part, la décision étrangère ne doit pas manquer de respecter les règles procédurales françaises. D'ailleurs, à cet égard, « *s'agissant particulièrement des décisions relatives à la responsabilité parentale, ce sont à la fois les droits des parents et ceux de l'enfant qui devront être respectés* »⁵⁹². D'autre part, la décision ne devra pas non plus bafouer l'ordre public au fond en aboutissant à un résultat inacceptable aux yeux du droit français. Tel pourrait par exemple être le cas d'une décision étrangère confiant la garde d'un enfant déplacé en France à son parent maltraitant.

300. Le droit commun classique applicable à l'efficacité en France des décisions étrangères relatives à l'autorité parentale exposé, il reste à relever que les spécificités d'un déplacement frappé d'illicéité nécessitent de toute évidence une solution moins générale et, surtout, mieux adaptée. Voilà donc pourquoi en la matière, le droit conventionnel a été poussé à adopter des règles mieux à

⁵⁸⁷ Ibid.

⁵⁸⁸ Sauf à ce que cette décision soit prise dans le cadre de l'urgence afin de temporairement protéger l'enfant en danger.

⁵⁸⁹ A. BIGOT Op. cit. n° 320 et s., PP. 230-231.

⁵⁹⁰ Pour un plus ample développement sur ce point, cf. A. BIGOT, Id., PP. 240 et s.

⁵⁹¹ Civ. 1^{ère}, 4 octobre 1967, *Bachir*, Note P. LAGARDE, Rev. crit. 1968, P.98 ; Note B. GOLDMAN, *Clunet* 1969, P. 102.

⁵⁹² A. BIGOT, Thèse précitée, n° 325, P. 232.

même de garantir l'effectivité de la préservation de l'intérêt d'un enfant objet d'un enlèvement international par l'un de ses parents (B).

B. Droit conventionnel de l'enlèvement relatif à l'efficacité en France des décisions étrangères

301. La *Convention de Luxembourg* (1), ainsi que bon nombre de conventions bilatérales (2), organisent la réglementation conventionnelle de l'efficacité en France des décisions étrangères.

1. La Convention de Luxembourg du 20 mai 1980

302. La *Convention de La Haye de 1961* s'est attelée à déterminer la compétence – juridictionnelle et législative - en matière de protection des enfants. Cependant, elle ne contient aucune disposition efficace relativement à l'exécution des décisions prises sur son fondement. Fort malheureusement pourtant, nous l'avons vu, s'en référer au droit commun en matière d'exécution n'est pas une solution parfaite. Partant, encore davantage avant que n'adviennent la *Convention de La Haye de 1996* ainsi que le *Règlement Bruxelles II bis*, penser une solution conventionnelle apte à garantir le caractère exécutoire en dehors de leur territoire d'origine des décisions rendues en matière d'autorité parentale, était donc en soi, une excellente initiative.

303. Négociée et signée dans l'optique d'assurer l'efficacité internationale des décisions rendues en matière d'autorité parentale, la *Convention de Luxembourg du 20 mai 1980* (Ci-après *Convention de Luxembourg*) s'assigne un double objectif : faciliter la reconnaissance et l'exécution des décisions rendues en matière de garde des enfants⁵⁹³, d'une part ; et assurer le retour de l'enfant lorsque ce dernier a été illicitement déplacé, d'autre part. Clairement, l'instrument vise à rendre efficace dans l'État de refuge, la décision prise dans l'État de résidence habituelle de l'enfant et mise à mal par une voie de fait.

⁵⁹³ Étant entendu que la garde extensivement appréciée recouvre la notion de visite. C'est pourquoi il peut être dit que la Convention de Luxembourg a été élaborée en vue de rétablir les droits relatifs à l'autorité parentale, quand ces derniers ont été établis par une décision (judiciaire ou administrative) rendue dans l'État sur le territoire duquel l'enfant réside habituellement.

304. Susceptible d'intervenir uniquement s'il existe une décision⁵⁹⁴, la *Convention de Luxembourg* n'est applicable qu'entre les États membres du Conseil de l'Europe l'ayant signée et ratifiée⁵⁹⁵. Aussi, pour permettre sa mise en œuvre, il est nécessaire que l'enfant concerné réside sur le territoire d'un État contractant et soit âgé de moins de 16 ans. Ces conditions réunies, l'exequatur de la décision d'autorité parentale en cause pourra être demandé. Il ne sera néanmoins accordé qu'après que la décision ait fait l'objet d'un contrôle, ce dernier pouvant être plus ou moins étendu selon le délai dans lequel la demande a été introduite :

305. Premièrement, dans l'hypothèse où la demande a lieu *dans un délai de six mois* à compter de la date du déplacement transfrontière de l'enfant⁵⁹⁶, la *Convention de Luxembourg* semble admettre un contrôle de la décision d'autorité parentale restreint, voir inexistant. En effet, deux situations permettront la restitution immédiate et sans condition de l'enfant : il en ira ainsi si le mineur, comme ses parents, possèdent la nationalité exclusive de l'État d'origine, et que l'enfant réside habituellement dans ce même État⁵⁹⁷. En guise d'illustration, on peut imaginer la survenance des faits suivants : une mère française, séparée de son mari, également français, décide de quitter la France en vue de s'installer en Espagne, où réside son amant mexicain. Alors qu'une décision vient d'être rendue, accordant au père, la garde du mineur, elle emmène avec elle ce dernier, français, qui jusque là résidait habituellement en France. Il en ira encore ainsi dans le cas où l'enlèvement s'avère être en réalité un non retour, en ce qu'il est intervenu lors de l'exercice d'un droit de visite transfrontière⁵⁹⁸. Pour reprendre notre exemple, il se pourrait que la mère n'emmène pas l'enfant

⁵⁹⁴ L'article 12 de la Convention de Luxembourg prévoit cependant une solution pour le parent gardien qui, tenant son titre en vertu de la loi n'était muni d'aucun titre judiciaire, a été victime de l'enlèvement de son enfant par l'autre parent : « lorsqu'à la date à laquelle l'enfant est déplacé à travers une frontière internationale il n'existe pas de décision exécutoire sur sa garde rendue dans un État contractant, les dispositions de la présente Convention s'appliquent à toute décision ultérieure relative à la garde de cet enfant et déclarant le déplacement illicite, rendue dans un État contractant à la demande de toute personne intéressée ».

⁵⁹⁵ Pour un point sur l'état des signatures, ratifications et adhésions, cf. le site du Conseil de l'Europe : <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/v3MenuTraites.asp>.

⁵⁹⁶ Cf. sur ce point les dispositions des articles 8 et 9 de la Convention de Luxembourg. Cf. également les précisions du Conseil de l'Europe : Informations à l'attention des autorités centrales désignées en vertu de la convention relative à la garde des enfants, 16 janvier 1998, DIR/JUR (98)3.

⁵⁹⁷ Article 8§1.

⁵⁹⁸ Article 8§3.

avec elle lors de son déménagement, mais décide de ne pas le rendre lorsqu'il viendra lui rendre visite en Espagne.

Dans les autres cas, à savoir, si seul l'enfant, ou si seuls ses parents - ou l'un d'entre eux - possède la nationalité exclusive de l'État d'origine, ou encore si l'enfant ne réside pas habituellement dans cet État, le contrôle de la décision sera simplement restreint. Précisément, l'article 9§1 expose trois motifs de refus de reconnaissance pouvant faire obstacle au retour de l'enfant dans le pays de sa résidence habituelle. Le premier tient au non respect des droits de la défense⁵⁹⁹. Le deuxième vise à vérifier que l'autorité d'origine était bel et bien compétente au moment où elle a statué^{600/601}. Le troisième tend à éviter les conflits de décisions. Ainsi, il pourra être fait obstacle à la reconnaissance et à l'exécution d'une décision incompatible avec une autre rendue auparavant dans l'État requis. Dans cette dernière hypothèse cependant, il convient de relever une exception tout à fait justifiée en ce qu'elle constitue un garde-fou contre la fraude de l'un des parents : si l'enfant avait sa résidence habituelle sur le territoire de l'État requérant dans l'année précédant son déplacement, le juge devra admettre les effets de la seconde décision⁶⁰².

⁵⁹⁹ Article 9§1 a) : « lorsqu'il s'agit d'une décision rendue en l'absence du défendeur ou de son représentant légal, l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié au défendeur régulièrement et en temps utile pour qu'il puisse se défendre ».

⁶⁰⁰ Article 9§1 b) : « si (...) la compétence de l'autorité (...) n'est pas fondée : i. sur la résidence habituelle du défendeur ou ii. sur la dernière résidence habituelle commune des parents de l'enfant pour autant que l'un d'eux y réside encore, ou iii. sur la résidence habituelle de l'enfant ».

⁶⁰¹ La Convention de La Haye de 1996 relègue à un rang très subsidiaire le rattachement national en érigeant en principe le rattachement à la résidence habituelle de l'enfant. Il en résulte que les décisions prises sur le fondement de cette convention rentreront quasi systématiquement dans les critères requis par l'article 9§1 b). En revanche, certaines décisions prises sur le fondement de la Convention de La Haye de 1961, constitueront, selon les termes employés par Estelle GALLANT, des « hypothèses de blocage » (Autorité parentale... Thèse précitée, P. 82). Prenons l'exemple suivant afin d'illustrer non propos : une famille résidant habituellement en Grèce et dont chacun des membres est ressortissant français. Le père, muté en Italie, enlève sa fille après qu'une décision ait été rendue en France, conformément aux dispositions de l'article 4 de la Convention de 1961. Dans cette hypothèse, la France, nous le constatons aisément, n'entre pas dans les critères requis par l'article 9§1 b)...

Rien n'empêche cependant l'État requis de malgré tout reconnaître et exécuter la décision. Mais ce ne sera pas sur le fondement de la Convention de Luxembourg. Pour plus de détails sur ce dernier point, cf. G.A.L DROZ, Regards sur le droit international privé comparé, RCADI 1991, t. 229, Vol. 4, note 207, P. 126.

⁶⁰² Article 9§1 c) : « si la décision est incompatible avec une décision relative à la garde devenue exécutoire dans l'État requis avant le déplacement de l'enfant, à moins que l'enfant n'ait eu sa résidence habituelle sur le territoire de l'État requérant dans l'année précédant son déplacement ».

Remarque : Dans le cas où la décision contrôlée aurait été rendue par l'autorité ayant statué sur le divorce des époux alors même que cette dernière n'était pas compétente sur le fondement de la résidence habituelle du mineur, l'exception susvisée ne bénéficiera pas au parent victime de l'enlèvement. Le constat est regrettable certes. Mais somme toute justifié. En effet, le juge du divorce statue en matière d'autorité parentale dans une optique de concentration du

306. En second lieu, dans l'hypothèse où la demande a lieu *passé le délai de six mois* à compter de la date du déplacement transfrontière de l'enfant, l'article 10 de la *Convention de Luxembourg* conditionne plus strictement le retour de l'enfant illicitement déplacé. Là, l'instrument révèle clairement son objectif : permettre à l'enfant de demeurer dans ce que nous appellerons, le lieu de son centre d'attaches et d'intégration⁶⁰³. Ainsi, alors que le retour de l'enfant est encouragé lorsque le temps écoulé est moindre, il peut être refusé à partir du moment où l'enfant est intégré dans l'État sur le territoire duquel il a été déplacé. Voilà ce qui justifie que passé un certain délai, l'article 10 de la *Convention de Luxembourg* prévoit un contrôle accru de la décision d'autorité parentale, en ajoutant de nouveaux cas de refus de reconnaissance et d'exécution, aux motifs prévus à l'article 9.

Ainsi, la décision tardivement évoquée par le parent désireux de provoquer le retour de son enfant pourra faire l'objet d'un contrôle au fond. Seront ainsi vérifiés, d'une part, la conformité à l'ordre public du for de l'État requis de la décision et, d'autre part, la capacité de cette dernière à respecter l'intérêt de l'enfant⁶⁰⁴. S'il nous est permis de penser, qu'en raison de l'applicabilité de la *Convention de Luxembourg* aux seuls États contractants, par définition européens et membres d'une même *communauté de valeurs*, l'exception d'ordre public ne permettra de fonder le refus de reconnaissance et d'exécution qu'exceptionnellement, il n'en va peut être pas exactement de la même manière pour ce qui est de l'appréciation de l'intérêt de l'enfant... L'exequatur pourra en outre être refusé à partir du moment où la décision a été rendue par une autorité incompétente en vertu des critères de l'instrument conventionnel. Il en ira ainsi si « *i- l'enfant avait la nationalité de l'État requis ou sa résidence habituelle dans cet État alors qu'aucun de ces liens de rattachement*

contentieux. Son for manifeste une souplesse indispensable afin de ne pas rendre les solutions de principe trop rigide. Il convient donc malgré tout d'apprécier l'efficacité des solutions résultant de cette compétence.

⁶⁰³ Pour plus de détails sur la notion de centre d'attaches et d'intégration, cf. infra n°484 et suivants.

⁶⁰⁴ Article 10§1 : « Dans les autres cas que ceux visés aux articles 8 et 9, la reconnaissance et l'exécution peuvent être refusées non seulement pour les motifs prévus à l'article 9, mais en outre pour l'un des motifs suivants :

s'il est constaté que les effets de la décision sont manifestement incompatibles avec les principes fondamentaux du droit régissant la famille et les enfants dans l'État requis ;

s'il est constaté qu'en raison de changement de circonstances incluant l'écoulement du temps mais excluant le changement de résidence de l'enfant à la suite du déplacement sans droit, les effets de la décision d'origine ne sont manifestement plus conformes à l'intérêt de l'enfant ».

n'existait avec l'État d'origine, ii- l'enfant avait à la fois la nationalité de l'État d'origine et de l'État requis et sa résidence habituelle dans l'État requis »^{605/606}.

307. L'essentiel du mécanisme de la *Convention de Luxembourg* brièvement exposé, il nous reste à faire le bilan de son efficacité. Et sur ce point, le constat est simple et rapide : l'instrument européen est loin d'être un succès⁶⁰⁷. En effet, essentiellement appliqué sur le fondement des dispositions de son article 11 relatif à la fixation des modalités d'exercice du droit de visite, le texte est très peu mis en œuvre. Les raisons de ce délaissement sont diverses. Déjà, il apparaît que, placé face à l'impérative célérité, le mécanisme d'exequatur sur lequel repose la *Convention de Luxembourg* ne soit pas véritablement la meilleure manière de garantir la circulation rapide des décisions statuant sur l'autorité parentale. En effet, même adapté, le système mis en place par la Convention reste lourd et complexe. En outre, ce manque d'engouement s'explique aujourd'hui clairement par la concurrence. En effet, si lors de son entrée en vigueur, la *Convention de Luxembourg* était seule à régir les questions d'efficacité internationale des décisions d'autorité parentale à l'échelle multilatérale, depuis, les solutions européennes sont confrontées au dispositif de La Haye, plus largement applicable⁶⁰⁸ et, surtout, bien plus complet. Elles sont en outre soumises à la prévalence du *Règlement Bruxelles II bis*⁶⁰⁹. Nous n'avons toutefois pas omis de souligner

⁶⁰⁵ Article 10§1 c).

⁶⁰⁶ Notons que ces hypothèses ne nous semblent véritablement concerner que les situations où la décision aura été rendue par un juge n'entretenant aucun lien étroit avec l'enfant (juge du divorce : article 15 de la Convention de La Haye de 1961 ou article 10 de la Convention de La Haye de 1996).

⁶⁰⁷ Cela vaut d'ailleurs tant du point de vue des juridictions françaises, que de celui des juridictions étrangères.

Cf. à ce propos : Conflit familial, déplacements d'enfants et coopération judiciaire internationale en Europe, Rapport de recherche réalisé sous la direction de H. FULCHIRON, avec le soutien de la Commission des Communautés européennes et du GIP Mission de recherche Droit et Justice, Centre de droit de la famille, Université Lyon 3 ; B. BIONDI, Bureau de l'entraide judiciaire : statistiques relatives aux enlèvements internationaux d'enfants, AJ Famille, Octobre 2002, PP. 336 et s. ; E. GALLANT, La convention du Luxembourg du 20 mai 1980 (bilan), in « Les enlèvements d'enfants à travers les frontières », Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille (sous la direction de H. FULCHIRON), Journées du 20 et 21 novembre 2003, Lyon, Bruylant, 2004.

⁶⁰⁸ On compte actuellement 90 États parties à la Convention de La Haye de 1980, contre 35 États membres de la Convention de Luxembourg.

Aussi, il n'est pas inutile de relever que, hormis le Liechtenstein, tous les États parties à la Convention de Luxembourg, sont également membres de la Convention de La Haye de 1980. On comprend donc aisément que les situations d'enlèvement soient soumises à l'instrument le plus « abouti » plutôt qu'à l'autre.

⁶⁰⁹ Le Règlement 1347/2000, dit Bruxelles II, réservait encore à la Convention de Luxembourg un champ d'application résiduel (situations hors procédure de désunion parentale). Mais l'avènement du Règlement Bruxelles II bis, abrogeant le Règlement Bruxelles II, a davantage réduit l'influence de l'instrument européen, en cantonnant son application aux relations entre États non membres de la Communauté européenne, y compris le Danemark : E. GALLANT, Op. cit.

qu'en lui-même, le mécanisme européen procédait d'une belle et encourageante initiative. En effet, sorti des limites du pur droit commun, basé sur le dialogue, il semblait posséder toutes les chances de conduire à l'efficacité de la lutte contre les déplacements illicites d'enfant. L'espoir qu'il a suscité a d'ailleurs conduit à l'adoption sur son modèle, de conventions bilatérales entre la France et certains États non parties (2).

2. Les Conventions bilatérales

308. L'entrée en vigueur des Conventions multilatérales du 20 mai et du 25 octobre 1980, a rendu sans intérêt l'application de certains instruments bilatéraux conclus par la France⁶¹⁰. Mais il en est qui restent des références. Parmi ces derniers, quelques uns ne possèdent qu'un intérêt relatif en ce qu'ils ne prévoient pas de procédure de retour judiciaire de l'enfant. Ils se contentent en effet généralement d'organiser la coopération entre la France et un autre État en vue d'obtenir le retour - souvent amiable - de l'enfant illicitement déplacé. Il en va ainsi des conventions conclues par la France avec le Bénin⁶¹¹, le Congo⁶¹², le Liban⁶¹³, le Niger⁶¹⁴, le Sénégal⁶¹⁵ et le Tchad⁶¹⁶.

Les autres, à savoir les accords conclus entre la France et le Brésil⁶¹⁷, Djibouti⁶¹⁸, l'Égypte⁶¹⁹, le Portugal⁶²⁰, le Maroc⁶²¹ et la Tunisie⁶²², traitent spécifiquement de la reconnaissance et de l'exécution des décisions relatives à l'autorité parentale. Chacun de ces instruments prévoit un

⁶¹⁰ C'est le cas des Conventions conclues avec l'Autriche (17 février 1979), le Canada (9 septembre 1977), la Hongrie (31 juillet 1980), la République-Tchèque (10 mai 1984) et la Slovaquie (10 mai 1984).

⁶¹¹ Accord franco-béninois du 27 février 1975.

⁶¹² Accord franco-congolais du 1^{er} janvier 1974.

⁶¹³ Accord franco-libanais du 12 juillet 1999.

⁶¹⁴ Accord franco-nigérien du 19 février 1977.

⁶¹⁵ Accord franco-sénégalais du 29 mars 1974.

⁶¹⁶ Accord franco-tchadien du 6 mars 1976.

⁶¹⁷ Convention d'entraide judiciaire en matière civile du 28 mai 1996 entre la France et le Brésil, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2000.

⁶¹⁸ Convention de coopération judiciaire en matière civile, ce compris le statut personnel, et en matière commerciale, sociale et administrative, conclue entre la France et Djibouti le 27 septembre 1986 et entrée en vigueur le 1^{er} août 1992.

⁶¹⁹ Convention franco-égyptienne de coopération judiciaire en matière civile, y compris le statut personnel, et en matière commerciale, sociale et administrative, du 15 mars 1982.

⁶²⁰ Convention franco-portugaise du 20 juillet 1983, relative à la protection des mineurs, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1984.

⁶²¹ Entre la France et le Maroc : Convention d'entraide judiciaire du 5 octobre 1957, et Convention du 10 août 1981, relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, entrée en vigueur le 13 mai 1983.

⁶²² Convention franco-tunisienne du 18 mars 1982, relative à l'entraide judiciaire en matière de droit de garde des enfants, de droit de visite et d'obligations alimentaires, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1983.

système de coopération judiciaire basé sur le recours à des Autorités centrales. Ces dernières se voient assigner un double rôle : en premier lieu, elles sont amenées à jouer une fonction d'assistance judiciaire. En conséquence, il leur appartient de se renseigner réciproquement quant à la compétence juridictionnelle et législative⁶²³. En second lieu, les Autorités centrales de l'un et l'autre des États contractants jouent un rôle essentiel quant à l'efficacité internationale des décisions prises par les autorités de chacun des deux États parties. Clairement, c'est dire qu'elles sont chargées de coopérer en vue d'obtenir la reconnaissance et l'exécution des décisions rendues en matière de garde et de visite au sein de leurs territoires respectifs. Plus précisément, « *s'agissant du libre exercice du droit de garde, les autorités centrales doivent prêter leur concours à la recherche et à la localisation de l'enfant déplacé, et faciliter la remise volontaire de l'enfant. Concernant le droit de visite, les autorités centrales coopèrent afin que l'exercice des prérogatives sur leur territoire se déroule dans les conditions posées par les autorités compétentes de l'autre État. Elles veillent à ce qu'aucun obstacle juridique n'en empêche le bon déroulement* »⁶²⁴.

309. Pour parvenir à la réalisation des objectifs conventionnels, encore faut-il cependant que la décision satisfasse aux conditions requises afin d'asseoir sa régularité internationale. Et sur ce point, on ne peut que constater que nombre des conventions bilatérales étudiées reprend à l'identique certaines conditions requises par le droit commun⁶²⁵. Il sera donc nécessaire que la décision soit exécutoire dans l'État d'origine, qu'elle passe le contrôle de sa conformité à l'ordre public du for – aspect procédural et substantiel –, et qu'elle n'entre pas en conflit avec une autre décision rendue relativement aux mêmes parties et portant à la fois sur le même objet et sur la même cause. Outre ces conditions, le contrôle de la compétence de l'autorité ayant rendu la décision, comme le contrôle de la loi appliquée, sont différemment envisagés par les instruments bilatéraux.

⁶²³ Caroline GOSSELAIN, Enlèvement d'enfants et droit de visite transfrontière : conventions bilatérales et États de tradition islamique - Rapport de recherche établi pour le Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, 2002.

⁶²⁴ A. BIGOT, Thèse précitée, n°421, P. 289.

⁶²⁵ En ce sens, cf. les dispositions des conventions précitées (Notamment, les articles 20 et 26 de la Convention franco-brésilienne, articles 35 et 42 de la Convention franco-djiboutienne ; article 16 de la Convention de 1957 et articles 18 et 20 de la Convention de 1981 – relations France/Maroc - ; article 11 de la Convention franco-portugaise, et article 4 de la Convention franco-tunisienne).

Ainsi, alors que les relations France/Brésil et France/Portugal acceptent de passer outre le contrôle de la compétence indirecte⁶²⁶, les rapports entre la France, Djibouti, l'Égypte, le Maroc et la Tunisie ordonnent de reconnaître et d'exécuter la décision prise par le juge de la résidence effective des parents *ou* par celui de la résidence du parent avec lequel l'enfant réside habituellement⁶²⁷. Cette constatation pousse d'ailleurs Madame BIGOT à se demander si l'on peut voir dans la réglementation spécifique, un régime plus libéral que celui issu du droit commun. Considérant que « *des critères de compétence précis, au nombre réduit de deux, même s'ils sont alternatifs et non hiérarchisés, apparaissent moins souples, plus contraignant* », elle en conclut que non⁶²⁸. En outre, elle relève à regret que « *les critères de compétence indirecte retenus dans les instruments étudiés ici sont fondés sur la situation des parents alors que les règles de compétence directe en matière d'autorité parentale sont établies en fonction de la résidence habituelle de l'enfant. Il existera dès lors parfois un déphasage lorsque la décision d'origine a été prise par une autorité d'un État partie à la convention de La Haye de 1961 ou 1996, et que l'enfant n'a pas sa résidence habituelle dans le même État que ses parents* »⁶²⁹.

Quant au contrôle de la loi appliquée, son existence dans les conventions franco-marocaine et franco-djiboutienne, « *constitue un pas en arrière par rapport à la convention multilatérale de Luxembourg ainsi que par rapport à une partie des conventions bilatérales appartenant au régime général, qui n'organisent pas cette vérification* »⁶³⁰. De plus, alors que ces instruments considèrent que « *l'exequatur ne peut être refusé lorsque le juge qui a statué a appliqué : la loi nationale commune des parents, ou à défaut de nationalité commune, la loi de leur résidence commune effective ou la loi de la résidence du parent avec lequel l'enfant vit habituellement* », il apparaît que « *là encore, la différence avec le régime général est patente puisque ce dernier, lorsque cette vérification existe, se contente d'énoncer la conformité de la loi appliquée avec celle désignée par*

⁶²⁶ A. BIGOT, Thèse précitée, P. 290.

⁶²⁷ Ibid. Articles 43 de la Convention franco-djiboutienne, 26 alinéa 8 de la Convention franco-égyptienne, 24 de la Convention franco-marocaine, et 43 de la Convention franco-tunisienne.

⁶²⁸ Id, P. 291.

⁶²⁹ Ibid.

⁶³⁰ Ibid.

*la règle de conflit de l'État requis avec, dans une majorité de conventions, l'atténuation de la théorie de l'équivalence »*⁶³¹.

310. Seule la *Convention franco-algérienne* semble sortir du lot en proposant un système véritablement dérogatoire et simplifié en permettant l'exequatur partiel de la décision d'autorité parentale. Exigeant simplement qu'une décision exécutoire accordant un droit de visite transfrontière illimité au parent non gardien ait été rendue par le juge compétent, à savoir, celui du « *domicile familial entendu comme lieu de vie familiale commune* »⁶³², l'instrument fait fi des autres conditions classiquement requise afin d'assurer la régularité internationale de la décision.

*

*

*

311. Finalement, cette brève étude de l'efficacité internationale des décisions relatives à l'autorité parentale nous aura permis de constater que les situations d'enlèvement international d'enfant procèdent d'un particularisme que les réponses ordinaires peinent à résoudre. Cela vaut d'ailleurs même lorsqu'elles résultent d'un dialogue interétatique. Face à l'échec de l'instrument européen, et face à la portée limitée des textes bilatéraux, la Conférence de La Haye de droit international privé a dès lors bien compris qu'il fallait adapter la coopération à la matière sur laquelle elle porte. Elle a en conséquence pensé une solution spécifique, précisément destinée à répondre aux problématiques posées par les déplacements illicites. Il s'agit de l'action en retour (II).

⁶³¹ Ibid.

⁶³² Article 5 de la Convention franco-algérienne du 21 juin 1988. Pour plus de précisions sur cette convention, cf. A. BIGOT, Thèse précitée, PP. 295-296 ; L. CHATIN, Comment prévenir les déplacements ou les rétentions illicites d'enfants à l'étranger, Op. cit.

II/ La résolution de l'enlèvement international d'enfant par le moyen du respect des rapports d'autorité parentale : l'action en retour

312. L'organisation du retour de l'enfant enlevé est un objectif inscrit dans la droite ligne du respect de l'intérêt de ce dernier. L'opération n'est cependant concevable qu'au sein d'un cadre conventionnel. En effet, en l'absence d'un dialogue interétatique, il n'est pas imaginable de penser que les autorités d'un État puissent se laisser convaincre de renvoyer le mineur. Bien au contraire d'ailleurs, le parent rapté, la plupart du temps ressortissant de l'État de refuge, trouvera grâce auprès des instances judiciaires ou administratives de son pays. Ces dernières choisiront alors quasi-systématiquement de consolider l'enlèvement, quitte à bafouer la décision étrangère dont la reconnaissance et l'exécution auraient pourtant du pouvoir mener à remettre l'enfant au parent injustement lésé. Seul un instrument conventionnel spécifiquement adopté à dessein, pouvait donc placer le dialogue au service du retour concret de l'enfant illicitement déplacé à l'étranger. Et telle est l'ambition de la *Convention de La Haye de 1980*, du *Règlement Bruxelles II bis*, ainsi que de bon nombre des conventions bilatérales précédemment étudiées⁶³³.

Concrètement, ces instruments organisent la remise de l'enfant par le moyen d'une décision adaptée au particularisme des problématiques posées par l'enlèvement international d'un enfant. Afin de vérifier l'efficacité du mécanisme conventionnel, cette étude se propose de commencer par étudier le cheminement menant au prononcé d'une décision de retour (A) puis, d'en venir à exposer les modalités d'exécution de la décision en question (B).

⁶³³ Pour illustrations : la Convention franco-marocaine du 10 août 1981, Rev. crit. 1983, Op. cit. ; F. MONEGER, La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, Op. cit. ; la Convention franco-égyptienne du 15 mars 1982, Rev. crit. 1983, Op. cit. ; la Convention franco-tunisienne du 18 mars 1982, Rev. crit. 1983, Op. cit. ; et la Convention franco-algérienne du 21 juin 1988, Rev. crit. 1988, Op. cit.

A. Le cheminement menant au prononcé d'une décision de retour

313. En initiant le dialogue, la coopération pousse les États à s'accorder en vue de la réalisation d'un objectif commun. Mais pour que l'objectif poursuivi se transforme en un résultat pleinement satisfaisant, il reste à considérer que deux éléments doivent impérativement être réunis.

D'une part, la coopération ne peut se borner à garantir l'adoption de textes internationaux. Elle doit en effet être poursuivie et encouragée dans le fonctionnement même du droit conventionnel. Voilà ce qui explique que dans le système de La Haye, le retour de l'enfant soit étroitement lié à la poursuite d'un dialogue entre les États concernés, notamment par le recours aux Autorités centrales (1). D'autre part, et c'est l'analyse précédemment menée qui nous permet de nous en rendre compte, les solutions proposées doivent être spécialement adaptées à la matière à laquelle elles s'adressent. À défaut de quoi, elles n'apporteront qu'une réponse partielle à la problématique posée par le type de déplacement en cause. C'est précisément ce qui justifie que l'action en retour que nous nous proposons désormais d'exposer n'ait rien d'une action ordinaire. En effet, exclusive du fond, elle ne tend pas à répartir entre les parents les prérogatives inhérentes à l'autorité parentale, mais semble bien davantage devoir mener à l'obtention d'une décision dont le but est d'aboutir à un certain retour au *statu quo ante*⁶³⁴ (2).

1. La coopération, préalable à l'action judiciaire en retour

314. Instruments de collaboration entre les autorités des États contractants⁶³⁵, la *Convention de La Haye de 1980*, le *Règlement Bruxelles II bis*, ainsi que certaines conventions bilatérales, encouragent le dialogue au sein d'un système reposant sur le recours à des Autorités centrales.

En France, la mission d'Autorité centrale est confiée au Bureau de l'entraide civile et commerciale internationale, placé sous l'autorité de Directeur des affaires civiles et du Sceau, au

⁶³⁴ Sur le fait qu'un retour exact au *statu quo ante* soit illusoire, cf. : J. REY, Comment garantir la réalité du retour dans le respect de l'intérêt de chacun, in « Les enlèvements d'enfants à travers les frontières », Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille (sous la direction de H. FULCHIRON), Journées du 20 et 21 novembre 2003, Lyon, Bruylant, 2004, Annexe 1, Section 5, PP. 448 et s.

⁶³⁵ En ce sens, cf. notamment : E. PEREZ-VERA, « Rapport explicatif... », Op. cit., P. 435.

sein du Ministère de la Justice⁶³⁶. Lorsqu'elle est requise suite au déplacement sur le territoire national, d'un enfant résidant habituellement à l'étranger⁶³⁷, l'Autorité centrale française devra immédiatement tout mettre en œuvre afin d'assurer le retour rapide du mineur sur le territoire de sa résidence habituelle⁶³⁸. « *La procédure débute toujours avec la communication en urgence, par l'autorité centrale requérante à l'autorité centrale requise, d'un formulaire type émanant du parent victime par lequel celui-ci renseigne les autorités centrales et leur donne mandat en vue de la réalisation de toutes les démarches et de l'introduction de toutes les procédures, nécessaires pour parvenir au retour de l'enfant* »⁶³⁹. Concrètement, le Bureau de l'entraide civile et commerciale internationale devra s'attacher à parvenir à localiser l'enfant⁶⁴⁰. Pour ce faire, une demande sera adressée au Procureur de la République, qui lui, ordonnera aux services de police d'effectuer des recherches. À défaut de localisation, il est évident que le retour n'est pas réalisable. Aussi, en cas de localisation tardive, le retour pourra être refusé. C'est pourquoi cette attribution est d'une importance capitale⁶⁴¹.

Ensuite, pour « *prévenir de nouveaux dangers pour l'enfant ou des préjudices pour les parties concernées* », l'autorité centrale requise pourra prendre ou faire prendre des mesures provisoires⁶⁴². En lien avec l'autorité centrale du pays de résidence habituelle de l'enfant, le Bureau de l'entraide civile et commerciale internationale devra également, si cela est utile, procéder à un

⁶³⁶ B. BIONDI, Le rôle des autorités centrales en matière d'enlèvements d'enfants, in « Les enlèvements d'enfants à travers les frontières », Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille (sous la direction de H. FULCHIRON), Journées du 20 et 21 novembre 2003, Lyon, Bruylant, 2004, P. 69.

⁶³⁷ L'action est intentée devant les juridictions de l'État sur le territoire duquel se trouve l'enfant. C'est donc très logiquement à l'Autorité centrale de cet État, directement en lien avec l'enfant enlevé, de faire concrètement diligence afin d'assurer le retour de l'enfant.

Notons que dans notre hypothèse, l'Autorité centrale française (autorité de l'État de refuge), pourra être directement saisie par le parent lésé. Mais cette solution n'est pas la plus évidente. En effet, le parent en question se trouvera la plupart du temps à l'étranger, à savoir, dans le pays où son enfant réside habituellement. Il lui sera ainsi bien souvent plus simple de saisir l'Autorité centrale du lieu où il habite (généralement l'État d'origine). Cette dernière devra alors transmettre la demande à l'Autorité centrale de l'État de refuge (Article 9).

⁶³⁸ B. BIONDI, Op. cit. P. 71.

⁶³⁹ Id. P. 72.

Et pour le cas où la situation serait inversée – l'hypothèse ferait alors état d'un enfant résidant habituellement en France et illicitement déplacé à l'étranger – l'Autorité centrale française, une fois en possession du formulaire renseigné par le parent victime, l'adressera immédiatement à l'Autorité centrale de l'État de refuge afin que cette dernière fasse diligence en vue de la remise de l'enfant illicitement déplacé sur son territoire.

⁶⁴⁰ Article 7 a) de la Convention de La Haye de 1980.

⁶⁴¹ T. GARE, Les enlèvements internationaux d'enfants, in « Actualités du droit international privé de la famille », Actes du Colloque de Pau du 12 mai 2000, Petites affiches du 28 mars 2001, P. 34.

⁶⁴² Article 7 b) de la Convention de La Haye de 1980.

échange d'« *informations relatives à la situation sociale de l'enfant* »⁶⁴³. Les deux organismes en relation devront en outre l'un l'autre s'informer au sujet des dispositions de leurs droits internes⁶⁴⁴.

Enfin, après avoir tenté un règlement amiable du litige opposant les parties concernées⁶⁴⁵, l'Autorité centrale française pourra saisir l'autorité judiciaire - à l'étranger, ce pourra être une autorité administrative - compétente pour statuer sur le retour de l'enfant⁶⁴⁶. En France, le Bureau de l'entraide civile et commerciale internationale saisit le parquet général. Ce dernier saisit ensuite le Procureur de la République qui, partie principale à la procédure, porte à son tour l'action judiciaire devant la juridiction compétente. L'avantage ici, est d'éviter aux parties de rechercher le tribunal compétent.

315. Cela étant, le beau rôle attribué à l'Autorité centrale ne vaudra que dans la mesure où cette dernière acceptera de faire suite à sa saisine. L'article 27 de la *Convention de La Haye de 1980* lui permet en effet de ne pas accepter la demande si elle considère qu'il est « *manifeste que les conditions requises par la convention ne sont pas remplies ou que la demande n'est pas fondée* ». Le parent confronté au choix de non intervention de l'Autorité centrale française pourra néanmoins engager un recours juridictionnel contre ce refus⁶⁴⁷. Certes, obliger le parent requérant à recourir à

⁶⁴³ Article 7 d) de la Convention de La Haye de 1980.

⁶⁴⁴ Article 7 e) de la Convention de La Haye de 1980.

⁶⁴⁵ Article 7 c) de la Convention de La Haye de 1980.

Les Autorités centrales doivent jouer un rôle d'intermédiaires entre les parents aux fins de tenter d'obtenir une solution amiable. S'il abouti, l'accord parental pourra déboucher sur deux solutions : la remise de l'enfant ou l'acquiescement à son déplacement. Dans tous les cas, il rendra inutile l'enclenchement ou la poursuite de l'action judiciaire en retour. Notons en outre que désormais, la possibilité d'une solution amiable est ouverte à tout moment de la procédure. Pour plus de détails sur la médiation familiale internationale, cf. infra n° 694 et suivants.

⁶⁴⁶ Article 7 f) de la Convention de La Haye de 1980.

⁶⁴⁷ CAA Paris, 11 juillet 1997, Conclusions J.-P. PAITRE, Refus du garde des Sceaux de prêter l'assistance prévue par la Convention de La Haye sur l'enlèvement international, Op. cit. ; Commentaires H. BOSSE-PLATIERE, Enlèvements d'enfants et adoption internationale : la nécessité d'un contrôle juridictionnel des décisions des Autorités centrales, Op. cit. Dans cette affaire, le demandeur s'est vu opposer le fait de n'être pas titulaire d'un droit de garde.

La solution a par la suite été confirmée par le Conseil d'État : CE, section, 30 juin 1999, Guichard, Note F. BOULANGER, L'absence de contradiction entre les engagements internationaux de la France et le droit positif français sur l'attribution de l'autorité parentale, Dalloz, 2000, P. 1 ; P. GRAVELEAU, Gaz. Pal. 2000, P. 24 ; S. GRATALOUP, Les recours contre une décision d'une autorité centrale en matière d'enlèvement international d'enfant, Dr. Fam. 2000, chron. n°15.

Pour aller plus loin : CEDH 2 septembre 2003, A. GOUTTENOIRE, La Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement d'enfants n'est applicable que si l'enlèvement est illicite, Droit de la famille n° 6, Juin 2004, comm. 98.

Plus généralement sur la question : S. CORNELOUP, Le contentieux de la coopération des autorités centrales dans le cadre des Conventions de La Haye. Compétence administrative ou judiciaire ? Rev. crit. 2000, P. 641.

un juge afin de contester le refus d'intervention de l'Autorité centrale, peut malheureusement contribuer à allonger les délais du mécanisme de retour⁶⁴⁸. Bien évidemment cependant, il semble logique de permettre à l'Autorité centrale saisie d'éviter une perte de temps dans le cas où la demande du parent lui apparaît ne reposer sur aucun fondement valable. D'ailleurs, le préjudice du parent confronté à un refus de l'Autorité centrale à laquelle il s'adresse mérite d'être tempéré par le caractère facultatif de l'intervention de cette dernière pour déclencher la procédure de remise de l'enfant. En effet, les parties peuvent généralement directement se tourner vers les autorités compétentes de l'État requis aux fins d'obtenir le retour de l'enfant illicitement déplacé⁶⁴⁹. Le tempérament est cependant nuancable pour deux raisons : premièrement, il n'est pas inopportun de relever que dans l'hypothèse où l'enfant n'est pas localisé, la saisine directe d'un juge par le parent lésé s'avère sans réel intérêt... En second lieu, bien que la majorité des conventions bilatérales précédemment étudiées repose également sur un système de coopération mettant à contribution des Autorités centrales dont le rôle est identique à celui exposé dans le cadre de la *Convention de La Haye de 1980*, il reste que les rapports franco-égyptiens ne semblent pas permettre l'option ci-dessus mentionnée. En effet, interprétant les dispositions de l'instrument bilatéral « *comme faisant obligation au demandeur de saisir l'Autorité centrale pour pouvoir déclencher la procédure de retour de l'enfant* », une décision rendue par le Tribunal de Grande Instance de Pontoise sur le fondement des dispositions de la *Convention franco-égyptienne de 1982*, a « *déclaré irrecevable la demande d'un père tendant à obtenir le retour de son enfant au motif qu'il avait saisi directement la juridiction française sans passer par le relais des Autorités centrales* »⁶⁵⁰. Or, comme le souligne Madame GALLANT « *la lecture (de la Convention franco-égyptienne) ne permet en aucun cas*

⁶⁴⁸ Et cela pourrait d'ailleurs d'autant plus valoir quand il s'agit de contester la décision de refus d'intervention de l'Autorité centrale devant le juge administratif. En effet, ce dernier n'étant pas compétent pour se prononcer en matière d'état et de capacité des personnes, certains auteurs ont émis l'idée qu'il puisse devoir surseoir à statuer afin d'adresser une question préjudicielle à l'autorité judiciaire relativement à l'autorité parentale (Cf. en ce sens : S. GRATALOUP, Op. cit. P. 5). Et si les circonstances de l'affaire Guichard, ne soulevant « aucune difficulté sérieuse » (Cf. pour plus de détails sur ces développements, A. BIGOT, Thèse précitée, PP. 339-340), ont permis au Conseil d'État de se prononcer sans consulter le juge judiciaire, il est permis de penser que d'autres litiges pourraient s'avérer plus complexes...

⁶⁴⁹ Article 29 de la Convention de La Haye de 1980.

Pour une illustration : Cass. Civ. 1^{ère}, 7 juin 1995, Note, J. MASSIP, Une nouvelle application de la Convention de La Haye sur l'enlèvement international d'enfants, Dalloz, 1996, P.468 ; Defrénois 1996, P.336.

Dans cette affaire, la Cour de cassation a cassé la décision d'une Cour d'appel qui avait déclaré irrecevable la demande de retour directement introduite par la requérante.

⁶⁵⁰ E. GALLANT, Thèse précitée, note 274, P. 302 (À propos de TGI Pontoise, 8 octobre 1999).

d'affirmer une telle obligation »⁶⁵¹. En somme, rien n'explique véritablement l'argumentaire du jugement pontoisien. La position de la Haute juridiction à propos de la *Convention de La Haye* dans l'arrêt du 7 juin 1995⁶⁵², aurait pourtant dû pouvoir inspirer la solution rendue⁶⁵³.

316. Ces développements nous auront permis de constater les imperfections du droit conventionnel. Mais ils nous auront aussi, et peut être même surtout, conduits à réaliser l'importance de la coopération quand l'internationaliste doit résoudre une problématique mettant en cause le déplacement illicite d'un enfant. En réalité, seul le dialogue peut concrètement asseoir l'efficacité internationale des décisions d'autorité parentale adoptées dans l'intérêt de l'enfant. Traduisant (résumant) l'objectif du droit conventionnel de l'enlèvement, le retour de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle est facilité par les échanges menés entre Autorités centrales. Mais pour qu'il trouve sa pleine réalisation, ces instances n'ont pas de pouvoir de décision. Leur intervention préalable à la saisine de l'autorité compétente en la matière ne saurait donc suffire. Au stade de l'action en retour, il leur reste donc à collaborer avec les autorités judiciaires ou administratives compétentes pour prononcer une décision dont la teneur est spécifiquement adaptée à la matière (2).

2. Le particularisme de l'action judiciaire en retour

317. L'action menée au civil en matière d'enlèvement international sur le fondement de la *Convention de La Haye de 1980*, du *Règlement Bruxelles II bis*, ou de l'une des conventions bilatérales prévoyant l'instauration d'une action en remise/retour⁶⁵⁴, se déroule devant l'autorité compétente de l'État de refuge de l'enfant enlevé. En France, l'action a lieu devant le juge aux

⁶⁵¹ Ibid. Contra, A. BIGOT, Thèse précitée, n° 497, P. 336.

⁶⁵² Cf. note n° 649.

⁶⁵³ Les conventions bilatérales ne sont-elles pas inspirées des instruments multilatéraux, et à ce titre, régulièrement complétées par ces derniers dans leurs lacunes ?

⁶⁵⁴ Il semble que la majorité des conventions bilatérales poursuivant l'objectif du retour immédiat de l'enfant illicitement déplacé mette en œuvre une action similaire à celle prévue par la Convention de La Haye de 1980. Seule la Convention franco-brésilienne paraît permettre aux juges « de s'immiscer dans le fond de l'autorité parentale ». Pour de plus amples précisions sur ce point, cf. A. BIGOT, Thèse précitée, n° 506, P. 343.

affaires familiales. Ce dernier est saisi à la demande du Parquet, par voie d'assignation à jour fixe ou en référé⁶⁵⁵.

Intervenant en réaction à une voie de fait⁶⁵⁶, la procédure de retour n'a pas pour objet de statuer sur le fond de l'autorité parentale⁶⁵⁷. En effet, il suffit au parent lésé de se prévaloir d'un droit de garde fondé sur un titre et effectivement exercé – seul ou conjointement –, pour déclencher le mécanisme visant à assurer le retour de l'enfant. Un tel constat pousse d'ailleurs Monsieur ANCEL à voir un rapprochement certain entre cette action et la protection possessoire⁶⁵⁸. Très rapidement cependant, l'auteur prend soin de préciser que l'assimilation, bien que certaine, mérite d'être mesurée. En effet, la nécessaire vérification des conditions de mise en œuvre de la Convention devrait permettre au juge de s'assurer qu'aucun obstacle ne s'oppose au prononcé du retour⁶⁵⁹. Si donc elle « prescrit un « retour immédiat » et entend par là donner un certain caractère d'automaticité à la mesure, la convention n'invite pas à traiter l'enfant comme une chose disputée entre copropriétaires ; la nature particulière, c'est-à-dire humaine et non réelle, de

⁶⁵⁵ Comme le souligne Monsieur ANCEL, « (...) l'assignation à jour fixe, (...) répond assez bien à l'impératif de célérité et marque aussi nettement le caractère autonome de l'action, puisqu'elle en fait une action principale et se suffisant à elle-même. La demande de référé, quant à elle, peut aboutir plus rapidement encore, mais elle présente normalement un caractère auxiliaire ; elle se relie à un autre procès dans la mesure où elle tend à stabiliser par des mesures provisoires une situation litigieuse afin de prévenir autant que possible la détérioration des intérêts des parties pendant le temps du traitement juridictionnel dont ceux-ci sont l'objet. Il reste, toutefois que la liaison est strictement pratique, puisque juridiquement l'ordonnance ne peut préjudicier au fond » : Note sous TGI Périgueux 17 mars 1992, TGI Paris, 8 février 1993, Civ. 1^{ère}, 16 juillet 1993, De l'action en retour dans l'enlèvement international d'enfants, Op. cit.

⁶⁵⁶ Précision étant faite que « cette voie de fait est constituée par le dessaisissement imposé au gardien contre sa volonté ; elle est donc exclue lorsque ce dernier a de lui-même délaissé ses prérogatives, comme elle peut être couverte par un acquiescement ultérieur ». B. ANCEL, Op. cit.

⁶⁵⁷ Article 19 de la Convention de La Haye de 1980.

En guise d'illustration jurisprudentielle : Cass. Civ. 1^{ère}, 7 juin 1995, Note J. MASSIP, Une nouvelle application ..., Op. cit. Dans cette affaire, la Haute juridiction judiciaire a réaffirmé l'absence d'incidence sur le fond de l'action en retour : « Attendu cependant, que la juridiction française saisie selon le mécanisme d'entraide judiciaire internationale institué par la Convention du 25 octobre 1980, n'est pas juge de la régularité ou du bien-fondé de la décision prise dans l'État de la résidence habituelle des enfants et doit ordonner leur retour pour faire respecter cette décision, qui n'affecte pas le fond du droit de garde (...) ».

⁶⁵⁸ Ibid.

⁶⁵⁹ Ibid. : « Il faudrait ici décliner par exemple : la référence au délai d'un an, couru ou non depuis l'enlèvement, qui conditionne selon l'article 12 la recevabilité du moyen de faire échec à la demande que serait la preuve de l'intégration de l'enfant dans le nouveau milieu qui lui a été imposé (art. 12, al. 2) ; la vérification qu'il n'y a pas à craindre que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique ou, de toute autre manière, ne le place dans une situation intolérable (art. 13, al. 1, b) ; l'appréciation du caractère approprié, compte tenu de l'âge et de la maturité, d'une audition de l'enfant pour recueillir son adhésion ou son opposition à son rapatriement (art. 13, al. 2) ».

l'objet de la discorde imprime au modèle possessoire un certain nombre d'altérations significatives »⁶⁶⁰.

318. L'intérêt de la prise d'une décision nécessairement exclusive du fond réside dans sa capacité à lutter contre la fraude du parent rapté⁶⁶¹. En effet, inaptes à statuer sur le fond du droit de garde, les autorités requises de l'État de refuge n'auront pas la possibilité de modifier la résidence habituelle de l'enfant pour faire échec à son retour. Le parent auteur de l'enlèvement n'aura donc que très peu de chance d'utiliser le passage d'une frontière aux fins d'obtenir une décision qui lui soit plus favorable⁶⁶². Mais bien au-delà de la potentielle intention frauduleuse de l'un des parents, c'est plus généralement le caractère illicite du déplacement que les instruments conventionnels ambitionnent de sanctionner. Ainsi, ces développements permettent à cette étude de constater qu'aucune manipulation du critère de rattachement n'est indispensable pour que la sanction de l'illicéité soit assimilable à celle généralement retenue lorsqu'une fraude est constatée : les autorités de la résidence habituelle de l'enfant juste avant son déplacement demeurent compétentes. Il en résulte logiquement que toute décision prise au fond par une autre autorité, en l'occurrence, celle de l'État de refuge, sera frappée d'ineffectivité⁶⁶³.

319. En somme, l'action en retour a tout d'un mécanisme bien pensé. Mais peut-on réellement considérer que l'exécution de la décision à laquelle elle est censée aboutir sera effective et lui permettra en conséquence de véritablement réaliser l'objectif qui lui est assigné (B) ?

⁶⁶⁰ Ibid.

⁶⁶¹ En effet, il arrive fréquemment que le parent ravisseur déplace l'enfant afin d'entraîner la modification de la réglementation (compétence juridictionnelle et législative) applicable à l'enfant : B. ANCEL, La réaction du droit international privé français face à l'enlèvement international d'enfants, in « Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores », Jornadas de derecho internacional privado, Toledo 26 et 27 janvier 1990, P. 2.

⁶⁶² On en revient à faire du droit conventionnel de l'enlèvement, une solution préventive.

⁶⁶³ Pour un développement plus détaillé sur la sanction du non respect des règles de droit international privé, cf. infra n° 684 et suivants.

B. L'exécution de la décision de retour

320. Parce que lorsque le déplacement illicite d'un mineur est en cause, l'exécution des décisions de retour est parfois difficile (1), il convient de rechercher les moyens qui faciliteront leur mise en œuvre effective (2).

1. Difficultés d'exécution de la décision de retour

321. Réputé intervenir dans l'intérêt du mineur, le retour de l'enfant enlevé doit être prononcé toutes les fois où un déplacement frappé d'illicéité peut être caractérisé. Le *prononcé* du retour n'assure néanmoins que la position des juges, conforme aux objectifs conventionnels. Il ne garantit pas l'*exécution* de la décision en question. Or, il va de soi que le droit ne présente d'intérêt, que dans la mesure où il s'avère contraignant. Ainsi, prendre une décision n'est pas tout. Encore faut-il qu'elle puisse être concrètement appliquée⁶⁶⁴. Malheureusement pourtant, il semble qu'en pratique, les difficultés d'exécution des décisions de retour soient bien réelles. Comme l'expose Julien REY, elles peuvent d'ailleurs se présenter à un double niveau : dans le pays du juge auteur de la décision ou dans l'État de la résidence habituelle de l'enfant⁶⁶⁵.

⁶⁶⁴ D'ailleurs concernant l'application/l'exécution des décisions de retour, il convient de mentionner que, prise en la forme des référés (contrairement à une ordonnance de référés), la décision ordonnant le retour n'est pas exécutoire de droit à titre provisoire par application de l'article 1074-1 du Code de procédure civile. L'exécution provisoire doit donc être demandée par le parent victime. Le juge dispose néanmoins d'un pouvoir d'appréciation quant aux conditions susceptibles de justifier cette exécution provisoire. Il peut donc la refuser. Cela dit, même si ni la Convention de La Haye de 1980 ni le Règlement Bruxelles II bis ne l'imposent, il paraît quand même que l'exécution provisoire permettrait d'une part, que le parent ravisseur ne déplace à nouveau l'enfant pour échapper à l'exécution à venir de la décision de retour, et d'autre part, d'assurer un retour véritablement immédiat de l'enfant vers son pays de provenance. Cf. en ce sens Civ. 1^{ère}, 20 janvier 2010, Note N. AUROY et C. CRETON, Enlèvement international d'enfants : l'ordonnance du JAF statuant sur une demande aux fins d'obtenir le retour n'est pas exécutoire de droit à titre provisoire, Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation, Dalloz 2010, P. 552 ; Obs. L. DARGENT, Déplacement illicite de l'enfant et décision de retour : pas d'exécution provisoire de droit, Dalloz actualité 28 janvier 2010 ; Note A. DEVERS, L'exécution provisoire de l'ordonnance de retour de l'enfant, JCP 2010, P. 381.

Les dispositions des textes conventionnels semblent pourtant ne pas condamner l'hypothèse et même l'envisager avec une certaine sérénité. En effet, comme le souligne N. AUROY, « l'article 42 du règlement, après avoir disposé que « le retour de l'enfant (...) résultant d'une décision exécutoire rendue dans un État membre est reconnu et jouit de la force exécutoire dans un autre État membre sans qu'aucune déclaration lui reconnaissant force exécutoire ne soit requise », envisage l'hypothèse où « le droit national ne prévoit pas la force exécutoire de plein droit » en prévoyant que, « nonobstant un éventuel recours, d'une décision ordonnant le retour de l'enfant (...), la juridiction d'origine peut déclarer la décision exécutoire... ».

⁶⁶⁵ J. REY, Op. cit.

322. Le pays de la résidence habituelle de l'enfant juste avant son déplacement n'est pas celui qui prend la décision de retour. C'est pourtant sur son territoire que l'enfant devra revenir. Il est donc hautement concerné par la décision prononcée à l'étranger. Or, fort logiquement, la décision d'un État ne peut s'imposer et être exécutée sans conditions en dehors des limites souveraines de l'autorité dont elle émane. Comment donc garantir l'indispensable efficacité internationale de la décision de retour dans l'État d'origine de l'enfant ? Certainement en rappelant brièvement que le droit conventionnel de l'enlèvement a pensé à faciliter la reconnaissance et l'exécution des décisions prises à l'étranger en la matière, en allant dans le sens d'une reconnaissance de plein droit des mesures prises dans les autres États contractants⁶⁶⁶. Certainement encore en précisant pour ce qui est de l'exécution des décisions prises dans un autre État, que celle-ci sera le plus souvent possible au moyen d'une procédure allégée, voire inexistante⁶⁶⁷. En faut-il vraiment plus pour aller dans le sens de l'efficacité internationale de la décision ? Certes, les droits internes des États conservent le soin d'adopter des voies d'exécution aptes à garantir concrètement la mise en œuvre des décisions de retour étrangères. Il reste donc à espérer que les États auront à cœur les objectifs fixés par le droit conventionnel, et qu'ils se donneront en conséquence les moyens de parvenir à leur réalisation effective.

323. Mais si l'on comprend aisément— et même à regret - que des difficultés d'exécution surviennent à propos de décisions étrangères sur simple fondement de souveraineté, bien plus étonnants sont les obstacles susceptibles d'empêcher la mise en œuvre d'une décision au sein même de l'ordre juridique dont elle émane. Néanmoins conscient que « *l'exécution de la décision dans le pays du juge qui a pris cette décision constitue dans un certain nombre de cas une réelle difficulté, parfois insurmontable* », Monsieur REY se propose d'en exposer les raisons⁶⁶⁸.

Il fait ainsi valoir que les causes susceptibles de compliquer l'exécution de la décision de retour sont diverses. Elles peuvent premièrement être d'ordre juridique. En effet, différentes

⁶⁶⁶ Ibid. Cf. également pour davantage de détails : supra n° 293 et suivants à propos des dispositions des Conventions de Luxembourg et La Haye 1980, du Règlement Bruxelles II bis et de la Convention de La Haye de 1996.

⁶⁶⁷ J. REY, Op. cit.

⁶⁶⁸ Ibid.

décisions statuant contradictoirement peuvent être successivement rendues au sein d'un même État. Aussi, l'un des parents peut user de manœuvres dilatoires et s'engager dans des procédures judiciaires en ayant pour seul objectif de gagner du temps. Enfin, « *certaines États disposent d'un système procédural complexe ne favorisant pas l'exécution de ses propres décisions. Ainsi en Allemagne deux décisions sont parfois nécessaires pour parvenir à faire exécuter un jugement de retour* »⁶⁶⁹. En second lieu, les difficultés d'exécution peuvent être d'ordre pratique et provenir de l'éloignement géographique des parties. En effet, « *plus les protagonistes sont éloignés, plus il est difficile d'obtenir l'exécution de la décision rendue. L'absence physique du parent lésé dans l'État où l'enfant a été déplacé ne lui permet pas de faire respecter ses droits aussi bien que s'il résidait dans ce pays. Il ne peut pas contraindre ou inciter l'autre à agir. Il ne connaît pas nécessairement tous les rouages du système juridique de l'État étranger et donc la manière d'obtenir l'exécution forcée du jugement ordonnant le retour de son enfant* »⁶⁷⁰. Le parent rapté peut en outre simplement refuser de se conformer à la décision de retour. « *La question est alors de savoir s'il est possible de le contraindre à ramener l'enfant* »⁶⁷¹. Plus généralement, la question vise à savoir si, inscrites dans le cadre d'un dialogue entre les États, certaines pratiques pourraient contribuer à améliorer l'efficacité du mécanisme de retour et partant, quasi-systématiquement garantir la remise de l'enfant (2).

2. Moyens de facilitation de l'exécution de la décision de retour

324. Confrontés à la réalité des difficultés d'exécution des décisions de retour, les États proposent des réponses à l'image de leur système juridique. Et face à la diversité des solutions proposées, Julien REY constate que dans certains pays, « *l'absence de moyens concrets pour faire respecter les jugements pris décrédibilise le système judiciaire concerné et ne répond pas aux attentes des justiciables* »⁶⁷². Ainsi, « *des États comme la Pologne ne disposent que de peu de moyens de coercition pour faire exécuter les décisions judiciaires sur leur territoire* ». De même, « *cette situation se retrouve en Allemagne et même en France où le retour de l'enfant n'est pas*

⁶⁶⁹ Ibid.

⁶⁷⁰ Ibid.

⁶⁷¹ Ibid.

⁶⁷² Ibid.

systématique »⁶⁷³. À l'inverse cependant, certains systèmes juridiques sont construits sur un modèle très favorable à la bonne marche des décisions de justice. C'est le cas de l'Angleterre. En effet, le principe du *Contempt of Court* permet au juge anglais de disposer « d'outils coercitifs qui soumettent les parties à certaines contraintes les obligeant à s'exécuter »⁶⁷⁴. De plus, certaines mesures de coopération judiciaire utilisées par les pays de *Common Law* semblent tout à fait aptes à garantir une avancée supplémentaire dans le sens de l'efficacité internationale des décisions ordonnant le retour de l'enfant illicitement déplacé. Il en va par exemple ainsi des « *Undertakings* », des ordonnances miroirs, ou encore, des « *safe harbour orders* ».

325. Les « *Undertakings* » sont des « engagements pris par le parent requérant sous le contrôle d'un tribunal, afin d'assurer que le retour de l'enfant se fera de manière immédiate. (...). Ces accords ne sont pas à sens unique, et le parent défendeur peut également s'engager sur certains points (...) »⁶⁷⁵. Ainsi, en matière d'enlèvement international d'enfant, « les undertakings peuvent notamment consister en un engagement du parent qui demande et obtient le retour à ne pas introduire de procédure pénale dans le pays de résidence habituelle du mineur ou à abandonner les procédures en cours ; à laisser à sa mère l'enfant en bas âge jusqu'à ce que le tribunal du pays de résidence habituelle statue sur l'exercice de l'autorité parentale ; à ne pas mettre à exécution les décisions intervenues dans le pays de résidence habituelle après le déplacement de l'enfant ; à laisser un droit de visite et d'hébergement, y compris transfrontière, à l'autre parent dans les conditions définies par la décision, etc. Les undertakings peuvent aussi consister en des engagements souscrits par le parent qui avait déplacé ou retenu illicitement l'enfant : engagement de ne pas s'opposer au départ de l'enfant ; de prendre part à la procédure judiciaire relative au droit de visite et d'hébergement qui sera intentée dans le pays de résidence habituelle ; d'abandonner les procédures en cours dans le pays « refuge » ; de participer à une médiation, etc. »⁶⁷⁶. Ensuite, les ordonnances miroirs « tendent à éviter l'inconvénient de décisions contradictoires

⁶⁷³ Ibid.

⁶⁷⁴ Ibid.

⁶⁷⁵ Ibid.

⁶⁷⁶ Hugues FULCHIRON, Comment améliorer le fonctionnement des instruments internationaux ? , in « Les enlèvements d'enfants à travers les frontières », Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille (sous la direction de H. FULCHIRON), Journées du 20 et 21 novembre 2003, Lyon, Bruylant, 2004, PP. 371 et s.

en permettant aux magistrats de coordonner leur action et de prendre des mesures et des décisions qui vont dans le même sens »⁶⁷⁷. Enfin, les « safe harbour orders » « sont des décisions prises par les autorités du pays dans lequel doit s'effectuer le retour de l'enfant ou s'exercer le droit de visite transfrontière. Elles ont pour objectif de permettre à l'auteur du déplacement ou de la rétention illicite de se rendre lui-même dans ce pays pour accompagner l'enfant ou lui rendre visite, pour s'y installer au moins provisoirement, pour participer aux instances judiciaires ou aux séances de médiation etc. sans tomber sous le coup des procédures civiles ou pénales qui ont pu être engagées ou risqueraient d'y être engagées contre lui. Elles peuvent également permettre à l'intéressé de pénétrer sur le territoire du pays en question lorsque, par exemple, sa carte de résident lui a été supprimée à la suite de l'enlèvement »⁶⁷⁸. Mais ce qu'il importe de comprendre, c'est que « parallèlement aux mesures judiciaires mises à la disposition des juges, des facteurs sociaux ou psycho-juridiques contribuent à assurer une très bonne exécution des décisions judiciaires prononcées en Angleterre »⁶⁷⁹. En réalité, « chaque système juridique est issu d'une longue et lente évolution historique, sociale et politique qui forge ses caractères et ses traits principaux »⁶⁸⁰. En conséquence, il apparaît que les solutions issues d'un système juridique, « ne sont pas transposables dans tous les autres États »⁶⁸¹ du seul fait de leur opportunité, voire de leur excellence. Est-ce si grave ?

326. Certes, lorsqu'il est confronté aux failles des réglementations nationales, le droit international privé peut contribuer à encourager les États à faire évoluer leurs législations. Mais la solution garantissant l'efficacité doit-elle nécessairement passer par les voies d'exécution, voire par l'approfondissement des mesures de coopération judiciaire ? À tout bien réfléchir, le meilleur moyen de garantir l'effectivité du retour de l'enfant illicitement déplacé ne consiste-t-il pas plutôt à inciter le parent rapté à remettre volontairement le mineur, et ce, indépendamment du degré de contrainte que le système juridique dont il dépend peut exercer sur lui ? C'est fort possible.

⁶⁷⁷ J. REY, Op. cit..

⁶⁷⁸ Hugues FULCHIRON, Comment améliorer le fonctionnement des instruments internationaux ? Op cit.

⁶⁷⁹ Julien REY, Op. cit.

⁶⁸⁰ Ibid.

⁶⁸¹ Ibid.

327. Concrètement, pour convaincre le ravisseur, la décision ordonnant le retour de l'enfant devrait être aménagée dans ses modalités de mise en œuvre afin de n'être préjudiciable à aucun des parents, tout en restant respectueuse de l'intérêt de l'enfant. Comment cependant parvenir à créer un contexte de nature à encourager la collaboration du parent rapté qui se sait sous le coup de poursuites pénales ? En effet, il n'est pas rare que le parent auteur du déplacement illicite fasse l'objet de telles poursuites dans le pays de la résidence habituelle de l'enfant⁶⁸². Or, le recours au droit pénal en matière d'enlèvement international est-il vraiment opportun lorsque l'on se souvient qu'une mesure répressive prononcée en France ne pourra pas - principe de souveraineté oblige - être exécutée à l'étranger⁶⁸³ ? Bien souvent, la mesure aura pour effet de conforter, voire d'approfondir le désaccord parental et de persuader le parent rapté de ne pas remettre l'enfant. En effet, certain de ne pas pouvoir poser les pieds sur le territoire de la résidence habituelle de son enfant sans être « jeté » en prison, l'auteur du déplacement illicite sera tenté de rester confiné dans l'État de refuge tout en gardant le mineur à ses côtés ! La solution est donc généralement ailleurs⁶⁸⁴.

328. En tout premier lieu, les poursuites pénales en cours ou déjà prononcées pourraient être abandonnées ou écartées. Puis, les relations personnelles entre l'enfant et ses deux parents devraient être encouragées. Nous l'avons vu, cela peut passer par l'octroi d'un droit de visite transfrontière⁶⁸⁵, par la suppression d'une éventuelle interdiction de sortie de territoire de l'enfant, et même dans certains cas, par l'éviction de certaines difficultés inhérentes à la nationalité étrangère du parent rapté. Bien évidemment, de telles propositions ne sont réalisables qu'à partir du moment où elles s'inscrivent dans le cadre d'un échange entre États qui soit prompt à favoriser l'efficacité internationale des décisions de retour. Encore une fois, la coopération s'avère donc indispensable. Est-elle cependant toujours une garantie absolue ?

⁶⁸² Articles 227-5 et s. du Code pénal prévoyant les délits de soustraction et de non-représentation d'enfant.

⁶⁸³ Y. LEQUETTE, *Rép. Int. Dalloz*, 1998, 2^{ème} éd., V° Mineur.

⁶⁸⁴ Anne Richez-Pons, *Op. cit.*

Précision faite que si les mesures pénales paraissent tout à fait inappropriées dans l'État de retour de l'enfant, il en va sensiblement différemment dans l'État de refuge car cela permettrait de contraindre l'auteur de l'enlèvement à accepter le retour. Cf. en ce sens, Julien REY, *Op. cit.*, P. 457.

⁶⁸⁵ Cf. *supra* n° 269 et suivants.

329. En réalité, la pratique révèle assez nettement que l'adoption d'instruments conventionnels de coopération en matière d'enlèvement international d'enfant n'est pas tout. Et cela vaut davantage quand les pays concernés appartiennent à des traditions juridiques différentes : même lorsque ces derniers décident de dialoguer et parviennent à s'accorder sur un objectif commun dans le but de garantir à l'enfant une protection satisfaisante, il reste qu'à l'épreuve des faits, les divergences conceptuelles qui les caractérisent finissent toujours par ressurgir. Tel est le cas par exemple de la coopération menée entre la France et les pays de tradition islamique, au titre desquels on trouve notamment les pays du Maghreb. En effet, l'analyse du Rapport de recherche de Madame Caroline GOSSELAIN nous permet de comprendre que, théoriquement mises en place afin d'assurer la bonne application des instruments qui les instaurent, *« dans la pratique, les Autorités centrales européennes éprouvent des difficultés plus ou moins importantes avec les Autorités centrales des pays de tradition islamique telles que : retard ou inertie dans l'engagement des procédures demandées ; communications difficiles en temps réel relatives au déroulement des procédures (...) ; difficulté d'obtenir des copies lisibles et intégrales des documents officiels ; manque de coopération dans la localisation de l'enfant déplacé ; etc. »*⁶⁸⁶. De plus, *« un autre constat a trait au type de coopération existant entre les pays dits occidentaux et les pays de tradition islamique, lequel se caractérise par un déséquilibre marqué. En effet, dans la plupart des dossiers traités et abordés au travers des conventions bilatérales, les Autorités centrales/compétentes occidentales sont bien souvent les Autorités requérantes (...). Or, il a été constaté que la coopération fonctionne de manière plus efficace lorsqu'elle ne se déroule pas à sens unique »*⁶⁸⁷. Enfin, et sans surprise, *« l'obstacle majeur à une bonne application de ces conventions bilatérales reste la différence entre les systèmes juridiques occidentaux et ceux de tradition islamique »*⁶⁸⁸. Et cela vaut tant parce que l'incompatibilité avec l'ordre public interne fondé sur la loi coranique est régulièrement invoquée à dessein de faire échec à l'efficacité des décisions étrangères, qu'en raison de la longueur des procédures en terres d'Islam⁶⁸⁹.

⁶⁸⁶ Caroline GOSSELAIN, Op. cit.

⁶⁸⁷ Ibid.

⁶⁸⁸ Ibid.

⁶⁸⁹ Ibid.

Notons quand même que certains efforts méritent d'être relevés. À titre d'exemple, il peut être rappelé que l'article 8 alinéa 2 de la Convention franco-algérienne prévoit que l'exequatur « ne peut être refusé ». D'ailleurs, cette étape

Conclusion de la seconde section.

330. Si l'on a jugé utile d'élaborer des instruments internationaux de lutte contre les déplacements illicites d'enfants, c'est que ces derniers ne sont pas rares. Les mesures préventives ne sauraient d'ailleurs suffire quand la crainte de l'un des parents de se voir séparé de son enfant se réalise. Assurément, il fallait donc trouver des mesures destinées à remédier au problème que suscitent les enlèvements internationaux d'enfants.

331. Face au succès très peu convainquant de l'aménagement des règles classiques de l'efficacité internationale des décisions, les solutions issues de la coopération ont choisi d'innover en s'adaptant aux exigences particulières de la matière. Ainsi, aujourd'hui, dans de nombreux cas, le simple constat de l'enlèvement d'un enfant suffit à déclencher le processus visant son retour immédiat. Cette phase ne permet pas à l'autorité judiciaire - ou administrative- de se prononcer sur le fond de la répartition des prérogatives de l'autorité parentale. Elle vise simplement à statuer sur le retour de l'enfant indûment déplacé⁶⁹⁰. Malheureusement, là encore, une fois le retour prononcé, sa réalisation effective dépendra évidemment de l'efficacité internationale de la décision ordonnant la remise de l'enfant au parent lésé. Et s'il est vrai qu'encore aujourd'hui, l'exécution des décisions de retour n'est pas toujours aisée, il n'en demeure pas moins que le droit conventionnel, même sans être parvenu à la perfection, tend incontestablement vers toujours davantage d'efficacité. Pour preuve, il suffit de rappeler la suppression de l'exequatur des décisions de retour par le *Règlement Bruxelles II bis*, actuellement dernier maillon de l'évolution de droit de l'enlèvement international d'enfant. Autant donc considérer qu'il faille simplement être optimistes et patients.

passée, l'article 11 garantit l'aboutissement du processus amorcé en commandant « l'utilisation de la force publique pour une exécution forcée assurant le retour effectif de l'enfant sur le territoire d'où il est parti ».

⁶⁹⁰ Le juge chargé de statuer sur le retour d'un enfant illicitement déplacé devra commencer par contrôler que la situation à laquelle il est confronté s'inscrit bel et bien dans le cadre d'un enlèvement au sens du droit conventionnel (violation d'un droit de garde effectivement exercé). Il devra ensuite vérifier qu'aucun obstacle conventionnellement prévu ne s'oppose au retour de l'enfant dans le pays d'où il a été enlevé.

Conclusion du Premier Chapitre.

332. L'étude des règles inhérentes à la prévention des enlèvements internationaux d'enfants a su démontrer les limites des mesures proposées. En effet, d'une part, quand le risque d'enlèvement est illusoire, ces mesures sont inutiles, voire, injustes pour le parent auquel elles s'adressent. D'autre part, lorsqu'au contraire, le risque d'enlèvement est avéré, il est rare que la prévention soit véritablement dissuasive et que le parent renonce à son projet d'emmener ou de garder l'enfant avec/près de lui, serait-ce illicitement. Aussi, certaines mesures préventives peuvent même être à l'origine d'un résultat contraire à celui pour lequel elles militent, quand, frustré par les restrictions qui lui sont imposées, l'un des parents se trouve davantage poussé à franchir les limites de la légalité, qu'à les respecter. Partant, paradoxalement, seul l'octroi d'un droit de visite transfrontière apparaît aller dans le sens d'un apaisement du conflit familial. Néanmoins, il va de soi que l'attribution d'un tel droit n'a de véritable sens que dans la seule mesure où la situation en question s'inscrit dans le cadre d'une coopération active entre les États concernés. Car en réalité, si accorder un droit de visite transfrontière peut nettement contribuer à servir concrètement les intérêts du parent qui n'a pas la garde quotidienne de son enfant et, en conséquence, le dissuader d'enlever ou de retenir ce dernier, il va de soi que le cœur de la dissuasion se situe dans l'inutilité de l'enlèvement.

333. Clairement, c'est dire que la prévention à elle seule ne suffit pas. Pour la parfaire, encore fallait-il prévoir un dispositif apte à contrer efficacement l'enlèvement réalisé. En effet, si par exemple, le parent qui a l'intention de déplacer sans droit l'enfant sait que la décision statuant sur la garde obtiendra rapidement l'exequatur dans le pays où le droit de visite transfrontière doit s'exercer, le titulaire du droit de visite sera sans doute plus difficilement tenté de retenir illicitement son enfant. De même, s'il est conscient qu'un mécanisme de retour immédiat sera mis en œuvre rapidement et avec succès, le parent co-titulaire de la garde de son enfant hésitera très certainement à enfreindre le droit de garde de l'autre parent en retournant dans le pays dont il est le ressortissant, sans être autorisé à y emmener le mineur ! Cela étant, pour que l'effet dissuasif des solutions conventionnelles porte ses fruits ; et même, pour que les solutions conventionnelles elles-mêmes réalisent leurs ambitions, encore faut-il que la coopération interétatique fonctionne correctement. En

effet, seul un dialogue actif entre les États, peut, en matière d'enlèvement international, permettre la sanction efficace du déplacement d'un enfant survenu en opposition avec la réglementation destinée à lui assurer une protection satisfaisante.

334. Mais ce dialogue résultant de la coopération internationale résume-t-il pour autant à lui seul la notion d'efficacité ? En réalité, l'enlèvement n'est qu'un exemple. L'appréhension d'autres matières mettant en cause d'autres types de déplacements d'enfants à l'échelle internationale nous permettra de nous rendre compte que la coopération nécessite un échange à deux niveaux. En effet, à la coopération horizontale traduite par l'adoption d'accords entre États, s'ajoute une coopération verticale qui « *résulte du constat que le droit international a besoin de relais nationaux, donc de législation de mise en œuvre* »⁶⁹¹. Il en résulte que malgré le dialogue, la part réservée au droit interne des États reste importante. En effet, même lorsque l'objectif est fixé, il appartient ensuite aux parties contractantes d'adopter les dispositions qui permettront de *matériellement* réaliser les ambitions conventionnelles. Pour parvenir à garantir à l'enfant déplacé une protection satisfaisante, l'efficacité internationale de la protection issue des règles relatives à l'autorité parentale n'est donc pas tout. En effet, il reste encore à envisager l'efficacité sous l'angle de l'impact que l'objectif issu du dialogue est susceptible de posséder sur le droit interne des États en d'autres matières (Chapitre 2).

⁶⁹¹ H. RUIZ-FABRI, Immatériel, territorialité et État, in « Archives de philosophie du droit », Tome 43, 1999.

Chapitre 2 : La coopération interétatique, un outil de dialogue au service de la lutte contre les risques inhérents au déplacement : les exemples de l'adoption internationale et de la protection des mineurs isolés étrangers

335. Le plus souvent, les enfants paraissent « naturellement ». Mais il arrive qu'un couple se trouve dans l'impossibilité de procréer et cherche des remèdes à son infertilité. Il arrive également qu'un individu bien installé dans son célibat choisisse de se lancer seul dans le projet parental. Pour autant, l'adoption n'est pas juste la solution la plus ancienne à l'absence de descendance biologique. Bien souvent, elle intervient également en réponse aux besoins de mineurs isolés, abandonnés ou orphelins : en donnant une famille à un enfant qui n'en avait pas, elle offre ainsi à ce dernier l'opportunité de s'inscrire dans le cadre d'une protection familiale apte à assurer un environnement propice à son développement à la fois physique et psychique⁶⁹². Déjà vraie dans l'Antiquité, cette affirmation vaut encore aujourd'hui⁶⁹³. En effet, les modifications des configurations familiales

⁶⁹² Pour un commentaire évoquant les risques d'une évolution de l'institution adoptive en dehors du cadre de ses finalités originelles : P. MURAT, Les transformations de la famille : quels impacts sur les finalités de l'adoption ?, in Informations sociales 2/2008 (n° 146), PP.20-33. Prenant acte des évolutions sociétales, notamment familiales, l'auteur admet que « tout au long du XX^{ème} siècle, le législateur a progressivement œuvré pour faire de l'adoption une institution destinée à donner une famille à un enfant ». Il remarque cependant qu'« aujourd'hui, si l'on ne prend garde à trouver de nouvelles voies juridiques pour des situations qui ne relèvent pas de l'enfance en difficulté, on sollicitera le pouvoir créateur inscrit au cœur de l'adoption et le XX^{ème} siècle risque alors de faire de ce dispositif un mécanisme plutôt destiné à donner un enfant à une famille, c'est-à-dire avant tout à satisfaire le désir des adultes ».

⁶⁹³ A. FINE, Regards anthropologiques et historiques sur l'adoption : des sociétés lointaines aux formes contemporaines, in Informations sociales 2/2008 (n° 146), PP.8-19.

auxquelles nous assistons depuis maintenant plusieurs décennies, ne semblent pas un seul instant avoir entaché le succès de l'institution⁶⁹⁴. Bien au contraire !

336. Ceci dit, à mesure que la place de l'adoption ne cesse de croître, en France, comme dans la plupart des pays industrialisés, les enfants adoptables sont de moins en moins nombreux⁶⁹⁵. Si l'on rajoute à ce phénomène, la mise en place dans ces pays, de législations souvent draconiennes et restrictives quant aux possibilités d'adoption d'enfants « nationaux », on comprend d'emblée ce qui a progressivement poussé les futurs adoptants à toujours davantage se tourner vers l'étranger pour satisfaire leur volonté de devenir parents⁶⁹⁶. Et pourtant, selon l'UNICEF, même « à l'échelle internationale » *« les demandes d'adoption semblent excéder le nombre d'enfants adoptables en ce qui concerne les jeunes enfants en bonne santé »*⁶⁹⁷. « L'image – répandue dans le public des pays industrialisés – d'un « Tiers-monde vaste réservoir de bébés adoptables » ne correspond donc pas à la réalité »⁶⁹⁸. Il en résulte une bien triste conséquence : l'importante demande d'enfants a favorisé « la transformation (...) de l'adoption internationale en un véritable marché régi par les lois capitalistes de l'offre et de la demande, et caractérisé par le flux à sens unique des enfants qui

⁶⁹⁴ En effet, nos conceptions classiques du couple et de la famille sont en perpétuelle mutation, tant en France que dans d'autres pays européens, nord-américains et plus généralement de culture occidentale : contrôle des naissances par la contraception, avortement, divorce fréquent, concubinage, famille monoparentale ou recomposée, hétérosexuelle ou homosexuelle.

⁶⁹⁵ C. VILLENEUVE-GOKALP, L'adoption en France, en chiffres et selon le pays, in Informations sociales 2/2008 (n° 146), P.33-37.

⁶⁹⁶ F. CHALTIEL, Actualité du droit de l'adoption, Petites affiches, 28 septembre 2010 n° 193, P. 6 et s ; DUSCH S., Le trafic d'êtres humains, PUF, 2002.

⁶⁹⁷ N. CANTWELL, Adoption internationale – Commentaire du nombre d'enfants adoptables et du nombre de personnes qui cherchent à adopter au niveau international, in « Protection internationale de l'enfant. La lettre des juges » publiée par la Conférence de La Haye de droit international privé, t.V, Printemps 2003, PP. 69-73.

Disponible en ligne : <http://hcch.evision.nl/upload/spring2003.pdf>

⁶⁹⁸ Conseil supérieur de l'adoption, Rapport d'activité Juin 2006-Mai 2008.

Cette affirmation tient toutefois sa nuance dans le cas des enfants considérés comme difficiles à placer et pour lesquels il y a un manque sérieux de parents adoptifs potentiels

Ces enfants, encore appelés « enfants à besoins spéciaux », sont plus âgés, porteurs d'un problème de santé ou d'un handicap, en fratrie, voire ethniquement typés (N. CANTWELL, Op. cit).

Face à cette situation, de plus en plus de pays d'origine insistent pour recevoir des candidatures de parents à l'adoption internationale de ces enfants qui présentent un besoin spécial. Voir en ce sens l'exemple de la Lettonie, qui demande des candidatures à l'adoption d'enfants âgés de 6 à 18 ans ; ainsi que celle du Pérou, qui n'accepte que les candidatures à l'adoption d'enfants âgés de plus de 5 ans, de fratries et d'enfants malades. (Cf. site internet de l'Autorité centrale française <<http://www.diplomatie.fr>>).

viennent des pays pauvres ou en transition vers les pays développés »⁶⁹⁹. Fort malheureusement, le déséquilibre entre le grand nombre de demandes d'adoption et la quantité restreinte d'enfants adoptables s'est donc peu à peu soldé par le développement d'un marché parallèle illégal que l'on peut qualifier de « trafic »^{700/701}. Mais le pire est ailleurs. En effet, même s'il est évidemment inacceptable qu'un enfant soit arraché à sa famille pour satisfaire la soif de richesse des membres des réseaux criminels, on peut au moins se satisfaire du fait que *généralement* l'adopté bénéficie d'un cadre de vie « correct » dans sa famille d'accueil – bien que les adoptants, à l'instar des parents biologiques, puissent parfois s'avérer défaillants. Or, bien plus dramatique encore est la situation du mineur que l'on déplace en vue de satisfaire un tout autre caprice que celui de devenir parent...

337. Intervenant en violation des droits fondamentaux - et notamment des droits fondamentaux de l'enfant - la traite et l'exploitation des mineurs font partie des tristes réalités de notre époque.

⁶⁹⁹ Recommandation du Conseil de l'Europe 1443, Pour un respect des droits de l'enfant dans l'adoption internationale, janvier 2000, point 2.

⁷⁰⁰ « Le terme de trafic, toujours associé à celui de marchandises, est désormais lié à celui d'enfant. On considère qu'il y a trafic d'enfant dès qu'un acte illégal, attentatoire à son état, est commis en vue du transfert de l'enfant d'une personne ou d'une institution à une autre ».

Les méthodes employées par les trafiquants pour se procurer des enfants sont exposées de manière assez complète par le Ministère des affaires étrangères. Variées, elles « reposent, soit sur la volonté des « cocontractants », soit sur la violence ». Dans le premier cas, les enfants peuvent être achetés pour quelques dollars par des rabatteurs à leurs parents et revendus pour un prix dépendant de leur âge, de leur sexe, de la couleur de leurs yeux, ou encore, de leur état de santé. L'obtention du consentement de la famille peut également être obtenu au moyen de la fraude – « en faisant croire à des parents illettrés que leurs enfants vont partir pour étudier à l'étranger ou y être soignés par exemple - ou en exerçant une forte pression sur de très jeunes mères en détresse ». Lorsqu'il repose sur la violence, le trafic d'enfants peut en outre résulter de « l'enlèvement d'enfants dans des lieux publics ou même arrachés aux bras de leur mère pendant l'arrêt à des feux tricolores par des hommes en moto ». Il est enfin parfois le résultat du vol d'enfants appartenant à des mères accouchées par césarienne « (afin qu'elles ne voient pas leur bébé, qui naîtra ainsi pour ses acheteurs à la date promise), à qui le personnel hospitalier, de concert avec des intermédiaires, ou intermédiaire lui-même dans un trafic, déclarera que le bébé est mort-né ou n'a pas survécu. Ces diverses formes de rapt ont été recensées en Amérique latine, en Europe et en Asie ». Elles peuvent se combiner entre elles et sont amplifiées quand, découragés par les délais, les adoptants sont tentés d'opter pour des adoptions indépendantes. Le fait que ces agissements susmentionnés ne soient pas réprimés dans certains pays n'est pas non plus de nature à freiner le trafic. D'ailleurs, c'est parfois la loi qui est elle-même le support de ce que l'on peut appeler un « trafic légal ».

Définition et informations tirées du site : <http://www.diplomatie.gouv.fr> ; Cf. également à propos : M. MONESTIER, Les enfants esclaves : l'enfer quotidien de 300 millions d'enfants, Le cherche midi, 1999 ; Sabine DUSCH, Op. cit. ; Service social international, Document d'information Numéro 6 – Les zones grises de l'adoption internationale, in Documents relatifs à la Commission spéciale de 2010 disponibles sur le site de la Conférence de La Haye de droit international privé.

⁷⁰¹ Pareil trafic peut être sanctionné pénalement. Pour exemples : Crim. 18 mars 2008, n° 07-83.342, Note C. CASTELLA, Sur une mise en lumière inédite du droit pénal de l'adoption, Rev. dr. sanit. et soc. 2008 P. 740 ; E. POISSON-DROCOURT, Le trafic d'enfant en matière d'adoption sanctionné pénalement, Dalloz 1999, P.15.

Unanimentement condamné mais universellement répandu, le phénomène concerne tous les continents, y compris l'Europe et donc, nécessairement la France. Pourtant, dans les pays occidentaux, l'opinion publique fait de l'enfance l'antithèse même de l'exploitation et les réactions sont plutôt d'ordre moral⁷⁰². Mais si dans ces États, le travail des enfants est généralement considéré comme marginal, la concurrence acharnée avec des pays qui ignorent les acquis sociaux oblige à serrer les coûts à tout prix et encourage le travail au noir d'une main d'œuvre infantile à bon marché. Aussi, la fermeture des frontières des pays développés favorise l'immigration clandestine, qui favorise à son tour la sous-traitance à domicile et donc, le travail caché des enfants. Souvent, les mineurs concernés se retrouvent seuls. Leur arrivée en France résulte de l'espoir que l'Europe leur offrira un avenir meilleur. Que cet espoir soit celui de leurs parents ou le leur ; que leurs parents aient donné leur accord au déplacement ou que leur mobilité soit le résultat d'un kidnapping ; qu'ils aient voyagé seuls depuis le début ou que les circonstances de leur déplacement les aient conduits à l'isolement, ces jeunes sont exposés au plus grand des risques, à l'inacceptable : l'absence de protection. Dans tous les cas, ces enfants qui ne s'adonnent ni au jeu ni à l'insouciance, ne peuvent s'épanouir dans « *un climat de bonheur, d'amour et de compréhension* » nécessaire à « *l'épanouissement harmonieux de leur personnalité* » comme il est préconisé dans le Préambule de la CIDE. Il n'en fallait pas plus à la communauté internationale pour naturellement se lancer dans une lutte contre le trafic aux fins d'adoption, la traite et l'exploitation des enfants.

338. Comme le souligne Hans VAN LOON, au début des années 1990, l'adoption internationale était menacée : les pays fermaient leurs frontières ou rendaient l'adoption impossible parce que cette dernière était devenue une institution particulièrement exposée aux risques de trafic et de traite⁷⁰³. Le défi lancé au droit conventionnel de l'adoption consistait donc à établir un cadre global de stabilité en donnant aux pays le contrôle dont ils avaient besoin pour faire confiance à leurs partenaires. Or, le caractère restreint des instruments déjà en vigueur ne leur permettait pas une pleine efficacité, ce qui explique leur succès limité. En réalité, seule une convention associant l'ensemble de la communauté internationale intéressée par l'adoption pouvait prétendre

⁷⁰² M. MONESTIER, Op cit.

⁷⁰³ Rapport VAN LOON, Op. cit., note 39, P. 51.

appréhender et résoudre relativement globalement et surtout, efficacement, le problème du trafic⁷⁰⁴. C'est ainsi que lors de sa XVII^{ème} session, la Conférence de La Haye de droit international privé a adopté le 29 mai 1993, un projet de convention en matière d'adoption internationale. Pour lui assurer la plus grande efficacité possible, il a été décidé d'ouvrir le débat aux États non membres de la Conférence dont les enfants sont généralement originaires⁷⁰⁵. Entre autre pour cette raison, l'instrument toujours d'actualité est un succès.

Toujours au début des années 1990, et parallèlement à la prise de conscience internationale de la nécessité de rendre plus éthique l'adoption impliquant un déplacement transfrontière, la traite et l'exploitation infantiles se sont mises à dominer peu à peu l'actualité des pays occidentaux. Jusque là, ce silence n'avait été troublé que par les cris d'alarme répétés des organisations internationales⁷⁰⁶. Aujourd'hui, une véritable prise de conscience de la réalité de l'exploitation a conduit au développement d'une véritable politique internationale de lutte.

339. Pour autant, en chacune de ces matières, il reste que : *« l'énoncé adopté à l'échelle internationale est appelé à être réceptionné dans l'ordre interne et à recevoir, tout en conservant sa nature d'origine internationale, une lecture empreinte de considérations internes »*⁷⁰⁷. Ainsi, lorsque la coopération interétatique se propose d'être un outil de dialogue au service de l'efficacité de la lutte contre les risques inhérents au déplacement transfrontière, nous verrons que le droit interne peut jouer un rôle déterminant dans la réalisation des objectifs fixés à l'échelle internationale. En effet, rappelons-le, la concertation interétatique à l'origine du droit conventionnel doit pouvoir permettre la reconnaissance commune de droits essentiels à l'enfance et la fixation concertée d'objectifs destinés à servir l'intérêt de l'enfant⁷⁰⁸. Mais bien souvent, et c'est le cas tant

⁷⁰⁴ En effet, comme l'affirme Madame BOURDELOIS: « les récentes conventions internationales intervenues en la matières (Convention de La Haye de 1993 et Convention franco-vietnamienne) ont mis l'accent sur le fait que les difficultés soulevées par les adoptions internationales, spécialement la lutte contre le trafic d'enfants (...) ne pouvaient être résolues s'il n'y avait pas une coopération entre les États concernés ». B. BOURDELOIS, Le nouveau régime de l'adoption internationale : les articles 370-3 à 370-5 du Code civil (loi du 6 février 2001), Gaz. Pal., Recueil novembre-décembre 2001.

⁷⁰⁵ Marie-Françoise LÜCKER-BABEL, Adoption internationale : comprendre les nouvelles normes. Principes et mécanismes de la Convention de La Haye du 29 mai 1993, Les cahiers des droits de l'enfant, vol. 4.

⁷⁰⁶ Dont notamment le BIT (OIT) et l'UNICEF.

⁷⁰⁷ S. LECUYER, Thèse précitée, n° 40, P. 44.

⁷⁰⁸ Cf. à ce propos supra n° 191 et suivants.

en matière d'adoption internationale (Section 1), que pour ce qui concerne les dangers auxquels les mineurs isolés étrangers peuvent être exposés (Section 2), le droit international se limite à l'essentiel, restreint son champ d'application matériel et/ou spatial et demeure relativement neutre au plan méthodologique. En conséquence, il réserve au droit interne une intervention complémentaire indéniable dans la réalisation des objectifs internationalement fixés. Cette « part réservée » devrait démontrer que le dialogue pousse les États à ne pas se laisser happer par leurs conceptions divergentes et que de ce fait, leur réglementation interne reflète un souci de prendre en considération le point de vue de l'autre. Elle devrait en outre démontrer que la teneur de la réglementation interne en question est bel et bien un gage de suffisance pour l'enfant qui se déplace.

Section 1 : L'exemple de l'adoption internationale

340. Alors que la *Convention de La Haye de 1980* interdit aux autorités de l'État d'accueil de l'enfant illicitement déplacé de se prononcer sur le fond du droit de garde, la *Convention de La Haye du 29 mai 1993* (ci-après *Convention de La Haye de 1993* ou *Convention-adoption*)⁷⁰⁹, elle, cherche à atteindre certains buts matériels concrets. Clairement inspirée des principes généraux formulés par l'article 21 de la CIDE à propos de l'adoption⁷¹⁰, la *Convention de La Haye de 1993* ambitionne de garantir à tout enfant qui ne peut plus rester au sein de sa famille biologique, ni même dans une famille d'accueil dans son pays d'origine, la possibilité d'être adopté à l'étranger dans le strict respect de ses droits et de son intérêt supérieur. En effet, dès son Préambule, le texte conventionnel prend soin d'annoncer que les États signataires tendent à « *garantir que les adoptions internationales aient lieu dans l'intérêt supérieur de l'enfant et le respect de ses droits fondamentaux, ainsi que pour prévenir l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants* »⁷¹¹. De même,

⁷⁰⁹ Cet instrument n'est pas le seul applicable en matière d'adoption. Il aurait donc été intéressant d'également envisager certains textes bilatéraux. Malheureusement, le cadre restreint de cette étude ne nous permettra de le faire qu'à de brèves reprises et nous obligera à axer nos raisonnements sur l'instrument le plus influent (notamment au regard du grand nombre d'États à qui il s'adresse).

⁷¹⁰ « Les États parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale en la matière, et :

a) Veillent à ce que l'adoption d'un enfant ne soit autorisée que par les autorités compétentes, qui vérifient, conformément à la loi et aux procédures applicables et sur la base de tous les renseignements fiables relatifs au cas considéré, que l'adoption peut avoir lieu eu égard à la situation de l'enfant par rapport à ses père et mère, parents et représentants légaux et que, le cas échéant, les personnes intéressées ont donné leur consentement à l'adoption en connaissance de cause, après s'être entourées des avis nécessaires;

b) Reconnassent que l'adoption à l'étranger peut être envisagée comme un autre moyen d'assurer les soins nécessaires à l'enfant, si celui-ci ne peut, dans son pays d'origine, être placé dans une famille nourricière ou adoptive ou être convenablement élevé;

c) Veillent, en cas d'adoption à l'étranger, à ce que l'enfant ait le bénéfice de garanties et de normes équivalant à celles existant en cas d'adoption nationale;

d) Prennent toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que, en cas d'adoption à l'étranger, le placement de l'enfant ne se traduise pas par un profit matériel indu pour les personnes qui en sont responsables;

e) Poursuivent les objectifs du présent article en concluant des arrangements ou des accords bilatéraux ou multilatéraux, selon les cas, et s'efforcent dans ce cadre de veiller à ce que les placements d'enfants à l'étranger soient effectués par des autorités ou des organes compétents ».

⁷¹¹ En matière d'adoption internationale, cette étude a choisi d'utiliser le terme « trafic d'enfants » pour caractériser toute situation où « un acte illégal, attentatoire à son état, est commis en vue du transfert de l'enfant d'une personne ou d'une institution à une autre ». (Définition donnée par le Ministère des affaires étrangères sur le site : <http://www.diplomatie.gouv.fr>). Ainsi, bien que le trafic puisse en certains cas s'apparenter à la traite, il permet de

son article 1^{er} précise que l'objet de la Convention consiste à : « *établir des garanties pour que les adoptions internationales aient lieu dans l'intérêt supérieur de l'enfant et dans le respect des droits fondamentaux qui lui sont reconnus en droit international* »⁷¹² ; à « *instaurer un système de coopération entre les États contractants pour assurer le respect de ces garanties et prévenir ainsi l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfant* »⁷¹³ ; ainsi qu'à « *assurer la reconnaissance dans les États contractants des adoptions réalisées selon la convention* »⁷¹⁴.

341. « *La physionomie générale du texte est donc celle d'une convention de coopération internationale* »⁷¹⁵ ayant pour but d'atténuer, dans la mesure du possible les « conflits » de droits, en insistant en amont de l'adoption sur la coopération. Son champ d'intervention est cependant limité : seules sont visées, « *les adoptions établissant un lien de filiation* »⁷¹⁶, du moment que ces dernières impliquent le déplacement d'un enfant *résidant habituellement* dans un État contractant (« État d'origine ») vers un autre État contractant (« État d'accueil »)⁷¹⁷. Toutes les adoptions présentant un élément d'extranéité ne sont donc pas concernées⁷¹⁸. Il est en outre nécessaire que l'adopté soit âgé de moins de dix-huit ans au moment où le projet d'adoption le concernant a été approuvé⁷¹⁹. La conséquence est la suivante : « *plus de la moitié des adoptions prononcées en France échappe encore à la Convention* », notamment « *en raison de la désaffection pour cette convention, des pays de droit musulman (...) d'où sont originaires un certain nombre d'enfants* »

distinguer la situation de l'enfant déplacé en vue d'adoption de celle – postérieurement analysée – du mineur isolé étranger victime de la traite ou de l'exploitation des adultes.

⁷¹² Article 1 a).

⁷¹³ Article 1 b).

⁷¹⁴ Article 1 c).

⁷¹⁵ N. MEYER-FABRE, La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, Rev. crit. 1994, P. 259.

⁷¹⁶ Article 2-2.

Il peut donc s'agir d'adoptions simples ou plénières, mais pas d'institutions comme la kafala.

⁷¹⁷ Article 2-1.

Notons d'ailleurs que le choix de la résidence habituelle pour définir le champ d'application de la Convention de La Haye de 1993 est tout à fait conforme aux solutions préconisées par cette étude.

⁷¹⁸ Pour illustration, prenons l'hypothèse suivante : Celle de l'enfant espagnol d'une femme, elle-même espagnole. Le compagnon de cette dernière, canadien, ayant pris d'affection l'enfant en question, désire l'adopter. Tous les trois résident habituellement en France. Bien que la situation présente de toute évidence un élément d'extranéité, et bien que les trois États en cause aient ratifié la Convention de La Haye de 1993, l'adoption envisagée n'entrera pas dans le champ d'application conventionnel car il n'y a pas lieu de déplacer l'enfant.

Notons en outre que l'instrument ne concerne pas non plus les mesures de protection telle la kafala, qui, bien que destinées à protéger l'enfant abandonné ou orphelin, ne créent pas de lien de filiation.

⁷¹⁹ Article 3.

faisant l'objet de procédures d'adoption soumises aux juges français »⁷²⁰. On comprend donc aisément que le droit interne ait à jouer un rôle complémentaire non négligeable pour régir le sort de l'enfant déplacé orphelin ou abandonné.

342. Une certaine cohérence entre les deux niveaux de réglementation est toutefois indispensable. La *loi du 6 février 2001* l'a bien compris et c'est sans doute ce qui explique sa conformité évidente à la *Convention de La Haye de 1993*. En effet, en reprenant à l'identique certaines solutions conventionnelles lorsqu'il s'agit de régir les adoptions qui, bien que présentant un élément d'extranéité, ne peuvent prétendre disposer directement des garanties issues du dialogue, la *loi du 6 février 2001* assure une réglementation homogène de tous les cas d'adoption internationale. Ainsi par exemple, l'article 370-3 du Code civil, à l'instar de l'article 4 de la *Convention-adoption*, requiert un consentement libre et éclairé du représentant de l'enfant⁷²¹.

⁷²⁰ B. BOURDELOIS, Le nouveau régime de l'adoption internationale ... Op. cit. ; cf. également, E. POISSON-DROCOURT, Codification des règles de droit international en matière d'adoption, Dalloz 2001, P. 1404.

Certaines adoptions échappant à la Convention de La Haye de 1993 sont malgré tout soumises au droit conventionnel. Il en va par exemple ainsi lorsque la France est liée par le second pays concerné par le sort de l'enfant par un accord bilatéral. À titre d'illustration, la Convention signée entre la France et le Viêt-Nam à Hanoï le 1^{er} février 2000 peut être citée. Sur le fond, cette convention entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2000 est un cadre inspiré de la Convention-adoption. À l'instar de son homologue multilatérale, la convention franco-vietnamienne prévoit la mise en place d'une Autorité centrale destinée à garantir la régularité et la transparence des procédures d'adoption et chargée d'assurer l'adoptabilité des enfants. Au Viêt-Nam, cette Autorité centrale, est le ministère de la Justice. En France, il s'agit de la Mission de l'Adoption Internationale (MAI).

Aux termes de la Convention, c'est aux autorités centrales que revient la charge de prendre toutes les mesures « pour prévenir des gains matériels indus à l'occasion d'une adoption » et « en vue de faire sanctionner de telles pratiques ». De même, les autorités centrales ont pour mission d'échanger « des informations juridiques, des données statistiques et d'autres renseignements nécessaires » (Article 5). C'est l'Autorité centrale qui procédera à l'attribution d'un enfant aux candidats à l'adoption, après examen de leurs dossiers, et après s'être assurée que les conditions nécessaires à la régularité de l'adoption sont bien remplies (Articles 19 et 11).

Mais alors que le texte de La Haye distingue deux possibilités (Si l'État d'origine de l'enfant a ratifié la Convention, les candidats à l'adoption ayant leur résidence habituelle en France doivent s'adresser soit à l'Autorité centrale en France – s'ils préfèrent une démarche individuelle –, soit à un organisme autorisé pour l'adoption d'enfants étrangers. Lorsque les candidats choisissent une démarche individuelle, ils doivent tout de même adresser leur demande à la MAI qui n'exercera cependant aucun contrôle sur la régularité de leur dossier. Si en revanche l'État d'origine de l'adopté n'a pas ratifié la Convention de La Haye, les candidats à l'adoption bénéficient des mêmes options que précédemment, mais faute d'organisme habilité pour le pays en cause, ils devront impérativement adresser leur demande à la Mission), le schéma retenu par l'accord franco-vietnamien se démarque. En effet, ici, la proposition d'enfant doit émaner des autorités locales et être adressée aux adoptants qui, s'ils souhaitent y donner suite pourront se rendre au Viêt-Nam pour rencontrer l'enfant. De ce fait, toute recherche individuelle d'enfants par des adoptants est évitée et prohibée. Le ministère de la Justice vietnamien, après avoir vérifié que l'enfant est adoptable, procédera à son apparentement tout en attestant que les conditions nécessaires sont remplies.

⁷²¹ La comparaison des articles 370-3 du Code civil et 4 de la Convention de La Haye de 1993 permet de réaliser que seule l'exigence de l'écrit requise par le droit conventionnel n'a pas été reprise en droit interne.

343. Ceci dit, en matière d'adoption internationale, le rôle du droit interne ne se limite pas aux situations échappant au droit international privé conventionnel. En effet, du point de vue méthodologique, l'approche de l'instrument de La Haye est pragmatique, révélant que « *le principal souci des négociateurs était d'établir des mécanismes efficaces de protection des intérêts de l'enfant, tout en encourageant une ratification la plus large possible, de manière à étendre le domaine de cette protection. Dans cette optique, une tentative d'uniformisation des règles de compétence et de conflit de lois apparaissait à la fois excessivement ambitieuse et inadaptée à l'objectif poursuivi* »⁷²². Le soin est donc laissé au droit interne de compléter les dispositions internationales, notamment en précisant la réglementation conflictuelle en matière d'adoption. De plus, en la matière, le droit conventionnel pose simplement de grands principes s'apparentant à des objectifs à atteindre et, tout au plus, fixe les conditions de fond minimales de « toute » adoption impliquant un déplacement transfrontière⁷²³. Il arrive donc que la démarche conventionnelle, bien qu'indispensable et bienvenue, ne soit en elle-même pas suffisante. Lorsque tel est le cas, il appartient naturellement au droit interne applicable de préciser et compléter les objectifs issus du dialogue interétatique. Nous verrons que cela vaut tant à propos des conditions (I), que des effets de l'adoption internationale (II).

⁷²² Nathalie MEYER-FABRE, Op. cit.

D'ailleurs, sur le point de la non unification de la réglementation conflictuelle, l'auteur ne manque pas de relever « un parallèle avec la Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. Ces deux instruments ont comme principal objet, non pas l'unification des règles de droit international privé, mais la mise en place d'un cadre permanent pour la coopération interétatique, autour de quelques principes de base définis en commun. Il s'agit de garantir un résultat concret : protéger l'enfant dans des situations où il risque de se trouver victime du comportement irresponsable des adultes. Le problème de l'adoption internationale est toutefois beaucoup plus important sur le plan quantitatif - et peut-être aussi plus « sensible » pour de nombreux États - que celui de l'enlèvement d'enfants ».

⁷²³ Articles 4 et 5.

I/ Précisions du droit interne à propos des conditions requises pour permettre le prononcé d'une adoption en France

344. « Une adoption peut être prononcée en France soit lorsque l'adoptant ou l'adopté demeure en France, soit lorsque l'un ou l'autre est français (articles 14 et 15 du Code civil) »⁷²⁴. L'adoption en France d'un enfant étranger – nous raisonnons en terme de droit international privé français⁷²⁵ – comme lorsqu'il s'agit d'un enfant français, comporte deux phases : l'une, administrative (A) et l'autre, judiciaire (B).

A. La phase administrative

345. La phase administrative consiste de manière générale pour l'enfant, à obtenir un visa d'entrée sur le territoire français⁷²⁶ et, pour le(s) adoptant(s), un agrément⁷²⁷. Si le(s) adoptant(s)

⁷²⁴ Mariel REVILLARD, La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale, Defrénois 2001. P. 333.

⁷²⁵ L'hypothèse de l'adoption de l'enfant français par un/des étranger(s) relève du droit international privé mais n'aura que très rarement la chance de correspondre à une hypothèse de déplacement. Voilà qui justifie que l'axe soit porté sur l'adoption de l'enfant étranger.

⁷²⁶ Précisément, « c'est la Mission de l'adoption internationale qui donne les instructions nécessaires au consulat de France dans le pays d'origine de l'enfant en vue de la délivrance d'un visa long séjour » : Mariel REVILLARD, La loi du 6 février 2001 ... Op. cit.

⁷²⁷ Cf. les articles 63 du Code de la famille et de l'aide sociale (prévoyant l'agrément) ; 100-3 du même code (reprenant ce principe à propos des enfants étrangers) ; et 353-1 du Code civil (posant le principe de l'obtention préalable au prononcé de l'adoption de l'agrément).

Il consiste en une procédure administrative préalable à l'adoption d'un enfant pupille de l'État ou d'un enfant étranger, qui a pour objet de déterminer l'aptitude des candidats à offrir de bonnes conditions d'accueil sur le plan familial, éducatif, psychologique et matériel. L'agrément tend alors à mesurer une capacité éducative en général quand l'adoption assure l'inscription généalogique d'un enfant spécialement déterminé. Pour Claire NEIRINCK « les deux procédures ne se situent pas au même niveau. L'une, l'agrément, évalue une capacité de maternage, l'autre, l'adoption, institue la maternité » : Homoparentalité et adoption, in « Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle : études offertes à Pierre CATALA » - Éditions Litec 2001.

L'agrément est la condition préalable et nécessaire à l'accueil d'un enfant. Il est une des compétences majeures du département. Son octroi est décidé, après avis de la commission d'agrément, par le président du conseil général du département de résidence du candidat à l'adoption, dans un délai de neuf mois à compter de la confirmation de la demande. Il a une validité de cinq ans et est valable sur tout le territoire national, sous réserve d'une déclaration préalable adressée au président du conseil général du nouveau département de résidence. Il est caduc à compter de l'arrivée au foyer d'au moins un enfant français ou étranger ou de plusieurs enfants simultanément. En cas de nouveau projet d'adoption, une nouvelle demande sera instruite.

La procédure d'agrément est essentielle en ce qu'elle constitue le point de départ véritable et la pierre angulaire de la démarche d'adoption. Chaque projet d'adoption est étudié de manière personnalisée et nuancée, dans une perspective sociale et psychologique, au cours d'entretiens où sont abordés avec les candidats : la composition familiale, leur parcours personnel ou de couple, leur mode de vie, leurs conceptions éducatives, les circonstances dans lesquelles est né le projet d'adoption, la nature de leur démarche, leur souhait de s'orienter vers un enfant en bas âge ou vers un enfant

sont étrangers, l'obtention d'un agrément français reste obligatoire pour permettre à l'adopté d'être déplacé vers la France – sauf en cas d'adoption de l'enfant du conjoint. Dans cette dernière hypothèse, la procédure d'information et d'instruction de la demande d'agrément est la même que celle applicable aux français résidant en France. Bien évidemment cependant, l'acte de naissance requis est celui du pays d'origine du/des candidat(s) à l'adoption⁷²⁸.

Mais au-delà de cette réalité commune, lorsqu'une procédure en vue d'adoption est engagée à l'étranger, il convient de distinguer selon que la situation en cause relève ou non du cadre conventionnel – champ d'application de la *Convention de La Haye de 1993* ou d'un autre instrument.

346. Dans la première hypothèse, l'enfant dont l'adoption est envisagée est originaire d'un pays qui a ratifié la *Convention de La Haye de 1993*. La procédure le concernant ne peut alors être engagée en passant outre le mécanisme institutionnel mis en place par le droit conventionnel et dont la clef de voûte est l'Autorité centrale que chaque État contractant doit désigner⁷²⁹. En matière d'adoption, les Autorités centrales ont vocation à intervenir à un double point de vue : d'une part, elles sont chargées de mettre le dialogue au service de la bonne réalisation des objectifs

plus âgé, leurs capacités à accueillir un enfant issu d'une autre famille avec une histoire singulière souvent marquée d'une part d'inconnu, leur désir initial de s'orienter vers l'adoption nationale ou internationale. La loi du 4 juillet 2005 et les décrets d'application des 1^{er} août et 17 octobre 2006 ont d'ailleurs uniformisé un certain nombre de procédures afin de rendre plus homogènes les pratiques départementales en la matière et de leur donner plus de lisibilité, en particulier dans le cadre de l'adoption internationale. Il s'agit principalement de l'élaboration d'un questionnaire à destination des candidats, remis dans le département lors de la réunion d'information ; de la mise en place d'une décision d'agrément du président du conseil général prise sous la forme d'un arrêté ; de l'obligation de fournir une notice de renseignements jointe à l'arrêté d'agrément venant apporter des précisions sur les caractéristiques de l'enfant souhaité et qui pourra être révisée en fonction de l'évolution du projet.

Mais au cours de ce processus, c'est encore et toujours l'intérêt de l'enfant qui doit avant tout être un guide pour que les évaluateurs se décident à octroyer l'agrément à un adoptant potentiel.

Pour de plus amples développements au sujet de l'agrément, cf. : F. MONEGER, La loi du 4 juillet 2005 portant réforme de l'adoption, *Rev. dr. sanit. soc.* 2005, P.821 ; E. POISSON-DROCOURT, Une loi nouvelle sur l'adoption, Dalloz 2005, P. 2028.

⁷²⁸ http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/Je_suis_etranger_et_je_reside_en_France_cle88a451-1.pdf

⁷²⁹ Article 6 de la Convention de La Haye de 1993.

Cette fonction est assurée en France, soit par la Mission de l'adoption internationale (MAI), soit par les organismes autorisés spécialement habilités pour l'adoption internationale d'enfants originaires de pays parties à la Convention-adoption. Arrêté du 2 décembre 1998 portant création d'une Mission de l'adoption internationale auprès du Ministère des Affaires étrangères, JO du 3 décembre 1998, P. 18220.

conventionnels ; d'autre part, un rôle leur est attribué dans la procédure préalable au prononcé de l'adoption.

347. Ainsi, les Autorités centrales doivent « *coopérer entre elles et promouvoir une collaboration entre les autorités compétentes de leurs États pour assurer la protection des enfants et réaliser les autres objectifs de la convention* »⁷³⁰. Pour ce faire, « *elles prennent directement toutes mesures appropriées pour : a) fournir des informations sur la législation de leurs États en matière d'adoption (...) ; b) s'informer mutuellement sur le fonctionnement de la convention et, dans la mesure du possible, lever les obstacles à son application* »⁷³¹. Aussi, elles doivent « *prendre toutes mesures appropriées pour prévenir les gains matériels indus à l'occasion d'une adoption et empêcher toute pratique contraire aux objectifs de la convention* »⁷³². Aux côtés des Autorités centrales, la *Convention de La Haye de 1993* prévoit l'intervention d'organismes agréés qui, pour prétendre intervenir au titre de l'adoption internationale, doivent faire preuve de leur « *aptitude à remplir correctement les missions qui pourraient leur être confiées* »⁷³³ et satisfaire aux exigences fixées par l'article 11 du texte conventionnel⁷³⁴. Ces organismes ont pour fonction d'assister les Autorités centrales dans les missions d'ordre général pouvant leur être déléguées⁷³⁵ et peuvent

⁷³⁰ Article 7 de la Convention de La Haye de 1993. Cf. également : P. BOUREL, J.-Cl. Dr.int., V° Adoption, Fasc.548-4 ; P. COURBE, La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, AJ Famille 2002, P.8.

⁷³¹ Ibid.

⁷³² Article 8 de la Convention de La Haye de 1993. Cf. également : P. COURBE, La Convention de La Haye de 1993 ..., Op. cit.

⁷³³ Article 10 de la Convention de La Haye de 1993. Cf. également : P. COURBE, Ibid.

⁷³⁴ « Un organisme agréé doit :

a) poursuivre uniquement des buts non lucratifs dans les conditions et limites fixées par les autorités compétentes de l'État d'agrément ;
b) être dirigé et géré par des personnes qualifiées par leur intégrité morale et leur formation ou expérience pour agir dans le domaine de l'adoption internationale ; et
c) être soumis à la surveillance d'autorités compétentes de cet État pour sa composition, son fonctionnement et sa situation financière ».

Notons également qu' : « un organisme agréé dans un État contractant ne pourra agir dans un autre État contractant que si les autorités compétentes des deux États l'ont autorisé » (Article 12), et qu'enfin : « la désignation des Autorités centrales et, le cas échéant, l'étendue de leurs fonctions, ainsi que le nom et l'adresse des organismes agréés, sont communiqués par chaque État contractant au Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé » (Article 13).

⁷³⁵ L'article 9 en dresse une liste non exhaustive. En tout état de cause, il semble s'agir des missions autres que celles listées aux articles 7 et 8 de la Convention-adoption. Cf. également P. BOUREL, Op. cit. ; P. COURBE, La Convention de La Haye de 1993 ..., Op. cit.

exercer l'ensemble des fonctions procédurales que le Chapitre IV de la *Convention-adoption* confère aux Autorités centrales en vue de la réalisation des projets individuels d'adoption⁷³⁶.

348. L'encadrement de la procédure préalable au prononcé de l'adoption par le biais du dialogue entre États permet d'assurer la bonne réalisation des objectifs communément poursuivis. Le prononcé d'une adoption internationale présuppose donc l'accomplissement préalable de certaines démarches dans chacun des deux pays concernés. Clairement, le/les adoptant(s) ne peut/peuvent agir directement, mais doit/doivent nécessairement adresser une demande d'adoption à l'Autorité centrale de l'État de leur résidence habituelle (pays d'accueil)⁷³⁷. Dès cet instant, il appartient à l'Autorité centrale saisie de décider de l'aptitude à adopter des demandeurs. Quand c'est le cas, elle établit un rapport qu'elle transmet à l'Autorité centrale de l'État d'origine⁷³⁸. Cette dernière est quant à elle chargée d'établir un rapport sur l'enfant qu'elle estime adoptable, et ce, indépendamment de toute demande d'adoption préalable. Ce rapport, une fois établi, est transmis à l'Autorité centrale de l'État d'accueil⁷³⁹.

Mais jusque là, l'adoption n'est pas garantie. En effet, l'aptitude à adopter des futurs parents, tout comme l'aptitude à être adopté de l'enfant ne suffisent pas. En réalité, le dialogue entre Autorités demeure indispensable, car c'est lui qui permettra une concertation destinée à garantir l'aboutissement du projet d'adoption amorcé. C'est encore lui qui assurera le prononcé d'une

⁷³⁶ Article 22-1 de la Convention de La Haye de 1993. Cf. également P. BOUREL, *Op. cit.*

D'ailleurs, l'instrument de La Haye va jusqu'à permettre, à certaines conditions, les adoptions dites « indépendantes », à savoir, les adoptions réalisées en ayant recours à des personnes ou à des organismes non agréés (Article 22-2).

⁷³⁷ Article 14 de la Convention de La Haye de 1993.

⁷³⁸ Cf. l'article 15 de la Convention de La Haye de 1993. Cf. également : P. COURBE, *La Convention de La Haye de 1993...*, *Op. cit.*

⁷³⁹ Article 16 de la Convention de La Haye de 1993 :

« 1. Si l'Autorité centrale de l'État d'origine considère que l'enfant est adoptable,

a) elle établit un rapport contenant des renseignements sur l'identité de l'enfant, son adoptabilité, son milieu social, son évolution personnelle et familiale, son passé médical et celui de sa famille, ainsi que sur ses besoins particuliers ;

b) elle tient dûment compte des conditions d'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse et culturelle ;

c) elle s'assure que les consentements visés à l'article 4 ont été obtenus ; et

d) elle constate, en se fondant notamment sur les rapports concernant l'enfant et les futurs parents adoptifs, que le placement envisagé est dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

2. Elle transmet à l'Autorité centrale de l'État d'accueil son rapport sur l'enfant, la preuve des consentements requis et les motifs de son constat sur le placement, en veillant à ne pas révéler l'identité de la mère et du père, si, dans l'État d'origine, cette identité ne peut pas être divulguée ».

Pour plus de précisions, cf. P. COURBE, *Ibid.*

adoption dont l'efficacité internationale risquera peu d'être remise en cause. Et n'est-ce pas là justement le rôle que cette étude se propose de faire jouer au droit conventionnel en matière de déplacement international d'enfant, que de garantir la sécurité du statut de l'enfant « mobile » ? C'est en tout cas la conscience que la remise d'un enfant en vue de son adoption n'est pas un acte anodin qui subordonne sa validité à l'aval des Autorités centrales concernées. En effet, en exigeant que l'une et l'autre des Autorités centrales aient « *accepté que la procédure en vue de l'adoption se poursuive* », l'article 17 c) de la *Convention de La Haye de 1993* évite aux parties en cause de se retrouver dans une situation juridique préjudiciable, puisque les Autorités centrales doivent s'assurer d'une part, que l'adoption pourra être effectivement prononcée et, d'autre part, qu'elle ne risquera pas d'être remise en question.

Ces questions résolues, le déplacement de l'enfant en vue de son adoption peut être envisagé, mais doit l'être en toute sécurité⁷⁴⁰. À ce stade, les Autorités centrales ont encore vocation à intervenir, notamment en ce qu'il leur appartient de prendre toutes mesures utiles pour que l'enfant soit autorisé à sortir du territoire de l'État d'origine, ainsi qu'à entrer et à séjourner de manière permanente dans son État d'accueil⁷⁴¹. Elles ont en outre encore à dialoguer, puisqu'elles doivent se tenir « *informées sur la procédure d'adoption et les mesures prises pour la mener à terme* »⁷⁴².

349. Bien pensé, le schéma conventionnel ne cache pas ses ambitions protectrices. Et pourtant, dans les faits, l'application des principes conventionnels n'est malheureusement pas toujours évidente⁷⁴³. En effet, parfois, la ratification de la *Convention de La Haye de 1993* ne suffit pas à garantir le respect facile des orientations concertées. Ainsi donc, lorsqu'en raison de leurs coutumes et/ou de leurs traditions juridiques, les pays ne parviennent pas à immédiatement se conformer au droit conventionnel, il arrive que la ratification soit suivie d'une suspension des adoptions internationales⁷⁴⁴. Les écarts entre les croyances et les pratiques, et les obligations inhérentes au droit conventionnel, peuvent effectivement dans certains cas conduire à l'inadoptabilité des enfants

⁷⁴⁰ Article 19. Cf. également P. BOUREL, Op. cit.

⁷⁴¹ Article 18.

⁷⁴² Article 20.

⁷⁴³ Information recueillie à l'occasion de l'interview de Madame N. PARENT, présidente d'Enfance & Familles d'Adoption (EFA) (221 Rue Lafayette, 75010, Paris).

⁷⁴⁴ Ibid.

ressortissants de ces États. Et lorsque les adoptions finissent par reprendre, c'est souvent avec difficulté⁷⁴⁵. En ce sens par exemple, il semble que le Cap-Vert, après avoir ratifié la *Convention de La Haye de 1993*, ne parvienne pas encore à mettre en place les obligations conventionnelles. Les adoptions s'en sont donc trouvées suspendues⁷⁴⁶. D'autres pays font face à un autre type de problème. Madagascar est l'un d'entre eux. Confronté à un afflux énorme d'adoptants ayant choisi la voie de l'adoption individuelle, cet État a du faire face à la problématique du trafic. La prise de conscience de ce phénomène néfaste pour l'enfant, a conduit Madagascar à ratifier la *Convention de La Haye de 1993*. Mais les nouvelles dispositions nationales en vigueur sont désormais si strictes, que les mineurs « adoptables » ne peuvent pratiquement plus être adoptés par les ressortissants français⁷⁴⁷. Or, dans le sud-est de l'île, de nombreux malgaches continuent à croire que les jumeaux portent malheur. Les naissances doubles donnent ainsi souvent lieu à des abandons sans solutions. Plus que difficilement adoptables nationalement, ces enfants sont en effet régulièrement condamnés à demeurer en institution...⁷⁴⁸ Il paraît donc que la volonté de bien faire puisse elle-même mener à ériger des barrières défavorables à l'adoption internationale. Pour remédier à cette triste réalité, Madame PARENT propose une application souple des principes conventionnels. Elle persiste néanmoins à militer en faveur de la ratification, car la *Convention-adoption* constitue sans nul doute un excellent gage de protection des mineurs susceptibles de faire l'objet d'une procédure d'adoption⁷⁴⁹. D'ailleurs, certains États sont parvenus à un respect louable du droit conventionnel de l'adoption, soit que leurs orientations aient toujours été pleinement compatibles avec celles de La Haye, soit que le temps ait su faire son œuvre en menant à des solutions pleinement satisfaisantes. Tel ne semble malheureusement pas être le cas de notre législation nationale⁷⁵⁰. Madame PARENT considère en effet que « *la France ne respecte pas systématiquement les principes de la Convention de La Haye* »⁷⁵¹. En effet, contrairement à ce que recommande le droit conventionnel, les adoptions individuelles, à savoir, sans passer par les Autorités centrales, sont encore permises sur le territoire national. Pour illustration, le Cameroun n'ayant pas ratifié la *Convention de La Haye de 1993*, si un

⁷⁴⁵ Ibid.

⁷⁴⁶ Ibid.

⁷⁴⁷ Ibid.

⁷⁴⁸ Ibid.

⁷⁴⁹ Ibid.

⁷⁵⁰ Tel semble être le cas de la Belgique et de l'Italie par exemple. Ibid.

⁷⁵¹ Ibid.

adoptant/un couple d'adoptants, souhaite y adopter un enfant, il ne lui sera pas fait obligation de passer par la Mission de l'Adoption Internationale (Autorité centrale française). Voilà qui nous amène à la seconde hypothèse : celle où l'enfant est originaire d'un État non partie à la *Convention de La Haye de 1993* :

350. Auparavant, pour que le consentement à une adoption d'un enfant étranger de moins de deux ans soit valide, la *Circulaire du 16 février 1999* imposait que l'enfant en question ait été recueilli par un organisme agréé, à l'instar de ce que prévoit l'article 348-5 du Code civil à propos des adoptions internes⁷⁵². Depuis la *loi du 6 février 2001*, cette solution jugée excessive a été écartée. Il en résulte que « *la personne habilitée à donner son consentement et la forme de celui-ci seront définis d'après les règles de la loi locale en matière de représentation* »⁷⁵³.

351. En tout état de cause, que l'adoption internationale visée s'insère dans le cadre conventionnel prévu par la *Convention de La Haye de 1993* ou qu'elle en soit exclue, elle passera nécessairement par une phase administrative marquée par l'obtention d'un agrément et, selon les cas, par une intervention d'Autorités centrales. Cette phase n'est cependant que le préalable destiné à mener vers le prononcé judiciaire d'une adoption (B).

B. La phase judiciaire

352. Nous l'avons vu, la *Convention de La Haye de 1993* ne règle pas directement les conflits de lois et de juridictions. L'instrument international peut ainsi trouver à s'appliquer aux adoptions constituées dans l'État d'origine de l'enfant, comme à celle constituées dans son État d'accueil⁷⁵⁴.

⁷⁵² E. POISSON-DROCOURT, Codification... Op. cit. ; Mariel REVILLARD, Op. cit.

⁷⁵³ M. REVILLARD Ibid.

⁷⁵⁴ Article 28 de la Convention de La Haye de 1993 : « la convention ne déroge pas aux lois de l'État d'origine qui requièrent que l'adoption d'un enfant résidant habituellement dans cet État doive avoir lieu dans cet État ou qui interdisent le placement de l'enfant dans l'État d'accueil ou son déplacement vers cet État avant son adoption ».

H. VAN LOON, Les conventions de la Conférence de La Haye (I), in « L'enfant et les conventions internationales », sous la direction de J. RUBELLIN-DEVICHI et R. FRANCK, PUL, 1996.

« Si l'on trouve encore dans certains pays de l'Asie notamment - par exemple aux Philippines, en Corée, en Thaïlande, en Inde - un système qui permet, ou présume que l'adoption aura lieu dans le pays d'accueil, par contre, la plupart des

Certes, certains instruments bilatéraux telles la *Convention franco-polonaise du 5 avril 1967* ou la *Convention franco-vietnamienne du 1^{er} février 2000*, se sont montrés moins libéraux en choisissant de prendre parti sur la question⁷⁵⁵. Mais ils n'engagent la France qu'à l'égard d'un nombre restreint d'États. Pour le reste des situations, le champ est donc laissé libre au droit interne afin de régler le raisonnement conflictuel. Si l'on conjugue à cette réalité le manque de clarté et de stabilité dont souffrait le droit de l'adoption internationale avant l'entrée en vigueur de la *loi du 6 février 2001*, il devient clair que l'intervention du législateur était véritablement nécessaire, pour ne pas dire indispensable. C'est dès lors opportunément que sans tout bouleverser, la nouvelle loi a choisi de préciser les conditions de l'adoption en procédant notamment à une redistribution des rôles entre la loi personnelle du/des adoptant(s) (1), et celle de l'adopté (2).

1. Précisions à propos de l'intervention de la loi personnelle de l'adoptant

353. *« En droit international privé, lorsque l'adoptant et l'adopté ont la même nationalité, la détermination de la loi applicable aux conditions de fond de l'adoption ne présente pas de difficulté ; il est alors fait application de la loi nationale commune des parties. En revanche, en cas de différence de nationalité, la question est beaucoup plus délicate. Faut-il choisir la loi de l'adoptant, celle de l'adopté, ou faire une application cumulative des deux lois en présence ? »*⁷⁵⁶. La jurisprudence *Torlet-Pistre* a été pour la Cour de cassation l'occasion de trancher la question. Absolument nécessaires en l'absence d'une orientation législative claire, les solutions jurisprudentielles n'en demeuraient pas moins à la fois incomplètes, fluctuantes et controversées. Pour pallier ce manque de clarté et placer le droit interne dans la lignée des dispositions conventionnelles, l'avènement de la *loi du 6 février 2001* était donc bienvenu.

pays d'origine exige maintenant que l'adoption ait lieu chez eux et de plus, que l'enfant ne sorte pas de leur pays avant le prononcé de cette adoption ».

⁷⁵⁵ Les articles 12, 13 et 14 de la Convention franco-polonaise soumettent les conditions de l'adoption à la loi de l'État contractant du domicile commun de l'adopté et de l'adoptant. À défaut de domicile commun, à la loi de l'État dont l'adopté est ressortissant.

Pour ce qui est de la Convention franco-vietnamienne, son article 8 soumet les règles de forme du consentement ainsi que la désignation des personnes ou institutions habilitées à consentir, à l'adoption à la loi personnelle de l'enfant. En outre, la loi nationale des adoptants est compétente pour régir les conditions que les adoptants doivent remplir pour adopter. Quant à l'adoptabilité de l'enfant, elle dépend des dispositions de sa loi personnelle (articles 10 et 11).

⁷⁵⁶ Mariel REVILLARD, Op. cit.

354. Dans sa décision du 7 novembre 1984, *Torlet*, la Haute juridiction a saisi l'occasion qui lui était présentée de clairement se prononcer à propos de la loi applicable à la formation du lien adoptif. À cet effet, elle a décidé que « *les conditions (...) de l'adoption sont régies, lorsque l'adoption est demandée par une seule personne, par la loi nationale de celle-ci, la loi de l'enfant devant seulement déterminer les conditions du consentement ou de la représentation de l'adopté* »⁷⁵⁷. L'aptitude ainsi formulée de la loi de l'adoptant à déterminer les conditions (de fond) de l'adoption laissait donc une place résiduelle à la loi de l'adopté pour décider du consentement de l'enfant ou de son représentant⁷⁵⁸. Cependant, bien que constituant une avancée certaine, ce dernier arrêt se prononçait dans une affaire où l'adoption était demandée par une adoptante unique. Il restait donc à résoudre la problématique suscitée par l'adoption demandée par un couple marié.

En cette dernière hypothèse, quasi unanimement, et conformément à la jurisprudence *Rivière*, il a été proposé que soit appliquée la loi des effets du mariage, à savoir, la loi nationale commune des adoptants et, à défaut de nationalité commune, la loi de leur domicile commun⁷⁵⁹. Fidèle à cette jurisprudence, la *loi du 6 février 2001* a maintenu la solution retenue. En effet, le nouvel article 370-3 du Code civil soumet les conditions de l'adoption à la loi nationale de l'adoptant ou en cas d'adoption par deux époux, à la loi « *qui régit les effets de leur union* ». Sans surprise et comme vu précédemment, la loi applicable est donc la loi nationale commune des époux ou à défaut de nationalité commune, la loi de leur domicile commun. Mais, alors que « *la portée de cette règle qui avait été consacrée en jurisprudence et approuvée par la doctrine, demeurait (...) incertaine dans l'hypothèse où, à défaut de nationalité commune des adoptants, la loi de leur domicile prohibait l'adoption, cette incertitude est aujourd'hui dissipée* »⁷⁶⁰ : l'article précité précise en effet que « *l'adoption ne peut être prononcée si la loi nationale de l'un et l'autre des époux la prohibe* »⁷⁶¹.

⁷⁵⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 7 novembre 1984, *Torlet*, Note H. GAUDEMET-TALLON, *Clunet* 1985, P. 434 ; Note E. POISSON-DROCOURT, *D.* 1985, P. 459 ; Note M. SIMON-DEPITRE, *Rev. crit.* 1985, P. 533.

⁷⁵⁸ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. (de) VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, Op. cit., P. 479.

⁷⁵⁹ P. BOUREL, *J.-Cl. Dr.int.*, V^o Adoption, Fasc. 548.3 ; E. POISSON-DROCOURT, *Codification ...*, Op. cit. ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. (de) VAREILLES-SOMMIERES, Op. cit.

⁷⁶⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. (de) Vareilles-Sommières, *Ibid.*

⁷⁶¹ Cf. à ce propos les développements de Paul LAGARDE : La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification, *Rev. Crit.*, 2001, PP. 275 et s.

La restriction se justifie par le souci d'éviter à l'enfant le préjudice que lui causerait le prononcé d'une adoption internationalement inefficace en raison de son caractère boiteux. D'ailleurs, généralement admise en doctrine, elle avait été consacrée par la Cour de cassation le 19 octobre 1999, dans une décision où l'adoption d'un enfant avait été refusée à deux époux marocains résidant en France⁷⁶².

355. Pour autant, le risque d'une solution excessive est évité. En effet, comme le souligne Monsieur LAGARDE, « *le respect manifesté par le législateur à l'égard de la loi des adoptants n'est pas sans limites* », puisque « *c'est seulement lorsque les lois nationales de chacun des époux prohibent toutes deux l'adoption que celle-ci ne pourra être prononcée en France* »⁷⁶³. En revanche, l'adoption est permise si la loi nationale commune des adoptants ne s'y oppose pas, ou encore, quand les époux domiciliés en France sont de nationalités distinctes, mais que seule la loi personnelle de l'un d'entre eux est prohibitive – ce peut être le cas d'un couple franco-maghrébin par exemple⁷⁶⁴. Évidemment, une telle solution tend à favoriser l'adoption. Elle risque cependant de conduire à une adoption internationalement inefficace à partir du moment où les adoptants décident de s'installer dans le pays de celui dont le statut est prohibitif... Mais « *sans doute a-t-on pensé que le risque d'une adoption boiteuse était moins grand que dans l'hypothèse précédente* »⁷⁶⁵. Quoiqu'il en soit, « *les auteurs n'ont pas manqué de relever la terminologie utilisée par le législateur qui réserve le jeu de cette exception aux seules lois interdisant l'adoption sans englober celles qui l'ignorent simplement* »⁷⁶⁶. Nous verrons que la même distinction se retrouve lorsque la loi personnelle de l'enfant entre en jeu (2).

L'exemple généralement cité est celui d'un couple algéro-marocain résidant habituellement en France. Dans cette hypothèse, la compétence de la loi de leur domicile commun leur permettrait de procéder à l'adoption que leur statut personnel prohibe.

⁷⁶² Cass. 1^{ère} civ., 19 octobre 1999, Note F. MONEGER, *Clunet* 2000, P. 737.

Dans cette décision, la contrariété à l'ordre public évoquée n'a pas été retenue.

⁷⁶³ P. LAGARDE, *Ibid.*

⁷⁶⁴ Précision étant faite qu'en cas de double nationalité, la nationalité française, permissive, prévaut. P. LAGARDE, *Ibid.*

⁷⁶⁵ *Ibid.*

⁷⁶⁶ B. BOURDELOIS, *Op. cit.*

2. Précisions à propos de l'intervention de la loi personnelle de l'adopté

356. Préalablement, nous n'avons pas manqué de relever que la jurisprudence *Torlet* réservait à la loi personnelle de l'adopté un domaine d'intervention, certes, résiduel, mais un domaine d'intervention quand même⁷⁶⁷. La question restait cependant encore entière en ce qui concerne « *le domaine que réservait l'arrêt Torlet à la loi nationale de l'adopté, notamment quant à l'interprétation de la formule qui soumet à cette loi « les conditions du consentement de l'adopté ». Convenait-il (...) de comprendre cette formule de façon extensive en y englobant aussi bien l'existence même et l'objet du consentement que les modalités et les formes dans lesquelles ce consentement doit être donné ? Ou bien ne devait-on pas exclure du domaine de la loi de l'adopté la question du contenu du consentement, de telle sorte qu'il reviendrait à la loi de l'adoptant de se prononcer sur le problème de savoir en vue de quelle adoption (avec ou sans rupture du lien de filiation) le consentement a été donné ?* »⁷⁶⁸. Alors que l'arrêt du 7 novembre 1984 avait décidé qu'en l'absence de précision, le consentement valait pour l'une ou l'autre des formes d'adoption que reconnaît le droit français, l'arrêt *Pistre* opéra par la suite un revirement en considérant que « *le contenu même du consentement, savoir s'il a été donné en vue d'une adoption simple ou d'une adoption plénière, doit être apprécié indépendamment des dispositions de la loi nationale de l'adopté, le juge français devant s'attacher à la volonté, expresse ou présumée, de la personne qui a consenti* »⁷⁶⁹. Imaginons alors qu'Irina et son époux, Jean-Claude, aient obtenu un jugement d'adoption haïtien leur confiant Mia. Imaginons qu'ils aient alors déplacé la mineure de son pays d'origine vers la France où ils résident habituellement. Disons qu'ensuite, ils aient souhaité obtenir la conversion de l'adoption simple haïtienne en adoption plénière. Haïti ne connaît pas l'adoption plénière. Néanmoins, nous verrons ultérieurement qu'une telle démarche peut aboutir⁷⁷⁰. Mais pour ce faire, les adoptants devront « *démontrer, par référence aux termes employés dans les actes*

⁷⁶⁷ Cf. supra n° 354.

⁷⁶⁸ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. (de) VAREILLES-SOMMIERES, Op. cit.

⁷⁶⁹ Civ. 1^{ère}, 31 janvier 1990, Obs. J. MASSIP, Defrénois 1990, P. 961 ; Note H. MUIR-WATT, JCP 1991.II.21635 ; Note E. POISSON-DROCOURT, Rev. crit. 1990, P. 519.

Notons que par la suite, la Cour de cassation a pris soin de préciser son raisonnement en exigeant que « le consentement donné par l'adopté ou son représentant légal l'ait été en pleine connaissance des effets attachés par la loi française à l'adoption et, en particulier, dans le cas d'une adoption plénière, au caractère complet et irrévocable de la rupture des liens qui unissent l'enfant avec sa famille par le sang » : Cass. Civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 1994, MOREAU, Obs. J. MASSIP, Defrénois 1994, art. 35945, P. 1443 ; Note H. MUIR-WATT, Rev. crit. 1994, P. 654.

⁷⁷⁰ Cf. infra n° 373.

dressés en application de la loi étrangère, que les parents par le sang (ou plus généralement le représentant légal de l'enfant) ont approuvé l'adoption projetée en pleine connaissance de ses effets »⁷⁷¹. Cette solution jurisprudentielle a été reprise de manière plus détaillée par l'article 370-3 alinéa 3 du Code civil, issu de la *loi de 2001* : également conforme à l'esprit de l'article 4 c) de la *Convention de La Haye de 1993*, cette formulation propre au droit interne en vigueur dispose que : « *quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant. Le consentement doit être libre, obtenu sans contrepartie, après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier s'il est donné pour une adoption plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant* »⁷⁷².

357. Il serait pourtant bien dommage de nous borner à considérer que l'intervention du législateur en matière d'adoption au début des années 2000, ait simplement consisté à entériner avec un peu plus de précisions les solutions jurisprudentiellement déjà acquises. En réalité, deux éléments méritent d'être relevés. En premier lieu, en matière d'adoption internationale, le rôle joué par le législateur paraît indissociablement lié à l'indispensable intervention du droit conventionnel. En second lieu, notre droit continental semble difficilement pouvoir être mené à l'apogée de son perfectionnement sans intervention législative. En effet, les orientations jurisprudentielles, même lorsqu'elles sont bien pensées, ne conduisent que très rarement à un résultat aussi satisfaisant que lorsque la loi tranche elle-même la question – du moins en matière civile. Si donc avant que n'intervienne la *loi du 6 février 2001*, certaines questions étaient relativement bien tranchées et ne nécessitaient en conséquence que quelques précisions législatives, il apparaît évident que d'autres sont restées dans un flou dont l'intérêt de l'enfant ne pouvait valablement se satisfaire.

Clairement, les formulations jurisprudentielles ayant conduit à détacher les conditions du consentement à l'adoption de la loi nationale de l'enfant ont semé la confusion quant à la position qu'il convenait d'adopter lorsque l'adoption envisagée concerne un enfant dont la loi nationale

⁷⁷¹ P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, Montchrestien, 2007, 9^{ème} éd.

⁷⁷² Sur le caractère délicat de l'application de cette règle, cf. F. MONEGER, Une nouvelle loi en matière d'adoption internationale (Loi n°2001/111 du 6 février 2001), *Rev. dr. sanit. soc.* 2001, P.382.

ignore⁷⁷³ ou prohibe⁷⁷⁴ l'adoption. Le déchaînement d'opinions contradictoires relevé en doctrine s'est en effet retrouvé dans les solutions des juges. Ainsi pour exemple, alors même que l'arrêt *Pistre* déclarait impossible l'adoption d'un enfant brésilien en application de la loi brésilienne qui, à cette époque, interdisait l'adoption plénière par un étranger ne résidant pas habituellement au Brésil, une décision rendue le 10 mai 1995 faisait valoir l'inverse⁷⁷⁵. La solution s'est évidemment vu reprocher de risquer de conduire l'adopté vers un statut international boiteux.

358. Le libéralisme amorcé fut donc remis en cause par une *Circulaire du Ministre de la justice du 16 février 1999*⁷⁷⁶. Soutenant que la « règle de solution de conflit de lois qui renvoie à la loi personnelle de l'adopté en matière de consentement conduit à considérer que l'adoption n'est pas possible lorsque cette loi interdit l'adoption », le Ministre donnait clairement l'orientation d'un choix politique par la suite consacré au moyen des dispositions de la *loi de 2001*⁷⁷⁷. La Circulaire

⁷⁷³ « L'ignorance de l'adoption s'explique la plupart du temps par des coutumes locales de prise en charge des enfants par la communauté lorsque les parents ne sont plus en mesure (par décès ou « difficultés économiques ») de subvenir à leurs besoins. Exemples de pays ignorant l'adoption : la Birmanie, le Bhoutan (droit coutumier mais pas de loi écrite)... ».

Cf. : <http://www.agence-adoption.fr/home/spip.php?article89> et <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/adoption-internationale-2605/comment-adopter-a-l-etranger/le-glossaire-de-l-adoption/tous-les-termes-de-l-adoption/article/interdiction-ou-ignorance-pays>

⁷⁷⁴ « Les pays interdisant l'adoption touchent en grande majorité des pays de droit musulman. Le Coran rejette, en effet, la filiation adoptive en tant que telle.

Ces pays sont, entre autres : l'Afghanistan, l'Algérie, l'Arabie-Saoudite, le Bahreïn, le Bangladesh, Brunei, l'Égypte, les Emirats arabes unis, l'Irak, l'Iran, la Jordanie, le Koweït, le Maroc, la Mauritanie, l'Oman, le Pakistan, Qatar, la Syrie, le Yémen ... ».

Cf. : <http://www.agence-adoption.fr/home/spip.php?article89> et <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/adoption-internationale-2605/comment-adopter-a-l-etranger/le-glossaire-de-l-adoption/tous-les-termes-de-l-adoption/article/interdiction-ou-ignorance-pays>

⁷⁷⁵ Civ. 1^{ère}, 10 mai 1995, Fanthou : « Vu l'article 3 du Code civil et les principes généraux qui régissent l'adoption en droit international, deux époux français peuvent procéder à l'adoption d'un enfant dont la loi personnelle ne connaît pas, ou prohibe cette institution, à condition qu'indépendamment des dispositions de cette loi, le représentant du mineur ait donné son consentement en pleine connaissance des effets attachés par la loi française à l'adoption demandée ».

Pour plus de détails sur cet arrêt : Note H. MUIR-WATT, *Rev. crit.* 1995, P. 548 ; Note F. MONEGER, *Clunet* 1995, P. 625 ; Note LARRIBEAU-TERNEYRE, *Dalloz* 1995, P. 544.

Cf. également sur cet arrêt : F. MONEGER, La jurisprudence en matière d'adoption internationale au regard de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, in « L'enfant et les conventions internationales », (dir. J. RUBELLIN-DEVICHI), PUL, 1996.

⁷⁷⁶ Pour un développement plus détaillé à propos de ce texte, cf. H. MUIR-WATT, Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif ? À propos de la Circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale, *Rev. crit.* 1999 P. 469.

⁷⁷⁷ L'article 370-3 alinéa 2 du Code civil issu de la loi du 6 février 2001 dispose en effet que : « l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France ».

adoptait cependant une position moins radicale dans l'hypothèse où la loi personnelle de l'enfant ignore l'institution de l'adoption : elle recommandait alors de s'assurer de la réalité du consentement des représentants de l'adopté potentiel⁷⁷⁸.

359. Nous l'avons déjà précisé, la solution inverse était critiquée. Celle-ci ne l'est pas moins. *A priori*, elle ne peut cependant souffrir le reproche d'être trop radicale. D'une part, parce qu'elle ne vaut qu'à l'égard des mineurs ; d'autre part, parce qu'un tempérament est prévu à partir du moment où l'enfant dont il est question est né et réside habituellement en France⁷⁷⁹. Ce dernier tempérament ne concerne cependant pas les mineurs déplacés en France après leur naissance sur le territoire d'un État prohibant l'adoption.

La solution retenue est-elle bonne ? À tout le moins, est-elle opportune ? Que doit-on alors penser des enfants qui, bien que résidant habituellement en France, sont ressortissants d'un pays prohibant l'adoption ? Leur statut personnel à lui seul doit-il conduire à une impasse ? Le rappel que la protection recherchée doit simplement être suffisante doit-il permettre de considérer que l'établissement d'un lien de filiation n'est pas indispensable à l'équilibre à la fois physique et psychique de l'enfant ? La crainte d'un déplacement frauduleux, opéré simplement en vue de contrecarrer les règles prohibitives du pays de nationalité suffit-elle à justifier la double condition de naissance et de résidence ?

360. « Certes l'idée de dissuader les candidats à l'adoption d'aller chercher des enfants dans les pays où elle est interdite doit être approuvée mais il ne faut pas se tromper de cible : le scandale du

Cf. pour plus de détails, F. MONEGER, Une nouvelle loi ... Op. cit.

Cf. également pour illustrations : Cass. Civ. 1^{ère}, 10 octobre 2006, (2 arrêts), Com. Carine BRIERE, Clunet, 2007, P. 11 ; Note E. KERCKHOVE, Droits de l'enfant, Chronique d'actualité législative et jurisprudentielle n° 3, Petites affiches, 10 décembre 2007 n° 246, P. 6. (Kafala) ; Cass. Civ. 1^{ère}, 9 juillet 2008, Note É. FONGARO, Clunet 2009, P. 2 : « Même s'il a été confié à des Étrangers par les autorités de son pays d'origine en vue de son adoption, même s'il a été définitivement et irrévocablement abandonné et qu'il n'a plus de filiation, le mineur dont la loi nationale prohibe l'adoption ne peut pas, en application de l'article 370-3, alinéa 2, du Code civil, être adopté en France dès lors qu'il n'est pas né et ne réside pas en France ».

⁷⁷⁸ « Un problème d'articulation pourrait se présenter avec la convention de La Haye de 1993, celle-ci exigeant, pour que l'adoption soit prononcée, que l'autorité centrale de l'État d'origine y consente : or, comment pourrait-elle y consentir s'il n'y a même pas d'autorité centrale, l'État national de l'adopté ignorant l'adoption ? » : T. VIGNAL, Droit international privé, Éd. Armand Colin, 2005.

⁷⁷⁹ E. POISSON-DROCOURT, Codification ..., Op. cit..

trafic d'enfants porte davantage sur un consentement forcé des parents biologiques que sur le contournement d'une loi prohibitive »⁷⁸⁰. Intervenant pourtant en réponse aux exigences de la *Convention de La Haye de 1993*⁷⁸¹, l'impossibilité d'adoption de l'enfant de statut prohibitif tend à rapprocher la conception française de l'adoption internationale du point de vue conventionnel. Pour Madame BOURDELOIS cependant, « *le contexte est différent. La Convention réalise un équilibre entre les intérêts des États d'origine et ceux des États d'accueil ; le législateur français, tout comme la Cour de cassation, n'ont pas fait le même choix s'agissant de la règle de conflit de lois en mettant à l'écart la loi de l'adopté pour ce qui est du prononcé de l'adoption. On ne se retrouve donc pas dans la même situation que lorsque les deux lois nationales des époux prohibent l'une et l'autre l'adoption : ici, il manque, sur le plan du conflit de lois, un point d'ancrage entre le pays de la nationalité de l'enfant et la situation familiale adoptive et le risque encouru du fait d'une adoption non reconnue dans le pays de la nationalité de l'enfant nous paraît bien négligeable* »⁷⁸².

361. En guise de consolation, il faut marquer le fait que cette situation ne soit que temporaire. En effet, selon l'article 21-12, alinéa 3, 1° du Code civil, peut réclamer la nationalité française : « *l'enfant qui, depuis au moins trois années, est recueilli sur décision de justice et élevé par une personne de nationalité française ou est confié au service de l'aide sociale à l'enfance (...)* »⁷⁸³. Dès lors, au bout de trois ans, l'enfant de statut prohibitif recueilli par un français – souvent au titre d'une *kafala* - pourra acquérir la nationalité française et sa loi personnelle ne s'opposera plus à son adoptabilité. Doit-on pour autant considérer que cette solution soit satisfaisante ? Qu'un tel changement de nationalité s'apparente à un conflit mobile⁷⁸⁴ ne paraît pas poser problème⁷⁸⁵. De

⁷⁸⁰ B. BOURDELOIS, Op. cit.

⁷⁸¹ Son article 4 prévoit en effet que les adoptions internationales ne peuvent avoir lieu que si les autorités compétentes de l'État d'origine ont établi que l'enfant est adoptable, ce qui n'est évidemment pas le cas en ce qui concerne les enfants de statut prohibitif.

⁷⁸² B. BOURDELOIS, Op. cit.

⁷⁸³ Avant l'entrée en vigueur de la loi n°2016-297 du 14 mars 2016, le délai requis était de 5 ans.

À propos de cette loi : F. CAPELIER, La réforme de la protection de l'enfance : une révolution discrète, RDSS 2016, P.540 ; A. CERF-HOLLENDER, La loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfance n'est pas la grande loi attendue ! EDPF, 15 mai 2016, n°5, P.1.

⁷⁸⁴ Le conflit mobile est une notion de droit international privé. Pour Monsieur BARTIN un tel conflit existe lorsque « par le déplacement ou la modification d'un élément de rattachement une situation donnée est successivement soumise à deux systèmes juridiques différents » : Cours de Droit international privé du professeur Frédéric LECLERC. Pour de plus amples développements à propos de la notion de conflit mobile, cf. infra n° 568 et suivants.

plus, les dispositions précitées de l'article 370-3 alinéa 3 en vertu desquelles, rappelons-le : « *quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant* », paraissent dans de nombreux cas surmontables. D'une part parce que lorsque l'enfant aura été recueilli en vertu d'un accord entre deux familles, le consentement devrait pouvoir être donné par les parents biologiques. D'autre part puisqu'à défaut d'un tel accord et lorsque l'enfant aura été recueilli sans que sa filiation d'origine ne soit connue, la réunion d'un conseil de famille pour consentir à son adoption devrait pouvoir produire ses effets⁷⁸⁶. Il convient toutefois de relever que le consentement du conseil de famille n'est valable que si « *les père et mère de l'enfant sont décédés, dans l'impossibilité de manifester leur volonté ou s'ils ont perdu leurs droits d'autorité parentale (...) il en est de même lorsque la filiation de l'enfant n'est pas établie* »⁷⁸⁷. Et force est de constater que ce ne sera pas toujours le cas. En témoigne cet arrêt de la Cour de cassation en date du 4 décembre 2013⁷⁸⁸. Dans cette affaire, un couple s'est vu confié la *kafala* d'un enfant de nationalité marocaine sur l'ordonnance du tribunal de Taroudant (Maroc) en 2004. Puis, après avoir attendu le délai requis afin de souscrire une déclaration de nationalité française sur le fondement de l'article 21-12 1° du Code civil, les recueillants ont sollicité l'adoption plénière de l'enfant. Constatant cependant que la filiation du mineur à l'égard de sa mère n'était pas rompue, la Cour d'appel de Nouméa a déclaré nul le consentement du conseil de famille à l'adoption, comme étant donné par une autorité incompétente. En effet, « *pour passer outre le consentement de la mère à l'adoption, l'enfant n'étant pas considéré comme pupille de l'État, les époux devaient encore caractériser l'abandon de l'enfant par la mère en application de l'article 350 du Code civil* »⁷⁸⁹. Or, pour les juges français, le fait de manquer de moyens matériels ne signifiait pas que la mère ait

⁷⁸⁵ En effet, pour résoudre les problématiques posées par un conflit mobile, la Cour de cassation considère depuis un arrêt de 1989, Société DIAC, que la constitution et les effets passés de la situation devaient relever de la loi ancienne, tandis que les effets postérieurs au changement, la disparition de la situation juridique et les effets de cette disparition devaient être régis par la nouvelle localisation. Ainsi, l'adoption étant tournée vers l'avenir, le changement de nationalité devrait pouvoir fonder pour l'avenir la modification du statut personnel de l'enfant, le faisant passer de la prohibition à la permission.

⁷⁸⁶ Cf. Cass. 1^{ère} civ., 30 sept. 2003 : Note M.-C. LE BOURSICOT, RJP 2004-2, P. 21.

⁷⁸⁷ Article 348-2 du Code civil.

⁷⁸⁸ Civ. 1^{ère}, 4 décembre 2013, Note F. CHENEDEE, Confirmation de la non reconnaissance des gestations pour autrui réalisées frauduleusement à l'étranger, AJ Famille 2014, P. 144 ; Note Abila KOUMDADJI, La kafala et les conditions d'adoption plénière de l'enfant devenu français, Petites affiches, 19 juin 2014, n°122, P. 11 ; Note Véronique LEGRAND, Kafala et adoption : le malaise perdure..., Petites affiches, 14 février 2014, n° 33, P. 7 ; Note Elisa VIGANOTTI, Adoption et kafala : le providentiel article 21-12 du Code civil ne peut pas tout faire, Gaz. Pal. 6 février 2014, n°37, P. 12.

⁷⁸⁹ Abila KOUMDADJI, Op.cit.

abandonné son enfant ni qu'elle s'en soit désintéressé. La demande d'adoption s'en est trouvée rejetée par les juges du fond qui obtinrent l'approbation de la Cour de cassation.

Le fait que le droit local soit hostile à l'adoption est donc un obstacle certain. À long terme, il semble cependant parfois pouvoir être contournable. Avec son nombre de détours et son lot de dissuasion bien sûr. Mais cette étude ne prétend pas plaider pour que l'adoption d'un enfant soit facile. Le droit ne doit en effet encourager le déplacement de l'adopté que dans la mesure où le passage d'une frontière est incontestablement favorable à l'intérêt du mineur concerné. Aussi, un tel déplacement ne doit pouvoir déboucher sur une adoption que s'il n'existe absolument aucun doute s'agissant du consentement des parents biologiques. La décision ci-dessus exposée est donc compréhensible.

362. Il reste qu'un élément est de nature à assombrir un horizon qui semblait pourtant pouvoir s'éclaircir. En effet, l'argument tiré de l'acquisition de la nationalité française est atténué par le fait que les « adoptants » auront pendant trois ans⁷⁹⁰ à agir comme s'ils étaient véritablement parents, sans pouvoir garantir à l'enfant pendant ce temps, la protection dont il aurait dû pouvoir bénéficier pour le cas où ils décèderaient prématurément par exemple. L'affaire ayant donné lieu à un arrêt de la Cour d'appel de Paris le 15 février 2011⁷⁹¹ en témoigne : une enfant de nationalité algérienne née sans filiation avait été recueillie par un couple marié en *kafala*. Par la suite, son statut personnel avait été modifié par l'acquisition de la nationalité française, conformément aux dispositions de l'article 21-12 du Code civil. Ce changement de circonstance suffit à convaincre les conseillers d'appel que l'enfant était devenue adoptable. Il n'en reste pas moins qu'aucun lien de filiation n'a pu être établi en faveur de cette dernière durant le temps où elle ne pouvait se prévaloir que de la nationalité algérienne...

Or, dans une situation où l'enfant a clairement vocation à prendre la nationalité des personnes chargées de son éducation et à partir du moment où au moins l'une d'entre elles est de statut personnel permissif, il semble plus opportun de lui permettre de bénéficier immédiatement de

⁷⁹⁰ Cf. cependant la proposition de loi Sénat n°76 du 11 mars 2015 : proposition visant à réduire à deux ans, pour l'enfant recueilli en France par une personne de nationalité française, comme pour celui confié au service de l'Aide Sociale à l'Enfance, le délai pour réclamer la nationalité française.

⁷⁹¹ Paris, 15 février 2011, Obs. M. DOURIS, L'adoption d'un enfant recueilli en *kafala* et le recours à la nationalité française : mode d'emploi, AJ Famille 2011, P. 320.

la réglementation relative à l'adoption. Et si une telle prise de position peut souffrir le reproche de favoriser le trafic, une triple justification semble pouvoir clore le débat : premièrement, pour le cas où la situation ferait valablement l'objet de suspicion, une sanction particulière pourrait être prise⁷⁹². L'exception au principe permettrait alors de combattre les abus, sans bloquer la situation de l'écrasante majorité des enfants faisant l'objet d'une *kafala*. Ensuite, l'argument tiré du risque d'inefficacité internationale de la décision d'adoption est bien évidemment justifié. Mais il peut lui être opposé le fait que l'enfant devenu français se retrouvera exactement dans la même situation que tout autre enfant musulman de statut permissif puisque les États musulmans ne reconnaissent pas plus les adoptions d'enfants de confession musulmane, mais ayant la nationalité d'un pays autorisant l'adoption ! Pour parvenir à garantir l'uniformité internationale du statut de l'enfant orphelin ou abandonné, l'impossibilité d'adoption devrait alors davantage viser la confession des enfants visés que leur statut personnel en lui-même, ce qui est bien évidemment inenvisageable. Enfin, l'orientation de la France n'est pas la seule possible : la Belgique n'a-t-elle pas choisi de permettre aux enfants de statut prohibitif de bénéficier d'une adoption simple⁷⁹³ ?

Les précisions du droit interne sous l'angle des conditions requises pour permettre le prononcé en France de l'adoption d'un enfant étranger envisagées, il nous reste à appréhender les dispositions du droit international privé commun relativement aux effets qu'une telle adoption est susceptible de produire (II).

II/ Précisions du droit interne à propos des effets de l'adoption

363. Face au silence de la *Convention de La Haye de 1993* sur la question, la *loi du 6 février 2001* s'est chargée de régir les effets de l'adoption. À ce propos, elle distingue selon que l'adoption ait été prononcée en France ou à l'étranger (A). Résout-elle de cette manière l'ensemble des questions susceptibles de se poser en la matière ? Rien n'est moins sûr. En effet, nous verrons que

⁷⁹² Cf. infra n° 663 et suivants.

⁷⁹³ La Belgique, en effet, a adopté une position beaucoup plus ouverte dans sa loi du 6 décembre 2005, en rendant possible l'adoption (simple ou plénière) des enfants régulièrement confiés par *kafala* à leurs ressortissants, sous des conditions précisément définies.

lorsqu'il s'agit de faire produire à l'adoption étrangère, des effets en France, le choix du législateur conduit à une transposition/naturalisation de l'institution dans l'une ou l'autre des formes que connaît notre droit. Évidemment, cela n'est pas sans causer problème (B).

A. La distinction entre les effets de l'adoption prononcée en France et ceux de l'adoption prononcée à l'étranger

364. La jurisprudence ayant précédé l'avènement de la *loi du 6 février 2001* avait semble-t-il, tiré les conséquences nécessaires de l'opportunité que l'on peut trouver à soumettre les effets de l'adoption à la même loi que celle de sa formation⁷⁹⁴. En effet, dans l'arrêt précité du 7 novembre 1984, *Torlet*, la Cour de cassation avait clairement pris parti pour la loi de l'adoptant, dans l'hypothèse où l'adoption était demandée par une seule personne. Et pour le cas où l'adoption requise était sollicitée par un couple marié, une assimilation aux effets de la filiation légitime paraissait devoir conduire à l'application de la loi de la nationalité commune des adoptants et, à défaut de nationalité commune, à la loi de leur domicile commun⁷⁹⁵.

La *loi du 6 février 2001* n'a quant à elle pas choisi de suivre le mouvement amorcé : en préférant distinguer selon le lieu où l'adoption a été prononcée, elle confère aux effets de l'institution leur propre règle de conflit. En réalité, il semble que, dans un élan pragmatique, le choix du législateur ait entendu favoriser le droit national. Que cela soit clairement exprimé en ce qui concerne les adoptions prononcées en France (1), ou plus subtilement mis en œuvre à propos

⁷⁹⁴ Sur l'opportunité d'une telle solution : P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, Ouvrage précité : « Comme le mariage, et à la différence du divorce, l'adoption crée un lien destiné à durer et dont les règles n'ont pas épuisé l'essentiel de leurs effets au moment de son prononcé. Il ne peut donc être question, sous prétexte de soumission des conditions et des effets à une loi unique, de soumettre définitivement les effets de l'adoption à la loi en application de laquelle elle a été créée. La solution du conflit mobile, quel que soit l'élément de rattachement que l'on choisit, réside dans l'application immédiate de la loi nouvelle. Mais le conflit mobile n'est qu'un accident, qui n'est pas inéluctable. Il y a donc malgré tout un intérêt à faire coïncider le rattachement des effets avec celui de la création. (...), on devrait donc appliquer, selon les cas, la loi de l'adoptant unique, ou la loi des effets du mariage des deux adoptants. Les effets de la filiation adoptive seraient ainsi soumis à la même loi que ceux de la filiation légitime, ce qui est logique, puisque le statut de l'enfant adoptif est calqué sur celui de l'enfant légitime ».

⁷⁹⁵ Civ. 1^{ère}, 12 novembre 1986, Note E. POISSON-DROCOURT, *Rev. crit.* 1987, P.557 ; Note H. GAUDEMET-TALLON, *Clunet* 1987, P. 322.

Largement approuvée par la doctrine, la solution avait été reprise par la Circulaire du 16 février 1999.

des adoptions prononcées à l'étranger (2), dans un cas comme dans l'autre, l'adoption internationale qui prétend s'imposer sur notre territoire, aura pour effets ceux de la loi française⁷⁹⁶.

1. Précisions à propos des effets des adoptions prononcées en France

365. Le nouvel article 370-4 du Code civil dispose que « *les effets de l'adoption prononcée en France sont ceux de la loi française* ». De toute évidence, l'objet de cet article se limite pour l'essentiel aux questions de la survie ou non des rapport que l'adopté est susceptible d'entretenir avec sa famille d'origine, ainsi qu'au caractère révocable ou irrévocable de l'adoption sollicitée. Sont en conséquence exclues, les questions ayant trait aux « *effets généraux de la filiation adoptive, c'est-à-dire ceux qui, relatives notamment à l'attribution du nom de l'adopté, de sa nationalité, à l'autorité parentale, à l'obligation alimentaire, ou encore aux droits successoraux de l'enfant, relèvent comme pour toute filiation, de la loi de l'institution à laquelle l'effet concerné est attaché* »⁷⁹⁷.

366. Si pour certains, la solution tirée des dispositions de l'article 370-4, apparentée à une sorte de règle de conflit d'autorité de facture unilatérale, révélerait qu'en la matière, il existerait « *une solidarité nécessaire entre la création du lien adoptif et ses effets* »⁷⁹⁸ traduisant le « *sentiment que le juge qui prononce une adoption ne peut offrir qu'une adoption française* »⁷⁹⁹ ; pour d'autres, la dissociation de la réglementation applicable aux conditions et aux effets de l'adoption est critiquable. Voilà ce qui fait dire à plusieurs d'entre eux que, « *s'agissant des adoptions prononcées en France, on ne comprend pas pourquoi, si leurs effets dépendent exclusivement du droit français, il a néanmoins été jugé utile de maintenir la compétence de la loi des adoptants pour régir leurs conditions : n'aurait-il pas été plus logique, malgré les réticences que la méthode inspire, de soumettre l'ensemble de l'institution à la loi française, quitte à simplement prendre en*

⁷⁹⁶ « La loi nouvelle a eu la volonté de faire régir par une même loi – la loi française – les effets de l'adoption, que celle-ci ait été prononcée en France ou à l'étranger » : P. LAGARDE, La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification, Op. cit.

⁷⁹⁷ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. (de) VAREILLES-SOMMIERES, Op. cit. ; Cf. également en ce sens : B. BOURDELOIS, Le nouveau régime ..., Op. cit. ; P. LAGARDE, ouvrage précité.

⁷⁹⁸ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. (de) Vareilles-Sommières, Ouvrage précité.

⁷⁹⁹ BOURDELOIS, Le nouveau régime... Op. cit.

considération les éventuelles prohibitions édictées par la loi personnelle des adoptants, ainsi qui est fait de celles qui résultent de la loi de l'adopté ? »⁸⁰⁰. L'argument se vaut. Ceux des autres se valent aussi. En réalité, la doctrine est divisée sur la question de savoir s'il faut ou non soumettre les conditions et les effets de l'adoption à une loi unique.

367. Le choix du législateur, quant à lui, est clair. L'argument généralement avancé pour le justifier aura convaincu cette étude. Il tient dans « *la très grande diversité des effets de l'adoption en droit comparé et à la difficulté qu'il y aurait eu à faire fonctionner en France des adoptions aussi nombreuses* »⁸⁰¹. Cela vaut d'ailleurs étant entendu que « *cette diversité pourrait même être jugée contraire au principe d'égalité, en ce que les enfants adoptés selon une loi étrangère et devenus français auraient eu un statut différent de celui des enfants français adoptés en vertu de la loi française* »⁸⁰². Ainsi, l'enfant étranger déplacé en France en vue de son adoption, puis devenu français suite à cette opération, aurait été traité différemment de l'enfant français objet d'une adoption interne.

Le juge chargé de prononcer en France une adoption devra donc choisir entre la forme simple ou la forme plénière de l'institution. « *Il se déterminera en fonction de ce qui lui sera demandé et des caractères de l'adoption dans la loi personnelle des adoptants, applicable aux conditions de celle-ci* »⁸⁰³. Mais que les tenants des solutions jurisprudentielles précédentes se consolent : certes, l'article 370-4 change de méthode, toutefois, dans la plupart des cas, sa mise en œuvre conduira à un résultat similaire puisque même auparavant, « *la compétence donnée par la Cour de cassation à la loi des adoptants conduisait presque toujours à la loi française* »⁸⁰⁴. Qu'ils se consolent en outre en relevant que l'innovation du législateur s'est limitée aux adoptions prononcées en France. En effet, pour ce qui est de celles prononcées à l'étranger, l'article 370-5 du Code civil confirme le positionnement antérieur des juges (2).

⁸⁰⁰ P. MAYER et V. HEUZE, Droit international privé, Ouvrage précité.

⁸⁰¹ Paul Lagarde, Op. cit.

⁸⁰² Ibid.

⁸⁰³ Ibid.

⁸⁰⁴ Ibid.

2. Précisions à propos des effets des adoptions prononcées à l'étranger

368. Conformément à la célèbre jurisprudence *De Wrède*, les jugements prononcés par décision administrative ou judiciaire étrangère en matière d'état et de capacité des personnes produisent effet de plein droit en France⁸⁰⁵. Partant, en posant le principe d'une reconnaissance automatique dans l'ensemble des États contractants des décisions d'adoption qui lui sont certifiées conformes, l'article 23 de la *Convention de La Haye de 1993* n'a fait qu'entériner les solutions déjà en vigueur en France en la matière⁸⁰⁶. Il en résulte qu'en droit international privé commun, comme en droit international privé conventionnel, « aucune procédure de reconnaissance, d'exécution ou d'enregistrement n'est nécessaire pour obtenir l'efficacité de la décision d'adoption dans un autre État. Cette reconnaissance est toutefois provisoire car subordonnée à une éventuelle contestation de la décision »⁸⁰⁷.

À cet effet justement, « selon le droit commun, la décision étrangère pourra être contestée si elle ne remplit pas les cinq conditions de régularité requises dans une instance en inopposabilité et qui sont les mêmes que pour l'exequatur »⁸⁰⁸. En exigeant que l'adoption ait été régulièrement prononcée à l'étranger pour lui faire produire des effets, l'article 370-5 du Code civil semble exactement renvoyer aux règles générales susmentionnées⁸⁰⁹. En revanche, sur ce point, le droit conventionnel paraît plus mesuré. En effet, bien que la reconnaissance de plein droit suppose l'échange des accords à la poursuite de la procédure entre Autorités centrales, ainsi que la délivrance d'un certificat de conformité⁸¹⁰, « aux termes de la Convention de La Haye, il n'existe

⁸⁰⁵ Civ., 9 mai 1900, *De Wrède*, *Clunet* 1900, P.613.

⁸⁰⁶ P. COURBE, *La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, Op. cit.

⁸⁰⁷ Ibid.

Cf. également à ce propos M. REVILLARD, Op. cit.

⁸⁰⁸ E. POISSON-DROCOURT, Les effets en France d'une décision étrangère d'adoption et la Convention de La Haye du 29 mai 1993, *Dalloz* 1995, P. 147 ; H. MUIR-WATT, Les effets en France des jugements étrangers d'adoption ou la substitution des modèles français aux institutions étrangères équivalentes, *RIDC* Vol. 55, n°4, Octobre-Décembre. PP. 834-843.

⁸⁰⁹ Cf. à ce propos, le rapport de N. ABOUT, Doc. Sénat n°164 (session ord. 2000-2001). Disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/rap/100-164/100-164.html> ; F. MONEGER, Une nouvelle loi en matière d'adoption internationale... Op. cit. ; H. MUIR-WATT, Les effets en France... Op. cit.

⁸¹⁰ N. MEYER-FABRE, *La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, Op. cit. ; P. COURBE, *La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, Op. cit.

*qu'un chef de contrôle, la contrariété manifeste à l'ordre public (article 24) »*⁸¹¹. Dans tous les cas, le contrôle de la régularité internationale des décisions est exercé par le Parquet du service central de l'état civil de Nantes ou en cas de réel doute sur la régularité, par un tribunal⁸¹². Mais une fois vérifié que l'adoption a été prononcée à l'étranger de manière régulière, quels effets produira t-elle concrètement ?

369. Quelle que soit la forme que revêtira en France l'adoption prononcée à l'étranger, faute de règle de nature à déterminer la loi applicable aux effets de l'adoption, la *Convention de La Haye de 1993* a entrepris de fixer les effets que doit emporter la reconnaissance de toute adoption relevant de son champ d'application, par le biais d'une règle matérielle. Ainsi, « *la reconnaissance de l'adoption comporte celle a) du lien de filiation entre l'enfant et ses parents adoptifs ; b) de la responsabilité parentale des parents adoptifs à l'égard de l'enfant ; c) de la rupture du lien préexistant de filiation entre l'enfant et sa mère et son père, si l'adoption produit cet effet dans l'État contractant où elle a eu lieu* »⁸¹³. Au-delà de ce seuil, qu'entraîne plus exactement la reconnaissance ?

370. Face à la diversité des formes d'adoption en droit comparé, on a longtemps considéré que les règles générales applicables aux effets du jugement devaient jouer, ce qui conduisait, pour reprendre l'expression de Madame JAULT-SESEKE, « *à admettre l'efficacité substantielle du*

⁸¹¹ Ibid : « Ce serait le cas par exemple, si les consentements avaient été extorqués par violence ou si l'adoption dissimulait un enlèvement d'enfant ».

⁸¹² H. PEREZ, Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, L'ESSENTIEL Droit de la famille et des personnes, 15 février 2012, n° 2, P.2.

Plus précisément, comme l'explique l'auteur : « Le parquet a deux missions. La première est qu'il doit vérifier les conditions de régularité de la décision étrangère d'adoption, qui diffèrent selon que la décision est issue d'un pays qui a ou non ratifié la Convention de La Haye du 29 mai 1993. La seconde est que le parquet doit opérer une qualification de l'adoption. Il doit préciser si l'adoption prononcée à l'étranger est l'équivalent d'une adoption simple ou d'une adoption plénière (C. civ., art. 370-5) ».

Les tribunaux quant à eux, ont vocation à intervenir en matière d'exequatur ou aux fins de prononcer en France l'adoption fondée sur une décision étrangère.

⁸¹³ Article 26 1°

Cf. également à ce propos : P. COURBE, La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, Op. cit. ; H. MUIR-WATT, Les effets en France... Op. cit.

jugement étranger (...), et les effets produits étaient ceux de la loi étrangère »⁸¹⁴. Toutefois, comme le souligne également cet auteur, « *pour éviter les incertitudes quant à ses effets, les adoptants avaient tendance à recommencer une procédure en France, ce qui revenait à nier l'efficacité substantielle de la décision étrangère* »⁸¹⁵. Cette pratique avait d'ailleurs fini par être condamnée par la *Circulaire du 16 février 1999*.

371. Pour pallier les multiples inconvénients liés à la diversité des lois en matière d'adoption, un mécanisme simplifié, inspiré des orientations de la *Convention de La Haye du 29 mai 1993* a conduit le législateur de 2001 à substituer à l'adoption étrangère, une forme d'adoption connue dans le pays d'accueil⁸¹⁶. Ainsi, aux termes du nouvel article 370-5, « *l'adoption régulièrement prononcée produit en France les effets de l'adoption plénière si elle rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant. À défaut, elle produit les effets de l'adoption simple* »⁸¹⁷. Encore une fois, il semble que plutôt que de devoir reconnaître les diverses formes d'adoption existant dans les différents pays d'origine, il a paru préférable de transformer les adoptions étrangères en adoptions locales. Cela revient pour la France à « *naturaliser* » l'adoption étrangère⁸¹⁸.

⁸¹⁴ F. JAULT-SESEKE, Note sous Civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, *Clunet* 2006. Jurisclasseur et H. PEROZ, La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français : LGDJ 2005, n° 149.

Pour illustration : il a été décidé que l'exequatur accordé à un jugement californien d'adoption ne peut conférer à ce jugement tous les effets de l'adoption plénière, la loi californienne prévoyant la possibilité de révocation de l'adoption pendant un délai de cinq ans (TGI Paris, 1^{ère} ch. 23 avril 1979 : *Juris-Data* n°1979-761750 ; *Rev. crit.* 1979, 809, Note E. POISSON-DROCOURT).

⁸¹⁵ Fabienne Jault-Seseke, *Op. Cit.*

Relevons à ce sujet que l'introduction d'une nouvelle procédure d'adoption dans le pays d'accueil est encore une pratique répandue dans certains pays.

⁸¹⁶ Article 26 § 2 : « si l'adoption a pour effet de rompre le lien préexistant de filiation, l'enfant jouit, dans l'État d'accueil et dans tout autre État contractant où l'adoption est reconnue, des droits équivalents à ceux résultant d'une adoption produisant cet effet dans chacun de ces États ». La solution est reprise par le législateur de 2001 en ce qui concerne les adoptions se situant en dehors du champ d'application de la Convention de La Haye.

⁸¹⁷ Article 370-5 du Code civil.

⁸¹⁸ Et par voie de conséquence, cela revient pour les autres pays d'accueil à convertir l'adoption conformément à leur droit national. La législation luxembourgeoise a d'ailleurs à cet égard posé problème. En effet, dans un arrêt *Wagner et JNWL c/ Luxembourg*, rendu par la CEDH le 28 juin 2007, les juges européens ont semblé consacrer un « ordre public en matière d'adoption internationale ». Par cette décision de grande portée, la juridiction supra nationale mettait en avant l'intérêt de l'enfant pour considérer que la vie familiale effective entre une mère et sa fille méritait d'être respectée quelque soit la qualité de sa filiation. Dans la lignée de la jurisprudence *Mazurek*, l'arrêt *Wagner* voyait ainsi dans le refus de reconnaissance d'un jugement péruvien prononçant une adoption plénière en faveur d'une femme célibataire, et ce, sous prétexte que la législation nationale ne permettait ce type d'adoption que pour les couples mariés non séparés de corps, une violation des articles 6, 8 et 14 de la CESDH. Si donc l'on permet au droit national du pays d'accueil de s'affirmer en ce qui concerne la reconnaissance d'une adoption internationale, encore faut-il garder à

Naturalisation, mais encore nationalisation, substitution, transposition ou équivalence, sont autant de termes, qui, pris dans la globalité de leur sens, peuvent qualifier la méthode adoptée. Cette dernière semble constituer une réponse adaptée à la crainte qui poussait les adoptants français à réengager une procédure en France.

Pourtant, là encore, tout n'est pas résolu. En effet, si le droit français ne connaissait qu'un type d'adoption, les effets de l'adoption naturalisée seraient simples à déterminer : quelle que soit l'adoption prononcée à l'étranger, ils seraient ceux de la seule institution adoptive connue en France. Mais ce n'est pas le cas, car la France connaît deux types d'adoption. Dès lors, quand il s'agit de transposer une adoption internationale, encore faut-il savoir dans quelle catégorie nationale la ranger.

372. Le critère déterminant la répartition des adoptions étrangères réside dans la rupture définitive du lien de filiation par le sang. Toutes les fois où cette rupture est avérée - l'adopté déplacé en France ayant rompu tout lien avec sa famille d'origine - il y a lieu de prononcer une adoption plénière. Et quand ce n'est pas le cas, l'adoption rentre par défaut dans le champ d'application de l'adoption simple⁸¹⁹. À ce stade, notons que pour faire de l'adoption étrangère une adoption plénière, seule est prise en compte l'irrévocabilité de la rupture des liens avec la famille par le sang. Peu importe en revanche que le lien unissant l'enfant à son/ses parent(s) adoptif(s) puisse quant à lui être remis en cause⁸²⁰. Comme le souligne Monsieur LAGARDE, « *le caractère*

l'esprit que ce droit ne doit jamais oublier que l'intérêt de l'enfant est la considération la plus essentielle. Dès lors, qu'un pays choisisse de traiter les adoptés en fonction de la composition de leur cellule familiale apparaît surprenant...

⁸¹⁹ Si bien évidemment, conformément à l'article 26 de la Convention de La Haye de 1993, le jugement reconnaît un lien de filiation entre l'adopté et son ou ses parents adoptif(s) et la responsabilité parentale du ou des adoptant(s) à l'égard de l'enfant. C'est ce qui justifie le refus de conversion de la kafala et de l'adoption protection du droit malien en adoption simple, ces institutions n'établissant pas de lien de filiation entre les parties concernées.

En outre, comme le précise Madame PEROZ: « Une difficulté particulière doit être soulignée concernant les décisions étrangères assimilées à une adoption simple. Ces décisions doivent faire l'objet d'une transcription à l'état civil. La difficulté tient au fait que si l'enfant est né à l'étranger, il n'a aucun acte de naissance français. Or la transcription d'une adoption simple ne vaut pas acte de naissance, contrairement à celle d'une adoption plénière. La pratique refuse donc toute transcription de l'adoption simple prononcée à l'étranger si le jugement n'a pas fait l'objet d'une exequatur, seul le jugement d'exequatur pourra faire l'objet de la transcription. Cette pratique semble être en totale contradiction avec l'efficacité de plein droit des décisions étrangères. Il n'est pas certain que les textes exigent un tel formalisme en la matière ». H. PEROZ, Op. cit.

⁸²⁰ E. POISSON-DROCOURT, Ibid ; M. REVILLARD, Op. cit. ; H. MUIR-WATT, Les effets en France... Op. cit.

*irrévocable de l'adoption résultera alors de l'application de la loi française, spécialement de l'article 359 du Code civil, aux effets de l'adoption étrangère »*⁸²¹. Ainsi par exemple, si une adoption est prononcée en Arménie en faveur d'un enfant par la suite déplacé vers la France où résident ses parents adoptifs. Sur notre territoire national, l'adoption prononcée à l'étranger pourra produire les effets de l'adoption plénière. En effet, en dépit de son caractère révocable, l'adoption prévue par l'Arménie emporte une rupture du lien de filiation d'origine.

373. Le système de reconnaissance automatique mis en place possède incontestablement des avantages. Mais dans certaines hypothèses – notamment quand la loi étrangère ne connaît que la forme simple de l'adoption sans rupture du lien de filiation d'origine, comme c'est le cas en Haïti par exemple - il risque de contrevenir au désir des adoptants, souvent plus désireux d'obtenir une adoption plénière qu'une adoption simple. En réponse à leur insatisfaction potentielle, la *Convention de La Haye de 1993* a prévu la possibilité pour les adoptants, de demander une conversion de l'adoption simple obtenue, en adoption plénière⁸²². Sensiblement dans le même sens, la *loi de 2001* a fait dire à l'article 370-5 *in fine* du Code civil qu'un juge pourra être saisi afin que l'adoption simple étrangère reconnue en France puisse être « *convertie en adoption plénière si les consentements requis ont été donnés expressément en connaissance de cause* »⁸²³.

De ce point de vue, la Loi de 2001 propose une solution différente de celle de la Circulaire de 1999, pour laquelle l'irrévocabilité du lien de filiation établi avec la famille adoptive de l'enfant conditionnait la transposition de l'adoption étrangère en adoption plénière française.

⁸²¹ Paul LAGARDE, La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification, Op. cit.

⁸²² Article 27 : « 1. Lorsqu'une adoption faite dans l'État d'origine n'a pas pour effet de rompre le lien préexistant de filiation, elle peut, dans l'État d'accueil qui reconnaît l'adoption conformément à la Convention, être convertie en une adoption produisant cet effet, a) si le droit de l'État d'accueil le permet ; et b) si les consentements visés à l'article 4, lettres c) et d), ont été ou sont donnés en vue d'une telle adoption. 2. L'article 23 s'applique à la décision de conversion ».

Cf. également à ce propos : P. COURBE, La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption, Op. cit. ; H. MUIR-WATT, Les effets en France ... Op. cit.

⁸²³ D'ailleurs, « en indiquant expressément qu'une adoption simple prononcée à l'étranger peut être transformée en adoption plénière en France, l'article 370-5 clarifie une interrogation posée par la Circulaire de 1999. (Il reste que) la difficulté sera, pour l'adoptant, de rapporter la preuve qu'un consentement a été donné à cette adoption » : F. MONEGER, Une nouvelle loi en matière d'adoption internationale ... Op. cit. ; Paul LAGARDE, La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification, Op. cit.

Cela vaut d'ailleurs même si la loi de l'adopté ne connaît pas la forme plénière de l'adoption. Cf. en ce sens : Cass. Civ. 1^{ère}, 24 octobre 2000, cité par E. POISSON-DROCOURT, Codification des règles de droit international en matière d'adoption internationale, Dalloz 2001, P.1404.

Au surplus, dans tous les cas, la conversion d'une adoption simple en adoption plénière sera soumise à l'exigence de légalisation de l'acte constatant le consentement des parents biologiques : Civ. 1^{ère}, 23 mai 2012, Note N. Le RUDULIER,

374. Finalement, « le prix à payer de cette uniformisation du statut de tous les enfants adoptifs dont l'adoption a été prononcée ou a été reconnue en France réside naturellement dans les distorsions imposées à l'adoption étrangère, qui peut ainsi se trouver transformée, lors de son accueil en France, par le jugement d'équivalence »⁸²⁴. Ce n'est pourtant là que la réponse au plus fréquent désir des parents adoptifs. Ces derniers veulent en règle générale un enfant jeune et sans passé. Un enfant qui soit le leur comme s'il était biologiquement le leur. Une telle motivation peut être bonne ou mauvaise. Tout dépend de sa mesure et du cas précis au sein duquel elle s'insère. Mais l'heure n'est pas à la critique. Elle est davantage au constat : l'obtention à tout prix d'une adoption plénière comme si elle constituait le seul et unique moyen de « s'approprier » l'enfant à ses risques. L'un d'entre eux est l'effet boule de neige qu'une adoption étrangère assimilée à l'adoption plénière française est capable de générer lorsque les législations en cause divergent en certains points. Certes, les hypothèses se présenteront rarement. Mais imaginons que l'hypothèse arménienne précédemment évoquée se produise et qu'une adoption révocable à l'étranger soit convertie en adoption plénière. Si par la suite elle échoue au point d'être révoquée, conformément à la loi du pays d'origine de l'enfant⁸²⁵, comment la France aborderait-elle pareille situation ? Quelles incidences la révocation étrangère emporterait-elle sur l'intérêt de l'enfant ? Envisager les problèmes issus de la naturalisation des décisions d'adoption étrangère nous mènera à réaliser deux choses : en premier lieu, que trancher en faveur d'une solution n'a jamais rien d'anodin en droit international privé ; en second lieu, que le droit interne a lui aussi son rôle à jouer en matière de coordination des systèmes nationaux (B).

Adoption internationale : maintien du principe de légalisation du consentement, Dalloz actualité 5 juin 2012 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 28 novembre 2012 (2 espèces), Note I. GALLMEISTER, Adoption internationale : légalisation de l'acte constatant le consentement, Recueil Dalloz 2012, P. 2889 ; Obs. C. TAHRI, Caractère obligatoire de la légalisation des actes étrangers de consentement à l'adoption plénière, Dalloz Actualité, 14 décembre 2012.

⁸²⁴ H. MUIR-WATT, Les effets en France ... Op. cit.

⁸²⁵ En effet, « Dans d'assez nombreux pays il y a rupture des liens avec la famille d'origine, mais non-irrévocabilité : Afrique du Sud, Allemagne, Bulgarie, Danemark, Etats-Unis, Hongrie, Japon, Luxembourg, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Pérou, Philippines, Pologne, Roumanie, URSS, Vietnam » : E. POISSON-DROCOURT, Les effets en France ... Op. cit.

B. Les problèmes issus de la naturalisation des décisions d'adoption étrangères : l'exemple de la révocation à l'étranger d'une adoption plénière française

375. Imaginons un enfant originaire d'un pays en guerre. Imaginons encore à regret que sa famille ait été entièrement exterminée et qu'il demeure seul survivant comme ce fut malheureusement trop fréquemment le cas dans les années 1990 par exemple, lors du génocide rwandais. Disons qu'ayant été déclaré adoptable suite à ces événements, il a fait l'objet d'une procédure d'adoption et que de ce fait, il a été déplacé vers la France. Il se peut bien évidemment que les événements ayant marqué la vie de cet enfant aient conduit à le frapper de graves troubles psychologiques. Il se peut également que, pour une raison ou une autre, cet élément ne vienne à la connaissance des adoptants que tardivement. Or, ce « détail » peut n'en être pas un. En effet, rien ne garantit que les candidats à l'adoption se sentent prêts à assumer la charge qu'implique pareil traumatisme. Dans cette hypothèse, l'adoption amorcée ne sera pas menée à terme. En ce sens, elle sera un échec. Qu'advient-il donc ?

Quand l'adoption prévue ne peut aboutir, l'article 21 de la *Convention de La Haye de 1993* prévoit les mesures devant être prises dans l'État où l'adoption devait être prononcée. Dans cette hypothèse, l'autorité centrale de l'État d'accueil se voit confier le soin « *de retirer l'enfant aux personnes qui désiraient l'adopter et d'en prendre soin provisoirement* », puis, « *en consultation avec l'autorité centrale de l'État d'origine, d'assurer sans délai un nouveau placement de l'enfant en vue de son adoption ou, à défaut, une prise en charge alternative durable* ». Le retour de l'enfant dans son État d'origine n'est envisagé qu'en tout dernier ressort, « *si son intérêt l'exige* ».

Toutefois, ces dispositions ne sont applicables qu'*avant* le prononcé de l'adoption. Pourtant, l'opération peut s'avérer être un échec *après la création du lien adoptif*. Ainsi, si nous reprenons l'exemple de l'enfant originaire d'un pays en guerre, nous pouvons imaginer que les troubles psychologiques dont il est atteint ne se révèlent qu'après le prononcé de son adoption.

Les initiatives des structures associatives en vue d'accompagner les familles adoptives pourraient alors être un secours pour les adoptants : ces dernières organisent en effet régulièrement

des réunions permettant aux parents adoptifs de se confier et de se soutenir⁸²⁶. Des groupes de paroles sont également parfois organisés. À l'instar de celui d'Enfance & Familles d'Adoption (EFA)⁸²⁷, ils prévoient des rencontres permettant aux adoptants de s'exprimer dans la confidentialité et le respect. Enfin, les lignes d'écoute permettent un contact anonyme fort judicieux puisque la culpabilité que ressentent souvent les parents adoptifs en difficulté, les pousse parfois à l'isolement⁸²⁸. Mais la parole ne résout pas tout. Dépassés, les adoptants peuvent donc être tentés de saisir l'occasion tirée du droit étranger afin de se défaire du lien adoptif. Ainsi, nous l'avons vu, lorsque cela est possible, plutôt que de se battre ou de se résoudre, les parents choisissent parfois de s'engager dans la voie que le droit étranger leur propose : la révocation. Ils espèrent ainsi pouvoir faire le chemin inverse du déplacement ayant mené l'adopté à entrer dans leurs vies. Mais quels effets cette initiative produira-t-elle en France ? Aucune disposition conventionnelle n'envisage la question de la révocation. Quant aux dispositions législatives internes, elles ne donnent guère beaucoup plus de précisions. Fort heureusement cependant, le sort d'une adoption devenue définitive en France, mais révoquée à l'étranger, est désormais réglé par la jurisprudence de la Cour de cassation (1). Les solutions des juges suscitent néanmoins l'interrogation quant au sort réservé à l'intérêt de l'enfant en pareille situation (2).

1. La question de la révocabilité de l'adoption reconnue en France

376. Le 18 mai 2005, la Cour de cassation a rendu un arrêt qui nous servira d'illustration afin d'exposer les conséquences que la révocation étrangère d'une adoption plénière française peuvent avoir sur notre territoire national. Fort parlante, la note de Madame JAULT-SESEKE à propos de cette décision résume clairement les difficultés pouvant résulter des orientations de notre droit international privé. De la décision commentée on retient que « *la reconnaissance du jugement roumain d'adoption fait obstacle à la reconnaissance du jugement également roumain qui*

⁸²⁶ Les adoptés eux-aussi peuvent bénéficier de ces réunions organisées par les associations de familles adoptives. En effet, une jeune adoptée au témoignage de laquelle nous avons été confrontés - mais dont nous préserverons l'anonymat - en atteste. C'est en effet en participant aux réunions susmentionnées qu'elle nous a confié être parvenue, à trouver un équilibre entre ce qu'elle appelle ses « deux familles ».

⁸²⁷ Enfance et Familles d'Adoption est une fédération de 92 associations départementales, regroupant près de 9000 familles adoptives et adoptés majeurs. Pour plus de précisions à propos de cette structure, cf. <http://www.adoptionefa.org>

⁸²⁸ Pour exemple, la ligne nationale d'écoute de l'EFA : 0810 00 21 01.

prononçait la révocation de l'adoption »⁸²⁹. Or, comme le précise par la suite l'auteur, certes, généralement, « *la reconnaissance d'une première décision étrangère rend impossible celle d'une autre décision étrangère qui lui serait inconciliable, mais il est plus difficile de concevoir que la reconnaissance d'une décision émanant d'un ordre juridique donné empêche que soient reconnues d'autres décisions émanant du même ordre juridique dès lors qu'aucune inconcilabilité entre ces deux décisions ne saurait être retenue* »⁸³⁰. Pour autant, Madame JAULT-SESEKE convient de justifier la position des juges. Elle relève à cet effet que « *ce n'est pas la cohérence des décisions rendues par les juridictions roumaines qui est en cause, loin s'en faut ; c'est la cohérence des règles de l'ordre juridique français qui est en jeu : l'adoption bien que prononcée en Roumanie s'est intégrée dans l'ordre juridique français de telle sorte qu'elle ne pouvait produire en France que les effets d'une adoption française* »⁸³¹.

377. Ainsi dans cette affaire, « *la Cour d'appel avait constaté que l'adoption roumaine (le cas n'est plus d'espèce puisque la loi roumaine – loi n°273/2004 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005 - exclut l'adoption d'enfants roumains par des étrangers, à moins qu'il existe un lien de parenté entre l'adoptant et l'adopté) avait entraîné la rupture du lien préexistant de filiation. (...). Elle avait pu en déduire que cette adoption produisait en France les effets d'une adoption plénière « à la française ». Dès lors, le jugement roumain de révocation ne pouvait être reconnu en France. Ainsi, une adoption qui n'est pas irrévocable selon la loi étrangère mais qui entraîne la rupture du lien de filiation préexistant, devient irrévocable lors de son intégration dans l'ordre juridique français* »⁸³². Cette solution consacrée le 18 mai 2005 suscite néanmoins l'interrogation. En effet, faut-il réellement considérer que maintenir une adoption alors même que les parents adoptifs ont demandé et obtenu sa révocation à l'étranger puisse correspondre à l'intérêt de l'enfant ? Faut-il en outre admettre le fait que l'enfant fasse ici l'objet d'une adoption le menant à posséder un statut international boiteux ? Les réponses à ces questions se discutent. Toutefois, il faut bien admettre

⁸²⁹ F. JAULT-SESEKE, Note sous Civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, Clunet 2006.

⁸³⁰ Ibid.

⁸³¹ Ibid.

⁸³² Ibid.

Précision faite de l'auteur qu'intervenu dans le cadre conventionnel, la décision aurait été la même si elle s'était située dans le champ du droit commun (Article 370-5 du Code civil).

que le résultat auquel l'arrêt commenté conduit le mineur, tranche avec la tendance de notre droit international privé à lutter contre le caractère boiteux du statut de l'enfant en matière de *kafala*. Cette divergence de position entre les matières peut néanmoins sans doute être valablement justifiée. En effet, l'argument peut être avancé que refuser de convertir une institution étrangère en une adoption ne remet pas en cause la cohérence de l'ordre juridique français, qui dispose d'autres moyens pour donner un statut à l'enfant esseulé. Au contraire, il a été précédemment démontré que rendre effectif en France un jugement étranger, au risque de remettre en cause une décision devenue française, et ce, alors même que la logique de cette institution en droit interne est d'être définitive, revient à dépouiller les dispositions nationales de la cohérence qui a justifié leur vote.

378. Si donc, bien que limitée, la solution retenue par la Cour de cassation dans son arrêt de 2005, apparaît tant justifiée que conforme à la logique conventionnelle, c'est sans doute que le fond du problème est ailleurs. En réalité, bien que prônée en droit interne comme étant le modèle le plus parfait d'adoption, bien que recherchée par la grande majorité des adoptants, nous venons de démontrer que l'adoption plénière est parfois source de complications. Les développements à venir rendront cette affirmation d'autant plus vraie que le règlement français de la révocation à l'étranger de l'adoption plénière, pose la question du sort réservé à l'intérêt de l'enfant (2).

2. La question du sort réservé à l'intérêt de l'enfant suite à la révocation à l'étranger de son adoption

379. Quand suite à la révocation à l'étranger d'une adoption plénière française le lien filial est brisé et quand les rapports entre adoptant et adopté ne sont plus dans les faits qu'un douloureux souvenir, des solutions doivent vite être trouvées pour protéger l'intérêt supérieur d'un enfant déjà profondément blessé. En effet, à défaut de solution véritable, nous ne pourrions que constater le préjudice que le déplacement de son pays d'origine vers la France a pu causer à l'adopté. L'affirmation est ferme, tranchée, parce que le besoin de protection est à la fois incontestable et impérieux. En pratique, la concrétisation de la solution que l'on recherche est, quant à elle, plus incertaine. La raison en est simple : nous l'avons vu, en France, il est établi qu'une fois prononcée, l'adoption plénière - même révoquée à l'étranger - est définitive. En réalité cela vaut, car « *on ne peut pas plus définir une adoption réussie qu'une filiation heureuse. Que le lien parental se crée selon des modes variés qui empruntent à la biologie, à la technique ou à la fiction, dans tous les cas,*

la volonté est essentielle : reconnaître, être présumé père par les liens du mariage, consentir à l'adoption, constituer une possession d'état ou assumer sa maternité, est-ce dans le fond si différent ? On définit souvent l'adoption comme une filiation élective pour la distinguer de la filiation biologique, mais toute filiation, qu'elle soit adoptive ou non, est élective. Il ne serait donc pas plus légitime de parler d'échec de l'adoption que d'échec de la filiation »⁸³³.

Et pourtant, quoi qu'on dise, l'apparement adoptif demeure distinct de l'apparement biologique. L'adoption constitue donc un mode d'établissement de la filiation à part. Partant de là, nous l'avons vu, différents éléments tels l'âge de l'adopté, ses difficultés d'adaptation à son nouveau milieu, son passé (souvent caractérisé par les difficultés inhérentes au contexte social d'un pays, presque tout le temps marqué par la violence politique, économique et sociale) ou encore l'existence d'une autre filiation, sont autant de faits qui *peuvent* conduire à l'échec d'une adoption⁸³⁴.

Paradoxalement cependant, le particularisme du lien adoptif ne parvient pas à faire oublier qu'en sa forme plénière, l'institution adoptive a vocation à créer un lien de filiation sensiblement identique à la filiation biologique. En réalité, l'échec est donc permis jusqu'au prononcé de l'adoption. Mais une fois les adoptants bien décidés, ces derniers n'ont plus vraiment d'autre choix que d'aller jusqu'au bout de leur démarche et d'assumer un enfant devenu le leur. Et c'est somme toute, logique. Puisque dans la majorité des cas, les adoptants ont voulu un enfant qui soit le leur comme s'il était biologiquement le leur, comment admettre que le lien de filiation établi puisse être remis en cause ? Peut-on décider de révoquer un lien de filiation biologique sous prétexte que les

⁸³³ Yann FAVIER, Les échecs de l'adoption. Le paradoxe de l'adoption plénière, Informations sociales 2008/2, n° 146, PP.122-131.

⁸³⁴ Ibid.

Précisons en outre, tout comme le souligne Yann FAVIER que : « des études cliniques ont mis en valeur différents facteurs qui peuvent être liés à la réussite ou à l'échec de l'adoption. À propos de l'adoption tardive, par exemple, c'est-à-dire l'adoption d'enfants au-delà de 2 ou 3 ans et jusqu'à l'âge de 11 ou 12 ans, certains spécialistes notent que le processus de l'attachement dans la filiation adoptive passe par différentes phases impliquant un suivi particulier. Une préparation simultanée des parents et de l'enfant est nécessaire et elle prend la forme d'un suivi par l'intervention d'un tiers. Le suivi pré-adoptif est d'ailleurs systématique pour toute adoption en dehors du milieu familial. Depuis la réforme introduite par la loi du 4 juillet 2005, les conseils généraux proposent aux candidats à l'adoption des réunions facultatives d'information durant la période d'agrément. L'accompagnement réalisé par les services de l'aide sociale à l'enfance ou par l'organisme agréé pour l'adoption, à compter de l'arrivée de l'enfant et jusqu'à son adoption plénière ou la transcription du jugement étranger, est devenu obligatoire en matière d'adoption internationale. Toutefois, le suivi postérieur au jugement, sauf lorsqu'il est imposé par les pays d'origine, reste limité et facultatif. On le comprend : comment imposer un suivi alors que la loi donne aux familles adoptives les mêmes droits qu'aux parents biologiques ? Il y aurait là une contradiction difficilement surmontable ».

relations sont difficiles ? Cela n'aurait pas de sens. Rejeter un enfant adoptif est-il plus acceptable ? Cette étude ne prétend pas juger les actions des hommes. Elle désire en outre rester modeste quant à l'infailibilité de la réflexion qu'elle expose. Certaines réalités méritent toutefois d'être relevées, tout comme certains constats s'imposent. Que l'enfant adopté sous forme plénière ne puisse pas faire l'objet d'une ré-adoption est l'une de ces réalités et l'un de ces constats. Il ne peut pas non plus redevenir pupille de l'État, ni même retourner dans sa famille d'origine, puisqu'à son égard, nous l'avons précisé, la rupture des liens antérieurs est définitive. Son déplacement, à l'origine décidé dans le but de préserver au mieux ses intérêts, s'avère alors en réalité être un piège...

380. Face à cette triste réalité, un auteur s'est pourtant risqué à avancer que, « *présentée comme un principe intangible, l'impossibilité de prononcer une nouvelle adoption en cas d'échec de la première n'est en réalité que le résultat d'une interprétation erronée de la notion d'irrévocabilité* »⁸³⁵. À ces yeux en effet, mieux vaudrait s'en référer au contexte de l'élaboration du Code civil pour parvenir à une analyse satisfaisante. Si donc en 1804, Cambacérès s'exclamait que : « *l'adoption est une fiction destinée à imiter la nature* » et que de ce fait, « *on ne peut donc pas plus cesser d'être un enfant adoptif que d'être un enfant naturel !* » ; si en outre le Premier consul ajoutait qu'« *adoption et révocabilité sont deux termes qu'on ne rapprochera jamais* »⁸³⁶, il faut tenir compte du fait qu'à l'origine, le Code civil n'a admis l'adoption qu'en faveur des majeurs, lesquels y consentaient effectivement de manière irrévocable. L'adoption en faveur des mineurs n'a été admise que plus tardivement, par la *loi du 19 juin 1923*, et la révocation de l'adoption simple, permise pour de seuls motifs très graves. Pourquoi les motifs graves ne joueraient-ils pas également pour l'adoption plénière ? Peut-être que parce que cette forme d'adoption exige une rupture définitive des liens avec la famille par le sang et que la révocation conduirait à priver l'enfant internationalement déplacé de filiation. Mais l'argument conduirait à ne pas non plus admettre l'abandon... Plus probablement, l'irrévocabilité tend à établir le caractère définitif de l'adoption, de manière à éviter que l'abandon par les parents biologiques ne puisse être trop aisément remis en cause.

⁸³⁵ Yann Favier, Op. Cité.

⁸³⁶ P.-A. FENET, Travaux préparatoires du code civil, T. X, P. 348 et s., cité par Yann FAVIER, in Les échecs de l'adoption. Le paradoxe de l'adoption plénière, Informations sociales 2008/2, N° 146, PP.122-131.

381. Volonté d'éviter « *l'adoption à l'essai* »⁸³⁷ devenue interdiction d'anéantir une relation qui ne fonctionne pas, l'adoption risque de bafouer l'intérêt de celui qui gagnerait certainement bien plus à trouver une autre famille, qu'à rester lié à des parents qui n'en sont pas pour lui. En ce sens, l'adoption plénière peut en cas d'échec, s'avérer être une véritable impasse pour l'enfant déplacé. La naturalisation de l'adoption étrangère en adoption plénière française n'est d'ailleurs pas la seule hypothèse pouvant ensuite conduire à pareille situation. Il arrive en effet que des difficultés surviennent entre le prononcé de l'adoption à l'étranger et sa reconnaissance en France. Yann FAVIER le démontre bien en soutenant que « *lorsque le piège de l'adoption se referme sur les parents adoptifs, ceux-ci sont tentés d'en sortir par tous les moyens, y compris en refusant de procéder aux formalités de transcription du jugement étranger. L'enfant est confié aux services sociaux, mais doté d'un simple document de circulation valable une année, il se trouve dépourvu d'état civil autre que celui d'origine, parfois inconnu et en tout cas difficile à obtenir. Le service de l'aide sociale à l'enfance auquel il est confié a dès lors grand mal à faire établir son état civil en France, alors qu'il acquiert en principe la nationalité française par l'effet de son adoption, même s'il finira sans doute par en bénéficier pour avoir été confié aux services sociaux pendant sa minorité... On peut se demander au nom de quoi l'intérêt de l'enfant mérite d'être ainsi sacrifié* »⁸³⁸.

382. Mais en réalité, le fond du problème se situe-t-il réellement dans l'irrévocabilité en France de l'adoption plénière en elle-même ? Ne conviendrait-il pas de reconnaître qu'une fois l'adoption prononcée, l'intervention des autorités de l'État d'origine de l'enfant devient contestable ? En effet, avant l'adoption, ces autorités ont légitimement la préséance pour décider de l'adoptabilité et du bienfondé de la procédure dont l'enfant fait l'objet. Par la suite en revanche, le centre d'attaches et d'intégration⁸³⁹ du mineur est ailleurs, à savoir, en France : une fois déplacé sur notre territoire national, le mineur y constitue le centre de ses attaches principales, et ce, notamment en y acquérant

⁸³⁷ J.-F. MATTEI, Enfants d'ici, enfants d'ailleurs : l'adoption sans frontières, Rapport au Premier Ministre, coll. des rapports officiels, La Documentation française, 1995, P. 139.

⁸³⁸ Y. Favier, Op. cit.

⁸³⁹ Pour plus de détails à propos de cette notion, cf. infra n°484 et suivants.

une résidence habituelle et en devenant français. Il semble donc que la solution idéale afin d'éviter les problèmes résultant de la possibilité de révocation à l'étranger d'une adoption plénière, réside dans le déclin de compétence des autorités étrangères. En effet, conscientes de ne plus entretenir avec l'enfant qu'un lien distant, ces dernières pourraient décider de l'illégitimité de leur intervention et de ce fait, rejeter la requête des adoptants. Ainsi, dans l'affaire du 18 mai 2005, un tel argument aurait pu conduire le juge roumain à dénier sa compétence. Bien évidemment, cela aurait permis d'éviter une adoption boiteuse. Mais à défaut d'idéal, le juge français aurait pu « *déduire l'irrégularité de la décision roumaine de révocation* »⁸⁴⁰. Car en effet, « *si la Convention de La Haye ne comporte aucune véritable règle de compétence, son esprit ne commande-t-il pas de considérer que l'adoption échappe à la compétence des autorités du pays d'origine dès lors que la procédure d'adoption est achevée ? Il ne resterait plus qu'à convaincre les États dont sont originaires la majeure partie des enfants adoptés à accepter cette nouvelle répartition des compétences* »⁸⁴¹. De tout évidence, l'approfondissement de la coopération aurait sans doute davantage à gagner à tenter de convaincre les États d'origine d'accepter de renoncer à se prononcer sur des questions qui ne les regardent plus, qu'à bricoler les droits internes pour qu'ils se ressemblent. Fort malheureusement, « *la tâche risque d'être ardue* »⁸⁴².

383. C'est donc certainement pour répondre aux problèmes posés par les échecs de l'adoption, que le législateur a « pris les choses en main » et introduit, en 1996, la possibilité de prononcer l'adoption simple d'un enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière, à condition que soit justifiée l'existence de « motifs graves ». Les motifs graves jouent ainsi bel et bien également en matière d'adoption plénière. Nous l'avons dit, ils permettent déjà d'obtenir la révocation de l'adoption simple à la demande de l'adoptant ou de l'adopté si ce-dernier est majeur, ou, lorsque celui-ci est mineur, à la demande du ministère public⁸⁴³. À sa manière, la voie ouverte par la *loi du 5 juillet 1996* constitue une forme de révocation de l'adoption plénière, alors qu'il s'agit simplement d'autoriser le prononcé d'une nouvelle adoption. En pratique, cette forme particulière d'adoption

⁸⁴⁰ F. Jault-Seseke, Op.cit.

⁸⁴¹ Ibid.

⁸⁴² Ibid.

⁸⁴³ Article 370 du Code civil, modifié depuis la Loi du 14 mars 2016.

simple successive est peu utilisée pour remédier aux échecs de l'adoption plénière. La solution sert davantage à favoriser les recompositions familiales après une première adoption⁸⁴⁴. Cela ne signifie pas pour autant qu'elle ne puisse pas s'avérer être une vraie solution en notre matière.

384. En outre, plusieurs auteurs s'accordent pour considérer qu'il ne faut pas confondre irrévocabilité et immutabilité. Ainsi, Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI considère qu'« *irrévocable* » a le sens de « *qui engage définitivement : à la différence du testament, du mandat, l'adoption ne peut être rappelée, annulée ou rapportée au moyen de formalités déterminées ; mais l'irrévocabilité n'implique pas que l'on ne puisse pas obtenir le même résultat par d'autres voies, à la différence de l'immutabilité* »⁸⁴⁵. Ainsi, dans les situations extrêmes, il serait abusif de penser que les parents adoptifs ne puissent plus remettre leur enfant en vue d'adoption au service de l'Aide Sociale à l'Enfance (ci-après ASE). Dans cette hypothèse, devenu délégataire de l'Autorité parentale, le Service de l'ASE pourrait-il se voir contester le droit de faire admettre l'enfant en qualité de pupille de l'État, ce dernier n'étant alors pas adoptable ? Peut-être. Mais les dispositions de l'article 350 du Code civil ne prévoient-elles pas que le dépôt d'une requête en déclaration judiciaire d'abandon puisse rendre l'enfant juridiquement adoptable ? Il faudra bien attendre un an pour que le constat d'un « *désintérêt manifeste* », exigé par cet article soit rendu possible, mais peut-on considérer que cette seule exigence – somme toute justifiée – soit en elle-même une raison de considérer que notre droit soit véritablement critiquable et que la protection qu'il garantit ne puisse pas au moins être considérée suffisante ? Nous ne le pensons pas.

385. Notre position vaut d'autant que parfois, envisager trop rapidement une nouvelle adoption serait malvenu. En effet, il se peut que l'adoption échoue en raison de l'incapacité des parents à réagir de façon adéquate au particularisme des problèmes éducatifs auxquels ils sont confrontés. Mais nous l'avons vu, bien souvent également, les blessures profondes de l'enfant adopté suite à son abandon par sa famille d'origine, sont à l'origine de ses réactions. Ainsi donc, dans de

⁸⁴⁴ Par exemple le cas de l'adoption simple de l'enfant adopté de l'ancienne compagne du père, mariée avec un autre homme après sa séparation avec le père adoptif : Poitiers, 29 mai 2001, Note S. HENNERON, Dalloz. 2002, P.1874.

⁸⁴⁵ J. RUBELLIN-DEVICHI, Droit des personnes et de la famille (chronique de droit civil), RTD civ. 1988, cité par Y. FAVIER, in : Les échecs de l'adoption, le paradoxe de l'adoption plénière, Op. cit.

nombreux cas, si l'adoption est un échec, c'est aussi parce que l'enfant lui-même ne désirait pas être déplacé en vue d'être adopté⁸⁴⁶. Les exemples à suivre en sont la preuve :

386. Sur le forum d'Enfances & Familles d'Adoption, le témoignage d'Ophélie est courageux⁸⁴⁷. Elle y raconte comment sa vie « *a basculé dans l'enfer* » lorsque, sept ans auparavant et déjà maman biologique d'un petit garçon de onze ans et demi, elle et son mari ont adopté Pauline : « *Nous l'avions attendue avec amour et impatience. Comme tous les parents qui attendent un enfant. Mais elle, nous avait beaucoup moins attendus. J'ai compris plus tard qu'elle n'avait pas forcément envie d'avoir des parents. Dès lors, le lendemain de son arrivée, Pauline a commencé à faire des « caprices » (...). Les semaines qui ont suivi ont été de plus en plus difficiles. Refus de l'autorité en permanence et mensonges. Mais elle venait d'arriver et il lui fallait du temps pour comprendre. C'est ce qu'on se disait ... Les mois ont passé et notre vie de famille est devenue de plus en plus difficile. Notre relation avec Pauline, au lieu de se construire, s'est dégradée au fur et à mesure. En 2003, elle nous a accusés de maltraitance. J'ai vécu certainement les moments les plus douloureux de ma vie de mère et de femme. Pauline est manipulatrice et depuis maintenant sept ans, elle manipule les gens. Nous nous sommes repliés sur nous-mêmes. Nous n'avons pratiquement plus d'amis, plus de famille (même nos parents ont douté de nous). Pauline ne nous parle plus depuis quatre ans, sauf quand il lui faut un bouquin pour le collège, payer sa carte de cantine ou toute autre demande nécessaire. C'est le strict minimum qui régit notre vie (...). Je suis fatiguée. Heureusement que j'ai un fils et que je sais qu'il a encore besoin de moi. L'adoption, ce ne sont pas toujours les belles histoires qu'on nous montre à la télé. Il y a aussi des drames, des souffrances immenses et des vies gâchées. Je n'ai plus qu'un seul espoir aujourd'hui, c'est qu'elle parte vite de chez nous. Mais elle n'a que treize ans... ».*

Dans le même sens, l'ouvrage de Jeanne GUITARD, « *Agrément pour l'enfer* », s'annonce comme une mise en garde contre les pièges de l'adoption internationale⁸⁴⁸. L'auteur y livre en effet un témoignage bouleversant de son expérience de parent adoptif. Elle y raconte l'échec d'une

⁸⁴⁶ Sur la question du consentement de l'enfant à son adoption, cf. infra n° 749 et suivants.

⁸⁴⁷ Ce témoignage est disponible en ligne à l'adresse suivante :

<http://abandon-adoption.hautetfort.com/archive/2008/10/21/notre-adoption-est-un-echec.html>

⁸⁴⁸ Jeanne GUITARD, *Agrément pour l'enfer*, Persée, 2010.

adoption pour laquelle « *l'amour n'a pas suffi* ». Sa fille, adoptée en 1997 en Colombie, a refusé de nouer une véritable relation avec ses parents. Victime d'un trouble de l'attachement⁸⁴⁹, la mineure est en effet incapable de les accepter. Devenue adolescente, elle a été placée dans un foyer. Le problème tient au fait qu'aux yeux de la jeune fille, les adultes soient interchangeables. Une nouvelle adoption ne serait donc certainement pas une solution. En effet dans les hypothèses envisagées, l'impossibilité de résoudre une éventuelle révocation n'est pas uniquement juridique...

⁸⁴⁹ Sur la question du lien d'attachement, des troubles de l'attachement et des comportements susceptibles de résulter de tels troubles, Cf. les nombreuses explications disponibles en ligne sur le site de l'association petales : <http://www.petales.org>

Conclusion de la première section.

387. Contrairement aux instruments qui l'ont précédée, la *Convention de La Haye de 1993* ne cherche pas à privilégier un résultat substantiel via un instrument fondé exclusivement sur des règles de conflit ou de droit matériel. Conscients que le succès du texte ne pourrait que résulter de son insertion dans le cadre d'une concertation menée en vue d'accorder les États, les négociateurs ont choisi de faire reposer l'organisation conventionnelle sur le dialogue entre Autorités Centrales. Ainsi, le souci de l'autre pousse les différents ordres étatiques à s'accorder en vue de parvenir à la solution la plus conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans l'organisation de La Haye, les autorités de l'État d'origine vérifient que l'enfant est adoptable tout en s'assurant qu'aucune solution locale ne permettrait de satisfaire convenablement l'intérêt de l'enfant⁸⁵⁰. Quant à celles de l'État d'accueil, elles décident de l'aptitude à adopter des adoptants. Le contrôle préalable à l'adoption ainsi prévu permet clairement de favoriser une adoption internationalement efficace.

Complémentaire, le droit international privé commun permet à son tour de parfaire les solutions issues du dialogue, tantôt en comblant les incontournables « blancs » du droit conventionnel, tantôt en « prolongeant » sur le plan national, les solutions issues de la concertation des États. Globalement, le droit de l'adoption internationale est donc bien pensé, efficace, et relativement uniforme. Cela n'occulte pas ses quelques imperfections. Mais la réglementation de l'adoption n'est pas simple⁸⁵¹. Et quand il s'agit de faire passer une/des frontière(s) à l'enfant, les difficultés sont accrues. Demeurons donc raisonnables. Reconnaissons la sagesse des solutions actuelles et, à l'aune de nos propositions, croyons que le temps permettra l'amélioration des solutions portées aux « détails » qui nous chagrinent encore. Au titre des améliorations

⁸⁵⁰ L'adoption internationale est en effet une solution subsidiaire puisque l'article 4b) de la Convention de La Haye de 1993 fait valoir la nécessité d'examiner les « possibilités de placement de l'enfant dans son Etat d'origine » avant qu'une adoption internationale ne soit envisagée. Précision étant cependant que la Convention reconnaît dans le 3^{ème} paragraphe de son préambule que « l'adoption internationale à l'avantage de donner une famille permanente à l'enfant pour lequel une famille appropriée ne peut être trouvée dans son État d'origine ». Elle envisage une solution stable et elle est donc plus favorable à une adoption internationale qu'à un placement temporaire.

⁸⁵¹ J. CARBONNIER, « Droit civil » Tome 2, 21^{ème} édition. P. 389 : « force est de constater qu'à l'heure actuelle, l'adoption est arrivée à un tel point d'organisation et de complexité, avec autour d'elle tout un corps soudé de spécialistes, de fonctionnaires, d'associations et tant de convictions, d'intérêts, de textes, que tout retour en arrière vers plus de simplicité (...) lui est physiquement interdit ».

envisageables, nous pouvons notamment citer la nécessité de systématiquement procéder à un « bilan d'adoptabilité ». En effet, comme le souligne fort justement Madame PARENT, déclarer l'enfant *juridiquement* adoptable n'est pas suffisant⁸⁵². Encore faut-il s'assurer que le mineur est également *psychologiquement* adoptable, à savoir, capable de rentrer dans un nouveau lien de filiation impliquant un engagement affectif⁸⁵³. Fort malheureusement, cette pratique n'est pas encore suffisamment répandue. Elle permettrait pourtant de déceler les troubles de l'attachement susceptibles de mener à l'échec de l'adoption. L'inopportunité du déplacement pourrait ainsi être décelée à temps. Et dans l'hypothèse où le déplacement demeurerait opportun – ou serait déjà réalisé – l'adoption vouée à l'échec pourrait laisser la place à une solution alternative : le parrainage de proximité⁸⁵⁴. Cette possibilité permettrait en effet à l'enfant incapable de s'inscrire dans un schéma d'engagement affectif de quand même bénéficier de liens familiaux lui permettant d'être lié à une famille sans le contraindre à en faire pleinement partie. Avec le temps, cette famille de référence – indispensable à l'équilibre du mineur – pourrait même dans certains cas finir par devenir une famille d'adoption ...⁸⁵⁵

Espérons de surcroît que les adoptés n'iront plus rejoindre les mineurs isolés étrangers dans les sombres réseaux des organisations criminelles et, que chaque enfant que la circonstance d'un déplacement expose au danger donnera au droit français l'occasion de prouver qu'il sait se montrer convenablement protecteur ... (Section 2).

⁸⁵² Information recueillie à l'occasion de l'interview de Madame N. PARENT, présidente d'Enfance & Familles d'Adoption, Op. cit.

⁸⁵³ Ibid.

⁸⁵⁴ Ibid.

⁸⁵⁵ Ibid.

Section 2 : L'exemple de la protection des mineurs isolés étrangers

388. Si l'on se borne à suivre la définition des mineurs isolés étrangers (ci-après MIE)⁸⁵⁶ telle qu'elle résulte du *Programme en faveur des enfants séparés en Europe*, conduit par le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (ci-après HCR) et l'association européenne Save The Children, ils s'agit d' « *enfants de moins de 18 ans se trouvant en dehors de leur pays d'origine, séparés de leurs parents ou de leur répondant autorisé par la loi/par la coutume. Certains enfants sont absolument seuls, d'autres vivent avec des membres de leur famille ou d'autres adultes. De cette manière, certains semblent être « accompagnés » mais les adultes qui les accompagnent ne sont pas toujours aptes ou prêts à prendre l'enfant en charge et à devenir responsables de son bien-être* »⁸⁵⁷. Les raisons pouvant conduire un enfant à pareille situation sont variées. Le classement non exhaustif proposé par Madame ETIEMBLE en distingue cinq⁸⁵⁸. Cela dit, que le mineur isolé étranger soit exilé⁸⁵⁹, mandaté⁸⁶⁰, exploité⁸⁶¹, fugueur⁸⁶² ou errant⁸⁶³, sa situation posera tout à la fois des

⁸⁵⁶ Notons que ces enfants sont aussi appelés mineurs étrangers isolés, mineurs étrangers non accompagnés ou enfants séparés. Nous nous contenterons toutefois de ne retenir que le terme de « mineurs isolés étrangers » (MIE), le plus utilisé en France, et qui, sans pour autant leur conférer de statut, les identifie au moins juridiquement : ce sont des mineurs, étrangers, sans représentant légal dans le pays où ils arrivent.

⁸⁵⁷ Définition disponible sur le site : <http://www.separated-children-europe-programme.org/french/>

Pour d'autres définitions :

Précisément, dans sa Note sur les politiques et procédures à appliquer dans le cas des enfants non accompagnés en quête d'asile datant de février 1997, le Haut Commissariat des Nations unies pour les Réfugiés (HCR) définit le mineur isolé étranger comme « un enfant non accompagné est une personne âgée de moins de 18 ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable, qui est séparé de ses deux parents et n'est pas pris en charge par un adulte ayant, de par la loi ou la coutume, la responsabilité de le faire ».

Selon le Conseil de l'Union Européenne, dans l'article 1 de sa Résolution du 26 juin 1997 concernant les mineurs non accompagnés ressortissants de pays tiers, définit les Mineurs Étrangers Non Accompagnés comme : « tous les nationaux de pays tiers de moins de 18 ans qui entrent dans le territoire des États membres sans être accompagnés d'un adulte qui soit responsable d'eux par effet de la loi ou de fait, et tant qu'ils ne soient pas effectivement à charge d'une telle personne (...) (tout comme) les mineurs nationaux de pays tiers qui furent laissés seuls après être entrés dans le territoire de l'État membre » (97/C 221/03).

⁸⁵⁸ A. ETIEMBLE, Les mineurs isolés étrangers en France, Rapport de recherche pour la Direction de la Population et des Migrations (DPM), Rennes, 2002. (Rapport Etiemble).

Notons que les mineurs peuvent relever de plusieurs catégories ou passer de l'une à l'autre.

⁸⁵⁹ Ibid. PP. 61-62 : « Les mineurs « exilés » viennent de toutes les régions ravagées par la guerre et les conflits ethniques. Ils quittent leur pays de peur des répressions en raison des activités politiques de leurs proches ou de leur

questions relatives à la protection de l'enfance, à la condition des étrangers et au droit de la nationalité⁸⁶⁴. Pour ces raisons, il est généralement admis que la réglementation chargée de résoudre chaque problématique suscitée en la matière ne peut qu'emprunter à la méthode des règles matérielles et substantielles de droit international privé de l'État concerné, voire, faire appel aux lois de police⁸⁶⁵. La justification est évidente : chaque État est nécessairement souverain pour fixer la réglementation et les conditions de l'entrée et du séjour des étrangers sur son territoire. Il en va exactement de même en ce qui concerne les conditions auxquelles la nationalité se gagne ou se perd. Il en va encore ainsi lorsque la situation de danger dans laquelle le mineur se trouve nécessite l'intervention des autorités étatiques. Y aurait-il dès lors ici matière à voir une sérieuse limite à l'intervention des solutions que cette étude préconise pour garantir à l'enfant déplacé, une protection satisfaisante ? Sans entrer dans les détails, nous conviendrons qu'il est permis d'en douter dans la mesure où réglementation matérielle et lois de police conduisent à faire coïncider les compétences, ce que notre réflexion nous a menés à préconiser. Le résultat obtenu semble donc identique à celui que cette étude recommande : le juge saisi appliquera sa propre loi. Cela étant, si l'économie du raisonnement conflictuel n'empêche pas l'intervention du droit international privé⁸⁶⁶,

appartenance ethnique (...). Des mineurs veulent aussi échapper à l'enrôlement forcé soit dans l'armée régulière, soit dans les troupes rebelles. Il arrive que certains aient été des « enfants-soldats » ».

⁸⁶⁰ Ibid : Lorsqu'ils sont « mandatés », les mineurs ont en général été « incités et aidés à partir par leurs parents ou des proches afin d'échapper à la misère. Dans un premier cas, le mineur a comme « mandat » de se rendre en Europe afin de travailler et d'envoyer de l'argent à sa famille restée au pays (...). Dans un deuxième cas, l'entourage du mineur peut décider de le faire partir en Europe afin qu'il poursuive ses études, ait un métier. Le « mandat » du mineur est la réussite sociale et économique ».

⁸⁶¹ Id. P. 63. Victimes de la traite, ils sont exploités par des trafiquants à diverses fins : économique, sexuelle, etc.

⁸⁶² Ibid. : « Des mineurs participent à la figure traditionnelle des « fugueurs ». Ils quittent leur domicile familial, voire l'orphelinat dans lequel ils vivaient, en raison de conflit avec leur famille (ou l'institution) ou parce qu'ils sont victimes de maltraitance. La fugue les porte au-delà des frontières de leur pays ».

Pour un exposé plus détaillé à propos de la fugue, cf. l'article de Claire NEIRINCK: La fugue, aspects juridiques, Petites affiches, 24 janvier 1996 n° 11, P. 13.

⁸⁶³ Id. P. 64 : « Des mineurs étaient déjà en situation d'errance dans leur pays d'origine, depuis parfois des mois ou des années avant leur départ pour l'Europe. Ils vivaient de la mendicité, de petits emplois de fortune, de délinquance et éventuellement de la prostitution. Ils décident de tenter leur chance dans un pays riche ».

⁸⁶⁴ S. BERNIGAUD, Quel(s) droit(s) pour le mineur étranger isolé ?, Rev. dr. sanit. soc. 2006, P. 545.

⁸⁶⁵ En France, il est habituel d'inclure dans le droit international privé la condition des étrangers ainsi que le droit de la nationalité. Cela dit, tous les pays n'ont pas de la matière, une conception aussi large. En effet, généralement, les pays anglo-saxons limitent le droit international privé aux conflits de lois et de juridictions. La condition des étrangers et la nationalité relèvent pour leur part purement et simplement du droit public. Mais il semble que la divergence atteigne également les pays appartenant à la tradition romano-germanique. En effet, en Allemagne et en Italie, la conception du droit international privé apparaît encore plus restrictive puisqu'elle ne s'applique qu'aux conflits de lois. Les conflits de juridictions sont quant à eux abordés au titre de la procédure civile.

⁸⁶⁶ Qui rappelons-le, s'inscrit dans le cadre d'un pluralisme des méthodes.

il reste qu'elle entraîne une résolution directe des problématiques posées par le droit matériel de l'État dont les autorités ont été saisies. Les questions de compétence rapidement dépassées, l'axe est ainsi automatiquement porté sur les solutions proposées. Voilà sans doute ce qui justifie le rôle particulièrement essentiel du droit interne en matière de condition des étrangers mineurs : cette fois-ci, il n'est plus simplement amené à jouer un rôle complémentaire. Le voici en première ligne et sur tous les fronts. Cela n'empêche cependant pas l'internationaliste de vérifier que les orientations adoptées soient suffisamment protectrices, conformément à ce qu'exigent les droits de l'enfant. Le droit interne n'est-il en effet pas censé être un seuil, un minimum assuré au mineur ? Pour être crédible en proposant l'application du droit français lorsqu'une autorité française est saisie, cette étude se doit de démontrer que la *lex fori*, même imparfaite, est au moins acceptable parce que dans son contenu, suffisante.

Comment justifierons-nous donc qu'encore aujourd'hui, les mineurs isolés étrangers soient aléatoirement pris en charge (I) ? Comment aborderons-nous en outre les quelques défaillances de la lutte contre la traite et l'exploitation dont cette catégorie d'enfants est malheureusement trop fréquemment victime (II) ? Le droit conventionnel, soucieux de la fundamentalité, semble pourtant encore une fois avoir donné aux États les orientations à suivre...

I/ La prise en charge des mineurs isolés étrangers ou le palliatif à l'absence parentale

389. Désireux d'obtenir un regard pratique sur le sort des mineurs isolés étrangers, nous nous sommes rendus à l'aéroport Pôle Caraïbes (Guadeloupe) aux fins d'interroger les agents de la police aux frontières (ci-après la PAF). Nous avons alors pressenti que l'interview serait tendue et que peu d'informations sortiraient du « secret professionnel ». Les agents présents – qui souhaitaient garder l'anonymat - nous ont cependant confié être rarement confrontés à cette problématique dans notre département⁸⁶⁷. Dans leurs souvenirs malgré tout, le cas d'un enfant de douze ans. Remis aux soins

⁸⁶⁷ Ce qui n'est évidemment pas le cas dans chaque département français. En effet, il semble que ces derniers soient concentrés « sur quelques zones géographiques bien identifiées : Mayotte en premier lieu (3 000 MIE), la région parisienne, particulièrement Paris (environ 1 700 MIE en 2012, budget de 96 millions d'euro), la Seine-Saint-Denis (environ 800 MIE, coût de 42 M d'euro) et les Hauts-de-Seine, ensuite et dans une moindre mesure le Nord et le Pas-

de la compagnie aérienne « *comme s'il s'agissait d'une nounou* », il a pu bénéficier de la « *bienveillance d'un administrateur ad hoc ayant joué le rôle d'un parent* ». Aussi, la structure étant « *restreinte* », les agents étaient assurés d'être « *plus proches* » des enfants qu'ils n'auraient pu l'être dans des structures plus grandes et plus impersonnelles comme Roissy. Si donc par exemple, un mineur désire un paquet de bonbons, ils le lui paient « *de leur poche* ».

La comparaison nous interpelle. Nous décidons alors d'interroger la PAF de Roissy. Même si elle est plus avenante, l'agent qui nous reçoit ne souhaite pas davantage que nous révélions son identité. Nous pressentons quand même une fois de plus que le sujet est sensible et que les informations ne seront pas livrées sans retenue. Mais il semble que la vision soit sensiblement identique : la PAF n'est pas là pour penser mais pour appliquer les textes. Et les textes garantissent l'intérêt de l'enfant. L'institution de l'administrateur ad hoc en est la preuve. Quant aux rapports très critiques des associations telles que l'Anafé, ils sont tronqués et ne reflètent qu'une réalité partielle et exagérée.

Mais à qui donc donner raison ? Nos développements ne prétendent pas trancher entre les points de vues. L'inverse conduirait à pencher en faveur de l'un d'entre eux. Or, à juste titre, les objectifs visés par les uns ne sont pas nécessairement ceux que poursuivent les autres. Ainsi, lorsque l'Anafé cherche la faille en vue de défendre prioritairement les droits des étrangers, la PAF se contente d'appliquer des textes que le législateur a adoptés en tenant compte de diverses considérations et, peut être en visant prioritairement l'intérêt de l'État. C'est dès lors en considération des légitimes positions de chacun que cette étude se contentera d'analyser les textes et de les commenter au regard des éléments pratiques auxquels nous aurons pu avoir accès.

390. La France n'ayant pas mis en place de plan spécifique à leur situation, les mineurs isolés étrangers sont dépourvus de statut propre. Pour ne rien simplifier, ils relèvent de plusieurs branches du droit (protection de l'enfance, droit des étrangers, droit d'asile, etc.), dont l'articulation et la

de-Calais, les Bouches-du-Rhône (particulièrement Marseille), la région lyonnaise, l'Ille-et-Vilaine, la Haute-Vienne, l'Ariège, le Loiret. Ainsi, une douzaine de départements assuraient l'essentiel de la prise en charge et une demi-douzaine de départements n'accueillaient, jusqu'au protocole d'accord entre l'État et l'Association des départements de France (ADF), aucun MIE » : V. AVENA-ROBARDET, La fabrique d'un infra-droit d'exclusion, AJ Famille 2014, P. 84.

primauté posent souvent problème⁸⁶⁸. Leur protection nécessite ainsi l'intervention de multiples acteurs, tout à la fois juridiques, administratifs et sociaux : police aux frontières, juge des libertés et de la détention, parquet des mineurs, juge pour enfants, juge aux affaires familiales, protection judiciaire de la jeunesse, service éducatif auprès du tribunal, aide sociale à l'enfance, associations, OFPRA (Office français de protection des réfugiés et apatrides), etc.

La multiplicité des intervenants potentiels est rassurante : il y a en France, de quoi prendre en charge et protéger l'enfance isolée étrangère. Mais reconnaître que nous possédons des armes ne suffit ni à affirmer qu'elles soient toujours utilisées de manière satisfaisante ni à considérer qu'elles soient adaptées. À dire vrai, nous verrons que la prise en charge des mineurs isolés étrangers dans notre pays possède ses limites. Et cela vaut que le mineur soit simplement repéré à la frontière (A), ou qu'il soit déjà présent sur le territoire national (B).

A. La prise en charge des mineurs isolés étrangers repérés à la frontière

391. La plus grande majorité des mineurs isolés étrangers arrive à l'aéroport de Roissy. Qu'ils ne présentent pas les documents requis⁸⁶⁹ ou demandent l'asile⁸⁷⁰, lorsqu'ils sont repérés à la frontière,

⁸⁶⁸ S. BERNIGAUD, Quel(s) droit(s) pour le mineur étranger isolé ? Op. cit.

⁸⁶⁹ En effet, l'État peut « définir les conditions d'admission des étrangers sur son territoire » (Décision n° 92-307 DC du 25 février 1992. Disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1992/92-307-dc/decision-n-92-307-dc-du-25-fevrier-1992.8818.html>). Il peut dès lors exiger d'eux « la détention, le port et la production des documents attestant la régularité de leur entrée et de leur séjour » (Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993. Disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1993/93325dc.htm> ; Note B. GENEVOIS, Un statut constitutionnel pour les étrangers, RFDA 1993, P.871).

Ainsi, l'article L. 211-1 du CESEDA précise que « pour entrer en France, tout étranger doit être muni :

1° Des documents et visas exigés par les conventions internationales et les règlements en vigueur;

2° Sous réserve des exigences internationales, du justificatif d'hébergement prévu à l'article L. 211-3, s'il est requis, et des autres documents prévus par décret en Conseil d'Etat relatifs, d'une part, à l'objet et aux conditions de son séjour et, d'autre part, s'il y a lieu, à ses moyens d'existence, à la prise en charge par un opérateur d'assurance agréé des dépenses médicales et hospitalières, y compris d'aide sociale, résultant de soins qu'il pourrait engager en France, ainsi qu'aux garanties de son rapatriement ;

3° Des documents nécessaires à l'exercice d'une activité professionnelle s'il se propose d'en exercer une ».

⁸⁷⁰ Le droit de solliciter l'asile est un droit fondamental, consacré en France comme droit de valeur constitutionnelle.

Corrélativement, l'article L. 221-1 du CESEDA prévoit que toute personne qui souhaite déposer une demande d'asile en France doit voir sa demande enregistrée et pouvoir attendre la réponse d'un « examen tendant à déterminer si sa demande n'est pas manifestement infondée ».

ces enfants sont avant tout considérés comme des immigrants illégaux et en conséquence, soumis au droit des étrangers. Il en résulte qu'ils seront systématiquement placés en zone d'attente et ce, dans les mêmes conditions que les majeurs, avec eux⁸⁷¹ et selon le même régime. La raison en est simple : ni la *loi du 6 juillet 1992 instituant les zones d'attente* ni l'*Ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers*, ne distinguent entre majeurs et mineurs. Les mineurs isolés étrangers peuvent ainsi rester quatre jours en zone d'attente avant d'être présentés au juge des libertés et de la détention, qui pourra alors ordonner leur maintien pour huit jours, renouvelables une fois. Au total, ils sont donc susceptibles de rester vingt jours en rétention. Le placement en zone d'attente ne doit cependant normalement pas dépasser le temps strictement nécessaire pour que le sort du mineur se décide. Et à cette fin, deux issues sont possibles : l'enfant peut, soit être refoulé, et en conséquence, renvoyé dans son pays d'origine ou dans le pays tiers d'où il provient⁸⁷², soit, être accueilli sur le territoire national. Bien évidemment,

Quand le mineur étranger demande l'asile à la frontière, une procédure spéciale est organisée pour l'examen de sa demande d'admission sur le territoire présentée à ce titre dans les aéroports, ports et dans certaines gares. Cette procédure d'asile à la frontière déroge aux règles classiques de contrôle frontalier pour deux raisons : d'une part, car en vertu, des articles 31 et 33 de la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés et de la Constitution française garantissant le droit d'asile, les demandeurs d'asile ne sont pas soumis à l'obligation de présenter des documents de voyage à la frontière ; d'autre part, parce qu'ils sont protégés de tout refoulement le temps de l'examen de leur demande.

Cette procédure d'admission sur le territoire au titre de l'asile à la frontière diffère de la procédure d'examen des demandes d'asile présentées sur le territoire, notamment en ce qu'elle ne consiste pas en un examen du fond de la demande d'asile. Elle précède la procédure de reconnaissance du statut de réfugié, qui ne peut quant à elle être engagée qu'à partir du moment où le demandeur d'asile à la frontière se trouve sur le territoire.

Pour un exposé critique cf. le rapport de l'ANAFE sur la procédure d'admission sur le territoire au titre de l'asile : La roulette russe de l'asile à la frontière, zone d'attente : qui détourne la procédure ? Novembre 2003. Cf. également à propos du mineur isolé étranger demandeur d'asile : S. BERNIGUAUD, *Quel(s) droit(s) pour le mineur étranger isolé ?*, Op. cit.

Cf. également la récente réforme du droit d'asile issue de la loi 2015-925 du 29 juillet 2015 et à propos, les développements de Sabine CORNELOUP : *La réforme du droit d'asile*, Dalloz 2015, P. 1964.

⁸⁷¹ Le HCR recommande pourtant la séparation des adultes et des enfants. Les mineurs de moins de treize ans sont toutefois confiés à des nurses de compagnies aériennes et installés à l'hôtel. Cela n'empêche la critique du rapport n° 2005 010 de l'Inspection générale des affaires sociales : *Mission d'analyse et de propositions sur les conditions d'accueil des mineurs étrangers isolés en France*, présenté par M. Jean BLOCQUAUX, Mme Anne BURSTIN et M. Dominique GIORGI : « le maintien en zone d'attente doit se faire avec le souci de la protection de l'enfant, non seulement pour les moins de 13 ans qui sont accueillis dans un lieu spécifique, mais aussi pour les mineurs plus âgés qui ne devraient plus partager les conditions de maintien des adultes ».

⁸⁷² Les agents de la police aux frontières procèdent en effet à un examen des documents produits par l'enfant. S'ils estiment que ses documents ne sont pas valables, ils peuvent prendre une décision de refus d'entrée motivée qui, une fois notifiée, permet de renvoyer le mineur vers son lieu de provenance sous réserve du délai éventuel d'un jour franc. (Pour un exposé du non respect de ce délai, cf. la critique de l'ANAFE, *Inhumanité en zone d'attente – Bilan 2008. Observations et interventions de l'Anafé en zone d'attente de Roissy*, Mai 2009, P.23).

ce choix appartient à la France. Le mineur isolé étranger est ainsi directement confronté aux orientations prises par la politique d'immigration nationale sans pouvoir revendiquer le bénéfice d'une protection particulière contre le refoulement⁸⁷³. D'ailleurs même, jusqu'à récemment, ces enfants repérés à la frontière se voyaient directement notifier la décision de refus d'entrée sur le territoire et de maintien en zone d'attente, bien qu'ils n'aient pas la capacité juridique de la contester⁸⁷⁴. Fort heureusement, l'article L. 221-5 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers tel issu de la *loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale*, prévoit désormais la désignation par le Procureur de la République, d'un administrateur ad hoc chargé d'assister le mineur durant son maintien en zone d'attente et d'assurer sa représentation juridique dans toutes les procédures administratives et juridictionnelles afférentes à ce maintien⁸⁷⁵. Aussi, pour le cas où l'enfant qui se

En effet, il résulte de la loi du 26 février 1992, qu'à la requête des autorités chargées du contrôle des personnes aux frontières, l'entreprise de transport aérien qui a acheminé l'étranger est tenue de ramener sans délai ce dernier au point où il a commencé à utiliser le moyen de transport de cette entreprise, ou, en cas d'impossibilité, dans l'État qui a délivré le document de voyage avec lequel il a voyagé ou en tout autre lieu où il peut être admis.

Le renvoi vers le pays de provenance semble peut être la solution la plus simple à court terme, mais elle n'est pas toujours la mieux à même de résoudre la situation comme en témoigne le commentaire de l'ANAFE :

« La destination pour le départ de l'étranger est la ville de provenance. Or, il n'est pas rare que cette ville de provenance ne constitue qu'une ville de transit. Par conséquent, rien ne garantit que l'étranger sera admis à entrer sur le territoire de destination. Ainsi, des personnes peuvent être amenées à faire du « ping-pong ». Autrement dit, les autorités du pays de réception décident de nouveau, à leur tour, de le renvoyer vers la France. Ainsi, la personne qui revient sur le territoire français n'est pas plus admissible que la première fois et fait dès lors l'objet d'un autre refus d'entrée sur le territoire qui sous-entend la possibilité de le refouler une nouvelle fois vers le pays de provenance. Ce jeu de la « patate chaude » ou « ping-pong » peut se répéter plusieurs fois. À chaque nouvelle arrivée à la frontière française, les compteurs sont remis à zéro et la personne peut de nouveau être placée en zone d'attente. Cette pratique est inadmissible car elle constitue une privation de liberté quasi illimitée. Alors que la personne n'est manifestement admissible dans aucun pays, elle se trouve enfermée dans une logique kafkaïenne, dont l'issue est uniquement produite par la lassitude des autorités d'un des deux États » : (Bilan 2008 de l'ANAFE, Op. cit., P. 44, disponible sur le site : www.anafe.org).

⁸⁷³ S. BERNIGUAUD, Quel(s) droit(s) pour le mineur étranger isolé ? Op. cit.

⁸⁷⁴ Face à cette situation, les juges ont adopté des solutions divergentes : certains admettaient que les mineurs pouvaient comparaître devant eux sans assistance ; d'autres au contraire faisaient prévaloir le principe de l'incapacité juridique sur le silence de l'article 35 quater et annulaient la procédure de maintien en rétention (ils étaient soutenus en ce sens par la Cour d'appel de Paris qui, dans un arrêt du 12 août 1998, avait estimé qu'en vertu de l'article 117 du Code de procédure civile et compte tenu de l'incapacité du mineur d'agir en justice (article 488 du Code civil), aucune décision ne pouvait être opposée au mineur s'il n'avait pas de représentant légal). La comparution du mineur devant le TGI constituait alors une irrégularité de fond entachant de nullité toute procédure et l'admission sur le territoire devait donc être prononcée. Si cette jurisprudence ne pouvait empêcher le placement du mineur en zone d'attente, elle lui permettait au moins d'accéder au territoire après les quatre premiers jours de placement. Suite à cet arrêt en effet, les mineurs que la police aux frontières n'avait pu renvoyer dans les quatre jours étaient libérés presque systématiquement.

Toutefois, le 2 mai 2001 par son arrêt *Irorere*, la Cour de Cassation a coupé court à cette jurisprudence en semblant consentir au maintien du mineur en zone d'attente.

Pour une critique de cette décision, cf. la Note de François JULIEN-LAFERRIERE, *Dalloz* 2001, n° 34, P. 2777.

⁸⁷⁵ « Lors de l'entrée en zone d'attente d'un étranger mineur non accompagné d'un représentant légal, le procureur de la République, avisé par l'autorité administrative en application de l'article L. 221-3, lui désigne sans délai un

déplace seul souhaiterait demander à bénéficier de la qualité de réfugié, l'article 751-1 du CESEDA prévoit l'intervention de l'administrateur ad hoc au cours des différentes étapes de la procédure de demande d'asile sur le territoire⁸⁷⁶. En définitive, il existe quand même une différence entre le statut du mineur isolé étranger et celui de l'adulte. Ceci dit, bien que l'institution de l'administrateur ad hoc soit louable, le rôle qui lui est confié demeure à regret imparfait. Par exemple, comme le relève Monsieur FARGE, l'intervention de l'administrateur ad hoc est trop tardive puisque « *le procureur de la République n'est informé de la présence du mineur que lors de son placement en zone d'attente. Il en résulte que le mineur est seul pendant toute la première phase de la procédure (...). À titre de remède, la Circulaire du 14 avril 2005 prévoit que l'administrateur doit être informé de l'état de la procédure réalisée avant son intervention et qu'il doit lui être communiqué toutes les pièces. Mais cette information a posteriori n'empêche pas que le mineur soit seul dans les phases les plus essentielles de la procédure* »⁸⁷⁷. En effet, en pratique, l'administrateur ad hoc n'est pas plus présent qu'avant lors de la notification au mineur du refus d'entrée ou de son placement en zone d'attente. De plus, « *son rôle se limite souvent à assurer la représentation du mineur lors de sa comparution devant le juge des libertés et de la détention* »⁸⁷⁸. D'ailleurs, « *l'Anafé considère que les administrateurs ad hoc ne sont pas en mesure de garantir la protection des mineurs qu'ils représentent* »⁸⁷⁹, quand « *de son côté, le Sénat relève que «les administrateurs ad hoc disposent de très peu de temps pour comprendre la situation particulière d'un mineur et engager les démarches utiles* »⁸⁸⁰. Partant, la désignation d'un administrateur ad hoc n'étant pas à elle seule une garantie

administrateur ad hoc. Celui-ci assiste le mineur durant son maintien en zone d'attente et assure sa représentation dans le cadre des procédures administratives et juridictionnelles relatives à ce maintien ».

Cf. également : V. AVENA-ROBARDET, La fabrique d'un infra-droit d'exclusion, Op. cit. ; C. CUTAJAR, La protection du mineur dans la loi du 4 mars 2002, AJ Famille 2002, P.135 ; L. DELBOS, Les missions d'administrateur ad hoc pour mineurs isolés étrangers, in Dossier thématique de l'ONED, 2008, PP. 19-21.

⁸⁷⁶ Notons que le Décret d'application du 2 septembre 2003 et la Circulaire du 14 avril 2005 sont venus compléter l'initiative législative. « Ces textes précisent les procédures à suivre en matière d'information du procureur de la République, de désignation des administrateurs ad hoc et définissent l'étendue de leurs missions en zone d'attente et pour la demande d'asile. Récemment, un décret du 30 juillet 2008, complété par un arrêté du 2 septembre 2008, a revalorisé l'indemnisation accordée à chaque mission » : L. DELBOS, Ibid.

⁸⁷⁷ M. FARGE, Le mieux est-il l'ennemi du bien ? À propos de la représentation des mineurs étrangers isolés en zone d'attente, Dr. fam. juillet 2006, n° 34.

⁸⁷⁸ A. CASTAGNOS-SEN, Les conditions d'exercice du droit d'asile en France, Les études de la CNCDH, La Documentation Française, Paris, 2006.

⁸⁷⁹ Résolution de l'Anafé du 30 juin 2005 sur les enfants isolés étrangers qui se présentent aux frontières françaises, cité par A. CASTAGNOS-SEN, Ibid.

⁸⁸⁰ Rapport n°300 du Sénat : Immigration clandestine : une réalité inacceptable, une réponse ferme, juste et humaine, G. Othilly et F.-N. Buffet, 6 avril 2006, cité par A. CASTAGNOS-SEN, Ibid.

suffisante de protection pour l'enfant qui s'est déplacé seul, ce dernier doit en outre pouvoir bénéficier d'une protection inhérente à son statut d'enfant.

392. Dans notre tradition judéo-chrétienne, l'enfant est une bénédiction du ciel. Au travers d'un Dieu Esprit certes, mais aussi Père et Fils, le Nouveau Testament consacre la suprématie de la fonction paternelle dans les valeurs fondatrices de la société humaine. Il n'est donc pas surprenant que notre droit se fonde encore aujourd'hui sur la primauté de la responsabilité des parents dans l'éducation de leurs enfants. Il en résulte que seule une situation de crise faisant valoir une carence manifeste des parents peut justifier l'intervention subsidiaire de l'État⁸⁸¹. C'est notamment le cas lorsque l'enfant est victime « *de violences, d'atteintes ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligences, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle, pendant qu'il est sous la garde de ses parents* »⁸⁸². C'est plus généralement le cas toutes les fois où l'enfant peut être considéré comme étant en danger. Aussi, pour évaluer le danger menaçant un mineur, il semble insuffisant de simplement prendre en compte la défaillance des parents ou les signes permettant de déceler la maltraitance. Il convient en effet également de se soucier du *milieu* dans lequel vit l'enfant⁸⁸³. Dans tous les cas, « *si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises* », les dispositions de l'article 375 du code civil permettent au juge des enfants d'intervenir.

393. De toute évidence, l'enfant déplacé qui, du fait de son isolement, se retrouve sans protection aucune, rentre bel et bien dans les critères requis de cet article. En effet, du fait même de sa situation administrative et familiale, le mineur isolé étranger est exposé au danger. En ce sens, la Défenseure des enfants estime d'ailleurs que « *tout mineur étranger isolé arrivant doit par définition être considéré comme en danger* »⁸⁸⁴. L'application du droit commun de la protection de

⁸⁸¹ Les orientations préconisées dans les conventions internationales se rallient complètement à cette conception libérale du droit français. Cf. notamment les articles 5 et 18 de la CIDE.

⁸⁸² Michel ALLAIX, Protection judiciaire, protection administrative de l'enfant en danger, in « Enfance et violences », (Dir., J. RUBELLIN-DEVICHI et M. ANDRIEUX), Lyon, PUL, 1992.

⁸⁸³ M. CREOFF, Qu'est-ce qu'un enfant en danger ? « Plein droit », La revue du GISTI, n°52, mars 2002.

⁸⁸⁴ Rapport de la Défenseure des enfants, Octobre 2000.

l'enfance à la situation des enfants qui se déplacent seuls est donc sans doute la meilleure manière de mettre en œuvre une véritable politique de protection par les magistrats compétents en la matière : le juge des enfants et le juge aux affaires familiales. En réalité, le droit commun permet un accès réel à la demande d'asile et une meilleure approche face à la complexité des situations dans lesquelles se retrouvent les mineurs isolés étrangers. En effet, parmi ces enfants, rares sont ceux dont la famille peut être immédiatement localisée et identifiée. Et quand bien même il serait attesté qu'il y ait en France une personne qui soit disposée et capable d'accueillir l'enfant, il apparaît indispensable de vérifier la réalité du lien familial ainsi que la teneur des intentions de la personne en question avant de le lui confier. Aussi, même dans le cas où le mineur n'a aucune attache en France, son renvoi à l'étranger n'interviendra en conformité avec son intérêt que dans la mesure où il aura été précédé d'investigations de nature à garantir qu'il sera correctement pris charge à son arrivée⁸⁸⁵. À défaut de pouvoir être renvoyé en toute sécurité, le mineur devrait être accueilli et protégé par nos institutions, serait-ce temporairement. Le conditionnel permet d'envisager l'idéal. Qu'en est-il cependant en pratique ? Peut-on valablement considérer que l'analyse visant à décider de l'admission ou du renvoi de l'enfant mérite d'avoir lieu pendant que le mineur est placé en zone d'attente ? Pour répondre positivement, il faudrait à tout le moins que l'enfant puisse bénéficier de la réglementation relative à l'enfance en danger dès le stade de sa rétention en un tel lieu. En est-il ainsi ?

394. La zone d'attente est « *un espace situé « dans une gare ferroviaire ouverte au trafic international, dans un port ou à proximité du lieu de débarquement, ou dans un aéroport » dont*

Créée en 2000, la fonction de Défenseur des enfants a été assurée par Claire BRISSET (2000-2006), puis par Dominique VERSINI (2006-2011). Au 1^{er} mai 2011, la mission a été remplacée par celle d'adjoint au Défenseur des droits. Le Défenseur des droits est une institution relativement nouvelle dont la vocation consiste à reprendre les missions auparavant dévolues au défenseur des enfants, au Médiateur de la république, à la Haute autorité contre la lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) et à la Commission nationale de la déontologie et de la sécurité (CNDS).

⁸⁸⁵ En ce sens, les récentes interventions du Conseil d'État sont les bienvenues. En effet, après avoir indiqué, le 25 octobre 2014, que « l'autorité administrative doit s'attacher à vérifier, dans toute la mesure du possible, l'identité d'un étranger mineur placé en rétention et faisant l'objet d'une mesure d'éloignement forcé par voie de conséquence de celle ordonnée à l'encontre de la personne qui l'accompagne ainsi que la nature exacte des liens qu'il entretient avec cette dernière » (n° 385173, Lebon ; AJDA 2014, P. 2157), dans son ordonnance rendue le 9 janvier 2015, la Haute juridiction administrative a pris soin de préciser que les vérifications requises doivent s'étendre aux « conditions de sa prise en charge dans le lieu à destination duquel il est éloigné » : CE, Ord., 9 janvier 2015, n°386865, D. POUPEAU, Nouvelle précision sur l'éloignement des mineurs isolés étrangers, AJDA 2015, P. 136.

*l'étendue est modulable (des points d'embarquement ou de débarquement à ceux où sont effectués les contrôles des personnes) ; elle peut inclure un ou plusieurs lieux d'hébergement permettant d'assurer des prestations de type hôtelier et ceux dans lesquels l'étranger doit se rendre afin de satisfaire aux exigences de la procédure en cours ou en cas de nécessité médicale (tel qu'un hôpital). Ainsi, sa délimitation varie en fonction des besoins, ce qui explique en partie le fait qu'elle soit fréquemment qualifiée de fiction juridique... En revanche, elle est nécessairement située sur le territoire français »*⁸⁸⁶. Voilà qui nous incite à douter du fait que la zone d'attente bénéficie véritablement du particularisme de ce statut d'extraterritorialité dont certains ont pu parler⁸⁸⁷. D'ailleurs, notre analyse semble confortée par la solution retenue par la Cour de cassation à l'occasion de sa décision du 25 mars 2009. Dans cette affaire, le procureur général de la Cour d'appel, le préfet et le ministre de l'intérieur soutenaient que l'enfant, retenu en zone d'attente, ne pouvait pas bénéficier d'une mesure d'assistance éducative étant donné qu'il n'avait pas (encore) été admis sur le territoire national. Or, pour la Haute juridiction judiciaire, l'argument ne pouvait valoir : la zone d'attente se situe en France^{888/889}. Elle est en conséquence intégrée, tant matériellement que juridiquement au territoire national. Il en résulte que l'ensemble de la réglementation impérative française s'applique à ceux qui s'y *trouvent*, exactement comme elle s'applique à ceux qui se *trouvent* en France⁸⁹⁰. Les dispositions protectrices des enfants, qu'elles

⁸⁸⁶ M. BRUGGEMAN, Note sous Civ. 1^{ère}, 25 mars 2009, Zone d'attente et assistance éducative : vers une protection accrue des mineurs étrangers isolés ? Rev. dr. sanit. soc. 2009, P. 550.

Cf. en outre : A. CASTAGNOS-SEN, Op. cit.

⁸⁸⁷ TGI Bobigny, 1^{er} septembre 2001, Obs. J.-L. RONGE, Clunet, Octobre 2001, n°208 ; M. FARGE, Op.cit.

⁸⁸⁸ Cf. en ce sens : Cass. Civ. 1^{ère}, 25 mars 2009, Note M. BRUGGEMAN, Op. cit. ; Note M. FARGE, Être ou ne pas être sur le territoire français : le contredit judiciaire à la fiction de l'extraterritorialité des zones d'attente, JCP 2009, P. 294 ; Note A. GOUTTENOIRE, La fin de l'extraterritorialité supposée des zones d'attente, L'ESSENTIEL Droit de la famille et des personnes, 1^{er} mai 2009 n° 2, P. 3.

⁸⁸⁹ Il semble cependant que les juges du fond ne soient pas tous enclins à pencher en ce sens. Ainsi par exemple, interrogée par nos soins le 15 juillet 2014, Madame Jeanne CHEENNE, vice-présidente du Tribunal de Grande Instance de Pointe-à-Pitre, chargée des fonctions de juge des enfants, nous a affirmé que la zone d'attente se situait en dehors du territoire national. À ses yeux, cela pouvait d'ailleurs expliquer qu'elle n'ait jamais été saisie du cas d'un mineur retenu en zone d'attente au cours de ses vingt années de fonction.

⁸⁹⁰ En effet, l'enfant en danger se trouvant sur le territoire français doit pouvoir faire l'objet d'une mesure de protection quel que soit son statut personnel mais également quelle que soit sa situation au regard des règles d'entrée et de séjour. Cela vaut tant au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation (Pour exemple : Cass. Civ. 1^{ère}, 27 octobre 1964, Maro, Bull. 1964 I n° 472 p. 365 ; Dalloz 1965 P. 81 ; RCDIP 1965 p. 119 (1^{ère} esp.) ; JCP 1964 II 13911 bis ; « les dispositions sur l'assistance de l'enfance en danger sont applicables sur le territoire français à tous les mineurs qui s'y trouvent, quelle que soit leur nationalité ou celle de leurs parents ») que du point de vue du droit conventionnel (Cf. notamment : Convention de La Haye du 5 octobre 1961 (Article 8) et Convention de La Haye du 19 oct. 1996 (Cf. les articles 5 et 6 visant la résidence habituelle ou la présence d'enfants déplacés ou réfugiés).

soient nationales ou internationales, ont donc vocation à intervenir dès la zone d'attente⁸⁹¹. C'est dire que si le mineur isolé étranger placé en zone d'attente reste bien évidemment soumis au droit des étrangers, les règles d'application territoriale telles que « *les lois de police et de sûreté* » visées à l'article 3 du Code civil peuvent prétendre régir sa situation. Les dispositions des articles 375 et suivants du Code civil relatifs à la protection de l'enfance en danger entrant sans conteste dans cette catégorie, le mineur isolé étranger doit pouvoir en bénéficier. Le parquet, qui est en principe averti de la présence du mineur en zone d'attente⁸⁹², devrait dès lors aussitôt prendre les mesures de protection qui s'imposent, à savoir, saisir le juge des enfants ou, en cas d'urgence, prendre lui-même une ordonnance de placement provisoire auprès des services de l'Aide Sociale à l'Enfance⁸⁹³.

395. Force est de constater que la réalité n'est pas si évidente car quoi qu'on dise, le mineur isolé étranger repéré à la frontière et placé en zone d'attente « *n'est pas dans la situation du mineur français ou étranger résidant en France* »⁸⁹⁴. Ainsi, il semble que l'affirmation d'une protection possible ne lui garantisse pas pour autant automatiquement la mise en œuvre concrète de celle-ci. La référence à l'arrêt précité en témoigne. Le commentaire de Madame BRUGGEMAN à ce propos ne pourrait d'ailleurs être plus explicite : « *indéniable victoire pour les défenseurs des mineurs étrangers, l'arrêt n'en laisse pas moins un goût amer... « Les délais légaux de maintien en zone d'attente étant expirés, il ne reste plus rien à juger... », conclut sobrement la première chambre civile. N'ayant pu bénéficier d'une mesure d'assistance éducative, Imad a été renvoyé d'où il avait tenté de fuir, comme nombre de mineurs étrangers arrivés seuls en France. Dès lors, sa portée réelle demeure incertaine : les mineurs étrangers retenus en zone d'attente ne resteront-ils pas de simples bénéficiaires « potentiels » du droit de la protection de l'enfance ?* »⁸⁹⁵. D'ailleurs même, il

⁸⁹¹ Dans son avis du 21 septembre 2000 relatif à la situation des étrangers mineurs isolés, la CNCDH indiquait en ce sens que : « la protection des mineurs étrangers non-accompagnés doit intervenir dès leur arrivée en zone d'attente. Le mineur doit être protégé tant au niveau des mesures et procédures administratives qu'au niveau du respect de sa personne ».

Dans son arrêt *Amur c/ France* du 29 juin 1996, la CEDH a quant à elle jugé qu'un étranger non admis sur le territoire et placé en zone d'attente dans l'expectative de son départ était en droit de se prévaloir des dispositions du droit français.

⁸⁹² En vertu de l'article 35 quater de l'Ordonnance de 1945.

⁸⁹³ En effet, le juge des enfants est généralement saisi par le Parquet. Toutefois en cas d'urgence et en l'absence du juge compétent, le procureur de la République peut lui-même prononcer une ordonnance de placement provisoire pour une durée de huit jours (article 375-5 du Code civil).

⁸⁹⁴ R. KESSOUS, Conclusions sous Civ. 2^{ème}, 2 mai 2001, Dalloz 2001, P. 2773.

⁸⁹⁵ M. BRUGGEMAN, Note sous Civ. 1^{ère}, 25 mars 2009, Op. cit.

semble qu'en dépit du prononcé d'une ordonnance de placement provisoire par le juge des enfants, des mineurs soient régulièrement maintenus en zone d'attente et fassent même parfois l'objet de tentatives de renvois⁸⁹⁶.

396. Mais au fond, la solution ne procède-t-elle pas du fait que l'inverse reviendrait à admettre sur le territoire national, tous les mineurs repérés à la frontière ? Quant à la réticence à admettre automatiquement ces enfants, n'est-elle pas tout simplement la conséquence de leur impossible expulsion forcée une fois qu'ils sont en France^{897/898} ?

Aussi, il ne paraît pas inutile de préciser que dans une affaire précédente, la Cour d'appel de Paris avait déjà considéré que l'intervention du juge des enfants en faveur d'un mineur retenu en zone d'attente était possible. La Cour parisienne avait néanmoins également pris soin de préciser que les faits ne permettaient pas de caractériser le danger ou les conditions d'éducation gravement compromises dont pourrait souffrir l'enfant. Cf. pour plus de détail : Paris, 7 décembre 2004 (1^{ère} espèce), Com. Y. FAVIER, Condition de danger et intérêt de l'enfant autorisant l'intervention du juge des enfants, JCP G 2005.II.10122.

⁸⁹⁶ Pour illustration : un mineur d'origine congolaise maintenu en zone d'attente a fait l'objet de diverses tentatives de renvoi alors que le juge pour enfants de Bobigny avait pris une ordonnance de placement provisoire le confiant à sa tante. Pour plus de détails sur cet exemple, cf. le Communiqué de l'ANAFE du 27 septembre 2004, Un mineur congolais confié à sa tante par le juge des enfants, a pourtant été menacé de renvoi à plusieurs reprises.

Pour une seconde illustration, voir également l'article de Sylvia ZAPPI paru dans Le Monde du 1^{er} octobre 2004, Un jeune congolais maintenu en zone d'attente malgré un placement du juge.

Cf. également l'exemple Belge issu de l'affaire Tabitha : CEDH, 12 octobre 2006, Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique, n° 13178/03, Note, C. COURNIL, Aux « confins des droits » des mineurs étrangers non accompagnés, détenus et refoulés, Rev. crit. 2008, P. 35 ; Comm. P. MUZNY, Non respect de la protection des mineurs étrangers isolés, Dalloz, 2007, P.771.

⁸⁹⁷ Article L. 521-4 du CESEDA : « l'étranger mineur de 18 ans ne peut faire l'objet d'une mesure d'expulsion ».

⁸⁹⁸ Précision faite que si le mineur étranger ne peut être expulsé, ses parents étrangers, eux, peuvent l'être : CE, 29 juillet 1994, M. Préfet de la Seine-Maritime c/. M. et Mme Abdelmouna, Conclusions M. DENIS-LINTON, AJDA 1994, P. 841 ; Note F. MONEGER, Rev. dr. sanit. soc. 1995, P. 167.

À ce propos, la jurisprudence a longtemps considéré que l'expulsion ne portait pas atteinte au droit de mener une vie familiale normale énoncé par l'article 8 de la CESDH dès lors que l'étranger expulsé pouvait emmener avec lui sa famille. Aujourd'hui, le Conseil d'État opère un contrôle de proportionnalité entre la menace à l'ordre public due à la présence de l'étranger en France et l'atteinte à la vie familiale, suivant en cela la CEDH. La légalité d'une mesure d'expulsion ou de reconduite à la frontière est ainsi subordonnée à la proportionnalité entre le but poursuivi par la mesure de police et le droit de l'étranger au respect de sa vie familiale. En poussant la réflexion, on peut même avancer que si l'on reconnaissait l'applicabilité directe des articles 22 et 9 de la CIDE, on pourrait sans doute proposer une solution plus radicale que celle proposée par le Conseil d'État. En effet, si ce dernier entend garantir le respect des dispositions de la CESDH, il se borne en néanmoins à reconnaître le droit au respect de la vie familiale de l'étranger et non celle de son enfant. La justification d'une telle solution tient sans doute au fait qu'une autre solution mènerait à reconnaître à tout enfant étranger un véritable droit à vivre en France.

Cependant, pour une illustration de la résistance des juges du fond faisant état d'une application de l'article 9, cf. cet arrêt osé du TGI de Rennes rendu le 13 juin 1994 (Note F. MONEGER, Rev. dr. sanit. soc. 1994, P.503).

Quoi qu'il en soit, il convient de relever que si la présence en France d'un enfant étranger n'est pas en elle-même synonyme d'impossibilité de renvoyer ses parents, en pratique, il est extrêmement délicat d'expulser les parents et de garder l'enfant (Cf. en ce sens, M. GUARDIOLA (ancien chef du bureau des étrangers au Ministère de l'intérieur) : « Le nombre des mesures d'éloignement exécutées à l'encontre des étrangers accompagnant des enfants mineurs demeure

Il est en effet compréhensible de craindre l'admission sur notre territoire d'un enfant si l'on risque de devoir ensuite durablement l'assumer. L'objectif du législateur ne serait-il donc pas tout simplement de parvenir à renvoyer dans leur pays de provenance le plus grand nombre d'enfants étrangers ? À n'en pas douter, la question du retour du mineur dans son pays est tout à fait légitime car aucun pays n'a vocation à accueillir inconditionnellement tous les étrangers, seraient-ils mineurs. La justification aurait cependant pu tenir sans souffrir la critique si l'on pouvait considérer que la zone d'attente soit un espace soustrait à l'emprise des autorités nationales, ce que nous nous refusons à défendre⁸⁹⁹. Cela dit, à défaut de considérer que l'enfant placé en zone d'attente se trouve en dehors du territoire national et que de fait, tant qu'il y reste, il n'est pas en France, rien ne nous empêche de croire que cette part de notre territoire puisse bénéficier d'un statut particulier qui nous oblige à ne pas confondre refoulement et expulsion. Imaginer notre argumentation pourrait prendre la forme d'une maison représentant la France, et d'un visiteur représentant l'enfant. La personne qui viendrait frapper à la porte serait chez le propriétaire de cette maison car il aurait franchi le seuil du jardin. Néanmoins, pour entrer dans la maison, l'accord du propriétaire resterait nécessaire. Supposons désormais que le visiteur en question sache qu'il n'a que peu de chances d'entrer de cette façon. Pour prétendre pouvoir rester à l'intérieur sans avoir été préalablement autorisé à entrer, il faudrait qu'il passe par la fenêtre, à savoir, clandestinement. En clair c'est dire que sur le seuil, il pourrait être refoulé, mais qu'une fois à l'intérieur, il ne pourrait pas être expulsé.

faible, tant pour des raisons pratiques, que pour des motifs humanitaires », cité par Françoise MONEGER, in, La protection de l'enfant étranger après la loi du 24 août 1993 sur la maîtrise de l'immigration, Rev. Dr. Sanit. Soc. 1994, P.329). D'ailleurs, si l'enfant revendique le bénéfice d'un droit fondamental absolu tel le respect de son intégrité, il se peut même que ses parents ne puissent être expulsés qu'au risque d'entraîner une condamnation de la France par la CEDH. Ainsi, dans une hypothèse où l'enfant serait fondé à demeurer en France pour une raison indépendante de l'impossibilité de son expulsion en raison de sa minorité, son responsable légal ne pourrait pas lui-même être expulsé, sous peine qu'une atteinte à la vie familiale de l'enfant soit dans ce cas précis reconnue.

Précisons enfin que la situation est sensiblement différente pour les parents étrangers d'enfants français (l'article 15-3 de l'Ordonnance du 2 novembre 1945 conférant de plein droit – sous réserves d'exceptions - un titre de séjour à l'étranger « père ou mère d'un enfant français résidant en France à la condition qu'il exerce même partiellement l'autorité parentale à l'égard de cet enfant ou qu'il subvienne effectivement à ses besoins »), voire, ressortissants d'un État membre de l'Union européenne : en effet, la volonté de donner effet utile aux dispositions reconnaissant le droit de circuler et de séjourner librement aux citoyens de l'Union a conduit la Cour de justice à reconnaître le droit de séjour aux ascendants directs gardiens d'un citoyen de l'Union (CJCE 19 oct. 2004, Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen c/ Secretary of State for the Home Department).

Il n'en demeure pas moins que de nombreux enfants étrangers sont livrés à eux-mêmes et donc isolés suite à l'expulsion de leurs parents. Ils sont alors particulièrement exposés à l'errance et aux réseaux criminels. Cette situation est d'ailleurs réellement préoccupante à Mayotte et en Guyane (Cf. en ce sens le Rapport de Madame I. DEBRE, Les Mineurs étrangers isolés en France, Sénat, Mai 2010, PP.60 et suivantes).

⁸⁹⁹ Cf. supra n°394.

Encourageons-nous la clandestinité ? Sommes-nous là subitement peu enclins à défendre la cause de l'enfance ? Argumentons-nous en faveur du refoulement par crainte d'être envahis par un flux incontrôlable de mineurs ? Nous ne le croyons pas. En réalité, à l'instar de ce que nous avons précédemment exposé, nous préférierions que les mineurs repérés à la frontière bénéficient automatiquement de la réglementation protectrice de l'enfance en danger. Néanmoins conscients depuis Michel ROCARD que « *la France ne peut pas accueillir toute la misère du monde* », nous en venons à comprendre que notre droit soit parfois tiraillé par la dualité de son désir de protection : protection de l'enfance (en n'expulsant pas) et protection de ses propres intérêts (en limitant l'accueil, à savoir, en refoulant).

N'empêche que, quoi que l'on puisse comprendre, dire et penser, la rétention des mineurs en zone d'attente reste une question sensible et une solution susceptible de malmenier l'intérêt de l'enfant. Quand d'ailleurs elle pose problème alors même que le mineur est avec ses parents⁹⁰⁰, il n'est nul besoin d'en rajouter davantage pour la considérer encore plus problématique lorsqu'aucun adulte ne l'accompagne⁹⁰¹. Il reste pourtant que la France peine à accepter de prendre en charge tout

⁹⁰⁰ CEDH, 19 janvier 2012, Popov c/ France, Note Nadia BEDDIAR, Petites affiches, 12 août 2013 n° 160, P. 3. Dans le même sens : CEDH, 12 juillet 2016, D. POUPEAU, La France à nouveau condamnée pour la rétention de jeunes enfants, AJDA 2016, P. 1423.

⁹⁰¹ Ainsi, de nombreuses normes ou autorités internationales sensibles aux droits de l'enfant interdisent- ou limitent sensiblement – la rétention des mineurs, tout en recommandant leur admission systématique sur le territoire de l'État concerné : L'article 37 b) de la CIDE prévoit ainsi par exemple que la détention d'un enfant ne doit être qu'une mesure de dernier ressort et d'une durée aussi brève que possible. Aussi, la Déclaration de bonne pratique établie dans le cadre du Programme en faveur des enfants séparés en Europe considère qu'en application des articles 31 et 33 de la Convention de Genève, « les enfants isolés en quête de protection ne devront jamais se voir refuser l'accès au territoire ou être refoulés à la frontière » et « ne seront jamais détenus pour cause d'immigration ». Même si cette Déclaration est dénuée de toute force contraignante, elle constitue un guide que les États devraient suivre dans l'élaboration et l'application de leur politique envers les mineurs isolés étrangers. Enfin, en décembre 2000, le HCR - dont la politique interdit la détention des enfants réfugiés – a condamné la législation et la réglementation françaises qui « ne tiennent pas suffisamment compte de la spécificité des mineurs isolés demandeurs d'asile », lesquels « ne devraient pas faire l'objet d'une détention en zone d'attente » et « devraient avoir un accès systématique au territoire, à la procédure, à des structures d'accueil spécifiques ». Rapport du HCR sur la politique française en matière d'asile, UNHCR Paris, 19 décembre 2000. Au surplus, les Principes directeurs du HCR sur les Politiques et Traitement des Enfants demandeurs d'asile non-accompagnés de 1997 rappellent aux États que « les enfants demandeurs d'asile ne devraient pas être détenus. Cela est particulièrement important dans le cas d'enfants non accompagnés » (§7.6). Cette position est également partagée par le Conseil européen pour les réfugiés et exilés (CERE).

Dans le même sens, au niveau national, la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme recommande l'admission immédiate des mineurs sur le territoire, « même en dehors d'une demande d'asile » : Voir son Avis du 21 septembre 2000, relatif à la situation des étrangers mineurs isolés. Elle ne faisait en fait que réitérer une position déjà exprimée dans son Avis du 3 juillet 1998 portant sur les dispositions nécessaires pour l'accueil des mineurs demandeurs d'asile non accompagnés.

mineur qui se présente à ses frontières. Mais est-elle davantage encline à concrètement assurer la protection celui qui justifie de sa *présence* sur son sol (B) ?

B. La prise en charge des mineurs isolés étrangers *présents* en France

397. L'admission du mineur isolé étranger en France est-elle un véritable gage de protection ? Peut-être pas. Il arrive en effet que des enfants soient admis sur le territoire avec un simple sauf-conduit délivré par la police aux frontières ce qui, aux yeux de François WOUTERS, constitue un véritable « *passport pour la clandestinité* »⁹⁰². La position de l'auteur se comprend : la délivrance d'un sauf-conduit oblige l'enfant à se présenter dans les huit jours dans une préfecture pour constituer son dossier de régularisation. Or, il est difficile de penser que tous les mineurs soient aptes à effectuer une telle démarche. Cela est d'autant plus vrai s'ils ne parlent pas français. Mais au fond, la seule minorité ne suffit-elle pas à rendre le séjour de l'étranger en France régulier⁹⁰³ ? La garantie de protection résulterait-elle alors davantage de la *présence* du mineur sur notre territoire national ? Si tel est le cas, qu'il ait été admis en France ou qu'il ait clandestinement franchi les frontières de notre territoire, le mineur n'aura qu'à être repéré – ou à se faire repérer - pour être pris en charge et ainsi faire l'objet d'une protection. En est-il véritablement ainsi dans les faits ?

398. Outre la protection judiciaire à laquelle le mineur isolé étranger doit pouvoir prétendre, une protection administrative, prévue par le Code de l'action sociale et des familles (CASF), est dévolue à l'Aide Sociale à l'Enfance (ASE). Ses services se voient ainsi chargés de « *pourvoir à l'ensemble des besoins des mineurs* » qui leur sont confiés et de « *veiller à leur orientation* ». À cette fin, ils peuvent même « *mener en urgence des actions de protection* »⁹⁰⁴ qui soient préalables à l'intervention d'un juge. Prenons simplement le cas d'un mineur isolé étranger présent en France et dont les autorités se rendent compte de la situation. Ne pouvant pas être expulsé, il bénéficiera

⁹⁰² Selon, l'expression de François WOUTERS, éducateur au SEAT (service éducatif auprès du tribunal de Bobigny) : Débat avec la salle, in *Plein droit* 1/2002 (n° 52), PP. 21-26.

⁹⁰³ Mineurs isolés étrangers et sans protection en Europe, rapport comparatif final, publié en 2013 dans le cadre du projet PUCAFREU « Promouvoir les droits des mineurs non accompagnés et sans protection en Europe ».

⁹⁰⁴ Article L. 221-1 du Code de l'action sociale et des familles.

théoriquement du droit commun de la protection de l'enfance. Il pourra donc solliciter une protection d'urgence, à savoir, avant même le prononcé de l'ordonnance de placement provisoire⁹⁰⁵. Le service de l'ASE concerné sera alors amené à en aviser immédiatement le procureur de la République qui, passé un délai de cinq jours destiné à rechercher les parents, devra saisir le juge des enfants⁹⁰⁶. Telle est la théorie. Exposons désormais la pratique.

399. Depuis les lois de décentralisation de 1982 et 1984, le dispositif de la protection de l'enfance relève de la compétence du Conseil général et est à sa charge financière⁹⁰⁷. Or, les services de la protection de l'enfance considèrent généralement qu'il n'appartient pas aux départements de financer la prise en charge des mineurs isolés étrangers dont l'admission sur le territoire relève d'une décision de l'État. Jusqu'à une époque récente cependant, ces derniers ne représentaient pas un phénomène véritablement préoccupant. Il semble ainsi que les mécanismes visant leur prise en charge fonctionnaient plutôt bien, ces enfants étant avant tout considérés comme des mineurs⁹⁰⁸. Cependant, depuis une quinzaine d'années, le phénomène s'est manifestement amplifié⁹⁰⁹, provoquant suspicion et réticence dans la prise en charge de cette catégorie d'enfants⁹¹⁰. Voilà ce qui justifie qu'au fil du temps, ces derniers aient davantage été appréhendés comme des candidats à l'immigration (illégale) que comme des enfants en danger nécessitant impérieusement une protection. Voilà en outre ce qui explique que les services de l'Aide Sociale à l'Enfance aient jusqu'à présent été peu enclins à admettre les mineurs isolés étrangers en urgence, préférant attendre qu'ils disposent d'une ordonnance de placement provisoire. Cette réalité est en outre accentuée par le fait que s'en tenir au droit commun de la compétence de l'Aide Sociale à l'Enfance revient à faire supporter à quelques départements, l'essentiel de la charge financière que

⁹⁰⁵ Article L. 223-2 alinéa 2 du CASF.

⁹⁰⁶ Il est à noter qu'à défaut d'admission en urgence du mineur par le service de l'Aide Sociale à l'Enfance, il est de la responsabilité du service social de faire un signalement au procureur de la République. Celui-ci dispose toutefois d'un pouvoir discrétionnaire quant à la suite à donner au signalement. Le classement sans suite n'est pas susceptible d'appel.

⁹⁰⁷ Article 221-2 du Code de l'action sociale et des familles.

⁹⁰⁸ Laurence ROQUES, *Prise en charge et avenir des mineurs dans le pays d'accueil*, RAJS - JDJ n°243, Mars 2005.

⁹⁰⁹ Ils seraient à ce jour plus de 8 000. Cf. à ce propos le Protocole entre l'État et les départements prévoyant la mise en place d'un dispositif national de mise à l'abri, d'évaluation et d'orientation des mineurs isolés étrangers. Disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_310513protocolemie2.pdf

⁹¹⁰ V. AVENA-ROBARDET, *La fabrique d'un infra-droit d'exclusion*, Op. cit.

représentent les mineurs isolés étrangers⁹¹¹. En effet, « *le conseil général compétent pour prendre en charge le jeune étant celui sur le territoire duquel il a été découvert, deux départements se trouvent ainsi en première ligne : Paris et la Seine-Saint-Denis (où est implanté l'aéroport de Roissy)* »⁹¹². Cependant, « *les services d'aide sociale à l'enfance de Paris et de la Seine-Saint-Denis sont saturés et des appels à l'État ont été lancés dès le milieu des années 2000. Entre 2003 et 2009, le budget parisien consacré aux MIE est passé de 25 à 40 millions d'euros. Celui de la Seine-Saint-Denis atteint 15 millions d'euros en 2009. Malgré un rapport de la sénatrice Isabelle Debré en 2010, faute de solutions, en octobre 2011, Claude Bartolone, alors président du conseil général de Seine-Saint-Denis, refusa toute nouvelle prise en charge de MIE si l'État ne soutenait pas le département* »⁹¹³. Un dispositif transitoire d'urgence a donc été mis en place, prévoyant la répartition par le parquet, des jeunes arrivés en Seine-Saint-Denis dans le « grand bassin parisien » (21 départements) selon les places disponibles⁹¹⁴. Le processus engagé, il aurait été bien dommage de ne pas le poursuivre.

400. Un nouveau dispositif de prise en charge des mineurs isolés étrangers issu d'un accord entre le Ministère de la Justice, le Ministère de l'Intérieur, le Ministère des Affaires sociales et de la santé et l'Assemblée des départements de France a donc été organisé par une Circulaire de la Garde des Sceaux Christiane TAUBIRA le 31 mai 2013⁹¹⁵. En consacrant la responsabilité de l'État à propos

⁹¹¹ Outre les départements dont il est question au sein de nos développements, cf. la situation des mineurs isolés étrangers vivant des les bidonvilles du Nord de la France et sur le littoral de la Manche : O. PEYROUX, A. LE CLEVE, E. MASSON DIEZ, Ni sains, ni saufs. Enquête sur les enfants non accompagnés dans le Nord de la France, étude sociologique, UNICEF France, juin 2016.

⁹¹² Rémy PIGAGLIO, L'État s'engage dans le dossier des mineurs isolés étrangers, Dalloz actualité 07 juin 2013, AJDA 2013, P. 1132.

⁹¹³ Ibid.

⁹¹⁴ Ibid. Du même auteur, cf. également : Mineurs isolés étrangers : l'État reprend la main, AJ Collectivités Territoriales 2013, P. 312.

Pour un bilan critique de ce dispositif, voir la veille de M. BRUGGEMAN: Dispositif d'urgence pour accueillir les mineurs isolés étrangers : bilan et inquiétudes, Droit de la Famille n°6, juin 2012, alerte 35 ; Cf. également le Communiqué du Défenseur des droits du 18 avril 2012.

⁹¹⁵ V. AVENA-ROBARDET, La fabrique d'un infra-droit d'exclusion, Op. cit.

Cette Circulaire a depuis été complétée par la Circulaire interministérielle du 25 janvier 2016 relative à la mobilisation des services de l'Etat auprès des conseils départementaux concernant les mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et les personnes se présentant comme tels. Sur cette dernière, cf. J.-M. PASTOR, Mineurs isolés étrangers : l'État veut soutenir les départements, Dalloz actualité du 5 février 2016 ; du même auteur, Étrangers- Mineurs isolés – L'État veut soutenir les départements, Juris associations 2016, n°534, P.8.

des mineurs isolés étrangers et en organisant leur répartition entre tous les départements de France (hors Outre-mer), il illustre la volonté du Gouvernement de protéger ces enfants. En substance, voici ce qu'il prévoit : *« une fois l'enfant repéré, le conseil général doit effectuer les investigations nécessaires pour déterminer si l'enfant est mineur et en danger. Cet accueil provisoire, financé forfaitairement par l'État (250 € par jour), peut durer cinq jours au maximum, au terme desquels le président du conseil général saisit le procureur de la République. Ce dernier prend alors une ordonnance de placement dans un département selon une grille des placements actualisée par une cellule nationale. Le procureur du lieu de placement doit alors saisir le juge des enfants dans les huit jours après l'arrivée du jeune »*⁹¹⁶. En outre, *« la circulaire précise que si la période d'évaluation de cinq jours ne suffit pas, le conseil général doit en informer le procureur, qui peut ajouter huit jours. S'il est alors établi que le jeune est bien un MIE, le procureur saisit le juge des enfants et requiert le placement dans un département. S'il n'est toujours pas établi qu'il est un MIE au bout des huit jours, il saisit aussi le juge des enfants et requiert un placement dans le conseil général d'arrivée jusqu'à la fin de l'évaluation »*⁹¹⁷.

En clair, il revient au département de décider de la nécessité d'une mesure de protection immédiate. Il lui appartient en outre de mener les investigations complémentaires qui s'imposent

En outre, notons que ce dispositif prévu par la circulaire de 2013 a été maintenu tout en se voyant donner une base légale conforme à la décision du Conseil d'État du 30 janvier 2015 (Pour plus de détails à propos de cette décision, cf. ci-après la note n°923). En effet, la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant précise désormais que l'orientation des mineurs concernés doit s'effectuer en « stricte considération » de l'intérêt de l'enfant, apprécié notamment, par le procureur de la République ou le juge des enfants, « à partir des éléments transmis par le service de l'aide sociale à l'enfance afin de garantir des modalités d'accueil adaptées » (article 375-5 du Code civil). Cette loi et donne en outre compétence au ministre de la Justice pour fixer « les objectifs de répartition proportionnée des accueils de ces mineurs entre les départements, en fonction de critères démographiques et d'éloignement géographique » (article L. 221-2-2 du CASF).

De plus, le Décret n° 2016-840 du 24 juin 2016 (JO du 26) définit les conditions d'évaluation de la situation des mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille (art. R. 222-11 et R. 221-12 du CASF), cette évaluation devant être réalisée par des professionnels justifiant d'une formation ou d'une expérience définies par arrêté dans le cadre d'une approche pluridisciplinaire et se déroulant dans une langue comprise par l'intéressé. L'évaluation est conduite selon les modalités précisées dans un référentiel national fixé par arrêté. Le décret détermine également les conditions d'orientation de ces mineurs dans les départements de façon équitable (art. R. 222-13 à R. 222-15 du CASF), les modalités de calcul de la clé de répartition pour chaque département étant précisées par un arrêté du 28 juin 2016 (JO du 30). Cet arrêté crée quant à lui une procédure contradictoire en cas de déclaration manifestement disproportionnée, par un département, du nombre de mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille pris en charge par le service de l'ASE et ce, en application d'une décision judiciaire à la cellule nationale d'orientation et d'appui à la décision de placement. Cf. sur le sujet : D. POUPEAU, Modalités de répartition des mineurs isolés étrangers, AJDA 2016, P. 1321.

⁹¹⁶ Rémy PIGAGLIO, L'État s'engage ... Op. cit.

⁹¹⁷ Ibid.

afin d'établir la minorité et l'isolement de l'enfant. Ce n'est qu'une fois cette double condition – d'âge et de danger - établie, que le procureur de la République pourra être saisi afin de prendre une décision de placement provisoire.

401. Le juge des enfants, pourtant garant de l'intérêt de l'enfant n'a donc vocation à intervenir que postérieurement à ce dispositif « *où le département et le procureur – tous deux plus soumis aux impératifs de gestion des ministères... - se partagent les rôles* »⁹¹⁸. Qu'un tel choix, rassurant pour le gouvernement ait été opéré n'est ni incompréhensible ni fondamentalement critiquable.

D'ailleurs, quand bien même le mineur serait confronté à un refus de prise en charge de l'Aide Sociale à l'Enfance ou à un non-lieu à assistance éducative du parquet, rien ne s'opposerait à ce qu'il saisisse le juge des enfants sur le fondement de l'article 375 du code civil. Si tant est qu'il soit informé de cette possibilité...⁹¹⁹ En effet, il semble que le nouveau dispositif soit imparfait et ne contribue pas à faire évoluer certaines questions pourtant essentielles à la protection du mineur isolé étranger⁹²⁰. Cela est d'autant plus regrettable que rien ne garantit le bon vouloir des départements dans la prise en charge des mineurs isolés étrangers. « *Qu'en sera-t-il (donc) lorsqu'un conseil général refusera d'accueillir un enfant transféré par un procureur ? La question n'est pas anodine : les conseils généraux des Hauts-de-Seine et de l'Eure-et-Loir n'ont pas apprécié ce dispositif mis en place en région parisienne en 2011. Ils l'ont attaqué devant le Conseil d'État, lequel s'est prononcé, le 12 juin 2013* »^{921/ 922}. Fort heureusement « *les juges du Palais-*

⁹¹⁸ Syndicat de la Magistrature, Communiqué de presse du 19 juin 2013. Disponible en ligne : <http://www.syndicat-magistrature.org/Pour-une-protection-effective-des.html>

⁹¹⁹ V. AVENA-ROBARDET, La fabrique d'un infra-droit d'exclusion, Op. cit.

⁹²⁰ En effet, « résultat d'une enquête sur l'interprétation et l'application de l'art. 3 de la CIDE dans les mesures prises à l'égard des mineurs isolés étrangers en France, le rapport (MINAS) montre que la procédure d'évaluation et de répartition des mineurs doit encore évoluer pour que l'intérêt supérieur des mineurs isolés soit réellement respecté en France », V. AVENA-ROBARDET, Mineurs isolés : évaluation et orientation, AJ Famille 2016, P.359 ; forum-famille.dalloz.fr, brève du 29 juin 2016.

⁹²¹ Rémy PIGAGLIO, Mineurs isolés étrangers : l'État reprend la main, Op. cit.

Pour plus de détail sur cette décision : Obs. M.-C. de MONTECLER, Dispositif de répartition des mineurs isolés étrangers : le Conseil d'État botte en touche, AJDA 2013, P. 1247 ; Mineurs isolés étrangers : le Conseil d'État botte en touche, Dalloz actualité 20 juin 2013 ; Mineurs isolés étrangers : rejet du recours des départements, Recueil Dalloz 2013, P.1552.

⁹²² Il semble cependant que la juridiction administrative estime généralement que les départements ne peuvent refuser l'accueil des mineurs isolés étrangers par le service de l'aide sociale à l'enfance, que ce soit par principe ou quand ils leur ont été confiés par le juge judiciaire : Laurent DOMINGO, Le refus de prise en charge des mineurs isolés étrangers par les départements, La Semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales n°4, 26 janvier 2015, P. 2019.

Royal ont rejeté les recours des deux départements estimant que la décision du ministre de la Justice d'instaurer ce dispositif ne s'imposait pas à l'autorité judiciaire et ne faisait pas grief. Ce faisant, ils ne se sont pas prononcés sur le fond »⁹²³. Certes, la contestation n'a pas reçu réponse favorable⁹²⁴. « Elle souligne toutefois la réticence des départements à l'égard de ce dispositif »^{925/926}.

402. En effet, bien que l'État accepte d'être mis à contribution, il reste que passée l'évaluation de la situation du mineur, ce dernier sera tout comme avant à la charge d'un département⁹²⁷. Il y a donc fort à parier que les conditions d'évaluation de la minorité et de l'isolement resteront marquées par

⁹²³ Rémy PIGAGLIO, Mineurs isolés étrangers : l'État reprend la main, Op. cit.

⁹²⁴ Notons cependant que si la première version, transitoire de ce dispositif a échappé à la censure du Conseil d'État, par une décision du 30 janvier 2015, la Haute assemblée a procédé à l'annulation partielle de la Circulaire du 31 mai 2013. En effet, la part du dispositif consistant à prescrire aux magistrats du parquet de placer les mineurs isolés étrangers selon une clé de répartition correspondant à la part de la population de moins de 19 ans dans chaque département a été jugée illégale, la circulaire fixant sur ce point un critère qui n'est pas prévu par le législateur, lequel n'exige que la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. La Haute juridiction administrative convient cependant que « relève de l'intérêt de l'enfant la prise en considération de la capacité du département d'accueil à le prendre en charge dans des conditions satisfaisantes ». Il apparaît également que « le texte ne porte pas atteinte au pouvoir d'appréciation des magistrats du parquet, ni à l'indépendance des juges des enfants, en les invitant à prendre contact avec une cellule nationale chargée de les informer des capacités d'accueil des services d'aide sociale à l'enfance. L'esprit du dispositif est donc préservé et devrait permettre la prise en charge des mineurs dans d'autres départements que celui dans lequel ils ont été repérés ». Conseil d'État, 30 janvier 2015, n°371415, Département des Hauts-de-Seine, JurisData n°2015-001104 ; E. AUBIN, Le retour de la prise en charge des mineurs isolés étrangers devant le juge administratif, une circulaire de trop ? AJCT 2015, P. 343 ; comm. L. DOMINGO, JCP A 2015, P. 2077 ; Note L. ERSTEIN, JCP A 2015, act. 126 ; Note J.-M. LHUILLIER, Mineurs isolés étrangers : à propos de l'annulation (très) partielle de la « circulaire Taubira » du 31 mai 2013, Rev. dr. sanit. soc, n° 2, 2015, PP. 335 et s. ; Note G. MARTI, Annulation partielle de la circulaire du 31 mai 2013 relative aux mineurs isolés étrangers, La semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, n°26, 29 juin 2015, P. 2194 ; Note M.-Ch. DE MONTECLER, MIE : petite victoire pour les départements, AJDA 2015, P. 188 ; Note C. NEIRINCK, L'annulation partielle de la circulaire relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers, Droit de la famille n°3, Mars 2015, comm. 52 ; V. AVENA-ROBARDET, Mineurs isolés : évaluation et orientation, AJ Famille 2016, P.359.

⁹²⁵ Ibid.

⁹²⁶ Il semble cependant que certains départements fassent preuve de bonne volonté dans la prise en charge des mineurs isolés étrangers, en tentant d'adapter leur intervention en faveur de cette catégorie d'enfants. Ainsi par exemple, la Gironde a procédé à un remodellement de son dispositif en place afin de répondre aux orientations du Protocole.

Il reste que le dispositif national semble « ébranlé et vacillant. Les services de la plupart des départements ne sont plus en mesure d'apporter les réponses suffisantes pour tous ces jeunes ». Et cela vaut notamment parce que « l'expérience et la compétence développées par certains départements n'ont pas eu le temps de se propager vers les départements « novices » avec la même rapidité » que vers les départements plus régulièrement confrontés à cette problématique. En ce sens, C. GUE, L'accueil des mineurs isolés étrangers par l'Aide Sociale à l'Enfance, AJ Famille 2014, P. 96.

⁹²⁷ Et la situation n'est pas éminemment sur le point d'évoluer. En effet, mercredi 28 mai 2014, le Sénat a refusé d'adopter la proposition de loi relative à l'accueil et à la prise en charge des mineurs isolés étrangers visant à transférer à l'État la charge de cette catégorie d'enfants déplacés. Cf. pour plus de détails à ce propos :

http://www.senat.fr/espace_presse/actualites/201402/transférer_a_letat_la_prise_en_charge_des_mineurs_isoles_etrang.html

la suspicion⁹²⁸. Cela vaut d'autant que, prévoyant d'évaluer l'âge du jeune sur la base d'un faisceau d'indices, le nouveau dispositif semble encourager la vérification de l'authenticité des documents d'état civil, ces derniers devant être croisés avec les résultats d'entretien effectués avec le jeune. Reste à savoir si une telle opération peut avoir des chances d'aboutir dans le court délai imparti aux départements...⁹²⁹ Et quand bien même cela serait possible, il faudrait encore justifier qu'elle ait été opérée dans les règles de l'art juridique. En effet, « *si le mineur est titulaire d'un acte d'état civil étranger émanant des autorités de son lieu de naissance, cet acte conformément aux dispositions de l'article 47 du Code civil, dès lors qu'il a été rédigé dans les formes usitées dans ledit pays, fait foi. Deux principes en découlent. D'une part, l'acte étranger doit donc être accepté par les autorités françaises, à charge pour elles de rapporter la preuve de son défaut d'authenticité et tant que cette preuve n'est pas rapportée cet acte produit effet. D'autre part la validité de l'acte étranger est soumise tant dans sa forme qu'au fond à la loi du pays étranger où il a été conclu et non à la loi française. Aussi, seules les autorités étrangères auteurs de l'acte sont compétentes pour en vérifier et en assurer la validité. (...). En conséquence, la présomption générale de faux qui s'abat sur les actes étrangers est illégale, tout comme l'authentification préalable. Les autorités administratives ne peuvent conditionner les droits du mineur à l'authentification préalable de son acte d'état civil auprès des autorités consulaires alors que son acte répond aux exigences de l'article 47 du Code civil. Il n'y a donc aucune raison légale d'exiger et de recourir à d'autres éléments, a fortiori une expertise osseuse même si cette pratique est quelquefois utilisée pour pallier au refus de certaines administrations notamment les tribunaux d'instance d'accepter les actes étrangers au motif qu'ils sont forcément suspects lorsqu'ils émanent de certains pays étrangers* »⁹³⁰. Il arrive cependant que les papiers présentés soient ceux d'une sœur ou d'un frère⁹³¹. Il arrive encore que le mineur mobile ne dispose pas des documents requis. Ainsi, de nombreuses situations imposent la vérification de

⁹²⁸ J.-F. MARTINI, Le juge des enfants, piètre défenseur des mineurs isolés étrangers, AJ Famille 2014, P. 100.

⁹²⁹ Ainsi, dans son courrier du 30 avril adressé à Madame TAUBIRA, Dominique BAUDIS, Défenseur des droits, relève que la prise en charge par un service social prend plusieurs semaines à Paris.

⁹³⁰ Laurence ROQUES, Op. cit. Également à propos de l'article 47 du Code civil : L. GEBLER, La problématique du mineur isolé étranger pour le juge des enfants, AJ Famille 2014, P. 90 ; A. MEIER-BOURDEAU, La détermination de la minorité, AJ Famille 2014, P. 97.

Cf. en outre la décision de la Cour de cassation en date du 11 mai 2016, J.-F. MARTINI, K. PARROT, Jeunes étrangers isolés : l'impossible preuve de la minorité, Recueil Dalloz 2016, P.1545.

⁹³¹ Information recueillie à l'occasion de l'interview de Madame M. BICEP, adjointe au chef de service de l'Aide Sociale à l'Enfance de Guadeloupe (Conseil Général, 1 Rue Duplessis, 97110 Pointe-à-Pitre, Guadeloupe).

l'identité de l'enfant isolé étranger déplacé et pour ce faire, le concours des consulats⁹³². Mais même lorsque leur bonne volonté n'est pas mise en doute⁹³³, ces derniers ne sont pas toujours en mesure de fournir les renseignements sollicités. Ainsi par exemple, le séisme survenu le 12 janvier 2010 en Haïti a généré la destruction de nombreux bâtiments et, par voie de conséquence, la perte de nombreuses données officielles. Les mineurs isolés étrangers haïtiens dont les papiers ont été ensevelis sous les décombres peinent donc parfois à justifier de leur identité⁹³⁴. Néanmoins, les autorités françaises ont démontré qu'elles savent prendre en considération le particularisme de ces situations exceptionnelles⁹³⁵.

403. Les expertises médicales destinées à établir l'âge des enfants sont-elles pour autant la solution idéale ? Une chose est sûre dans les faits, et pour le cas où le doute persisterait sur la minorité du déplacé, elles demeurent une vérification complémentaire possible. Mais pour trancher une incertitude, comment peut-on estimer opportun de recourir à un examen dont la fiabilité ne cesse d'être remise en cause⁹³⁶ ? En effet, la marge d'erreur d'une expertise osseuse du poignet est estimée à dix-huit mois. Si doute il devait y avoir, il apparaît logique qu'il ne concerne que les « grands enfants ». L'expertise en question risque donc de davantage servir à établir la non minorité que l'inverse... La question de l'âge n'est pourtant pas à prendre à la légère. En effet, l'isolement

⁹³² Ibid. En Guadeloupe, essentiellement le recours des consulats d'Haïti et de la Dominique.

⁹³³ Ce qui semble être le cas en Guadeloupe, mais pas nécessairement ailleurs. Ainsi, à en croire certains auteurs, il arrive que les autorités consulaires « ne (soient) pas très coopérantes lorsqu'elles sont sollicitées » : L. GEBLER, La problématique du mineur isolé étranger pour le juge des enfants, Op. cit. ; Cf. également : J.-F. MARTINI, Le juge des enfants, piètre défenseur des mineurs isolés étrangers, Op.cit.

⁹³⁴ Ibid.

⁹³⁵ Cf. par exemple en ce sens la Directive des affaires civiles et du sceau, adressée par le Ministre d'État, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice et des Libertés, aux Procureurs généraux près des Cours d'appel et des tribunaux supérieurs d'appel le 15 février 2010. Ayant pour objet les conséquences du tremblement de terre du 12 janvier 2010 en Haïti sur la production des actes de l'état civil, le texte relève que « l'attention de la direction des affaires civiles et du sceau a été appelée sur les difficultés rencontrées par les parquets et les services de l'état civil concernant des dossiers dans lesquels des requérants de nationalité haïtienne se trouvent dans l'impossibilité, en raison de la catastrophe naturelle intervenue en Haïti, de produire les actes de l'état civil nécessaires à certaines procédures ou démarches en France ». Sur la base de ce constat, les destinataires de la Directives sont invités à transmettre certaines instructions aux magistrats du parquet en charge de l'état civil et aux officiers de l'état civil de leur ressort. Parmi ces dernières, il est notamment recommandé « d'éviter d'engager de façon précipitée des procédures visant à obtenir des jugements supplétifs d'actes d'état civil ».

⁹³⁶ Sur le manque de fiabilité des expertises osseuses : S. BERNIGUAUD, Droit de la famille, Dalloz Action, 2010, n° 243, P.52 ; ANAFE, Pour une application du droit commun dans la prise en charge des mineurs isolés étrangers en quête d'asile et de protection, Op. cit.

établi, c'est elle qui déterminera l'applicabilité de la réglementation relative à l'enfance en danger⁹³⁷. Il faut toutefois bien rappeler qu'en vertu de l'article 246 du Code de procédure civile, le juge n'est pas lié par les résultats de l'expertise⁹³⁸. De plus, se voulant rassurante, Christiane TAUBIRA a assuré dans un courrier du 29 mars 2013, adressé à Dominique BAUDIS, défenseur des droits, que si le doute persiste sur l'âge, il doit bénéficier au jeune⁹³⁹. L'affirmation méritera d'être vérifiée en pratique. Elle le sera. Plus généralement, c'est l'ensemble de la mise en œuvre de la nouvelle organisation qui sera évalué. En effet, un comité de suivi a été mis en place le 22 juillet 2013 à cette fin. Aussi, face aux difficultés identifiées, il formulera à l'avenir des propositions et fera émerger des pistes d'amélioration⁹⁴⁰. Dans tous les cas, la contestation de la minorité ne devrait jamais être un frein à l'accueil d'urgence, faute de quoi l'enfant est laissé à la rue et ainsi exposé à un danger inacceptable. Malheureusement, l'inacceptable en question arrive parfois. Reprenons les faits ayant mené à l'ordonnance rendue par le Conseil d'État le 12 mars 2014⁹⁴¹.

404. À l'issue de tests médicaux, et malgré son état civil, un mineur isolé étranger a été déclaré majeur par le département dont il dépendait. Le préfet de Loire-Atlantique a donc édicté à son encontre une obligation de quitter le territoire français. L'article 511-4 du CESEDA protégeant les mineurs étrangers de cette obligation, cette dernière a été contestée le 5 décembre 2013 devant le

⁹³⁷ Précision faite qu'en matière d'assistance éducative, le juge ne peut prendre une mesure d'assistance éducative au profit d'un mineur de moins de dix-huit ans, quand bien même la loi de ce dernier fixerait la majorité au-delà de cet âge. En effet, « l'âge de la majorité pour un jeune étranger en France dépend de la question posée : s'il s'agit de sa capacité, c'est sa loi nationale qui doit être prise en considération, s'il s'agit d'un texte d'ordre public, comme les textes sur l'entrée et le séjour des étrangers ou les textes sur la protection des enfants en danger, c'est le droit français fixant l'âge de la majorité à 18 ans qui doit être pris en compte » : F. MONEGER, Note sous Paris, 16 mai 2000, Le juge des enfants peut-il prendre une mesure d'assistance éducative au profit d'un enfant étranger de plus de 18 ans, mineur selon sa loi nationale ? Rev. dr. sanit. soc. 2000, P. 609.

⁹³⁸ Ce qu'a clairement rappelé la deuxième chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 25 janvier 2001 (pourvoi n° 99-50-067) où elle indique que le juge est libre d'apprécier la valeur probante des éléments de preuve qui lui sont présentés. Ceci dit, la valeur et la portée de l'expertise relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond, la Cour de cassation ne peut exercer son rôle unificateur en la matière. Les pratiques des juridictions restent dès lors assez disparates.

⁹³⁹ Il reste que dans son ensemble (actes d'état civil et à défaut, examens complémentaires), la détermination de l'âge des mineurs isolés étrangers continue à faire l'objet de nombreuses critiques.

⁹⁴⁰ C. FLEURIOT, Prise en charge de mineurs isolés étrangers : le comité de suivi est installé, Dalloz actualité 24 juillet 2013.

⁹⁴¹ CE, Ord., 12 mars 2014, Note H. RIHAL et A. CAVANIOL, Le juge des référés libertés et les mineurs isolés étrangers : de nouvelles contraintes pour le service de l'aide sociale à l'enfance, Rev. dr. sanit. soc., 2014, P.531 ; Note S. SLAMA, MIE : injonction en référé-liberté, à un conseil général d'assurer l'hébergement d'un jeune étranger isolé reconnu mineur par le juge des enfants, AJ Famille 2014, P. 251.

tribunal administratif de Nantes⁹⁴². Le 9 décembre suivant, le mineur isolé étranger a en outre saisi directement le juge des enfants sur le fondement de l'article 375 du Code civil. L'intéressé ayant présenté des actes d'état civil dont l'authenticité n'était pas contestée, le juge des enfants saisi du dossier a pris une ordonnance aux fins de placement et de protection assortie de l'exécution provisoire le 10 février 2014. En effet, conformément aux dispositions de l'article 47 du Code civil, l'âge de seize ans devait être retenu « *jusqu'à ce qu'il soit statué sur le recours pendant devant le tribunal administratif* »⁹⁴³. Il reste que les services de l'Aide Sociale à l'Enfance sont demeurés réticents à prendre en charge l'enfant. Ce dernier a donc saisi le juge administratif des référés-libertés afin d'obtenir, dans les 24 heures, une injonction au département d'assurer sa prise en charge. Le juge des référés du tribunal administratif de Nantes a cependant « *requalifié sa demande en considérant, à tort, que ses conclusions devaient être regardées comme ayant pour seul objet d'assurer l'exécution effective de l'ordonnance du juge des enfants. Saisi en appel, le juge des référés du Conseil d'État censure cette déclaration d'incompétence* »⁹⁴⁴ et reconnaît « *pour la première fois l'existence de « circonstances particulières » justifiant d'admettre, eu égard à l'office du juge des référés-libertés, la capacité à agir d'un mineur isolé étranger pour obtenir un hébergement d'urgence par un département le considérant majeur alors que l'intéressé a fait l'objet d'une ordonnance de placement rendue par un juge des enfants* »⁹⁴⁵. Cela étant, il semble que l'on puisse tout de même « *regretter que l'injonction se milite au seul hébergement d'urgence et ne tranche pas la question de la prise en charge effective par l'ASE* »⁹⁴⁶...

405. Mais disons que ce genre de situations ne constituera pas la règle et admettons que la nouvelle organisation permettra dans la plupart des cas l'évaluation de la situation d'un mineur isolé étranger présent sur notre territoire. Estimons qu'en conséquence, ce dernier sera effectivement pris

⁹⁴² TA Nantes, 18 mars 2014, Note S. SLAMA, Capacité à agir d'un mineur isolé étranger contre la légalité d'une obligation de quitter le territoire français, AJ Famille 2014, P. 381.

⁹⁴³ CE, Ord., 12 mars 2014, Note S. SLAMA, MIE : injonction en référé-liberté, à un conseil général d'assurer l'hébergement d'un jeune étranger isolé reconnu mineur par le juge des enfants, Op. cit.

⁹⁴⁴ Ibid.

⁹⁴⁵ Ibid.

⁹⁴⁶ Ibid.

en charge en France⁹⁴⁷. L'accueil pensé dans le seul cadre de l'urgence ne résoudra pas tous les problèmes qui seront susceptibles de se poser à plus ou moins long terme. En effet pour exemple : le mineur qui bénéficie d'une mesure d'assistance éducative ne possède pas de représentant légal. Partant, l'ouverture d'une tutelle devrait pouvoir succéder à l'intervention de l'administrateur ad hoc. Pareille mesure est en effet essentielle car elle permet au mineur une prise en charge correcte en dépit de son isolement familial. L'exemple à suivre en est la preuve : un mineur haïtien que nous appellerons Samuel a été déplacé de son pays d'origine vers la Guadeloupe dans le cadre d'un regroupement familial. Seulement, peu de temps après son arrivée, son père a décidé de « retourner au pays », laissant ses trois fils seuls en Guadeloupe. Samuel, alors âgé de 16 ans, a été recueilli par l'aîné de la fratrie qui louait un petit appartement. Nous n'en saurons pas beaucoup plus sur les circonstances ayant mené les frères à devoir se séparer. Nous savons simplement que Samuel, seul mineur, a été recueilli par les services de l'Aide Sociale à l'Enfance suite à l'expulsion de son grand frère de l'appartement pour cause de loyers impayés. En effet, saisi de la situation de ce jeune par le parquet des mineurs, le juge des tutelles a déféré la tutelle de Samuel au Conseil général guadeloupéen, qui l'a confiée à l'Aide Sociale à l'Enfance. Depuis, Samuel est scolarisé au Lycée Carnot à Pointe-à-Pitre. Il semble plutôt bien intégré et parfaitement suivi⁹⁴⁸. L'histoire relatée est heureuse. Cependant, est-elle représentative du quotidien de l'ensemble des mineurs isolés étrangers ? À en croire les travaux de Mademoiselle BRIOT, rien n'est moins sûr. En effet, de nombreux freins dans la mise en œuvre de la protection de cette catégorie d'enfants empêcheront

⁹⁴⁷ Encore faudra-t-il cependant que les départements ne cherchent pas à fuir leur obligation de prise en charge des mineurs isolés étrangers en arguant de la saturation de leurs capacités d'accueil. Cela étant, depuis la décision du Conseil d'État du 27 juillet 2016, une telle excuse semble difficilement pouvoir intervenir au secours des départements. En effet, à l'occasion de cette affaire, la Haute Juridiction administrative a estimé qu'« un département ne peut s'exonérer de son obligation de prise en charge des mineurs isolés étrangers au motif d'une saturation de ses capacités d'accueil ». Ce n'est donc que si les mesures de sauvegarde à prendre excèdent les capacités du département, que le juge des référés pourra prononcer une injonction à l'égard des autorités de police judiciaire, de prendre en charge un mineur isolé étranger. Or, il semble qu'une telle situation ne puisse être très aisément justifiée. En effet, la décision suscitée en est la preuve : bien que le Conseil d'État y reconnaisse les efforts importants du département du Nord il en rejette le recours, estimant qu'il n'était pas prouvé qu'aucune solution temporaire ne pouvait être trouvée. À propos de cette affaire, cf. CE, 27 juillet 2016, n°400055, Recueil Lebon – Recueil des décisions du Conseil d'État 2016, Mineurs isolés étrangers : étendue de la compétence de l'État ; AJDA 2016, P. 2115 ; Jean LESSI, Mineurs isolés étrangers : étendue de la compétence de l'État, AJDA 2016, P. 2115 ; M.-C. DE MONTECLER, Mineurs isolés étrangers : la compétence très subsidiaire de l'État, Dalloz actualité, 29 juillet 2016 ; du même auteur, Mineurs isolés étrangers : la compétence très subsidiaire de l'État, AJDA 2016, P. 1543.

⁹⁴⁸ Informations recueillies à l'occasion de l'interview précitée de Madame M. BICEP, adjointe au chef de service de l'Aide Sociale à l'Enfance de Guadeloupe.

nombre d'entre eux de systématiquement bénéficier d'une prise en charge aussi favorable⁹⁴⁹. La raison en est simple : il y aurait une différence de traitement possible entre les mineurs selon l'importance de leur flux. Il faut dire qu'au 23 juin 2014, le département Guadeloupe ne comptait à sa charge qu'une dizaine de mineurs isolés étrangers⁹⁵⁰. C'est sans commune mesure avec les départements les plus « touchés » ! Cela dit la prise en charge de ces jeunes n'est pas l'unique problème. En effet, quand bien même elle serait assurée, l'intérêt supérieur de l'enfant resterait à garantir...

406. En vérité, il semble généralement que les structures chargées de prendre durablement en charge les mineurs isolés étrangers ne soient pas adaptées⁹⁵¹. En effet, *« en l'absence de structures spécifiques d'accueil, les MIE sont dans le meilleur des cas intégrés dans le dispositif de droit commun de protection de l'enfance. Or, les structures « traditionnelles » de protection ont été conçues pour accueillir des enfants qui vivent dans un cadre familial et dans lequel ils sont destinés à retourner ; elles ne sont donc pas toujours adaptées à la situation des MIE qui ont leur problématique propre, et dont la prise en charge induit des spécificités »*⁹⁵². En outre, l'accompagnement éducatif dont ces derniers sont susceptibles de faire l'objet n'est guère moins problématique. En effet, confrontés à la nécessité de construire un projet de vie, *« les éducateurs, qui ont davantage l'habitude de travailler sur la problématique du retour en famille et la restauration des liens parents-enfants à partir d'un environnement familial, social et scolaire existant, se trouvent souvent désemparés face à ce public. La prise en charge de ces mineurs présente en effet des difficultés particulières, liées notamment à la barrière de la langue, aux troubles et aux pathologies que présente le mineur ; elle nécessite un important travail de reconstruction personnelle, mais également un accompagnement plus « technique » dans les*

⁹⁴⁹ E. BRIOT, Mineurs isolés étrangers en danger, Mémoire de DESS, Univ. Evry Val d'Essonne, 2004, P. 31.

⁹⁵⁰ Cf. Interview de Madame BICEP, Op. cit.

⁹⁵¹ En ce sens, cf. notamment les propos de Jean-Michel PAULIN, directeur du CAOMIDA (Centre d'Accueil et d'Orientation pour Mineurs Isolés Demandeurs d'Asile). Interview et témoignages disponibles en ligne à l'adresse suivante : <http://www.rfi.fr/emission/20130619-detresse-mineurs-isoles-etrangeurs/>

⁹⁵² E. BRIOT, Mémoire précité.

*procédures d'ouverture de tutelle ou de reconnaissance du statut de réfugié auxquelles les travailleurs sociaux ne sont pas familiarisés »*⁹⁵³.

De plus, bien que le courrier de la Garde des Sceaux au défenseur des droits ait assuré que tout était fait pour que les mineurs aient accès à la scolarité et à l'apprentissage, dans les faits, il apparaît que des difficultés administratives, notamment inhérentes à la réclamation d'un passeport par l'administration, place les jeunes qui en sont souvent dépourvus dans des situations inextricables⁹⁵⁴.

407. Leur situation ne s'arrange d'ailleurs pas à leur majorité puisque le statut protecteur dont ils bénéficiaient cesse de produire ses effets. Le droit commun des étrangers retrouve instantanément toute sa force et le mineur devenu majeur est de nouveau exposé au risque de l'expulsion. La raison en est simple : *« l'entrée et le séjour en France d'un étranger pendant sa minorité ne constitue pas, à lui seul, un élément de nature à lui reconnaître un droit au séjour à sa majorité. Le fait que le ressortissant étranger ne soit pas dans l'obligation de solliciter un titre de séjour avant l'âge de 18 ans ne lui permet pas, de ce fait, d'exiger et de plein droit une régularisation de ses conditions d'entrée sur le territoire national »*⁹⁵⁵. Et la situation s'est encore aggravée avec l'adoption de la *loi du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers et à la nationalité*⁹⁵⁶. En effet, la possibilité ouverte aux mineurs isolés étrangers d'acquérir la nationalité française par simple déclaration en vertu de l'ancien article 21-12 du Code civil a été restreinte par ce texte aux seuls enfants pris en charge par l'ASE au moins trois ans, à savoir, avant l'âge de

⁹⁵³ Ibid.

⁹⁵⁴ Ibid. : « La situation est particulièrement difficile pour les mineurs de plus de seize ans : en l'absence d'obligation scolaire, l'Éducation Nationale rechigne en effet à les accueillir ; certains établissements subordonnent même leur inscription à la présentation d'un titre de séjour, bien qu'il ne soit pas obligatoire avant 18 ans. Et lorsqu'enfin ils parviennent à être scolarisés, ils sont généralement « sous-orientés », contraints de redoubler leur classe précédente ou dirigés dans une voie qui ne leur correspond pas, ce qui constitue pour eux un nouveau sentiment d'échec. L'accès à la formation professionnelle leur est également difficile en l'absence d'autorisation de travail et de certitude sur l'obtention d'un titre de séjour à la majorité : non expulsables mais non soumis à l'obligation scolaire, l'apprentissage que beaucoup d'entre eux souhaiteraient poursuivre leur est refusé ; ils sont alors orientés vers des structures préprofessionnelles de type SIPA, mais là encore, tous ne peuvent pas en bénéficier ».

Cf. dans le même sens : S. BERNIGUAUD, Op. cit.

⁹⁵⁵ S. BERNIGUAUD, Ibid.

⁹⁵⁶ Pour un commentaire à propos de cette loi, cf. N. GUIMEZANES, La loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, JCP 2003. act. 592.

quinze ans⁹⁵⁷. La volonté du législateur est donc claire : limiter au maximum l'accueil à très long terme de ces enfants. Cela se vérifie simplement quand on sait que la plupart des mineurs arrivant seuls en France ont dépassé le seuil requis lorsqu'ils se présentent à nos institutions⁹⁵⁸.

408. Pourquoi donc accueillir ces enfants si après les avoir admis sur le territoire et les avoir pris en charge, on les rejette dès l'instant où sonne l'horloge de leurs 18 ans ? En réalité, *« on peut (...) se demander si tout étranger né et élevé en France et même tout étranger arrivé très jeune en France ne devrait pas bénéficier ipso facto d'une protection contre une mesure d'expulsion ou de reconduite à la frontière. Toutes ses attaches ne sont-elles pas en France ? Et si son comportement révèle une dangerosité certaine, n'est-ce pas la preuve de l'échec ou de l'impossibilité d'une intégration sociale dont il est somme toute choquant de prétendre faire supporter les conséquences à un pays à tout point de vue étranger »*⁹⁵⁹ ?

Pour en quelque sorte pallier ce « non-sens »⁹⁶⁰, la loi du 24 juillet 2006 a prévu que les enfants étrangers pris en charge avant leur seizième anniversaire par l'aide sociale à l'enfance puissent obtenir de plein droit une carte de séjour temporaire mention « vie privée et familiale », « sous réserve du caractère réel et sérieux du suivi de la formation, de la nature de ses liens avec la famille restée dans le pays d'origine et de l'avis de la structure d'accueil sur l'insertion de cet étranger dans la société française »^{961/962}. Bien que certaine, l'avancée n'était malheureusement que partielle puisque étaient arbitrairement exclus, les jeunes de plus de seize ans, ainsi que ceux pris en charge par d'autres institutions que l'Aide Sociale à l'Enfance⁹⁶³. Depuis, la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011, relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, a quelque peu fait avancer les choses. En effet, l'étranger qui a été confié à l'ASE entre l'âge de 16 et 18 ans peut dorénavant se voir délivrer, « à titre exceptionnel », une carte de séjour temporaire portant la

⁹⁵⁷ Ibid. Cf. également E. BRIOT, Mémoire précité.

⁹⁵⁸ S. BERNIGUAUD, Ibid.

⁹⁵⁹ H. FULCHIRON, L'enfant étranger a-t-il un droit à vivre en France ? Petites affiches, 03 mai 1995 n° 53, P. 37.

⁹⁶⁰ L'expression est utilisée par Mesdames BERNIGUAUD et BRIOT dans leurs travaux précités.

⁹⁶¹ Article L.313-11, 2° bis CESEDA.

⁹⁶² Pour plus de détails à propos de cette loi, cf. N. GUIMEZANES, La loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, JCP 2006.I.167.

⁹⁶³ Si néanmoins ils s'inscrivent dans une démarche d'insertion professionnelle et sollicite à cet effet une autorisation administrative de travail, une Circulaire du 2 mai 2005 prévoit qu'ils puissent bénéficier d'une carte de séjour « étudiant », « salarié » ou « travailleur temporaire ».

mention « *salarié* » ou « *travailleur temporaire* » dans l'année qui suit son dix-huitième anniversaire et ce, dès l'instant où il est en mesure de justifier qu'il suit depuis au moins six mois une formation qualifiante⁹⁶⁴. Ce droit reste néanmoins subordonné au caractère réel et sérieux du suivi de cette formation, à « *la nature de ses liens avec sa famille restée dans le pays d'origine* », ainsi qu'à son « *insertion dans la société française* »⁹⁶⁵. La production d'un titre de séjour pour un séjour d'une durée supérieure à trois mois – en principe exigée pour l'obtention d'une carte de séjour temporaire - n'est en revanche pas requise. Malgré tout, l'appréciation de cette avancée paraît susceptible de fragiliser sa portée⁹⁶⁶.

En réalité, il semble que les difficultés inhérentes au dispositif français soient plus profondes qu'elles n'y paraissent de prime abord : comme le fait valoir Eva LEMAIRE, « *en France, la scolarisation des mineurs étrangers de plus de 16 ans pose problème. Très peu de dispositifs adaptés leur sont en effet proposés. « Ils sont le plus souvent immergés dans un système scolaire destiné aux jeunes français, donc, peu adapté à cette population, dit la chercheuse* »⁹⁶⁷. De plus, « *le gouvernement français leur demande de faire preuve de leur intégration sans vraiment leur en donner les moyens dans le système éducatif* »⁹⁶⁸. Or, le droit comparé canadien semble à même de nous prouver qu'une telle pression mise sur l'éducation n'est pas inévitable. En effet, « *la Commission scolaire de Montréal offre, par exemple, des structures qui permettent d'intégrer ces jeunes rapidement. Les mineurs étrangers ont plus accès à la scolarité et, comme ils ont un profil scolaire plus élevé, ils peuvent plus facilement rejoindre un cursus régulier* »⁹⁶⁹. Au contraire, « *en France, après une période de déscolarisation assez longue, environ 10 mois, ils n'ont pas d'autre choix que d'adopter des filières courtes, techniques* »⁹⁷⁰. Ainsi, « *leur parcours est davantage contraint et n'est pas toujours respectueux de ce que ces jeunes auraient aimé faire ou ont les*

⁹⁶⁴ Article L. 313-15 du CESEDA.

⁹⁶⁵ Ibid.

⁹⁶⁶ http://vincenttchen.typepad.fr/droit_des_etrangers/reforme-besson-2010/

⁹⁶⁷ Les mineurs étrangers séparés : écarts entre la France et le Canada. Par Louise TREMBLAY, entrevue avec Eva LEMAIRE, Entre-vues, METISS et ses recherches en actions, Vol. 2, n°4, avril 2011, Centre de recherche et de formation du CSSS de la Montagne. Document disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.csssdelamontagne.qc.ca/fileadmin/csss_dlm/Publications/Publications_CRF/entre_vues_vol2_no4_avril2011_enligne.pdf

⁹⁶⁸ Ibid.

⁹⁶⁹ Ibid.

⁹⁷⁰ Ibid.

capacités de faire en termes d'intégration scolaire »⁹⁷¹. Et pourtant, encore une fois, la référence au droit canadien atteste de la possibilité d'une politique migratoire mieux pensée : au Canada, « l'accent est mis sur la demande d'asile ». Il en résulte que la situation des mineurs étrangers « est plus claire grâce à une politique migratoire et sociale plus transparente de la part des autorités concernées. À leur arrivée, ils demandent le statut de réfugié. Le Canada examine leur demande à partir de critères relatifs à la Convention de Genève »⁹⁷². « Le fait que ces jeunes soient des réfugiés, que leur demande d'asile soit examinée en amont lorsqu'ils arrivent et que la procédure soit accélérée leur permet d'avoir un parcours d'insertion assez classique »⁹⁷³. « Ce qui est paradoxal, dit Eva Lemaire, c'est que la France investit beaucoup dans la protection sociale, humainement et financièrement, or, celle-ci entre en contradiction avec les mesures d'immigration. En comparaison, le système québécois apparaît plus cohérent »⁹⁷⁴.

409. De ces observations résulte un constat sans appel : la conséquence des lacunes du droit des étrangers applicable au mineurs isolés étrangers répond présente. En effet, de nombreux jeunes ne trouvent pas le refuge qu'ils espéraient dans les structures que la France leur propose et pour ces raisons, s'échappent. D'autres, devenus majeurs, basculent dans la clandestinité pour ne pas risquer de quitter un pays qui en quelque sorte, est devenu le leur. Dans tous les cas, seuls, sans véritables repères et sans ressources, ils deviennent rapidement la cible de réseaux criminels prêts à les exploiter sans scrupules⁹⁷⁵ (II).

II/ La lutte contre la traite et l'exploitation des mineurs isolés étrangers

410. La traite n'est pas l'exploitation. Elle est le processus susceptible de mener à l'exploitation. L'exploitation est donc la finalité, le résultat de la traite. Et à en croire les chiffres, le phénomène

⁹⁷¹ Ibid.

⁹⁷² Ibid.

⁹⁷³ Ibid.

⁹⁷⁴ Ibid.

⁹⁷⁵ Mineurs isolés étrangers et sans protection en Europe, rapport comparatif final, publié en 2013 dans le cadre du projet PUCAFREU « Promouvoir les droits des mineurs non accompagnés et sans protection en Europe ».

est loin d'être anodin. En effet, « *selon l'Organisation des Nations Unies (ONU) et le Conseil de l'Europe, la traite des êtres humains serait la troisième forme de trafic la plus répandue dans le monde après le trafic de drogue et le trafic d'armes. Elle ne générerait pas moins de 32 milliards d'euros de chiffre d'affaires annuel* »⁹⁷⁶. Par ailleurs, « *chaque année, environ 2,5 millions de victimes, principalement des femmes et des enfants, sont recrutées et exploitées à travers le monde* »⁹⁷⁷. Parmi elles, plus d'un million d'enfants seraient des mineurs isolés étrangers⁹⁷⁸.

411. Qu'ils aient eu recours dès l'origine à des passeurs-trafiquants qui auront usé de ruse pour les convaincre – ou convaincre leurs parents - de partir, ou, que se retrouvant seuls durant leur périple, ils soient tombés dans les filets des réseaux criminels faute d'une protection réellement apte à pallier leur état de danger, les mineurs isolés étrangers n'échappent donc pas à la réalité de la traite et de l'exploitation. Et pour cette catégorie d'enfants déplacés, les conséquences sont lourdes : quelle que soit la forme qu'elle revêt, l'exploitation utilise les mêmes processus et les mêmes mécanismes de soumission, conduisant à la dépossession de soi et à la dépersonnalisation de l'individu victime⁹⁷⁹. Le phénomène a ainsi inévitablement « *un impact profond, brutal, sur les personnes exploitées* »⁹⁸⁰. À défaut de se voir garantir une protection convenable en raison de leur

⁹⁷⁶ La France et la lutte contre la traite des êtres humains. Op. cit. Document disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/FR-lutte_contre_la_traite-VF_cle8a8692.pdf

⁹⁷⁷ Ibid.

⁹⁷⁸ UNICEF, End Child Exploitation, « Stop the traffic », July 2003.

Cela dit, l'évaluation de l'exploitation de l'enfance ne saurait se baser sur des certitudes incontestables. En effet, elle ne peut être qu'imprécise puisqu'elle relève de la criminalité et par là même, de la clandestinité.

⁹⁷⁹ Bien que la traite puisse exister sans déplacement transnational, le déplacement de la victime de son lieu d'origine est un moyen de l'isoler en la séparant de sa famille, de ses amis ou de toute personne pouvant lui offrir assistance. C'est pourquoi, après son recrutement par le moyen de la tromperie ou de la contrainte, la victime est souvent transférée en un autre lieu que son centre d'attache et d'intégration habituel. Ensuite, pour mieux asseoir leur emprise, « les exploiters ont recours à des mécanismes permettant de contrôler et de maintenir les individus dans des conditions d'esclavage ou analogues à l'esclavage ». Les victimes sont ainsi vulnérabilisées et contraintes par une violence à la fois physique - coups, viols... - et psychologique - menace de représailles sur leur famille restée au pays. Le but est de les briser et de les résigner à leur condition pour éviter tout risque de « rébellion ». Les documents d'identité sont en outre systématiquement confisqués. Quand la personne entre en France de manière régulière, la durée des visas étant limitée, elle se trouve rapidement en situation irrégulière et devient de ce fait, plus vulnérable. G. VAZ CABRAL, La traite des êtres humains, réalités de l'esclavage contemporain, Éd. La découverte, Paris, 2006, PP. 96-100.

⁹⁸⁰ En effet, sous-alimentation, violences physiques, viols, manque d'hygiène et de soins, etc., sont autant de causes qui nuisent au bien-être physique des victimes de la traite. Parallèlement, leur santé mentale est atteinte par les menaces répétées, l'intimidation, les manipulations émotionnelles, l'isolement social, etc. Parfois même, l'utilisation (forcée ou non) d'alcool et de drogues contribue à la dégradation de l'état général de la victime qui souffre de troubles et de dépendance. Une fois libérées de l'emprise des trafiquants, les individus ayant été soumis à la traite ou au trafic souffrent souvent de stress post-traumatique : cauchemars, souvenirs, dépression, insomnies, irritabilité, etc. Et quand

qualité d'enfants en danger, les mineurs isolés étrangers pourraient-ils donc au moins espérer se prévaloir de leur qualité de victimes - ou de victimes potentielles - de la traite pour se voir garantir d'être protégés ? La lutte contre la traite étant désormais un objectif clairement affirmé, il semble qu'il y ait des raisons de le croire (A). Néanmoins, l'espoir mérite d'être mesuré à partir du moment où l'on constate qu'en France, l'évolution de la réglementation demeure imparfaite (B).

A. La lutte contre la traite et l'exploitation (des mineurs isolés étrangers) : un objectif clairement affirmé

412. À l'origine, la traite était une pratique « *qui consistait à transporter d'un lieu à un autre des individus après les avoir capturés et réduits en esclavage. Elle avait pour objectif d'approvisionner le commerce de marchandises humaines. Aujourd'hui, elle se comprend de la même manière à la différence près qu'elle désigne un phénomène global lié à la migration et à la recherche d'une vie meilleure* »⁹⁸¹. La misère et les difficultés économiques sont donc des facteurs décisifs du choix de vie des populations : l'immigration est envisagée comme une stratégie de réponse à la pauvreté. En ce sens, l'Occident possède un pouvoir d'attraction indéniable⁹⁸². Cependant, parallèlement à la libéralisation du commerce, « *les pays se sont lancés dans une compétition accrue demandant une restructuration profonde de leur économie et un contrôle du mouvement de la main-d'œuvre* »⁹⁸³. Ainsi, au nom du protectionnisme économique, les États riches ont été poussés à mettre en œuvre des politiques d'immigration restrictives afin de mieux maîtriser les flux migratoires⁹⁸⁴. Malheureusement, ils ont de la sorte indirectement contribué à la dynamisation de la traite car la limitation de la liberté de mouvement des migrants est mise à profit par les trafiquants qui ont développé un véritable marché de l'immigration. La pauvreté ne peut toutefois être considérée

dans le meilleur des cas, les victimes parviennent à retrouver un relatif équilibre, c'est parfois la fatalité d'une maladie contractée au cours de leur douloureux périple qui pèse sur leur devenir à long terme... Pour des développements plus détaillés assortis d'exemples significatifs, cf. G. VAZ CABRAL, Id. PP. 153-163.

⁹⁸¹ G. VAZ CABRAL, Id. P. 5.

⁹⁸² Id. PP. 40 et s.

⁹⁸³ Id. P. 22.

⁹⁸⁴ Ibid. : « L'Union européenne illustre clairement cette tendance. La Convention de Schengen, entrée en vigueur le 26 mars 1995, qui a suivi l'instauration de l'espace économique du marché commun, est la parfaite concrétisation d'une forteresse européenne où la liberté fondamentale d'aller et venir est un droit limité aux citoyens européens et aux résidents étrangers ».

comme une cause unique. En effet, d'autres facteurs tels les conflits armés⁹⁸⁵, la condition des femmes⁹⁸⁶ ou encore, les préjugés raciaux⁹⁸⁷, contribuent à encourager la mobilité des populations, quitte à ce que l'addition espérée légère, se solde finalement au prix de l'exploitation.

Fort heureusement cependant, le phénomène n'est ni ignoré, ni cautionné. D'ailleurs, à en croire le droit conventionnel, l'objectif visant à lutter contre la traite et l'exploitation est fixé. Il l'est au moins depuis la CIDE. L'instrument en effet, a représenté un tournant dans la protection des droits de l'enfant, y compris en ce que cette convention condamne sans équivoque l'exploitation des enfants, qu'elle soit économique⁹⁸⁸, sexuelle⁹⁸⁹, ou de toute autre forme⁹⁹⁰. Les États parties doivent en conséquence prendre « *toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants à quelque fin que ce soit et*

⁹⁸⁵ Les conflits armés ont également contribué à fragiliser les populations locales et les ont de ce fait davantage exposées à la traite et au trafic. L'asservissement pendant et après guerre a pour origine les mêmes facteurs qu'en temps de paix. Toutefois, les conflits amplifient ces facteurs et participent à l'expansion de la traite.

⁹⁸⁶ La condition des femmes est parfois en elle-même un facteur favorisant le trafic et la traite puisque certaines traditions fragilisent particulièrement les petites filles : discrimination (accès limité à l'éducation, à l'alimentation et aux soins, restriction de leurs droits) ou exposition à diverses formes d'exploitation (domestique, sexuelle, économique, etc.). Pour plus de détails à ce propos, cf. G. VAZ CABRAL, Op. cit. PP. 30-31.

⁹⁸⁷ Le lien entre la traite des êtres humains et les préjugés raciaux ne doit pas être occulté, notamment en raison de la marginalisation que peut générer la discrimination. Ainsi, la communauté Rom est un exemple probant de minorité identifiée dans plusieurs rapports d'ONG et des Nations Unies comme étant particulièrement exposée à des risques de traite. L'exemple pourrait être repris à propos de la Guadeloupe en ce qui concerne les communautés haïtienne et dominiquaise.

⁹⁸⁸ Article 32 : « 1° Les États parties reconnaissent le droit de l'enfant d'être protégé contre l'exploitation économique et de n'être astreint à aucun travail comportant des risques ou susceptible de compromettre son éducation ou de nuire à sa santé ou à son développement physique, mental, spirituel, moral ou social. 2° Les États parties prennent des mesures législatives, administratives, sociales, et éducatives pour assurer l'application du présent article. À cette fin, et compte tenu des dispositions pertinentes des autres instruments internationaux, les États parties, en particulier : a) fixent un âge minimum ou des âges minimum d'admission à l'emploi ; b) prévoient une réglementation appropriée des horaires de travail et des conditions d'emploi ; prévoient des peines ou autres sanctions appropriées pour assurer l'application effective du présent article ».

⁹⁸⁹ Article 34 : « les États parties s'engagent à protéger l'enfant contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de violence sexuelle. À cette fin, les États prennent en particulier toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher : a) que des enfants ne soient incités ou contraints à se livrer à une activité sexuelle illégale ; b) que des enfants ne soient exploités à des fins de prostitution ou autres pratiques sexuelles illégales ; c) que des enfants ne soient exploités aux fins de la production de spectacles ou de matériel de caractère pornographique ».

⁹⁹⁰ Article 36 : « les États parties protègent l'enfant contre toutes les autres formes d'exploitation préjudiciables à tout respect de son bien-être ». Pour une idée plus précise de ces « autres formes d'exploitation », la participation des enfants à des conflits armés (Article 38) ou de leur utilisation pour produire ou pour trafiquer de la drogue (Article 33) peuvent être citées. Aussi, pour illustration, il semble que les mineurs isolés étrangers victimes d'exploitation en guadeloupe, soient essentiellement de grands adolescents, souvent des garçons, enrôlés dans des réseaux de trafics de stupéfiants. Cf. en ce sens, l'interview précitée de Madame Jeanne CHEENNE, vice-présidente du Tribunal de Grande Instance de Pointe-à-Pitre, chargée des fonctions de juge des enfants.

sous quelque forme que ce soit »⁹⁹¹. Par ailleurs, il est aujourd'hui acquis que « *des traités internationaux obligent les gouvernements à agir avec toute la diligence requise pour empêcher la traite, enquêter sur les actes qui en relèvent et traduire en justice ceux qui s'en rendent responsables, et leur imposent de veiller à ce que les victimes aient accès à des recours efficaces et à des réparations suffisantes* »⁹⁹². Le droit international public condamne donc assez largement l'exploitation des enfants au moyen de textes émanant en grande partie de nombreuses organisations internationales ou régionales telles que les Nations Unies, l'Organisation Internationale du Travail (OIT), le Conseil de l'Europe ou encore, l'Union Européenne.

413. Partie à ces organisations, la France ne pouvait que difficilement échapper à leur influence. Voilà qui justifie au moins partiellement qu'elle se soit à son tour concrètement engagée dans la lutte contre la criminalité transnationale organisée. Pour ce faire, elle a choisi de faire siens les objectifs conventionnels en ratifiant notamment la *Convention des Nations Unies de 2000* et son *Protocole additionnel relatif à la traite (protocole de Palerme)*⁹⁹³. À l'échelle mondiale, ce protocole est le seul instrument juridique contraignant en la matière et constitue « *désormais la principale source juridique sur laquelle repose la lutte internationale contre la traite* »⁹⁹⁴.

⁹⁹¹ Article 35.

⁹⁹² AMNESTY INTERNATIONAL France, La protection et la défense des droits des victimes de la traite des êtres humains. Préoccupations et recommandations d'Amnesty International France, 3 décembre 2008.

⁹⁹³ ONU (Assemblée générale), Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, adopté le 15 novembre 2000.

Disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5525f.pdf

La Convention contre la criminalité transnationale organisée est entrée en vigueur le 29 septembre 2003 et le Protocole sur la traite des personnes, en décembre de la même année.

Notons quand même que l'intérêt manifesté sur le plan international à l'esclavage et à sa suppression est antérieur aux années 2000. Le premier document international élaboré dans ce domaine l'Arrangement international conclu le 18 mai 1904 à Paris. Il visait à assurer une protection efficace la « traite des blanches ». En bref, son objectif consistait essentiellement à assurer aux femmes – voire aux petites filles - une protection efficace contre le trafic criminel. Un peu plus tard, en 1921, la Convention sur la traite des femmes a élargi la notion en englobant clairement les enfants. En 1926, la Société des Nations a adopté la Convention relative à l'abolition de l'esclavage, en vue d'interdire la traite des êtres humains destinés à l'esclavage. Ces textes étaient bienvenus. Mais il faut bien reconnaître qu'ils restaient relativement sommaires et ne traitaient que de l'esclavage au sens traditionnel du terme. Il ne permettait dès lors pas d'envisager une lutte certaine contre les diverses formes que peut revêtir l'exploitation. L'adoption d'une nouvelle convention s'imposait donc. Les Nations-Unies s'y sont attelées en 1949. Sur fond de coopération internationale, le nouveau texte a alors entrepris de réunir le contenu des conventions précédentes tout en englobant plus de formes d'esclavage. Néanmoins, non contraignant et encore trop restrictif, le texte ne pouvait que constituer une étape présageant l'élaboration d'un nouvel instrument, en l'occurrence, le Protocole de Palerme.

⁹⁹⁴ G. VAZ CABRAL, La traite des êtres humains... Ouvrage précité.

Précisément, ses « *objectifs sont de prévenir et combattre le phénomène, de protéger et assister les victimes dans le respect de leurs droits fondamentaux, et de promouvoir la coopération* »⁹⁹⁵. Son article 3 propose opportunément une définition large des différentes formes que recouvre la traite⁹⁹⁶. En outre, la France est partie aux différentes conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT) sur le travail forcé⁹⁹⁷.

414. À l'échelle régionale, la France est liée par les initiatives de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe. Bien que l'Union européenne ait un temps limité son action contre la traite à la lutte contre l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, sous l'influence du *Protocole des Nations Unies* et sous la pression des Organisations non gouvernementales (ci-après ONG), l'organisation a fini par étendre sa définition aux autres formes d'exploitation⁹⁹⁸. Le Conseil de l'Europe a quant à lui, dès 1991, adopté la *Recommandation R(91)11 sur l'exploitation sexuelle, la pornographie, la prostitution, ainsi que sur le trafic d'enfants et de jeunes adultes*. Elle a été le

Pour de plus amples développements à propos de ce Protocole, cf. notamment : Leman TOSUN, *La traite des êtres humains : étude normative*, Thèse, Grenoble, 2011.

⁹⁹⁵ Ibid.

⁹⁹⁶ « a) la traite des personnes désigne le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par la menace ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre aux fins d'exploitation. L'exploitation comprend, au minimum, l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude ou le prélèvement d'organes ; b) le consentement d'une victime de la traite des personnes à l'exploitation envisagée, telle qu'énoncée à l'alinéa a) du présent article, est indifférent lorsque l'un des moyens énoncés [dans la définition] a été utilisé ; c) le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil d'un enfant aux fins d'exploitation sont considérés comme une traite des personnes même s'ils ne font appel à aucun des moyens énoncés à l'alinéa a) du présent article ; d) le terme enfant désigne toute personne âgée de moins de 18 ans ».

⁹⁹⁷ Cf. notamment la Convention n°182 de 1999, interdisant les pires formes de travail des enfants.

⁹⁹⁸ Elle l'a fait en adoptant la Décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains, et dont les objectifs sont la contribution à la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène en complétant le Protocole de Palerme et les instruments existant en la matière.

Néanmoins - à l'instar de la Directive 2004/81/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers victimes de la traite des êtres humains ou qui ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes-, ce dispositif n'avait pas permis d'enrayer la progression de la traite. La Commission européenne a donc ensuite proposé de durcir la législation européenne dans les domaines de la traite des êtres humains et de la maltraitance sexuelle des enfants. Elle a pour ce faire adopté la Directive 2011/36/UE sur la lutte contre la traite remplaçant la décision-cadre de 2002. Cette nouvelle directive met en place des règles minimales à l'échelle de l'Union européenne relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions en matière de traite des êtres humains. Elle prévoit également des mesures visant à mieux prévenir ce phénomène ainsi qu'à renforcer la protection des victimes.

Pour de plus amples développements à propos du rôle joué par l'Union européenne dans la lutte contre la traite et l'exploitation, cf. notamment Leman TOSUN, Thèse précitée.

premier texte international à traiter de la traite de façon complète et à prôner la prévention, l'information et la coopération internationale. Par la suite d'autres textes ont été élaborés⁹⁹⁹, mais ce n'est qu'en 2001 que l'exploitation dans ses formes les plus diverses a été abordée au moyen du *Rapport sur l'esclavage domestique*¹⁰⁰⁰. Ces différentes initiatives proposent pour combattre la traite, une stratégie commune comprenant des définitions, des mesures générales, un cadre d'action, des moyens de prévention, d'assistance et de protection des victimes, un renforcement des législations pénales, une coopération judiciaire, ainsi que des dispositions de coopération et de coordination internationales. Mais encore et surtout, dans la poursuite de son objectif principal de sauvegarde et de protection des droits de l'homme, le Conseil de l'Europe a élaboré une *Convention européenne sur la lutte contre la traite des êtres humains*, dite « *Convention de Varsovie* »¹⁰⁰¹. Entrée en vigueur le 1^{er} février 2008, elle s'applique quelles que soient les victimes et les formes d'exploitation. Son but est d'aller plus loin que le *Protocole des Nations Unies* en agissant de manière globale. Essentiellement basée sur la protection des victimes et la sauvegarde de leurs droits, elle vise également la prévention, la poursuite des trafiquants, et la coopération. Pour cette convention, toute forme de traite (nationale ou internationale/ liée ou non à la criminalité organisée) constitue désormais une violation des droits fondamentaux que les États s'engagent à combattre.

415. Sur un plan purement interne, la France a choisi de tirer les conséquences de ses engagements internationaux en adoptant certaines mesures positives : introduite par la *loi pour la sécurité intérieure du 18 mars 2003* (ci-après LPSI), la traite est devenue une infraction à part entière. Modifié en 2007, puis remodifié en 2013, le délit de traite des êtres humains est désormais défini par l'article 225-4-1 du Code pénal français qui le sanctionne par 7 ans d'emprisonnement et 150 000 € d'amende. Des peines plus élevées sont en outre prévues en cas de circonstances

⁹⁹⁹ Pour exemples : la Recommandation (91) 11, sur l'exploitation sexuelle, la pornographie, la prostitution ainsi que sur le trafic d'enfants et de jeunes adultes adoptée par le Comité des ministres le 9 septembre 1996, lors de la 461^{ème} réunion des Délégués des ministres, ainsi que la Recommandation 1336 (1997), relative à la priorité donnée à la lutte contre l'exploitation du travail des enfants adoptée par l'Assemblée parlementaire le 15 décembre 1997.

¹⁰⁰⁰ Conseil de l'Europe, Rapport sur l'esclavage domestique, Document 9102.

¹⁰⁰¹ Convention adoptée par le Comité des ministres le 3 mai 2005 et ouverte à la signature à Varsovie le 16 mai 2005 à l'occasion du 3^{ème} sommet des chefs d'État et de gouvernement du Conseil de l'Europe.

aggravantes et ce, notamment quand la victime est mineure¹⁰⁰². Ainsi, de manière plus générale, il semble que la communauté internationale ait joué un rôle non négligeable dans la prise de conscience des États – et en l’occurrence, de la France - de la nécessité de faire évoluer leurs législations nationales en matière de lutte contre la traite et l’exploitation, notamment infantiles¹⁰⁰³ (B).

B. La lutte contre la traite et l’exploitation (des mineurs isolés étrangers en France) : entre évolution et défaillances

416. Encore aujourd’hui, la France n’échappe à aucune des multiples formes d’exploitation auxquelles la traite peut aboutir. Sur notre territoire national, l’exploitation sexuelle des enfants

¹⁰⁰² « I. - La traite des êtres humains est le fait de recruter une personne, de la transporter, de la transférer, de l’héberger ou de l’accueillir à des fins d’exploitation dans l’une des circonstances suivantes :

1° Soit avec l’emploi de menace, de contrainte, de violence ou de manœuvre dolosive visant la victime, sa famille ou une personne en relation habituelle avec la victime ;

2° Soit par un ascendant légitime, naturel ou adoptif de cette personne ou par une personne qui a autorité sur elle ou abuse de l’autorité que lui confèrent ses fonctions ;

3° Soit par abus d’une situation de vulnérabilité due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, apparente ou connue de son auteur ;

4° Soit en échange ou par l’octroi d’une rémunération ou de tout autre avantage ou d’une promesse de rémunération ou d’avantage.

L’exploitation mentionnée au premier alinéa du présent I est le fait de mettre la victime à sa disposition ou à la disposition d’un tiers, même non identifié, afin soit de permettre la commission contre la victime des infractions de proxénétisme, d’agression ou d’atteintes sexuelles, de réduction en esclavage, de soumission à du travail ou à des services forcés, de réduction en servitude, de prélèvement de l’un de ses organes, d’exploitation de la mendicité, de conditions de travail ou d’hébergement contraires à sa dignité, soit de contraindre la victime à commettre tout crime ou délit.

La traite des êtres humains est punie de sept ans d’emprisonnement et de 150 000 € d’amende.

II. - La traite des êtres humains à l’égard d’un mineur est constituée même si elle n’est commise dans aucune des circonstances prévues aux 1° à 4° du I.

Elle est punie de dix ans d’emprisonnement et de 1 500 000 € d’amende ».

¹⁰⁰³ Si le droit international à proprement parler a influencé les décisions politiques et les législateurs nationaux, parallèlement, les organisations internationales telles que l’ONU et ses organes, les organisations intergouvernementales ainsi que les organisations régionales (Conseil de l’Europe, OTAN, etc.), ont apporté un soutien technique et financier non négligeable aux États, sans lequel de nombreux pays n’auraient pas enclenché les réformes nécessaires. Ces organisations ont élaboré des recommandations, participé à la formulation de plans d’action au niveau national et international, soutenu les réformes législatives nationales et suivi les progrès accomplis. De plus, leur soutien financier a permis d’assurer la mise en œuvre des mesures recommandées par les instances internationales : formation des autorités judiciaires et policières, consultation d’experts internationaux, lancement de campagnes de sensibilisation et d’information, etc.

Cela dit, si le rôle de la communauté internationale mérite d’être considéré, il convient de ne pas occulter la part jouée par les initiatives de la société civile. En effet, c’est grâce aux pressions qu’elle a exercées, que la question a été inscrite dans les agendas politiques internationaux.

englobe un nombre incalculable d'hypothèses (prostitution, pornographie, pédophilie, etc.) et ne concerne plus uniquement les filles¹⁰⁰⁴. Ces dernières sont néanmoins encore majoritairement exposées. Mais dans tous les cas, les récits de ces enfants sont insoutenables. L'histoire de Rose, 16 ans, n'échappe pas à la règle : *« Originnaire de Kinshasa, en République démocratique du Congo, elle perd son père et sa mère dans un accident de car à l'âge de 14 ans, et se retrouve seule, avec ses deux sœurs de 13 et 12 ans. Leur entourage, qui les accuse d'être des enfants sorciers, les tient pour responsables de la mort de leurs parents (...). À la rue, les adolescentes sont récupérées par un réseau de prostitution. « On m'imposait jusqu'à 20 passes par jour, sans relâche », raconte-t-elle. Deux années s'écoulent, jusqu'à ce qu'un franco-congolais dénommé Pascal feigne de lui tendre la main. Il prétend lui offrir une nouvelle vie, en France. « Il m'a promis qu'il ne me ferait pas de mal, et je l'ai cru. » Arrivée à Paris le 27 avril 2013, elle prend directement le train, direction Tours. Là, elle se retrouve dans un appartement, sur un canapé, entourée de quatre hommes visiblement alcoolisés, de nouveaux clients prêts à abuser d'elle. La jeune fille hurle et ne se laisse pas faire. L'un des agresseurs se saisit d'un couteau, la gifle, avant de la jeter à la porte, de peur de s'attirer trop de problèmes. Après trois jours d'errance dans les rues, Rose est finalement prise en charge et transférée en Région parisienne. Au foyer, Rose ne trouve pas le sommeil, sauf à se réveiller en sursaut. L'adolescente a tant bien que mal entamé un lent travail de reconstruction. Elle est scolarisée au lycée dans une classe d'adaptation, où elle retrouve quelques moments d'insouciance. Elle est suivie par l'aide sociale à l'enfance. Sa demande d'asile est en cours d'instruction. « Si je dois revenir au Congo je me tue et c'est tout », affirme-t-elle. C'est en France qu'elle imagine l'avenir qu'on lui avait volé. Un jour, elle espère pouvoir faire venir ses*

¹⁰⁰⁴ L'exploitation sexuelle des enfants est « l'utilisation à des fins sexuelles et dans un but lucratif d'un enfant ou d'une jeune personne, portant atteinte directement ou indirectement à sa dignité et à sa liberté sexuelle et mettant en péril son développement psychosocial » (Rapport préparé par le comité restreint d'experts sur l'exploitation sexuelle, la pornographie, la prostitution ainsi que le trafic d'enfants et de jeunes adultes, Annexe de la Recommandation n° R (91) 11 relative à l'exploitation sexuelle, la pornographie, la prostitution ainsi que le trafic d'enfants et de jeunes adultes, Conseil de l'Europe, 1990).

Il est à noter que dans le cadre de ses travaux, le Comité a défini l'enfant comme un mineur de moins de 16 ans et le jeune adulte comme une personne de 16 à 21 ans, à la différence de la CIDE qui définit l'enfant comme une personne de moins de 18 ans).

Plus largement, le trafic d'enfants à des fins d'exploitation sexuelle a été défini par le Comité européen pour les problèmes criminels du Conseil de l'Europe comme recouvrant « tout acte ou toute activité visant à amener un enfant ou une jeune personne à la prostitution ou à la pornographie ou à l'y maintenir, éventuellement par son déplacement au niveau national ou international, même avec son consentement ou en usant de tromperies, de menaces, de moyens coercitifs ou autres ».

*sœurs, dont elle n'a aucune nouvelle. Elle aimerait bien s'orienter vers un métier manuel. Peut-être en se spécialisant dans la mosaïque »*¹⁰⁰⁵.

417. L'exploitation économique pour sa part, est longtemps restée très discrète. Cela n'a d'ailleurs sans doute pas encouragé le législateur à s'en soucier. Mais tout comme nous pourrions l'affirmer à propos des autres types d'exploitation - mendicité et délinquance forcées par exemple - ce type d'exploitation n'en demeure pas moins réel.

418. Conformément au *Protocole de Palerme* et à la *Convention de Varsovie*¹⁰⁰⁶, l'exploitation économique peut revêtir la forme du travail forcé¹⁰⁰⁷, de l'esclavage¹⁰⁰⁸ ou de pratiques analogues à l'esclavage¹⁰⁰⁹. En France, l'exploitation économique peut ainsi par exemple concerner le travail abusif d'enfants employés au noir dans des ateliers clandestins. Mais à l'heure actuelle, il est surtout question d'esclavage dit « domestique ». Pour le Comité contre l'esclavage moderne (ci-après CCEM), l'expression désigne « *la condition des personnes placées en état de vulnérabilité et de soumission par contrainte physique ou morale, et qui se trouvent dans l'obligation de fournir un travail (tâches ménagères ou garde d'enfant par exemple) sans rémunération réelle et ce, dans un contexte privatif de liberté et de violences* »¹⁰¹⁰. Différents indices permettent de déterminer le réel

¹⁰⁰⁵ Témoignage disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.la-croix.com/Actualite/France/Il-m-a-promis-qu'il-ne-me-ferait-pas-de-mal-et-je-l'ai-cru-2014-05-13-1149678>

¹⁰⁰⁶ Respectivement, leurs articles 3 et 4.

¹⁰⁰⁷ Pour l'OIT, le travail forcé ou obligatoire représente tout « travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de son plein gré » (Article 2 alinéa 1 de la Convention n°29 relative au travail forcé, adoptée par la quatorzième session de la Conférence générale de l'OIT, le 28 juin 1930).

¹⁰⁰⁸ Pour les Nations Unies, l'esclave représente « l'état ou la condition d'un individu sur lequel s'exerce les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux » (Article 1 de la Convention des Nations Unies relative à l'esclavage, adoptée le 25 septembre 1926 à Genève et entrée en vigueur le 9 mars 1927).

¹⁰⁰⁹ Pour exemple, la servitude pour dette qui peut s'apparenter à « l'état ou la condition résultant du fait qu'un débiteur s'est engagé à fournir en garantie d'une dette ses services personnels ou ceux de quelqu'un sur lequel il a autorité, si la valeur équitable de ses services n'est pas limitée ni leur caractère défini ». (Article 1a) de la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage, adoptée le 7 septembre 1956. Cette Convention reprend le texte de 1926 en ajoutant la définition du servage, de la servitude pour dette et des pratiques de cession d'enfants et de femmes).

¹⁰¹⁰ G. VAZ CABRAL, Op. cit., cit., P. 129.

Cf. en outre la définition du Conseil de l'Europe pour qui « l'esclavage domestique correspond à la situation d'une personne vulnérable, qui se voit contrainte, physiquement et/ou moralement, de fournir un travail sans contrepartie

asservissement de la victime : charge exorbitante de travail sans congés, absence ou insuffisance de rémunération, confiscation des documents d'identité, violences, isolement, discrimination, etc.¹⁰¹¹ Aussi, pour éviter la confusion entre le travail et l'exploitation des enfants, l'UNICEF a précisé certains critères distinctifs. Dès lors, le travail des enfants relève de l'exploitation s'il implique « *un travail à plein temps à un âge trop précoce ; trop d'heures consacrées au travail ; des travaux qui exercent des contraintes physiques, sociales et psychologiques excessives ; un travail et une vie dans la rue, dans des conditions peu salubres et dangereuses ; une rémunération insuffisante ; l'imposition d'une responsabilité excessive ; un emploi qui entrave l'accès à l'éducation ; des atteintes à la dignité et au respect de soi des enfants, comme l'esclavage ou la servitude et l'exploitation sexuelle ; un travail qui ne facilite pas l'épanouissement social et psychologique complet* »¹⁰¹². L'âge des enfants semble en outre devoir être pris en compte pour juger de la normalité ou de l'anormalité du travail fourni. Enfin, le rapport entre le temps passé au travail et le temps réservé à l'éducation paraît significatif : si le temps de travail ne permet pas ou peu l'éducation, l'exploitation a des chances d'être caractérisée. Cela étant, si la réglementation française contre la traite a dès le départ été indubitablement favorable à la répression de l'exploitation sexuelle, étonnamment, l'établissement d'une situation d'esclavage domestique a un temps paru inapte à mener à la sanction des exploitants. Deux affaires portées devant la Cour européenne des droits de l'homme sont à ce propos significatives.

419. L'arrêt rendu par la CEDH le 26 juillet 2005 dans l'affaire *Siliadin c/ France*¹⁰¹³ a permis pour la première fois de constater la violation de l'article 4 de la Convention EDH à propos d'une situation d'esclavage domestique. En bref, cette espèce mettait en cause une togolaise de quinze ans, Mademoiselle SILIADIN, envoyée en France munie d'un visa touristique avec l'accord de son père. La jeune fille était censée travailler au service des époux D. afin de rembourser son billet d'avion, sa scolarité et la régularisation de la situation administrative. Quelques mois après son arrivée, - et

financière, privée et dans une situation contraire à la dignité humaine » : Rapport sur l'esclavage domestique, Document 9102, Op. cit.

¹⁰¹¹ Ibid.

¹⁰¹² Exploitation des enfants qui travaillent et des enfants des rues, UNICEF, Conseil d'administration, session de 1986, E/ICEF/1986/CRP.3, PP. 3-4.

¹⁰¹³ Décision disponible en ligne à l'adresse suivante : [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-69890#{\"itemid\":\[\"001-69890\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-69890#{\)

toujours avec l'accord de son père - elle avait été « prêtée » à un couple d'amis des époux D., les époux B. Finalement, elle a travaillé plus de trois ans sans jamais être payée ni scolarisée, et sa situation n'a évidemment pas été régularisée. Alerté par une voisine de cet état de fait, le Comité contre l'esclavage moderne a saisi le parquet. Les exploitants ont été poursuivis pénalement sur le fondement des articles 225-13 et 225-14 (anciens) du Code pénal. Il leur était reproché d'avoir obtenu abusivement d'une personne vulnérable, des services non rétribués ou abusivement rétribués, mais également d'avoir soumis cette personne à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine. Contre toute attente, ils ont été entièrement relaxés par la Cour d'appel de Paris. Saisie par Mlle SILIADIN, la Cour de cassation a cassé l'arrêt attaqué le 11 décembre 2001, mais uniquement en ses dispositions civiles, le procureur général ne s'étant pas pourvu en cassation. Saisie sur renvoi, la Cour d'appel de Versailles a donc condamné les exploitants à des dommages et intérêts en faveur de la victime, mais au seul titre de l'article 225-13. L'affaire a finalement été portée devant la Cour de Strasbourg, la requérante arguant la violation de l'article 4 de la CESDH. L'occasion était ainsi offerte à la Cour d'examiner les dispositions du droit pénal français et leur capacité à réprimer les diverses situations pouvant entrer dans le champ de l'exploitation économique. Et le constat n'a pas été pas heureux : après avoir considéré que Mademoiselle SILIADIN avait été plongée dans une situation assimilable à tout le moins au travail forcé et, plus précisément en l'espèce, à la servitude, la CEDH a condamné la France pour l'inaptitude de sa législation pénale à sanctionner les faits répréhensibles de l'affaire¹⁰¹⁴. La raison en est simple : « *les dispositions pénales en vigueur à l'époque n'ont pas assuré à la requérante, qui était mineure, une protection concrète et effective contre les actes dont elle a été victime* »¹⁰¹⁵.

420. Une telle situation aurait du pouvoir entraîner une évolution du droit français de nature à lui permettre de pallier ses lacunes. Il n'en a toutefois pas été immédiatement ainsi, ce qui a valu à la France d'être à nouveau condamnée le 11 octobre 2012 pour des faits similaires à ceux de l'affaire *Siliadin*¹⁰¹⁶. L'introduction du délit de traite dans le Code pénal par la *loi du 18 mars 2003* ne

¹⁰¹⁴ En effet, victime de traitements contraires à l'article 4 de la CESDH, Mlle SILIADIN « n'a pas vu les auteurs des actes condamnés au plan pénal » (§145).

¹⁰¹⁵ Cf. le paragraphe 148 de l'arrêt.

¹⁰¹⁶ CEDH, 5^{ème} Sect., 11 octobre 2012, C.N. et V. c. France, Req. n° 67724/09, Note Émilie MATIGNON, Regards sur la servitude humaine, Petites affiches, 12 décembre 2012, n°248, P. 14.

devait-elle pourtant pas conduire à l'amélioration de la lutte contre l'exploitation¹⁰¹⁷ ? À dire vrai, l'infraction de traite suppose que soit retenue une autre infraction. Or, eu égard au caractère restrictif que la définition tirée des dispositions de la LPSI a attribué à la traite, certaines formes d'exploitation parmi les plus graves ne pouvaient jusqu'à récemment pas faire l'objet d'incriminations spécifiques, du moins lorsqu'elles n'avaient pas un caractère sexuel¹⁰¹⁸. En effet, dans l'affaire *C.N. et V. contre France*, les juges européens ont à regret souligné qu'en son état « actuel », notre droit autorisait « toujours l'absence de reconnaissance des victimes comme telles. Le législateur n'a pas intégré au droit français les infractions de servitude, d'esclavage et de travail forcé et les conséquences de l'affaire Siliadin n'ont pas été tirées »¹⁰¹⁹. Il en est résulté qu'exactly comme dans cette dernière espèce, « l'absence de pourvoi du procureur général à l'encontre de l'arrêt d'appel ayant abouti à la relaxe des époux M. du chef du délit visé à l'article 225-14 du code pénal a eu pour conséquence que la Cour de cassation n'a été saisie, dans les circonstances de l'espèce, que du volet civil de l'affaire »¹⁰²⁰. Fatalement donc, la Cour ne pouvait pas s'écarter de la décision à laquelle elle était parvenue dans la jurisprudence *Siliadin*¹⁰²¹. C'est dès lors en toute logique que dans son rapport rendu public le 28 février 2013, « le GRETA (a exhorté) les autorités compétentes, à trois reprises, à compléter la définition de la traite en y intégrant explicitement l'exploitation, la servitude, le travail forcé, l'esclavage et les pratiques analogues à l'esclavage »¹⁰²².

421. Bien heureusement, à force d'être répétées, les remarques ont fini par être entendues : la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France a transposé la Directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la

¹⁰¹⁷ Le droit applicable à l'affaire *Siliadin* était antérieur aux dispositions issues de la loi de 2003.

¹⁰¹⁸ Ibid.

¹⁰¹⁹ Marie-Xavière CATTO, Traite des êtres humains (GRETA) : état des lieux de la lutte contre la traite des êtres humains en France, La Revue des Droits de l'Homme, CREDOF- Paris Ouest Nanterre- La Défense.

¹⁰²⁰ Ibid.

¹⁰²¹ Ibid.

¹⁰²² Ibid.

*protection des victimes*¹⁰²³. Il n'en fallait pas plus pour que la législation pénale française en matière de traite en vienne à sembler parfaitement conforme aux définitions données par le paragraphe 3 de l'article 2 de la Directive susmentionnée, par l'article 3 du *Protocole de Palerme* ainsi que par l'article 4 de la *Convention de Varsovie*. En effet, la loi élargit l'infraction de traite des êtres humains à deux égards : d'une part, en introduisant une référence au travail ou aux services forcés et à l'esclavage ; d'autre part, en faisant du prélèvement d'organe une forme d'exploitation permettant la qualification de traite. De plus, le nouveau texte « *fixe les moyens alternatifs caractérisant l'incrimination de traite des êtres humains. Jusqu'à présent, seul l'échange de rémunération permettait de caractériser cette infraction (les autres moyens constituaient des circonstances aggravantes et avaient un caractère cumulatif avec le premier et seul moyen visé à l'article 225-4-1). Il introduit également un nouveau moyen pour caractériser l'infraction de traite des êtres humains : l'abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité. Les circonstances suivantes ne sont donc plus cumulatives et deviennent alternatives : l'échange d'une rémunération ou de tout autre avantage ou d'une promesse de rémunération ou d'avantage ; l'emploi de menaces, de contraintes, de violences ou de manœuvres dolosives visant l'intéressé, sa famille ou une personne étant en relation habituelle avec elle ; l'abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité* »¹⁰²⁴. Par ailleurs, « *lorsque la victime est un mineur, les faits de traite des êtres humains sont constitués même en l'absence de menace, de recours à la force ou autres formes de contrainte. Ces victimes mineures peuvent être accompagnées, tout au long de la procédure, par leur représentant légal ou le majeur de leur choix* »¹⁰²⁵. Reste à vérifier que le mineur isolé étranger déplacé en France puisse en pratique concrètement exercer ce droit...

422. Somme toute, l'avancée demeure imparfaite pour plusieurs raisons. Premièrement parce que les peines, inchangées, sont toujours trop faibles pour être dissuasives. Ensuite, parce qu'en créant

¹⁰²³ Pour plus de détails à propos de cette loi : E. FORTIS, Les formes d'exploitation par le travail sanctionnées pénalement et la loi n° 2013-711 du 5 août 2013, *Droit social* 2014, P. 458.

¹⁰²⁴ Dossiers législatifs- Exposé des motifs- loi n°2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France.

(http://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?sessionId=F994BACC20FC050E23DD22CAD87881D5.tpdjo15v_1?idDocument=JORFDOLE000027091970&type=expose)

¹⁰²⁵ Ibid.

les délits de mendicité agressive¹⁰²⁶ et de racolage passif¹⁰²⁷, la LPSI appréhende la traite sous un angle sécuritaire et répressif, y compris à l'égard de certaines catégories de victimes¹⁰²⁸. Or, comme le souligne la Commission nationale consultative des droits de l'homme (ci-après CNCDH) à propos du racolage passif, *« on peut légitimement douter de l'efficacité de la répression de l'exploitation de la prostitution via la sanction de ses victimes »*¹⁰²⁹. En outre, *« ces procédures s'avèrent fragiles et contestables à plus d'un titre concernant, en particulier, les victimes d'exploitation de la prostitution. Une interpellation sur le fondement du racolage public instaure, tout d'abord, un climat de méfiance entre de possibles victimes de traite ou d'exploitation et les services de détection et de répression (...). Ensuite l'interpellation et le placement en garde à vue de victimes d'exploitation de la prostitution offrent des conditions d'accueil par nature peu propices au dépôt d'une plainte ou à un témoignage contre ceux qui les exploitent (...). Il est d'ailleurs rare qu'il leur soit posé des questions sur leur éventuelle situation d'exploitation »*¹⁰³⁰. Dans la lignée de la position de la CNCDH dont il salue le travail, l'organe de suivi de la *Convention de Varsovie*, le GRETA (Groupe d'experts sur la lutte contre la traite des êtres humains), a quant à lui également pris soin de soulever le problème que représente l'appréhension des victimes de la traite en tant que coupables d'une infraction pénale¹⁰³¹. Partant, conformément à la *Recommandation n°42 de la CNCDH*, il serait sans doute plus opportun de considérer les victimes de la traite avant tout comme des victimes de délinquance forcée et de se fonder sur les dispositions de l'article 122-2 du Code pénal afin de les exonérer de responsabilité pénale pour avoir commis de

¹⁰²⁶ Article 312-12-1 du Code pénal : « Le fait, en réunion et de manière agressive, ou sous la menace d'un animal dangereux, de solliciter, sur le voie publique, la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien est puni de six mois d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende ».

¹⁰²⁷ Article 225-10-1 du Code pénal : « Le fait, par tout moyen, y compris par une attitude même passive, de procéder publiquement au racolage d'autrui en vue de l'inciter à des relations sexuelles en échange d'une rémunération ou d'une promesse de rémunération est puni de deux mois d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende ».

¹⁰²⁸ « L'appréhension de la traite s'articule autour de deux grandes orientations : l'approche sécuritaire, axée sur la répression, défendue essentiellement par les acteurs étatiques, et l'approche des droits de l'Homme, défendue principalement par les ONG, qui conçoivent la traite avant tout comme une violation des droits fondamentaux » : G. VAZ CABRAL, *La traite des êtres humains...*, Op. cit., P. 210.

¹⁰²⁹ J. VERNIER, *La traite et l'exploitation des êtres humains en France. Les études de la CNCDH*, La Documentation Française, 2010, P. 213.

¹⁰³⁰ Ibid.

¹⁰³¹ GRETA, *Rapport concernant la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains par la France*, 28 février 2013. Document disponible en ligne à l'adresse suivante :

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/docs/Reports/GRETA_2012_16_FGR_FRA_publication_fr.pdf

Cf. particulièrement le Préambule, puis notamment les paragraphes 128, 130, 137, 151, 153, 170, 215, et 241.

tels faits¹⁰³². Pourtant, alors qu'ils sont régulièrement contraints à des actes délictueux¹⁰³³, les mineurs isolés étrangers qui sont tombés dans les filets d'organisations criminelles sont encore à ce jour davantage perçus comme des candidats à l'immigration illégale ou des délinquants que comme des victimes. Il aurait pu être à espérer que ce ne soit plus pour très longtemps. En effet, « *les sénateurs ont adopté, le 28 mars 2013, en première lecture, une proposition de loi visant à abroger le délit de racolage public*¹⁰³⁴ » et « *l'annonce a été faite d'une loi d'ensemble sur la prostitution, qui renforcerait la lutte contre le proxénétisme et la traite des êtres humains* »¹⁰³⁵. Najat VALLAUD-BELKACEM, à l'époque ministre du droit des femmes, avait en effet promis un plan global contre la traite des êtres humains, tout en rappelant que l'abolition du délit de racolage passif était un engagement du président François HOLLANDE ne signifiant aucunement l'admission d'une quelconque forme d'impunité à l'égard des proxénètes¹⁰³⁶. Pour l'heure cependant, à notre connaissance, aucune évolution allant dans le sens de nos regrets n'est venue concrétiser les annonces et les promesses. Or, pour que la loi aboutisse à une solution véritable, il semble absolument nécessaire que ses dispositions s'attachent enfin à octroyer aux mineurs isolés étrangers déplacés en France, un statut spécifique qui soit adapté à leur situation. En effet, seule l'élaboration d'une politique d'accueil et de prise en charge bien pensée de cette catégorie d'enfants mobiles permettra une évolution significative du sort qui leur est réservé. Et si leur statut de victime doit parfois les conduire à devoir être entendu, nous ne pouvons que souhaiter que cet entretien se déroule dans un cadre approprié et qu'il soit réalisé par un professionnel spécialement formé¹⁰³⁷.

¹⁰³² « N'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister ».

¹⁰³³ En témoigne cet exemple désormais célèbre de mineurs roumains qui à l'été 2001 se sont mis à piller les horodateurs parisiens. En témoigne encore le « ras-le-bol » qu'inspirent les pickpockets ou les voleurs à la tire du métro parisien.

¹⁰³⁴ Alain LIENHARD, Abrogation du délit de racolage public : vote par le Sénat. Proposition de loi visant l'abrogation du délit de racolage public, Dalloz actualité, 5 avril 2013.

¹⁰³⁵ Ibid.

¹⁰³⁶ En ligne : article du journal libération : http://www.liberation.fr/politiques/2013/03/28/le-senat-abroge-le-racolage-passif_892094 ; et article du journal Le monde : http://www.lemonde.fr/societe/article/2013/03/28/le-senat-abroge-le-delit-de-racolage-passif_3150077_3224.html

¹⁰³⁷ À propos de l'audition du mineur victime, cf. notamment : C. ZARLOWSKI, L'audition du mineur victime, AJ Pénal 2014, P.13.

Conclusion de la seconde section.

423. Malgré les efforts accumulés de la France – adhésion aux dispositions conventionnelles, évolution du droit des étrangers, création de l’infraction de traite et amélioration de sa définition –, la situation des mineurs isolés étrangers demeure fragile. Trop souvent, la pratique laisse percevoir que leurs droits, ceux de l’enfance, ne sont ni vraiment respectés, ni vraiment protégés. Mais comment convaincre la France de davantage percevoir le mineur isolé étranger à la fois comme un enfant en danger et comme une victime (potentielle) de la traite, plutôt que comme un immigré de plus à charge ? Est-il réellement impossible de garantir une protection suffisante aux mineurs isolés étrangers ?

Cette étude refuse de se résoudre à une telle fatalité. Tout en comprenant les difficultés que posent les questions relatives à cette catégorie d’enfants déplacés et, tout en ayant bien conscience que l’articulation des matières ne simplifie pas les choses, il paraît en effet absolument nécessaire de protéger l’enfant en ce qu’il est un enfant. D’ailleurs, si l’intérêt de la France n’est pas d’ouvrir ses frontières sans mesure, il n’est pas non plus de risquer un trouble à l’ordre public en laissant les mineurs isolés étrangers sans protection. Entre une législation idéaliste et une législation défailante, toutes deux non défendables, place doit donc être laissée à une suffisance apte à pondérer les divers intérêts en cause. L’analyse de la réglementation applicable à l’enfance isolée déplacée en danger nous a permis de constater qu’à ce jour, nos solutions manquent encore parfois d’atteindre cet objectif. Pour autant, les développements précédents nous ont aussi laissé percevoir que des améliorations se profilent. En conséquence, l’espoir nous porte à croire que l’horizon n’est pas si sombre.

424. Cela étant, pour que l’avenir nous assure la suffisance, le Parlement a sans nul doute son rôle à jouer. En effet, afin d’asseoir l’efficacité de la protection de l’enfance isolée déplacée, les mécanismes parlementaires peuvent intervenir à deux égards : d’une part, en encourageant la ratification des instruments internationaux relatifs à la protection de l’enfant ; d’autre part, en intervenant en faveur de l’élaboration et de l’application d’une législation nationale et de politiques

et programmes adaptés. Précisément, conformément à ces politiques et à ces programmes de lutte, les parlementaires devraient s'attacher à développer des actions préventives contre la traite, complémentaires aux mesures législatives¹⁰³⁸.

425. Seulement, pour s'assurer tant une prévention efficace, qu'une réglementation qui soit de nature à véritablement protéger le mineur isolé étranger, il paraît opportun de considérer que les parlementaires auraient tout intérêt à ne pas s'isoler. Ainsi pour exemple, un échange avec les parlementaires d'autres pays permettrait de comparer les mesures adoptées et d'évaluer leur efficacité. De là, à l'aune de l'analyse commune des différentes expériences (succès et échecs confondus), une amélioration des législations pourrait être pensée. À cet égard d'ailleurs, la législation italienne, pionnière en matière de lutte contre la traite des êtres humains paraît pouvoir inspirer l'évolution française à venir en la matière¹⁰³⁹. Aussi, les échanges entre parlementaires

¹⁰³⁸ Les actions préventives peuvent être diverses : lutte contre les causes de la traite (pauvreté, conflits armés, etc.), financement de campagnes de prévention, renforcement de la coopération entre les pays d'origine et les pays d'accueil, etc.

¹⁰³⁹ Pour plus de détails sur la teneur du droit italien en matière de traite et d'exploitation, cf. l'ouvrage de Madame G. VAZ CABRAL, *La traite des être humains...* Op. cit. ; Cf. également : S. ALLEGREZZA, *Aperçu de la protection pénale des victimes en Italie*, AJ Pénal 2014, P. 122.

La législation italienne a en effet pour particularité d'avoir rapidement mis en place des mesures d'assistance aux victimes et ce, même avant d'avoir intégré la définition de la traite dans son code pénal. Depuis la Loi n°228 du 11 août 2003 relative aux mesures contre la traite des êtres humains, les infractions de réduction et de maintien en esclavage (article 600), et de traite et de commerce des êtres humains (article 601), ont été révisées. Des mesures de prévention ont été envisagées, un fonds destiné à financer les mesures d'assistance et d'intégration sociale des victimes a été créé et un programme d'assistance spécial a été mis en œuvre. Les incriminations prévues par la loi italienne paraissent plus conformes à la réalité que les peines françaises. Quant à la victime, elle paraît être bien plus au centre de la lutte que dans notre droit national. Ainsi, l'Italie a institué un statut de victime de traite des êtres humains à partir de l'article 18 de la Loi n°286/98 sur l'immigration de 1998. Ce texte prévoit en effet une procédure de régularisation administrative spécifique applicable aux victimes de « situations de violence ou d'exploitation graves ». Deux procédures peuvent permettre la délivrance du titre de séjour temporaire donnant droit à une assistance : le parcours judiciaire avec une délivrance sur demande du procureur et le parcours social, sur demande des associations qui ont présenté un projet de réhabilitation ou les services sociaux de la collectivité locale. Dans le premier cas, la victime est tenue de coopérer avec les autorités sous la forme d'un dépôt de plainte. Dans le second, elle peut se borner à donner à l'association des informations précises, informations qui seront transmises au préfet. La volonté de se soustraire aux réseaux criminels et de s'intégrer dans le pays de destination conditionne la protection de la victime. Le permis, valable six mois, est renouvelable pour un an et plus si une procédure judiciaire le demande. Il peut être transformé en permis de travail lorsque l'étranger dispose d'un contrat de travail en cours, ou d'un titre de séjour pour étudiant, étant inscrit dans un établissement scolaire ou universitaire. Concrètement, l'article 18 établit la possibilité pour les victimes de traite d'accéder à des programmes d'assistance et d'intégration sociale proposés par des ONG accréditées par l'État ou par les services sociaux publics. Ces programmes financés par l'État comprennent la protection et l'intégration du bénéficiaire. Ils sont d'une durée de six mois, renouvelables pour un an. Par ailleurs, une commission interministérielle a été créée en vue de l'application et du contrôle des mesures de protection. Le système de protection italien, sans être parfait est exemplaire en Europe.

français et étrangers pourraient mettre l'accent sur le caractère indispensable de la coopération internationale en matière de traite et d'exploitation infantiles et, de ce fait, conduire à envisager les avancées auxquelles son approfondissement pourrait mener en ce domaine.

Conclusion du Second Chapitre.

426. Lorsque le droit international privé s'attache à poser les règles destinées à résoudre les problématiques posées par l'enfance, il peut légitimement se donner pour ambition d'être protecteur et ainsi, viser la réalisation de certains objectifs. Dans l'idéal, les objectifs poursuivis le seront par un grand nombre d'États et, ensemble, ces derniers pourront convenir de les déterminer précisément par un recours au dialogue. Il ne restera alors qu'à les mettre concrètement en œuvre. Et justement à ce propos, adoption internationale et enfance isolée étrangère en danger ont su prouver que le droit interne à son rôle à jouer. Cela étant, il paraît évident que la concrétisation des objectifs conventionnellement fixés en vue de protéger l'enfance n'aura d'efficacité internationale qu'à compter du moment où la réglementation nationale elle-même acceptera de prendre en considération le point de vue de l'« autre ». Pour autant, même quand cette dernière exigence n'est pas négligée¹⁰⁴⁰ et qu'en conséquence, la coordination est encouragée, il faut bien reconnaître que dans l'une et l'autre des matières susmentionnées, la « matérialité » française ne semble pas parvenue à l'apogée de son évolution. En effet, certaines imperfections du droit viennent rappeler que des améliorations doivent être pensées afin de permettre à l'avenir, un perfectionnement du dispositif proposé. Ainsi pour exemple, encore aujourd'hui, les règles relatives à l'adoption ne proposent pas de solution miracle lorsque le projet parental est un échec. Aussi, leur souci exprimé de ne pas heurter le point de vue étranger conduit bien trop régulièrement à octroyer à l'enfant de statut prohibitif, une protection au rabais sous couvert de lutte contre la fraude. Enfin, pour sa part, le mineur isolé étranger reste encore largement insuffisamment protégé par crainte qu'un accueil trop chaleureux ne mène à l'invasion. Les conséquences de telles failles ne sont pas heureuses et l'enfant en est la première victime. Parfois même, les deux matières se rejoignent en exposant involontairement l'enfant à un risque similaire extrêmement grave : être victime d'un réseau criminel. En effet, en dépit des avancées significatives de la lutte contre le trafic aux fins d'adoption, l'institution est encore bien trop régulièrement le produit d'un commerce florissant. Une différence fondamentale permet toutefois de distinguer le trafic d'enfants destinés à l'adoption et le trafic

¹⁰⁴⁰ Ou ne se pose pas comme c'est le cas en matière de droit des étrangers par exemple.

d'enfants destiné au travail servile : dans le premier cas, l'enfant vaut une fortune. Dans le second en revanche, il ne vaut que quelques dollars ¹⁰⁴¹ ... Dans chacune de ces hypothèses cependant, l'intérêt de l'enfant est bafoué, ce qui n'est évidemment pas acceptable.

427. Que faut-il donc déduire des imperfections de la réglementation interne ? L'incapacité du droit français à prendre valablement en charge l'enfant qui, en se déplaçant par delà les frontières, tombe sous le coup de sa compétence ? Nous ne le pensons pas. En effet, une telle affirmation ne prendrait pas en considération la part bienfondée de notre réglementation nationale. Pas plus qu'elle ne tiendrait compte du fait que l'évolution constante de notre législation démontre à la fois des ambitions protectrices et un réel souci d'amélioration. Le contenu de notre droit, sans être parfait, ne serait donc pas insuffisant.

¹⁰⁴¹ M. MONESTIER, Les enfants esclaves : l'enfer quotidien de 300 millions d'enfants, Op. cit.

Conclusion du Titre II.

428. Enlèvement international d'enfants, adoption internationale et enfance étrangère en danger sont des matières distinctes. Et pourtant, différents points les rapprochent : dans un cas comme dans l'autre, le droit appréhende la situation d'enfants amenés à traverser les frontières. Le déplacement international est donc au cœur de chacune de ces matières. Aussi, à chaque fois, la coopération internationale encourage la fixation d'objectifs communs, révélant ainsi la capacité des États à s'accorder en certains points essentiels dont la finalité consiste à garantir à l'enfant la réalisation de droits destinés à assurer la préservation de son intérêt.

Qu'ils tendent à préserver l'éthique du déplacement dont un enfant est susceptible de faire l'objet, ou qu'ils cherchent à pallier les risques accrus encourus par le mineur objet d'un déplacement soustrait à la protection familiale normale, ces objectifs internationaux issus de la coopération contribuent à asseoir l'efficacité de la protection de l'enfance mobile à un double égard : premièrement, leur potentiel coordinateur joue un rôle non négligeable dans la reconnaissance et l'exécution des décisions prises pour assurer au mineur internationalement déplacé une protection effective et suffisante. En second lieu, en mettant en exergue les failles de la réglementation interne quand cette dernière est en deçà de ce qu'ils préconisent, ils encouragent son évolution et, en conséquence, l'oblige à viser la suffisance.

429. Ces constatations établies, il semble que vérifier l'efficacité de la protection d'un enfant revienne en quelque sorte à s'assurer du caractère à la fois effectif et suffisant du dispositif dont le mineur en question fait l'objet. En effet, lorsqu'elle vise la stabilité internationale du statut de l'enfant, l'efficacité s'assure en quelque sorte du prolongement international de l'effectivité recherchée à l'échelle nationale par l'application de la *lex fori*. Aussi, lorsqu'elle s'attache à vérifier que l'application du droit interne est bel et bien de nature à concrétiser les objectifs conventionnels destinés à servir l'intérêt de l'enfant, l'efficacité rend compte de la suffisance de la protection dont l'enfant est susceptible de faire l'objet.

430. Bien évidemment cependant, le droit national n'est pas infallible. En certains points, il mérite donc une amélioration certaine. Pour autant, en matière d'enfance déplacée, la viabilité de l'application prioritaire du droit interne par le juge saisi ne paraît pas devoir être remise en cause.

En effet, premièrement, si l'efficacité internationale des solutions ne peut – et ne pourra certainement jamais – être à cent pour cent garantie, elle est au moins encouragée par la coopération internationale, ce que nous n'avons pas omis de mentionner. En outre, lorsque l'affrontement est inévitable, la préservation de *l'intérêt substantiel* de l'enfant semble devoir primer son *intérêt conflictuel*, car c'est la réalisation du premier qui permettra la protection immédiate de l'enfant. Quitte à ce que cette dernière soit par la suite remise en cause à l'occasion d'un déplacement transfrontière, il faut l'admettre. Tel semble être le cas de l'enfant de statut prohibitif pour lequel nous préconisons à certaines conditions, le prononcé d'une adoption simple. Enfin, nous croyons pouvoir affirmer qu'insuffisance ne rime pas nécessairement avec imperfection. Clairement, c'est dire que les imperfections d'une législation ne devraient pas automatiquement être de nature à disqualifier sa désignation. Dans la seule mesure où les imperfections en question ne manifestent pas une réelle indifférence à l'égard de l'enfant bien évidemment.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

431. Si l'on considère que le droit international privé peut légitimement se donner pour ambition de s'investir dans la protection de l'enfance déplacée, c'est que l'on a d'avance accepté l'idée que la matière soit à même de poursuivre la réalisation d'un intérêt. Une telle opération ne saurait d'ailleurs se concevoir sans qu'un objectif ne soit fixé. Pour cette étude, l'objectif visé consiste globalement à garantir à l'enfant le bénéfice d'une protection satisfaisante, ce qui revient notamment à s'assurer de son caractère effectif et suffisant.

Afin de parvenir à un tel résultat, les exigences inhérentes à l'enfance ont su nous convaincre qu'il était nécessaire d'appréhender communément la compétence juridictionnelle et la compétence législative. Néanmoins, la conscience que la coïncidence des compétences ne laisse pas vraiment de place à l'application de la loi étrangère a pu nous faire craindre que la méthodologie préconisée ne soit en réalité qu'une faveur accordée à l'intérêt de l'État à l'application de sa propre loi. Cela dit, ce constat ne pose pas véritablement problème du point de vue de l'intérêt de l'enfant, car étant lui-même favorable à l'application de la *lex fori*, il convergera le plus souvent avec l'intérêt de l'État. En revanche, en raison de leur tendance unilatérale, il est permis de croire que les solutions ainsi pensées soient davantage enclines à heurter la sensibilité des autres États, que celles issues d'un raisonnement bilatéral. Or, pour parvenir au plein épanouissement de l'intérêt de l'enfant, encore faut-il que l'effectivité et la suffisance soient parties d'un cadre où leur efficacité est garantie. Ce n'est en effet qu'au prix de la réunion de ces trois critères, que la protection dont l'enfant déplacé fait l'objet pourra être qualifiée de satisfaisante.

432. La visée d'une protection satisfaisante doit dès lors pouvoir s'inscrire dans la lignée des ambitions poursuivies par la communauté internationale. À défaut, il paraît évident que les orientations de la France ne parviendront pas à convaincre au-delà de nos frontières et que l'efficacité internationale de nos solutions ne sera qu'aléatoirement assurée. En effet, si la majorité des États européens partage une même volonté protectrice à propos de l'enfance, l'harmonisation entre les législations n'est pas une évidence puisque même entre pays appartenant à une communauté de valeurs identiques, les divergences culturelles et les écarts entre les systèmes juridiques demeurent fréquents. Rien n'est cependant perdu car sans aller jusqu'à exiger l'adoption de solutions matériellement identiques, les États peuvent à tout le moins s'accorder sur des objectifs.

Que ces derniers contribuent directement à l'efficacité internationale de la protection de l'enfance qui se déplace, ou qu'ils attribuent simplement à l'enfant des droits destinés à satisfaire son intérêt, ils encourageront régulièrement les États à se faire mutuellement confiance et à s'accorder. Ils les inciteront en outre à se soucier de la conformité de leur législation aux orientations qu'ils préconisent.

Pour autant, le dialogue issu de la coopération n'est pas une garantie absolue. D'une part, parce qu'il ne s'impose pas. D'autre part, puisque même lorsqu'il a lieu, sa mise en œuvre concrète dépend d'un droit interne qui, bien que généralement bienfondé, demeure en certains points, faillible. Mais le droit n'est-il pas une science humaine, par nature imparfaite ? Son évolution suit celle de la société qu'il est amené à régir. Et si le temps qui passe contribue à son amélioration, il faut accepter que ce que les humains créent soit à leur image... En définitive, cela revient à dire qu'il n'y a sans doute pas de raison qui soit suffisamment valable pour en venir à remettre en cause les mécanismes ci-avant défendus. Il ne reste alors plus à cette étude qu'à développer le contenu de la protection satisfaisante telle qu'elle le préconise (Partie II).

PARTIE II :
LE CONTENU D'UNE PROTECTION
SATISFAISANTE DE L'ENFANCE
DEPLACÉE PAR LE DROIT
INTERNATIONAL PRIVÉ

433. Poursuivre l'objectif de protéger l'enfance déplacée ne suffisait pas. Encore fallait-il, pour que l'opération entreprise soit fructueuse et sensée, aboutir à une protection jugée *satisfaisante*. Pour ce faire, cette étude a proposé de définir les principes destinés à garantir la réalisation de la protection visée. *Effectivité* et *suffisance* sont alors apparues comme les deux éléments permettant de vérifier le caractère satisfaisant de la protection applicable afin de réaliser l'intérêt qualifié de « *substantiel* » de l'enfant. De plus, il nous a semblé que le déplacement interétatique d'un enfant obligeait à également considérer l'aspect « *conflictuel* » de son intérêt, et ce, afin de lutter contre le caractère boiteux de son statut. Ces exigences bien comprises, la circonstance de déplacement à l'échelle internationale a induit la nécessité de vérifier un troisième élément : pour être jugée satisfaisante, la protection de l'enfance déplacée doit également pouvoir résister à l'épreuve de l'*efficacité*.

434. Ainsi, la « satisfaction » semble être le résultat de la vérification de trois « caractères » qui, une fois combinés, paraissent seuls à même de pouvoir garantir à l'enfant déplacé le bénéfice de la protection que cette étude cherche à lui garantir. Ces notions guides définies et parfois même exposées à la lueur des forces et des faiblesses de notre législation positive, il nous appartient désormais d'en venir à étudier le « contenu » de nos propositions. Pour ce faire, nous commencerons par rechercher le critère de rattachement qui leur soit adapté (Titre I) ; ce après quoi, nous nous attacherons à une mise en œuvre concrète. Il s'agira dès lors d'étudier le fonctionnement, le jeu, des orientations de cette étude (Titre II).

TITRE I :
**La recherche d'un critère de rattachement apte
à garantir à l'enfant déplacé une protection
satisfaisante**

435. Comme l'affirme Paul LAGARDE, « *la détermination de la compétence internationale des tribunaux passe nécessairement, comme celle de la loi applicable, par la définition d'un certain rattachement justifiant cette compétence* »¹⁰⁴². En notre matière, l'opération devra permettre de servir les différents aspects de l'intérêt de l'enfant. Le rattachement retenu devra donc être conforme à ce qu'exigerait une conception régulatrice de la protection de l'enfance déplacée par le droit international privé (Chapitre 1). Ainsi définie et adaptée à chaque type de déplacement dont un mineur peut faire l'objet, la protection mise en œuvre devrait parvenir à réduire les « risques » inhérents à la mobilité transfrontière, tout en offrant à l'enfant qui se déplace, la garantie d'une protection pensée dans son intérêt. C'est ce que nous vérifierons en appliquant pour chaque type de déplacement possible, le critère de rattachement approprié à la détermination des compétences juridictionnelle et législative (Chapitre 2).

¹⁰⁴² Paul LAGARDE, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, RCADI 1986, t.1.

Chapitre 1 : Le choix d'un critère de rattachement conforme à une conception régulatrice du droit international privé

436. Pour Madame USUNIER, la régulation serait « *une notion autonome, irréductible aux concepts juridiques voisins et, au premier chef, à celui de règle* »¹⁰⁴³. Elle se distinguerait ainsi premièrement de la réglementation, ayant en effet moins pour fonction de sanctionner que de s'assurer de la pleine réalisation de l'objectif dont elle est chargée d'assurer la mise en œuvre¹⁰⁴⁴. Elle se distinguerait en outre de la coordination, car reposant « *seulement sur la surveillance et la correction en cas de déviance* », elle serait moins contraignante¹⁰⁴⁵. Elle n'imposerait d'ailleurs pas automatiquement la prise en compte du point de vue de l'autre, et n'aurait dès lors pas pour objectif impératif d'éviter l'affrontement interétatique. Néanmoins, nous verrons qu'en notre matière, ses caractéristiques - même adaptées - paraissent aptes à garantir à l'enfant déplacé une protection satisfaisante (Section 1). Nous verrons d'ailleurs que cela vaut tout autant lorsqu'il s'agit d'inscrire les règles destinées à garantir une telle protection au sein d'un cadre propice à la définition d'une intervention cadrée des autorités du for. Aussi, nous constaterons que l'autolimitation de compétence résultant de cette orientation semble prompte à induire un certain respect de la vocation à intervenir des autorités étrangères. De la sorte, la régulation paraît pouvoir contribuer à encourager une certaine forme de coordination par le raisonnable (Section 2).

¹⁰⁴³ Laurence USUNIER, Thèse précitée, P. 14.

¹⁰⁴⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, Le droit de la régulation, Recueil Dalloz 2001, P. 610.

¹⁰⁴⁵ Laurence USUNIER, Thèse précitée, PP. 16-17.

Section 1 : Les caractéristiques d'un critère de rattachement conforme à une conception régulatrice du droit international privé

437. Un critère de rattachement conforme à une conception régulatrice du droit international privé reflètera *a priori* les traits de la régulation. Il est ainsi à supposer qu'à l'instar de cette dernière, il sera lié aux idées de proximité et de concurrence (I). Cela étant, sans prétendre globalement remettre en cause les principes généralement acquis, le particularisme de l'enfance déplacée semble exceptionnellement pouvoir conduire à une certaine adaptation des caractéristiques de la régulation (II).

I/ La régulation, un concept lié aux idées de proximité et de concurrence

438. Alors que l'appréhension publiciste du droit international privé fait appel à l'idée de répartition sur un fondement souverainiste, la conception privatiste de la matière fait appel à l'idée de régulation sur un fondement proximiste (A). Aussi, différemment abordée en fonction qu'il s'agisse de désigner la compétence juridictionnelle ou la compétence législative, la proximité est selon les cas, plus ou moins liée à l'idée de concurrence (B). Bien évidemment, cela n'est pas sans conséquence sur l'option de rattachement et, pour ce qui intéresse précisément cette étude, sur la méthodologie mise en œuvre en faveur de l'enfant déplacé.

A. Les liens entre régulation et proximité

439. Le critère de rattachement susceptible d'être mis en œuvre en matière de protection de l'enfance déplacée ne peut valablement se fonder sur le principe d'autonomie de la volonté puisque la matière ayant trait à des droits indisponibles, il serait malaisé de permettre aux parties de disposer d'un choix quant à la réglementation applicable. De plus, il paraît illusoire de penser que les litiges inhérents au droit de la famille puissent, à l'instar des rapports contractuels, être globalement basés

sur l'idée de consensus. Par ailleurs, cette étude proposant de rechercher une protection simplement *suffisante*, elle ne prétend pas favoriser l'application à tout prix de la meilleure loi – à savoir, celle permettant d'obtenir le meilleur résultat matériel. En préconisant l'application de la *lex fori*, notre réflexion cherche néanmoins à garantir un seuil protecteur minimal qui soit gage de suffisance et source d'effectivité. Garanti par la croyance en un lien entre l'intérêt de l'État et l'intérêt de l'enfant, ce seuil dispenserait l'internationaliste praticien de systématiquement vérifier le contenu des lois avant de décider de leur prétention à s'appliquer.

Ce n'est donc pas sur le résultat matériel concret que le droit international privé de la protection de l'enfance mobile devrait focaliser son attention, mais sur le principe d'une protection *présumée satisfaisante*. Ainsi, bien que nous ne niions pas la part incontournable de matérialité de nos propositions, il nous semble évident que cette étude ne puisse pas plus fonder son orientation régulatrice sur la visée pure et simple d'une finalité matérielle, que sur le principe d'autonomie de la volonté. Mais puisque la prise en considération de l'intérêt étatique n'est pas remise en question par nos propositions¹⁰⁴⁶, il convient de s'interroger sur l'opportunité d'un recours à un fondement souverainiste.

440. Pour Étienne PATAUT¹⁰⁴⁷, l'indépendance généralement admise du conflit de lois et du conflit de juridictions ne permettrait pas à elle seule de rendre globalement compte de la réalité actuelle du droit. À ses yeux en effet, il arriverait parfois qu'un intérêt particulier de l'État commande de traiter ensemble ces deux questions. Lorsque tel est le cas, il en résulterait une liaison nécessaire des deux types de considérations sur fondement de souveraineté – sans pour autant que cela ne le mène à défendre la coïncidence des compétences juridictionnelle et législative.

De là, et suite à un vaste exposé des grands travaux doctrinaux sur la question de l'intérêt étatique, l'auteur en vient à distinguer entre « *une conception large de la notion d'intérêt de l'État qui contient à la fois, la justification du processus conflictuel et les hypothèses d'intervention de l'État par le biais des lois de police* »¹⁰⁴⁸ et une « *conception étroite de la notion d'intérêt de l'État*

¹⁰⁴⁶ Cf. supra n° 71 et suivants.

¹⁰⁴⁷ Étienne PATAUT, Thèse précitée.

¹⁰⁴⁸ Id. P.30.

qui n'envisage que les lois de police »¹⁰⁴⁹. Fort de cette distinction, et après avoir démontré que la notion d'intérêt peut être envisagée comme un principe d'explication du conflit de lois, sa propre analyse en terme d'intérêt de l'État le conduit à justifier l'intervention de la souveraineté. En réalité, l'auteur va même jusqu'à proposer de substituer la notion à l'acception étroite de l'intérêt étatique. L'opération lui permet alors de considérer que prise sous l'angle d'un principe, la souveraineté peut également être envisagée comme une explication du conflit de juridictions, et ce, tant pour ce qui est de la compétence internationale directe, qu'en ce qui concerne la reconnaissance des jugements étrangers.

Finalement, les travaux de Monsieur PATAUT semblent avoir démontré que la souveraineté est un fondement possible de la désignation de la loi applicable et/ou du juge compétent. Elle induirait par ailleurs, lorsque cela est nécessaire, de recourir à un critère de rattachement fondé sur la *nationalité*.

441. Envisagée comme une simple branche du statut personnel, la réglementation relative à la protection de l'enfance a longtemps été globalement gouvernée par le rattachement traditionnel en la matière¹⁰⁵⁰. La protection des mineurs pouvait dès lors être envisagée comme l'un des aspects de la souveraineté, telle qu'elle est mise en œuvre en matière de statut personnel¹⁰⁵¹.

Bien que l'abandon du principe d'incompétence des tribunaux à propos des litiges entre étrangers permette désormais d'asseoir la compétence des juridictions françaises indépendamment de la nationalité étrangère de l'intéressé, aujourd'hui encore, selon notre droit international privé commun, l'état et la capacité des personnes relèvent en principe de la loi nationale prise en tant que loi personnelle. Bilatéralisée, la règle vaut tant pour les nationaux que pour les étrangers¹⁰⁵². Aussi, la protection de l'enfant étant fondée sur son état, *a priori*, il semble logique de déclarer applicable à la protection, la loi qui a fixé cet état. Clairement, la vocation à intervenir de la loi personnelle permet de respecter le lien entre la cause de l'incapacité et les mesures qui en résultent. Mais la logique théorique souffre régulièrement des difficultés pratiques de mise en œuvre. Par exemple,

¹⁰⁴⁹ Ibid.

¹⁰⁵⁰ Id.

¹⁰⁵¹ Id.

¹⁰⁵² Paris, 13 juin 1814, Sirey, 14.2.393.

nous ne sommes pas sans savoir que lorsque la protection d'un enfant étranger déplacé en France n'est pas valablement assurée par ses parents, l'intervention subsidiaire de l'État est nécessaire. Disons alors qu'une tutelle de l'Aide Sociale à l'Enfance soit mise en place. L'implication d'organes administratifs et le caractère d'intérêt général de la mesure adoptée sont au moins deux réalités susceptibles de heurter le respect de la loi nationale étrangère. En effet, outre les hypothèses où l'incompatibilité radicale entre la loi française et la loi étrangère ne permet pas une adaptation réciproque entre les dispositions étrangères et les moyens de mise en œuvre prévus par l'État du for, la loi française prétend à s'appliquer toutes les fois où elle intervient à titre de loi de police. La célèbre affaire *Boll* en est une excellente illustration ¹⁰⁵³.

442. En bref, l'enfant, *Marie-Elizabeth Boll*, née et domiciliée en Suède, d'un père néerlandais et d'une mère suédoise, était de nationalité néerlandaise. À la mort de sa mère, son père avait été nommé tuteur par un tribunal suédois. Néanmoins, de graves soupçons pesant sur la moralité de ce dernier, l'Office des Mineurs de Norrköping (Suède) plaça peu de temps après la demoiselle *Boll* sous le régime de l'éducation protectrice ; puis la confia à son grand-père. En dépit des réclamations du père et de la tutrice ultérieurement nommée aux Pays-Bas, cette dernière décision a par la suite été confirmée à plusieurs reprises et, en dernier ressort, par la Cour administrative suprême de Suède. Il n'en fallait pas plus pour présager d'un affrontement entre la Suède et les Pays-Bas. Précisément, le différend reposait sur l'applicabilité à une enfant néerlandaise du régime suédois de l'éducation protectrice. Le gouvernement des Pays-Bas soutenait que cette application et l'application des décisions l'ayant confirmée n'étaient pas conformes à la *Convention de 1902*¹⁰⁵⁴ car elles faisaient obstacle à ce que la mineure soit remise à sa tutrice. En effet, la Convention évoquée donnait compétence à la loi nationale de l'enfant pour l'organisation de la tutelle. L'entrave portée à cette compétence emportait donc une violation de l'instrument conventionnel. L'argument fut écarté par la Cour Internationale de Justice (ci-après CIJ) qui admit la paralysie de

¹⁰⁵³ CIJ, 28 novembre 1958, Pays-Bas c/ Suède (*Boll*), CIJ, Rec. 1958, P. 55 ; Rev. crit. 1958, P. 713 ; Note H. BATIFFOL et Ph. FRANCESCAKIS, Rev. crit 1959, P. 259.

¹⁰⁵⁴ Convention du 12 juin 1902 pour régler la tutelle des mineurs. Disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.hcch.net/index_fr.php?act=text.display&tid=15

la loi nationale dans l'État de résidence habituelle de l'enfant par les mesures administratives qui y avaient été décidées au titre de l'éducation protectrice.

Dans cette affaire, la CIJ semble donc clairement avoir réglé le conflit de lois en affirmant la compétence de la loi du pays sur le territoire duquel l'enfant *réside*. L'essentiel du problème paraissait cependant concerner la compétence des autorités : fallait-il préférer la compétence des autorités de la résidence habituelle de la mineure (suédoises) ou celles de sa nationalité (néerlandaises) pour décider de la protection à mettre en œuvre ? En relation très étroite avec le droit public et le bon ordre de la société, les mesures suédoises revêtaient en réalité un caractère strictement territorial. Elles ne pouvaient donc être prises que par les autorités locales agissant suivant les formes de leur propre loi. Peu importait en conséquence les dispositions contenues dans la loi nationale de l'enfant. Pour ainsi dire, la CIJ considérait que la compétence législative devait découler de la compétence des autorités. La notion de loi de police était née. Manifesté sous le second de ses aspects, le fondement souverainiste de la protection de l'enfance était quant à lui préservé. Mais pour combien de temps ?

443. La souveraineté est une notion publiciste qui permet de rendre compte de l'implication directe de l'*État* dans le mécanisme conflictuel. Et quand bien même l'intérêt de l'État rejoindrait celui de l'enfant, en elle-même, la souveraineté ne s'attache pas à servir l'intérêt privatiste de l'individu et partant, elle ne focalise pas son attention première sur la nécessité de protéger l'enfant. Or, parce qu'elle défend l'orientation régulatrice contemporaine du droit international privé, cette étude peine à fonder l'orientation principale de ses solutions sur pareil principe.

444. Fort heureusement, la réglementation conventionnelle applicable à l'enfance déplacée semble s'être progressivement inscrite dans la droite ligne de l'évolution privatiste globale du droit international privé vers la régulation¹⁰⁵⁵. Démontrant au grand jour les insuffisances de la *Convention de 1902*, l'affaire *Boll* ne constituait en réalité qu'un avant goût de ce changement.

¹⁰⁵⁵ Le constat est d'autant plus heureux que, depuis l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye de 1996 et du Règlement Bruxelles II bis, le domaine d'intervention du droit international privé commun est devenu très marginal.

Les instruments internationaux semblent en effet avoir pris acte de la nécessité de garantir l'épanouissement de l'intérêt du mineur. Pour ce faire, ils ont progressivement évolué en favorisant l'amenuisement du domaine traditionnellement assigné à l'intervention de la loi nationale, au profit d'un rattachement plus adapté au fonctionnement de ses institutions : la *résidence habituelle*¹⁰⁵⁶. Ils ne pouvaient dès lors que tendre à emprunter une caractéristique incontournable de la régulation : un lien étroit avec la notion de *proximité*. Et c'est précisément sur ce fondement que, dans la mesure du possible, cette étude souhaiterait inscrire la résolution de l'ensemble des déplacements dont un enfant est susceptible de faire l'objet. Mais pour bien comprendre ce qu'implique une telle orientation, il convient préalablement de cerner les liens qu'entretiennent en principe les notions de proximité et de concurrence (B).

B. Les liens entre proximité et concurrence

445. Pour Monsieur LAGARDE, le principe de proximité est susceptible de jouer un rôle dans la définition du rattachement de l'ensemble du règlement conflictuel¹⁰⁵⁷. Néanmoins, la différence structurelle entre les règles de conflit de lois et les règles de conflit de juridictions s'opposerait à ce que ce principe joue un rôle identique dans l'une et l'autre des hypothèses¹⁰⁵⁸. Ainsi, premièrement, alors que les conflits de lois « *doivent aboutir à la désignation d'une loi applicable, en principe unique* », les conflits de juridictions « *peuvent s'accommoder de la désignation de plusieurs tribunaux compétents* »¹⁰⁵⁹. S'appuyant en effet sur l'étude menée par Arthur VON MEHREN, l'éminent auteur remarque qu'il « *existe une pluralité de fondements de la compétence juridictionnelle* »¹⁰⁶⁰. En second lieu, à moins qu'elle ne résulte d'un traité international, la désignation de la compétence juridictionnelle est nécessairement unilatérale en ce qu'elle indique uniquement les cas dans lesquels les tribunaux de l'État du for sont compétents. Au contraire, la

¹⁰⁵⁶ Sans nous limiter à la responsabilité parentale, nous faisons ici notamment référence aux Conventions de La Haye de 1961, de 1980, de 1993 et de 1996, ainsi qu'au Règlement Bruxelles II bis.

¹⁰⁵⁷ Paul LAGARDE, Cours précité.

¹⁰⁵⁸ Ibid.

¹⁰⁵⁹ Ibid.

¹⁰⁶⁰ Ibid.

détermination de la compétence législative est le plus souvent bilatérale puisque la loi désignée peut être celle du for, comme celle d'un État étranger¹⁰⁶¹.

446. Ces considérations exposées, il apparaît qu'en matière de compétence juridictionnelle, le droit positif offrant « *le plus souvent au demandeur un choix entre plusieurs tribunaux possibles, il ne peut exiger que le for saisi soit celui qui présente avec le litige les liens les plus étroits (...). Tout au plus pourra-t-on exiger que le for saisi présente au moins **un** lien étroit avec le litige, mais pas nécessairement **les** liens les plus étroits. En outre, s'il est établi que le for saisi ne remplit pas cette condition minimale, la conséquence sera forcément différente de ce qu'elle est dans les conflits de lois. Le tribunal saisi ne pourra pas renvoyer l'affaire au tribunal d'un autre État présentant les liens requis avec le litige, il devra seulement se déclarer incompétent, sans donc pouvoir donner une solution au litige qui lui était soumis* »¹⁰⁶². Pour ce qui est de la compétence législative en revanche, « *le principe de proximité pourrait s'exprimer par la règle de conflit de lois suivante : « Un rapport de droit est régi par la loi du pays avec lequel il présente **les liens les plus étroits** » »*¹⁰⁶³. En effet, marquant une rupture avec la doctrine de SAVIGNY qui pensait de manière abstraite que tout rapport de droit avait un siège et que ce dernier devait être dégagé de la nature du rapport de droit (notion elle-même abstraite), la proximité, sans rejeter l'analyse du rapport de droit, ne l'estime pas suffisante. Cela vaut d'ailleurs notamment parce qu'à défaut de communauté juridique entre les droits en conflit, la qualification entraîne nécessairement des divergences d'un système à l'autre¹⁰⁶⁴. L'analyse proximate-régulatrice se voudrait donc plus concrète. Ce faisant, en dépit des liens fonctionnels qu'entretiennent les conflits de juridictions et les conflits de lois – l'un comme l'autre pouvant en effet tendre à la réalisation d'un objectif- la proximité se traduirait différemment selon qu'il s'agisse d'attribuer compétence à un tribunal ou de désigner une loi.

447. L'appréhension ainsi différenciée de la proximité en fonction du type de compétence, confirme *a priori* une indépendance entre les questions de conflit de lois et les questions de conflit

¹⁰⁶¹ Ibid.

¹⁰⁶² Ibid.

¹⁰⁶³ Ibid.

¹⁰⁶⁴ Ibid.

de juridictions. Il apparaît dès lors étonnant que tout en préconisant de recourir à une approche privatiste-régulatrice du règlement conflictuel, cette étude persiste à défendre une méthodologie coïncidente. Au fond, ne serait-ce pas en effet en revenir au fondement publiciste du droit international privé, qui, percevant le conflit de lois et le conflit de juridictions comme deux facettes d'un conflit de souverainetés, les liait l'un à l'autre ? Aurait-on en outre omis qu'au contraire, le privatisme de SAVIGNY implique nécessairement leur dissociation ? Sans prétendre remettre en cause l'excellence des raisonnements de nos prédécesseurs, nous ne pouvons pas manquer de relever qu'en pratique, il semble que conflits de lois et conflits de juridictions n'avancent pas automatiquement sur des routes parfaitement parallèles. Pour autant, il serait discutable de prétendre qu'ils ne puissent jamais se rencontrer. En réalité, nous pensons même que certaines hypothèses particulières – dont le déplacement international d'enfant fait partie - puissent justifier que les deux types de compétences soient abordés communément. Au point d'ailleurs, d'accepter de déduire volontairement la loi applicable, du juge désigné.

448. Cela étant, dans ces cas, il faut bien reconnaître que l'opération comporte un danger : placer l'une des catégories au service de l'autre. Pour ainsi dire, la coïncidence des compétences permet de craindre « *l'invasion de la logique des conflits de lois au détriment de la cohérence des conflits de juridictions* »¹⁰⁶⁵ ou, à l'inverse, « *une appréhension purement judiciaire du raisonnement conflictuel* »¹⁰⁶⁶. Néanmoins il faut le dire, même l'indépendance des questions juridictionnelle et législative ne paraît pas pouvoir garantir dans tous les cas, leur pleine égalité. La pensée savignienne elle-même ne permettait-elle pas en effet aux conflits de lois de prendre le pas sur les conflits de juridictions ? Aussi, à une époque où même une communauté de valeurs ne saurait plus pleinement garantir une pleine communauté de droit, il est devenu évident que la loi appliquée ne sera pas forcément la même en fonction du juge saisi. En faudrait-il réellement davantage pour en venir à considérer que désormais, la détermination du juge compétent puisse être devenue *la* question essentielle ? FRANCESCAKIS n'avait-il d'ailleurs pas bien avant nous, déjà proposé

¹⁰⁶⁵ M. HUNTER-HENIN, Pour une définition du statut personnel, Thèse, Paris 1, PUAM, 2001.

¹⁰⁶⁶ Ibid.

d'inverser la démarche axée sur le conflit de lois ?¹⁰⁶⁷ À en croire la tendance constamment réaffirmée des récentes conventions de La Haye, une telle position serait loin d'être farfelue. Il y aurait un domaine réservé à la primauté du conflit de juridictions : la protection de l'enfance¹⁰⁶⁸. En cette matière, l'approche serait-elle pour autant publiciste ? Nous ne le pensons pas.

449. Certes, se voulant équilibrées et souples, nos propositions permettent, nous le verrons, l'intervention subsidiaire d'une certaine forme de souveraineté¹⁰⁶⁹. Fondé sur des considérations privatistes-proximistes, le rattachement défendu par nos travaux attribue néanmoins par principe compétence au juge de la résidence habituelle de l'enfant déplacé. Abordée sous l'angle de la primauté accordée au conflit de juridictions, la proximité ne paraît d'ailleurs pas en elle-même inapte à assurer la permanence des liens entre l'intérêt de l'enfant et l'intérêt de l'État. En effet, en exigeant des liens *suffisamment étroits* afin de justifier la compétence juridictionnelle, le principe oblige la désignation d'un tribunal à satisfaire l'intérêt des parties en répondant à des considérations de commodité procédurale et de prévisibilité. Aussi, en garantissant une bonne administration de la justice, en limitant le risque de forum shopping et en encourageant la courtoisie internationale, il contribue à satisfaire l'intérêt étatique.

450. Toutefois, ainsi appréciée par le biais de la concurrence, la proximité ne paraît à même de servir que les matières où les intérêts *fondamentaux* de l'État n'entrent pas en jeu. En revanche, il est à douter qu'elle puisse être aussi convaincante lorsqu'une question hautement plus sensible – telle la protection d'un enfant que l'on déplace – se pose. Sans pour autant aller jusqu'à prétendre qu'en pareille hypothèse, un fondement souverainiste devrait nécessairement primer, il apparaît que la proximité ne puisse être abordée exactement de la même manière qu'en matière civile et commerciale. Voilà qui justifie son adaptation, et plus généralement, voilà qui justifie l'adaptation de la régulation au particularisme de la matière envisagée par cette étude (II).

¹⁰⁶⁷ P. FRANCESKAKIS, *Compte rendu des Mélanges Kollewjin et Offerhaus*, R.C 1963, P. 869 : « N'y a-t-il pas cependant aussi place pour l'attitude inverse : on insisterait sur la compétence judiciaire et on se désintéresserait plus ou moins de la loi applicable ? »

¹⁰⁶⁸ Le reste des questions relatives au statut personnel obéirait en effet à une logique différente. Cf. notamment sur cette question la thèse précitée de Myriam HUNTER-HENIN.

¹⁰⁶⁹ Cf. infra n° 475 et suivants.

II/ L'adaptation de la régulation au particularisme de la protection de l'enfance déplacée

451. La réglementation applicable à l'enfance déplacée oblige au respect de certaines exigences (A). Lorsqu'elles sont satisfaites, ces dernières ont d'ailleurs de fortes chances de se traduire par l'adoption d'un rattachement tout à fait adapté au particularisme de notre matière (B).

A. Exigences particulières de la protection de l'enfance déplacée au regard de la pluralité du rattachement

452. Pour parvenir à une protection satisfaisante de l'enfance déplacée, il conviendrait de chercher à désigner *le bon juge* (1). Aussi, il semble qu'une telle opération nécessite en toute logique, la désignation de critères de rattachements appropriés (2).

1. La désignation du *bon juge*

453. La visée d'une protection satisfaisante nous a déjà poussés à défendre la méthode qui sera à même de parvenir à réunir les trois critères que sont la suffisance, l'effectivité et l'efficacité. Si donc la régulation, fondée sur le principe de proximité, peut valablement mener à rechercher le meilleur résultat substantiel, il nous semble avoir déjà suffisamment justifié qu'il n'est pas opportun de poursuivre pareil objectif. En réalité, se borner à viser la réalisation d'une protection simplement suffisante nous paraît bien plus souhaitable. En effet, rappelons-le, la nécessité de protéger l'enfant est intimement liée à l'idée d'effectivité puisque une protection idéale est inutile si elle est incapable de résister à l'épreuve de la pratique. Dès lors, la légitime ambition de rechercher la meilleure loi, s'efface derrière l'impérieuse nécessité de trouver *le « bon juge »*, à savoir, celui qui garantira à l'enfant une protection qui, bien que peut être simplement suffisante, sera à tout le moins effective et, espérons-le, au mieux également efficace.

L'évolution actuelle du droit conventionnel mettant en œuvre une coïncidence des compétences en faveur de la résidence habituelle, est justifiée par l'importance de l'intervention d'une autorité judiciaire locale. Elle illustre sans nul doute avec force le bien-fondé de nos raisonnements. Mais qu'implique une telle orientation de la pensée ?

454. Proposer de globalement recourir à une méthodologie coïncidente afin de résoudre l'essentiel des problématiques inhérentes au déplacement d'un enfant, ne signifie pas nécessairement défendre un rattachement unique. En clair, c'est dire qu'il serait envisageable que cette étude entende désigner plusieurs juges potentiellement compétents, tout en considérant que celui qui sera effectivement saisi appliquera sa propre loi. Concrètement, il serait par exemple possible d'accepter qu'entrent en concurrence, le juge de la résidence habituelle de l'enfant et celui de la résidence habituelle de son/ses représentant(s) légal/légaux. Cela pourrait en effet *a priori* valoir dans l'hypothèse où enfant et parent(s)/tuteur résident dans des États différents. Mais ce n'est pas exactement l'orientation que notre réflexion entend adopter.

455. Au fond, il nous semble que la coïncidence des compétences telle que préconisée à propos de la protection de l'enfance déplacée, oblige l'internationaliste à imprégner le raisonnement conflictuel pourtant principalement axé sur la résolution du conflit de juridictions, de considérations substantielles. En effet, tout en accordant la primauté à la désignation des juges, on en arriverait à déterminer la compétence un peu à la manière des conflits de lois. Précisément, c'est dire que lorsque le déplacement d'un enfant est en cause, la recherche de proximité pourrait se traduire par la saisine d'une autorité judiciaire appartenant à l'ordre étatique entretenant avec l'enfant, *les liens les plus étroits*, et non pas simplement *un lien étroit*. Que la détermination de la compétence juridictionnelle puisse être sensible à la matérialité du résultat ne surprend pas. Et que le résultat en question préfère le convenable à l'idéal se défend. Simplement, le souci d'une telle orientation des solutions tient au fait qu'elle ne corresponde pas à l'image pré-exposée de la proximité¹⁰⁷⁰. En réalité, elle vient même complètement bouleverser le schéma proximate conflicts de jurisdictions-concurrence/conflits de lois-unicité. Serait-il cependant réellement impossible de nuancer la remarquable analyse de Monsieur LAGARDE, en rappelant les théories d'autres auteurs dont les travaux méritent tout autant d'être loués ?

456. Pour le Professeur Frédéric LECLERC, l'acception privatiste du droit international privé permettant à la matière de prendre en considération un intérêt pourrait (devrait) conduire à donner à

¹⁰⁷⁰ Cf. supra n° 445 et suivants.

la règle de conflit de lois, une structure alternative en raison de la finalité matérielle poursuivie¹⁰⁷¹. On retrouve donc dans la régulation poussée à son maximum – la quête de la meilleure loi - l'idée de concurrence/pluralité. Bien que ne reflétant pas en tous points la réalité du droit positif à propos de la protection de la partie faible dans les contrats internationaux, la thèse de Monsieur LECLERC a le mérite d'avoir proposé une appréhension renouvelée du droit international privé tout aussi intéressante que cohérente. Aussi, le caractère alternatif du rattachement recommandé par cet auteur, nous permet de remarquer qu'il est plausible d'envisager de recourir au pluralisme en matière de conflits de lois. L'affirmation, fondée sur un raisonnement privatiste, vaudrait alors même que l'intérêt qu'il s'agit de satisfaire n'est pas uniquement celui de l'État. En effet, bien que l'on puisse penser qu'à l'instar de ce qui vaut à propos de l'enfance déplacée, la protection de la partie faible au contrat puisse induire une liaison entre l'intérêt privé et celui de l'État¹⁰⁷², il n'est ici nullement question de proposer un raisonnement souverainiste simplement répartiteur.

457. Plus généralement, dans la pratique des conflits de lois, la résolution plurale du raisonnement conflictuel est vérifiable. En effet, l'existence de rattachements alternatifs, cumulatifs, distributifs ou subsidiaires n'est pas un mirage¹⁰⁷³. Et alors même que la réglementation conflictuelle traditionnelle se veut indifférente au contenu des lois, l'évolution privatiste du droit international privé laisse de plus en plus de place à ces nouveaux rattachements dérogatoires imprégnés de considérations substantielles. Il en résulte que « *les dispositions de ce type ne s'éloignent pas seulement des règles de conflit traditionnelles par leur structure, mais par l'acceptation du fait que soit désignée une loi **qui n'est pas nécessairement celle des liens les plus étroits** pourvu qu'elle consacre la solution estimée préférable* »¹⁰⁷⁴.

458. En dépit de ses liens avec le principe de proximité, la régulation pourrait donc en théorie comme en pratique, s'accommoder de la désignation de plusieurs lois, quitte à viser des liens simplement étroits. Pourquoi ne pourrait-elle alors pas à l'inverse, contribuer à défendre la

¹⁰⁷¹ Frédéric LECLERC, Thèse précitée (Rappel).

¹⁰⁷² *À la réalisation de sa politique législative.

¹⁰⁷³ Pour une série d'exemples, cf. les remarquables travaux de Monsieur Bernard AUDIT : Le droit international privé à la fin du XX^{ème} siècle : progrès ou recul, Op. cit.

¹⁰⁷⁴ Ibid.

désignation d'un seul juge si la matière en cause le requiert ? En certains cas, les conflits de juridictions pourraient ainsi viser *les liens les plus étroits*. Exceptionnellement mis en œuvre dans des hypothèses particulières, ce principe de solution n'emporterait pas pour autant une mauvaise administration de la justice et une coordination sacrifiée. Bien au contraire, il serait pensé dans l'intérêt commun de l'État et de l'enfant mobile, et contribuerait à servir une compétence raisonnable¹⁰⁷⁵.

Ainsi, les diverses possibilités qu'offre le droit international privé seraient à même d'être utilisées de manière fonctionnelle, à savoir, en fonction des exigences posées par le domaine juridique précisément concerné. Dans notre vision, la rigidité des liens entre unilatéralisme-coïncidence des compétences- souveraineté- protection de l'intérêt de l'État ET bilatéralisme-séparation des compétences- proximité- protection de l'intérêt particulier, se trouverait assouplie. Est-il pour autant à craindre que la quête du *bon juge* devienne pour sa part génératrice d'un autre type de rigidité ?

Ce pourrait être le cas si notre réflexion nous portait à désigner la compétence juridictionnelle en fonction d'une proximité immuablement traduite par un unique critère de rattachement. Or, nous comprenons sans mal le ridicule qu'il y aurait à enfermer l'intérêt de l'enfant au sein d'une compétence inapte à envisager l'ensemble des problématiques susceptibles de se poser à l'aune du déplacement d'un mineur. Si donc dans la majorité des cas, nous préconisons de rechercher *le* juge compétent ; et si pour y parvenir il semble évidemment nécessaire d'avoir recours à un seul critère de rattachement, une précision s'impose : l'unité du rattachement préconisée est globale sans être universelle. En d'autres termes, elle est globale en ce qu'elle est censée concerner la grande majorité des hypothèses de déplacement transfrontière. En revanche, elle n'est pas universelle puisque l'option de rattachement devrait être fonction du type de déplacement dont il est spécifiquement question. Quels sont donc ces critères de rattachement susceptibles de désigner pour chaque type de déplacement, *le bon juge* (2) ?

¹⁰⁷⁵ Pour de plus amples développements à propos du « raisonnable » tel qu'envisagé par cette étude, cf. infra n° 481 et suivants.

2. Les critères de rattachement susceptibles de désigner le bon juge

459. Trop souverainiste et partant, trop publiciste ; également à la fois trop abstraite et trop distante, la nationalité, nous l'avons déjà sous-entendu, ne nous semble pas être la meilleure référence pour définir la réglementation applicable à l'enfance déplacée. Et pourtant, en dépit de sa mobilité, l'enfant qui traverse les frontières nécessite comme tout enfant, une protection relativement stable. Gage de permanence, la nationalité répondait à ce besoin. Progressivement abandonnée pour des raisons que nous n'avons pas manqué d'évoquer, ce critère a peu à peu du laisser la place à un rattachement plus proximiste. Conformément à la tendance internationaliste contemporaine, cette étude défend les vertus de la *résidence habituelle*. Et pourtant, le plus proche équivalent « proximiste » de la nationalité est le *domicile*. Avant donc de justifier notre préférence, tentons de comprendre en quoi le domicile nous semble moins à même de remporter le « bras de fer » qui l'oppose à notre rattachement privilégié.

460. Notion fonctionnelle¹⁰⁷⁶, le domicile peut être défini comme « *la relation juridique existant entre une personne et le lieu où cette personne est, quant à l'exercice de ses droits et quant à l'accomplissement de ses obligations, toujours censée être présente* »¹⁰⁷⁷. De manière plus concrète, pour Messieurs COLIN et CAPITANT, la notion représente « *la demeure que la personne est censée avoir aux yeux de la loi pour l'exercice de certains droits et l'accomplissement de certains actes* »¹⁰⁷⁸. En réalité, la notion française de domicile peut représenter tout autant un lieu, qu'une fiction juridique. Mais dans les faits, comment décèle-t-on concrètement l'existence d'un domicile ?

461. Pour Madame MUIR-WATT, la simple présence en France d'un étranger ne peut suffire à emporter la détermination du domicile. En effet, à cet élément matériel doit être ajouté un élément

¹⁰⁷⁶ Ph. FRANCESCAKIS, Les avatars du concept de domicile dans le droit international privé actuel, TCFDIP 1962-1964, PP. 291 et s., spéc. PP. 301-302 : «le résultat en est que les juridictions du fond ont fait du domicile des articles 102 et suivants du Code civil, un domicile en quelque sorte fonctionnel. Elles le déterminent eu égard à la nature du litige, voire, sans doute, en considération de circonstances particulières à chaque espèce».

Cf. également H. MUIR-WATT, J.-Cl. Dr. Int., Fasc. 543-10, n°2, Le domicile dans les rapports internationaux : « les fins que sert ce concept au sens du droit international privé sont aussi diversifiées que le sont les applications de la discipline dont il relève ».

¹⁰⁷⁷ C. AUBRY et C. RAY, Droit civil français : t. 1, 7^{ème} éd. par A. PONSARD, 1964, P. 140, n° 571.

¹⁰⁷⁸ A. COLIN et H. CAPITANT, Cours élémentaire de droit civil français : t. 1, Dalloz, 7^{ème} éd., 1931, P. 434, n° 421.

intentionnel « afin d'écarter le séjour précaire, accidentel ou forcé »¹⁰⁷⁹. Ainsi, aux yeux de cet auteur, « la composante matérielle du domicile n'a (...) de véritable signification qu'au bénéfice de l'éclairage que lui apporte l'élément subjectif »¹⁰⁸⁰. Ce dernier élément représente « la volonté de s'intégrer durablement dans le milieu où l'on vit, en y fixant le centre de ses intérêts. Pareille volonté ne peut faire l'objet d'une preuve directe. Une déclaration de l'intéressé peut certes être prise en compte dans l'appréciation de cette intention, notamment lorsque l'élément matériel du domicile est défaillant ou instable, mais encore faut-il qu'il soit sincère, c'est-à-dire corroboré par des indices d'ordre objectif »¹⁰⁸¹. Parmi ces derniers, « l'existence de liens professionnels, patrimoniaux, familiaux, sociaux et culturels, voire purement administratifs (...), l'exercice d'un emploi rémunéré ; la perception de ressources ou de revenus fonciers ; l'acquisition d'immeubles ou d'un fonds de commerce, et en cas de pluralité de biens, leur valeur respective ; la création d'une société ; le mariage avec un ressortissant du pays ; le lieu de célébration du mariage ; la naissance et la scolarisation des enfants ; l'appartenance à des clubs ; la titularité d'un passeport ; l'obtention ou le renouvellement d'un titre de séjour ; le paiement d'impôts ; l'exercice du droit de vote ; la naturalisation ; le train de vie et l'entretien de domestiques, etc. »¹⁰⁸².

462. Étant ainsi le reflet de solides liens entretenus entre un individu et un territoire, le domicile pourrait *a priori* contribuer à servir notre étude et constituer l'élément de rattachement proximiste capable de refléter le centre des attaches principales d'un enfant, à savoir à nos yeux, son centre d'attaches et d'intégration¹⁰⁸³. C'est sans compter sur ses inconvénients. En réalité, le caractère juridique, parfois fictif, du domicile, ne correspond pas vraiment aux exigences réalistes et concrètes des rapports internationaux. Voilà sans doute pourquoi, « lorsqu'il s'est agi pour les rédacteurs de conventions d'adopter un critère de rattachement conciliable avec les impératifs des différents systèmes juridiques, il est apparu que le domicile ne pouvait convenir »¹⁰⁸⁴. En effet, « si le facteur de rattachement de principe, envisagé dans les premières Conférences et conventions de

¹⁰⁷⁹ H. Muir-Watt, Op. cit. n° 66.

¹⁰⁸⁰ Ibid.

¹⁰⁸¹ Id. n°74.

¹⁰⁸² Id. n°75.

¹⁰⁸³ Sur cette notion, cf. infra n°484 et suivants.

¹⁰⁸⁴ Anne RICHEZ-PONS, La résidence en droit international privé, Thèse multigr. Dir. H. FULCHIRON, Lyon III, 2004, P. 25.

La Haye, était la nationalité, dès la Deuxième session de la conférence de La Haye de 1894, on remplaça le critère du domicile, retenu à titre subsidiaire par la Première session, par celui de la résidence. La discussion de la Deuxième session porta sur l'opportunité de ce rattachement au domicile : le mineur a pour domicile celui de ses parents ou de son tuteur. Or, c'est la loi de la tutelle qui déterminait ce domicile légal ; le domicile légal était donc censé se trouver auprès du tuteur, non encore désigné. Un représentant dénonça le fait que ce rattachement introduisait un cercle vicieux. Le critère de la résidence lui fut finalement substitué. Poursuivant les travaux de la Deuxième session, la Troisième session, en 1900, précisa que cette résidence devait être habituelle. La référence à la résidence habituelle, à titre subsidiaire, était donc fondée sur le fait que le domicile de dépendance était inadéquat et que l'on recherchait l'effectivité d'une situation, à localiser le mineur au lieu où il vit en fait. L'adjonction du qualificatif « habituelle » prouve qu'une certaine stabilité de la résidence était recherchée »¹⁰⁸⁵. Et si en 1951, « la Septième session se référerait encore au terme de domicile, c'était pour le définir en tant que résidence habituelle »¹⁰⁸⁶. En réalité, retenir le domicile comme critère de rattachement était un pari perdu d'avance : « les experts réunis pour les Conférences de La Haye, effrayés devant les problèmes liés aux conflits d'interprétation, ont décidé à partir de la Huitième session de se référer désormais au seul critère de la résidence habituelle comme facteur de rattachement. Selon les termes d'un expert de la Conférence, « la notion de résidence habituelle est la seule qui puisse finalement satisfaire tout le monde » »¹⁰⁸⁷.

463. La résidence habituelle serait donc une option de rattachement plus opportune. À l'instar du domicile, à la fois fonctionnelle et reflet d'un lien réel entre l'enfant et un territoire, elle serait tout à fait apte à refléter le centre d'attaches et d'intégration de ce dernier. Par ailleurs, la notion aurait pour avantage d'être à la fois pragmatique, souple et concrète. Plus qu'un simple palliatif à la

¹⁰⁸⁵ Id., P.66.

¹⁰⁸⁶ Ibid., P.67.

Cf. également pour des exemples d'assimilation l'article 1^{er} de la Convention franco-polonaise du 5 avril 1967 relative à la loi applicable, la compétence et l'exequatur dans le droit des personnes et de la famille : « Possède son domicile sur le territoire de l'une des hautes parties contractantes **la personne qui a sa résidence habituelle sur ce territoire** ». Dans le même sens, l'article 2 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire énonce que : « Le domicile d'une personne **est le lieu où elle a sa résidence habituelle effective** ». C'est nous qui le soulignons.

¹⁰⁸⁷ Id., P. 69

rigidité et à la fictivité du domicile, elle serait un choix pesé et fructueux¹⁰⁸⁸. Et puisqu'il nous semble acquis que la nationalité ne puisse jouer le premier rôle sur la scène de la protection de l'enfance déplacée ; puisqu'en outre le domicile est à la fois trop sans être assez ; puisqu'enfin, la résidence habituelle paraît pleinement correspondre à la définition de ce que peut être un rattachement proximiste, la justification est toute trouvée pour faire de cette dernière notion, le principe de rattachement en notre matière.

Néanmoins, nous savons que les principes sont faits pour souffrir l'exception. Si donc il nous paraît opportun de désigner *le bon juge*, en considérant qu'il sera celui de *la résidence habituelle de l'enfant*, notre quête des *liens les plus étroits* ne semble pas apte à servir un autre intérêt que celui de l'enfant *durablement* déplacé. Place nous semble ainsi devoir être laissée à un autre critère de rattachement. À cet effet, la compétence du juge du lieu de situation de l'enfant, en l'occurrence, celui du pays sur le territoire duquel le mineur *se trouve*, est un rattachement incontestablement complémentaire. Subsidaire, à la fois souverainiste et proximiste, ce dernier critère fondé sur la simple vérification de *liens étroits* devrait pouvoir entraîner une compétence temporaire.

*

*

*

464. En définitive, même adaptée au particularisme de l'enfance déplacée, la notion de concurrence, caractéristique de la régulation, semble bel et bien trouver sa place en notre matière. Elle reflète la souplesse sans laquelle nos solutions se noieraient. Cela étant, nous avons déjà laissé percevoir les indices nous permettant de comprendre que le juge désigné ne possèdera pas les « mêmes pouvoirs » selon qu'il soit juge de la résidence habituelle de l'enfant ou, plus simplement, juge du territoire sur lequel ce dernier *se trouve* temporairement. Mais au fond, comment cette remarque se traduira-t-elle en pratique (B) ?

¹⁰⁸⁸ Id., P.15 : « Le choix de la résidence habituelle dans les Conférences de La Haye n'a plus ensuite été justifié par les difficultés de la notion de domicile et se référer à la résidence habituelle semble résulter d'un choix positif de la part des experts qui voient en ce critère « une notion de fait », pragmatique, propre à servir de rattachement dans les conventions : grâce à la résidence habituelle, un critère de rattachement excellent a été trouvé » ».

B. Traduction d'un rattachement adapté aux exigences particulières de la protection de l'enfance déplacée

465. La pluralité du rattachement peut se traduire de plusieurs manières. Pour cette étude cependant, il semble que l'idée d'un rattachement cumulatif, alternatif ou distributif soit à évincer (1). Tel n'est pas le cas en revanche du recours à un rattachement en cascade. Cette option en effet, nous paraît particulièrement intéressante à mettre en œuvre en faveur de l'enfant déplacé (2).

1. Les hypothèses impropres à servir l'intérêt de l'enfant déplacé

466. Les hypothèses nous paraissant inappropriées en notre matière concernent les rattachements cumulatifs (a), alternatif (b) et distributif (c).

a) Le système cumulatif

467. Le *système cumulatif* se résume en ces termes : l'application de la loi la plus stricte. En effet, la nécessité de satisfaire aux conditions posées par les différentes lois en cause oblige inévitablement à choisir la loi la plus prohibitive parmi les lois en concurrence. Potentiellement protecteur en ce qu'il permettrait quasi-systématiquement de garantir le minimum correspondant au seuil requis pour nous assurer de la suffisance, dans l'absolu, le recours à un rattachement cumulatif pourrait sans doute contribuer à satisfaire les intérêts combinés de l'État et de l'enfant déplacé. Ainsi d'ailleurs, la politique législative protectrice de chaque pays concerné par le rapport de droit en cause se trouverait sans doute en quelque sorte ménagée et, la coordination, probablement favorisée. Cela étant, si une telle option est très certainement défendable dans les hypothèses où l'effectivité de la solution ne dépend pas fortement de la désignation du juge, dans les situations inverses en revanche, il en va sensiblement différemment. En effet, l'opportunité de recourir à la coïncidence des compétences en matière de protection de l'enfance déplacée, décrédibilise d'emblée le système cumulatif. La raison en est simple : lorsqu'il est fait appel à la coïncidence des compétences, la mise en œuvre de la *lex fori* est inévitable : on voit donc mal comment il serait

possible de maintenir le choix méthodologique en obligeant l'application de la loi la plus stricte étant donné que cette dernière ne sera pas nécessairement la loi du for¹⁰⁸⁹. Cela vaut d'ailleurs d'autant plus aux yeux de cette étude, dans la mesure où nous n'avons pas manqué de préciser que la coïncidence des compétences devait être axée sur la primauté des conflits de juridictions. En effet, si la mise en concurrence des tribunaux est plausible, le cumul, lui, n'a de sens que lorsque le raisonnement conflictuel concerne uniquement la compétence législative. À l'inverse, lorsqu'il s'agit de désigner l'autorité à qui il appartiendra de se prononcer, comment imaginer requérir la compétence simultanée de plusieurs juges d'États distincts ? Rien de mieux pour obtenir différents jugements contradictoires et ainsi aboutir à une situation encore moins claire qu'avant la résolution de ses problématiques ! La pluralité des rattachements de la protection de l'enfance déplacée ne se traduira donc pas par ce système. Pas plus que par le système alternatif (b).

b) Le système alternatif

468. Le rattachement alternatif est simple à définir. En réalité, il paraît constituer l'inverse du cumul. Ainsi en bref, nous pourrions considérer qu'il se résume dans le principe d'application de la loi la moins stricte : imprégné de l'idée de faveur, le système alternatif est poussé à rechercher la meilleure loi, à savoir, celle qui permettra au mieux de satisfaire les intérêts de la partie que le raisonnement conflictuel s'attache à défendre. Il évincera donc les dispositions inaptes à réaliser une protection satisfaisante. Le recours à un tel système n'est dès lors pas en lui-même tout à fait inenvisageable en notre matière. En effet, parmi les lois en concours, le juge compétent pourrait choisir celle qui, tout en lui semblant suffisamment protectrice, lui donnera les gages de l'effectivité. Néanmoins, outre le fait que nous ayons maintes fois justifié ne pas rechercher l'idéal, il nous semble qu'une telle orientation de la pensée serait empreinte d'une part d'idéalisme : théoriquement attrayante, dans la plupart des cas elle n'aurait en pratique qu'une chance très relative de parvenir concrètement à une protection pleinement satisfaisante. En effet, la réglementation applicable à l'enfance commande une effectivité dont la garantie consiste moins dans la bonne volonté des juges, que dans la praticité des mesures à mettre en œuvre. Si donc la poursuite de la réalisation d'un

¹⁰⁸⁹ Il pourrait en effet s'agir de toute loi avec laquelle l'enfant possède des liens et notamment : loi nationale, loi de son domicile, de sa résidence, loi du territoire sur lequel il se trouve.

résultat matériel devait volontairement conduire le juge à écarter l'application de la *lex fori* afin de permettre à l'enfant de bénéficier de la meilleure protection disponible, il lui resterait encore à garantir que ce choix ne mène pas au prononcé d'une protection illusoire. Or, nous l'avons évoqué, si l'application de la loi nationale est de nos jours de moins en moins défendable, ce n'est pas que le principe de son application soit lui même incompréhensible. En raison de la divergence des législations, le recours à un rattachement souverainiste engendre néanmoins des complications au titre desquelles nous pouvons par exemple citer, les tutelles à distance. Notre matière, nécessairement favorable au principe de proximité, ne satisfera donc à ses objectifs que dans la mesure où elle acceptera de recourir à la désormais bien connue coïncidence des compétences. Or, l'application automatique de la loi du for qui en résulte n'offre évidemment pas de grande perspective aux prétentions du système alternatif. Une fois encore, pas plus qu'au système suivant (c).

c) Le système distributif

469. « *Le système distributif consiste à diviser la situation à régir en autant de parties qu'il y a d'éléments rattachés à des lois distinctes et à attribuer à chacune de ces lois l'élément qui s'y rattache, de telle sorte que l'ensemble des lois recouvre sans superposition, l'ensemble de la situation* »¹⁰⁹⁰. Ce type de rattachement est susceptible d'intervenir lorsqu'il s'agit de régir des rapports pluripersonnels. Dans ce cas en effet, on soumet chaque partie concernée à la loi qui lui est applicable. La loi appliquée aux différentes personnes concernées par un même rapport de droit peut donc être différente. Pour donner une illustration bien connue : en matière de mariage, ce système permet de soumettre les conditions de fond aux lois personnelles respectives des époux. Mais hormis peut-être, les situations mettant en cause une adoption internationale, le déplacement d'un enfant ne semble pas véritablement impliquer de rapports nécessitant une application distributive des lois. En vérité, la recherche *du* juge qui appliquera *la* loi capable de régler au mieux les problématiques posées par la mobilité transfrontière d'un mineur dépendra du type de

¹⁰⁹⁰ J.-P. LABORDE, La pluralité du point de rattachement dans l'application de la règle de conflit, Thèse, Bordeaux, Dactyl., 1981, P. 335, cité par F. LECLERC, in La protection de la partie faible dans les contrats internationaux : étude de conflits de lois, Thèse, Strasbourg, 1990.

déplacement dont il est spécifiquement question : temporaire ou durable. Ainsi se trouvent posées les bases d'un raisonnement qui nous portera naturellement à affirmer l'opportunité d'un rattachement en cascade (2).

2. L'hypothèse prompte à satisfaire l'intérêt de l'enfant déplacé : le rattachement en cascade

470. Il est désormais bien acquis que la solution portée au raisonnement conflictuel en matière de protection de l'enfance déplacée doit être guidée par la visée d'une protection qui soit à la fois suffisante, effective et efficace. Or, pour ainsi parvenir à un résultat satisfaisant, le critère de compétence retenu est assurément déterminant. En effet, dans tous les cas et, même sans précisément regarder au contenu des lois, le rattachement ne pourra pas véritablement être neutre car le recours à une méthodologie coïncidente oblige l'autorité désignée à mettre en œuvre la justice de la manière la plus concrète qui soit. Cela étant, la désignation du critère de rattachement n'est pas tout. En effet, les contours de son intervention doivent également être méticuleusement tracés afin de garantir à la fin, un résultat optimal. Pensé en fonction de la tendance régulatrice d'un droit international privé désormais privatiste, le cadre requis fait reposer la réglementation applicable aux diverses hypothèses susceptibles d'intéresser l'enfant mobile, sur le principe de proximité.

Adaptée aux exigences de la matière à laquelle elle s'adresse, l'idée de proximité - au fil du temps renforcée - a du consentir à ce que la concurrence des compétences principales soit progressivement supprimée afin que place soit laissée à l'unicité du rattachement (a). Néanmoins, inopportune en certaines hypothèses, l'unique compétence de principe est généralement assortie d'une compétence subsidiaire (b). Inspirée de cette tendance conventionnelle contemporaine, l'orientation permettant de justifier une pluralité hiérarchisée – certainement plus qu'une concurrence - des rattachements est fixée. De la sorte, les garanties indispensables à une protection satisfaisante de l'enfance déplacée semblent réunies.

a) La résidence habituelle de l'enfant en tant que compétence de principe

471. Les conventions de La Haye de 1961 et de 1996 ont au moins deux points communs : elles tendent l'une et l'autre à l'unité du *forum* et du *jus* et font de la résidence habituelle, leur principe de rattachement. Ainsi, pour Yves LEQUETTE, la *Convention de La Haye de 1961* constitue une

« *réalisation positive* » du courant doctrinal favorable à la soumission des conflits de lois aux conflits de juridictions¹⁰⁹¹. Pour autant, elle ne va pas si loin que la *Convention de 1996* car seule cette dernière a véritablement donné à la coïncidence des compétences, la valeur d'un principe fort, tout en tranchant en faveur de la résidence habituelle de l'enfant.

472. Les articles 1 et 2 de la *Convention de 1961* établissent le jeu de la coïncidence des compétences juridictionnelle et législative fondée sur la primauté accordée à la désignation du juge. Pour l'enfant comme pour l'autorité chargée de statuer, l'avantage est palpable. En effet, le mineur mobile a tout à gagner à ce qu'une solution rapide lui soit apportée. Dans une configuration où l'intervention des juges est fréquente, il n'est donc pas négligeable de permettre aux autorités chargées de se prononcer sur le sort de l'enfant d'appliquer leur propre loi : le fait de ne pas avoir à maîtriser une loi étrangère est, en sus d'être une garantie d'effectivité et de suffisance, un gage de célérité et de facilité. Et pourtant, la *Convention de 1961* présente des failles. Outre le conflit positif de nationalités, les faiblesses de l'instrument international résident dans les dispositions de ses articles 3 et 4.

473. L'article 3 de la *Convention de 1961* prévoit la reconnaissance dans tous les États contractants, des rapports d'autorité résultant de plein droit de la loi de l'État dont le mineur est ressortissant¹⁰⁹². Comme le fait valoir Madame GALLANT, « *la rédaction des articles 1^{er}, 3 et 4 semble supposer une distinction nette entre le rapport d'autorité ex lege, ne nécessitant aucune intervention et soumis à la loi nationale, et la mesure de protection relevant ou bien de la compétence des autorités de la résidence habituelle du mineur, ou bien de la compétence des autorités nationales. Or, il existe des situations intermédiaires. Dans certains cas, il existe bien un rapport d'autorité ex lege, mais une intervention judiciaire sera nécessaire à mettre en œuvre un tel rapport, cette intervention revêtant alors un caractère purement formel. Un problème de*

¹⁰⁹¹ Y. LEQUETTE, Thèse précitée, P.112, n°146.

¹⁰⁹² Le rapport de plein droit est celui qui, caractérisé par une attribution directe, ne nécessite pas l'intervention d'une autorité. Cf. en ce sens : W. VON STEIGER, « Rapport explicatif sur la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, in « Actes et documents de la neuvième session », Tome IV « Protection des mineurs », Conférence de La Haye de droit international privé, 1961, P. 227 ; G. DROZ, La protection des mineurs en droit international privé français depuis l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961, Clunet 1973.

qualification se posera quant à la question de savoir si l'on est en présence d'un rapport d'autorité ex lege, ou bien en présence d'une mesure ». En admettant que les autorités de la résidence habituelle puissent intervenir même en présence d'un rapport d'autorité découlant de plein droit de la loi nationale de l'enfant, pourrait-on considérer que ces autorités puissent appliquer cette dernière loi ? L'économie générale de la *Convention de 1961* reposant sur le recours à la coïncidence des compétences, il semble évident qu'une telle possibilité puisse difficilement être cautionnée. Et quand bien même elle serait envisageable, elle entraînerait une rupture entre le *forum* et le *jus* que cette étude s'efforce d'éviter.

La deuxième difficulté soulevée par l'instrument de La Haye de 1961 réside dans son inspiration dualiste. En effet, alors que son article 1^{er} confie aux autorités de la résidence habituelle du mineur, compétence pour prendre des mesures de protection le concernant, son article 4 prévoit l'intervention concurrente des autorités de l'État dont le mineur est ressortissant à deux conditions : si son intérêt l'exige et après en avoir avisé les autorités de la résidence habituelle. Or, les opportunes notions de célérité et d'effectivité ne se retrouvent pas dans la désignation de cette dernière compétence. Les difficultés n'allaient inévitablement pas tarder à surgir. Au fond, de cette concurrence des compétences découle en vérité une attribution préférentielle de compétence aux autorités de la résidence habituelle du mineur, mais simplement *sous réserve* que les autorités nationales ne justifient pas leur intervention.

474. Pour pallier ces difficultés, la *Convention de 1996* révisant la convention précédente¹⁰⁹³, et le *Règlement Bruxelles II bis*, ont choisi d'abandonner plus pleinement le rattachement à la nationalité. Est donc clairement posé, *le principe de la compétence des autorités de la résidence habituelle de l'enfant* pour statuer en faveur de la personne ou des biens de ce dernier¹⁰⁹⁴. Les nouvelles règles attribuent ainsi compétence à l'autorité qui entretient avec l'enfant les *liens les plus étroits*. De la sorte, elles favorisent l'effectivité, tout en assurant la suffisance. De plus, insérées

¹⁰⁹³ Pour plus de détails à propos des motifs de révision de la Convention de La Haye de 1961, cf : A. DYER, Les conventions de la Conférence de La Haye (II), in « L'enfant et les conventions internationales », P.71, sous la direction de J. RUBELLIN-DEVICHI, PUL, 1996 ; R. M. MOURA-RAMOS, La protection des enfants sur le plan international, in Mélanges C. Mouly, Litec, 1998 ; G. DROZ, Le rôle de la Conférence de La Haye de droit international privé dans la mondialisation de la protection juridique de l'enfant, Petites affiches, 3 mai 1995, n°53.

¹⁰⁹⁴ Article 5 de la Convention de La Haye de 1996 et article 8 du Règlement Bruxelles II bis.

dans un cadre conventionnel, elles résolvent sans détours les problématiques inhérentes à l'efficacité internationale des solutions. Que l'enfant étranger ait été déplacé de son pays d'origine vers un État partie à ces instruments. Qu'il justifie y posséder désormais sa résidence habituelle. Sans séparation du *forum* et du *jus*, le bon fonctionnement des récents instruments aura de fortes chances de lui garantir une protection qui possède tout le potentiel de la satisfaction. Nous verrons ultérieurement que tel sera le cas par exemple, dans l'hypothèse où un conflit mobile surviendra suite à un déménagement international¹⁰⁹⁵.

475. Voici en quelques explications, le modèle sur lequel nous aimerions en quelque sorte bâtir le socle de nos raisonnements. Forcément, les hypothèses de déplacement ne se bornent pas à mettre en jeu les uniques hypothèses envisagées par les Conventions de La Haye de 1961 et de 1996 ainsi que par le *Règlement Bruxelles II bis*. En effet, le déplacement peut encore intervenir dans le cadre d'un enlèvement international ou faire suite à une adoption mettant en cause différents États. Néanmoins, les idées résultant de la présentation des instruments précités nous semblent pouvoir être transposées à la majorité des hypothèses mettant en jeu le déplacement transfrontière d'un mineur. L'affirmation est pesée puisque justement, les droits conventionnels de l'enlèvement et de l'adoption semblent également l'un et l'autre favorables au rattachement à la résidence habituelle de l'enfant. Une once de résistance axée sur une souveraineté non négociable pourrait néanmoins résider dans les dispositions du droit des étrangers, voire dans la désignation d'une compétence subsidiaire temporaire fondée sur la *présence* de l'enfant sur notre territoire national (b).

b) La présence de l'enfant sur le territoire en tant que compétence subsidiaire

476. Est réputée subsidiaire, la règle de rattachement destinée à régir les situations ne concrétisant pas le facteur de rattachement retenu à titre principal. Pour ce qui nous concerne, un rattachement subsidiaire devrait donc concerner les hypothèses où le déplacement d'un enfant requerrait l'intervention d'un autre juge que celui de sa résidence habituelle. Ce dernier étant à nos yeux réputé compétent dans les cas où le déplacement de l'enfant est suffisamment *durable* pour justifier

¹⁰⁹⁵ À propos du conflit mobile, cf. infra n° 568 et suivants.

la mobilité parallèle de son centre d'attaches et d'intégration, seules les hypothèses présageant un déplacement *temporaire* nous paraissent pouvoir être soumises aux autorités de l'État sur le territoire duquel le mineur se *trouve*.

477. Une telle compétence, admise en raison de la *présence* en France d'un enfant étranger, est notamment soumise à une condition : pour se reconnaître compétent, le juge saisi devra vérifier que la situation à laquelle il est confronté nécessite bel et bien la mise en œuvre d'une mesure qui n'emporte pas automatiquement le bouleversement à long terme de la situation de l'enfant. En général, une telle intervention se justifiera en raison du danger encouru par le mineur et partant, se fondera sur l'urgence de l'intervention judiciaire. Tel sera ainsi le cas par exemple dans l'hypothèse à suivre : un enfant de nationalité américaine part en croisière avec ses parents. Le paquebot dans lequel il a embarqué s'arrête au port de Pointe-à-Pitre et ses parents décident de le confier au service de garderie durant le temps de l'escale. Le mineur en question échappe à la vigilance du personnel chargé de le veiller sur lui et, tentant de rejoindre ses parents, il se perd dans les rues longeant le port. Le paquebot repart sans lui. Cet enfant est alors accompagné par un adulte auprès des services de police. Le mineur dont il est ici question devra faire l'objet d'une mesure le temps de son identification, de celle de sa famille et de son rapatriement.

478. Dans certains cas cependant – dans l'hypothèse d'un divorce par exemple - l'adoption de mesures simplement provisoires semble pouvoir opportunément intervenir sans qu'un quelconque danger ne soit en cause.

479. Nous développerons ces différents points plus avant mais pour l'heure, ce qu'il importe de retenir, c'est que le juge de l'État sur le territoire duquel l'enfant *se trouve*, ne doit être contraint à décliner sa compétence qu'à partir du moment où l'enfant dont il est question ne nécessiterait qu'une intervention *durable* – ou aucune intervention.

Conclusion de la première section.

480. Paraissant parfois bouleverser certains des grands principes encadrant le droit international privé, le rattachement que cette étude défend est en réalité conforme à une conception de la régulation adaptée aux exigences de l'enfance déplacée. En effet, sans prétendre remettre en question l'ensemble de la matière, l'orientation que nous entendons donner à nos solutions ambitionne simplement d'apporter aux différentes problématiques que peut susciter le déplacement transfrontière d'un enfant, des réponses appropriées. Proximiste, mais également à la fois unique et plural ; en outre fondé sur une coïncidence des compétences en vertu de laquelle la loi applicable est réputée dépendre du juge désigné, le rattachement que cette étude préconise attribue une compétence principale aux autorités de la résidence habituelle de l'enfant et, une compétence subsidiaire à celles de l'État sur le territoire duquel le mineur *se trouve*. L'effectivité et la suffisance poursuivies s'en trouvent de la sorte garanties et, l'intérêt substantiel de l'enfant, préservé.

De plus, parce qu'elles nous semblent également revêtir le potentiel d'assurer à l'enfant déplacé une protection efficace, nos solutions paraissent inscrire la réglementation applicable au sein d'un cadre propice à la définition d'une intervention bien pensée des autorités du for. Autolimitée, la compétence *du bon juge* semble de toute évidence prompte à induire un certain respect de la vocation à intervenir des autorités étrangères. De ce respect de l'autre, cette étude croit d'ailleurs pouvoir déduire une certaine forme de coordination par le raisonnable (Section 2). L'intérêt conflictuel de l'enfant devrait s'en trouver assuré.

Section 2 : L'inscription du critère de rattachement des règles de la protection de l'enfance déplacée dans un cadre raisonnable

481. Le caractère raisonnable de la compétence est indispensable au bon fonctionnement international des règles protectrices de l'enfance déplacée. Le raisonnable en effet, permet d'éviter une acceptation ou un refus de compétence inapproprié de la part des juges. Aussi, en inscrivant la saisine des autorités au sein d'un cadre équilibré, il leur octroie les moyens d'autolimiter leur intervention sans risque d'arbitraire. Garanti par le recours aux rattachements que sont d'une part, la résidence habituelle de l'enfant en cas de déplacement durable ; et d'autre part, la *présence* de ce dernier sur un territoire en cas de déplacement temporaire, le caractère raisonnable de la compétence se justifie par les liens proximités existant entre la problématique posée par le déplacement transfrontière d'un enfant, et l'autorité chargée de statuer. Il sera donc vérifiable toutes les fois où le juge saisi justifiera son intervention en la fondant sur l'un ou l'autre des critères susmentionnés.

482. De toute évidence, la notion de *présence* est aisée à définir. En effet, elle se caractérise de la manière la plus simple qui soit, par le fait que l'enfant concerné *se trouve physiquement* sur le territoire d'un État. En revanche, le concept de résidence habituelle paraît plus complexe et en conséquence, moins simple à cadrer. Si donc aucune précision supplémentaire particulière ne nous semble nécessaire aux fins d'accepter l'intervention temporaire d'une autorité, il ne peut en être exactement ainsi quand l'autorité en question prétend statuer durablement sur le sort d'un enfant déplacé. Voilà pourquoi, il nous appartient à présent de tenter de définir les règles qui nous permettront de vérifier l'existence ou non d'une résidence habituelle.

483. Afin de valablement revêtir le potentiel d'un fondement raisonnable, la résidence habituelle que nous entendons valoriser ne devra pas se contenter de représenter une adresse. Elle devra plutôt s'attacher à traduire une notion que nous avons déjà évoquée et à laquelle nous aimerions à présent donner tout son sens : le centre d'attaches et d'intégration de l'enfant déplacé. Point de convergence

des intérêts du mineur, traduction de son « essentiel », ce concept *a priori* abstrait devrait pouvoir devenir accessible si l'on convenait de définir la résidence habituelle de manière à ce qu'elle s'avère être son reflet. Concrètement, pour cette étude, cela reviendrait à adopter un raisonnement en deux temps : tout d'abord, reflet des attaches principales de l'enfant déplacé, la résidence habituelle pourrait être la condition de détermination du centre d'attaches et d'intégration de ce dernier (I). Ensuite, actant effectivement l'intégration d'un mineur étranger dans le pays de son déplacement, la résidence habituelle pourrait, en cas de nécessité, significativement contribuer à confirmer le bien-fondé de la détermination pré-amorcée (II).

I/ La résidence habituelle reflet des attaches principales de l'enfant, condition de détermination du centre d'attaches et d'intégration de l'enfant déplacé

484. Point d'ancrage des attaches de l'enfant (A), la famille nous semble pouvoir être un excellent guide lorsqu'il s'agit de définir la résidence habituelle de manière à ce qu'elle reflète le centre d'attaches et d'intégration du mineur mobile (B).

A. La famille, point d'ancrage des attaches de l'enfant

485. La famille joue sans conteste un rôle crucial dans la société. En effet, véritable point d'ancrage des attaches de l'enfant, elle relie ce dernier à ce qui constitue « son essentiel », et par là-même, contribue à lui garantir une protection de choix. Voilà sans doute pourquoi, pour la plupart des textes internationaux faisant référence à l'enfance, la notion apparaît comme « *le* » moyen d'assurer au mineur, le cadre qui soit le plus propice à l'épanouissement de ses droits¹⁰⁹⁶ (1). En 1989, Boris CYRULNIK n'écrivait-il pas en effet : « *l'enfant de famille tombe dans un monde où il trouve un milieu social et fantasmatique déjà organisé pour canaliser et étayer son développement. L'enfant sans famille tombe dans un milieu instable, inorganisé, aux formes changeantes, aux*

¹⁰⁹⁶ Cf. le Préambule ainsi que les articles 5, 10, et 18 de la CIDE. Cf. également l'article 18 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant.

circuits sociaux fermés et chaotiques, aux pressions fantasmatiques incohérentes, au regard social dévalorisant »¹⁰⁹⁷ ? Peut-on pour autant considérer que l'enfant soit titulaire d'un droit à la famille (2) ? Nous verrons que cette interrogation mérite une réponse nuancée.

1. La famille, cadre du plein épanouissement des droits de l'enfant

486. « *Il semblerait difficile de prétendre qu'il existe une seule conception de la famille. Sous l'influence de facteurs économiques et sociaux et de traditions politiques, culturelles ou religieuses, la famille a pris des formes diverses et connaît évidemment des difficultés ou des conditions de vie différentes. Il peut s'agir de la famille nucléaire, la famille élargie, la famille naturelle, la famille d'adoption ou la famille monoparentale* »¹⁰⁹⁸. Mais qu'il s'insère dans l'un ou l'autre de ces modèles familiaux, l'enfant doit forcément son appartenance familiale à l'établissement d'un lien de filiation.

487. La filiation est le lien juridique par lequel un individu est rattaché à son père et/ou à sa mère. Sa preuve résulte de l'inscription de la naissance de l'enfant sur les registres de l'état civil. Selon les hypothèses, la filiation est différemment établie.

En ce qui concerne la *filiation maternelle*, la loi prévoit son établissement sans qu'aucune formalité ne soit nécessaire¹⁰⁹⁹. Il suffit en effet que la mère ne s'oppose pas à sa désignation en tant que telle dans l'acte de naissance de l'enfant dont elle a accouché¹¹⁰⁰.

Pour ce qui est de l'établissement de la *filiation paternelle* en revanche, il convient de distinguer : l'homme marié bénéficie d'une présomption de paternité en vertu de laquelle il est réputé être le père de l'enfant à partir du moment où ce dernier est né et/ou a été conçu pendant le mariage¹¹⁰¹. La règle vaut à moins que l'acte de naissance ne désigne pas le mari¹¹⁰². Toutefois,

¹⁰⁹⁷ Boris CYRULNIK, *Sous le signe du lien*, Hachette Littératures, 1989.

¹⁰⁹⁸ Aurélie LA ROSA, *La protection de l'enfant en droit international pénal : état des lieux*, Lille, 2004.

¹⁰⁹⁹ Article 311-25 du Code civil : « La filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant ».

¹¹⁰⁰ Comme se serait le cas dans l'hypothèse d'un accouchement sous x.

¹¹⁰¹ Article 312 du Code civil : « L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari ».

¹¹⁰² Article 313 du Code civil : « La présomption de paternité est écartée lorsque l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père. Elle est encore écartée, en cas de demande de divorce ou en séparation de corps,

dans ce dernier cas, si l'enfant a la possession d'état à l'égard de l'époux de sa mère et n'est pas filialement rattaché à un autre homme, la présomption de paternité peut être rétablie^{1103/1104}. Dans l'hypothèse où le père de l'enfant n'est pas marié à sa mère, l'établissement de la filiation passe normalement par la reconnaissance^{1105/1106}. La reconnaissance peut avoir lieu avant ou après la naissance¹¹⁰⁷. Cela étant, à défaut de présomption de paternité et, à défaut de reconnaissance, la réunion de plusieurs critères peut conduire à l'établissement d'un lien de filiation entre l'enfant et son père par le biais de la possession d'état¹¹⁰⁸.

Au surplus, la filiation – maternelle comme paternelle - peut être établie suite à la formation d'un lien adoptif¹¹⁰⁹.

lorsque l'enfant est né plus de trois cents jours après la date soit de l'homologation de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce ou des mesures provisoires prises en application de l'article 250-2, soit de l'ordonnance de non-conciliation, et moins de cent quatre-vingt jour depuis le rejet définitif de la demande ou la réconciliation ».

¹¹⁰³ Article 314 du Code civil : « Si elle a été écartée en application de l'article 313, la présomption de paternité se trouve rétablie de plein droit si l'enfant a la possession d'état à l'égard du mari et s'il n'a pas une filiation paternelle déjà établie à l'égard d'un tiers ».

¹¹⁰⁴ Article 315 du Code civil : « Si elle a été écartée en application de l'article 313, la présomption de paternité se trouve rétablie de plein droit si l'enfant a la possession d'état à l'égard du mari et s'il n'a pas une filiation paternelle déjà établie à l'égard d'un tiers ».

¹¹⁰⁵ La mère qui n'aura pas été automatiquement désignée dans l'acte de naissance de l'enfant pourra d'ailleurs aussi reconnaître l'enfant.

Article 316 alinéa 1 du Code civil : « Lorsque la filiation n'est pas établie dans les conditions prévues à la section I du présent chapitre, elle peut l'être par une reconnaissance de paternité ou de maternité, faite avant ou après la naissance ».

¹¹⁰⁶ En cas de refus de reconnaissance du père supposé, l'enfant devenu majeur – ou sa mère/son représentant s'il est encore mineur - peut intenter une action en recherche de paternité dans un délai de dix ans à compter de sa majorité. Si l'action aboutit, la filiation de l'enfant en question à l'égard de son père est judiciairement établie. Cf. en ce sens les articles 327 et 328 du Code civil.

¹¹⁰⁷ Dans le premier cas on parle de reconnaissance prénatale ; dans le second, la reconnaissance intervient au moment de la déclaration de la naissance, ou postérieurement : soit dans un acte authentique devant notaire (la reconnaissance peut figurer dans acte spécialement dressé à cet effet ou dans un autre acte exemple contrat de mariage, donation ou testament authentique), soit lors d'une procédure judiciaire par aveu.

¹¹⁰⁸ Il existe trois éléments principaux constitutifs de la possession d'état (Cf. l'article 311-1 du Code civil) :

1°, le « tractatus » à savoir le traitement. Les parents prétendus traitent l'enfant comme leur enfant. L'enfant traite ses prétendus parents comme ses parents.

Les parents pourvoient à l'éducation, l'entretien et l'installation de l'enfant.

Il s'agit de l'élément le plus important.

2°, la « fama » à savoir la renommée. Il s'agit de la reconnaissance du lien de filiation dans la société, par la famille, par l'autorité publique et par les tiers.

3°, le « nomen » à savoir que l'enfant porte le nom de ses prétendus parents (celui ou de ceux dont elle est issue).

Le nom est signe d'appartenance familiale. Toutefois, il n'a jamais été un révélateur fiable de la filiation. Depuis l'entrée en vigueur de la réforme relative au nom de famille, c'est encore plus vrai.

Cf. Valérie DOUMENG, Cours de droit de la famille dispensé à l'Université des Antilles et de la Guyane.

¹¹⁰⁹ Pour plus de détails à propos de l'établissement du lien adoptif, cf. notamment Chloé CHEVALIER, Les obstacles à l'adoption internationale en France, Mémoire, Université des Antilles et de la Guyane, 2010.

De l'ensemble de ces développements, il peut être déduit que le droit de la filiation est fondé sur deux types de vérités : la vérité biologique et la vérité sociologique/affective. Mais dans tous les cas, lorsqu'il est établi, le lien filial emporte des *effets* similaires. Peu importe donc à ce propos que les parents soient mariés ou non ; depuis le 1^{er} juillet 2006, on ne distingue plus entre filiation légitime et naturelle¹¹¹⁰.

488. Qu'elle soit biologique, sociologique ou adoptive, la filiation, en identifiant l'enfant et en lui attribuant une parenté, lui confère une place spécifique au sein de la société : membre d'une famille, ce dernier possède un nom, une nationalité, et un héritage. Le lien familial crée en outre des droits et des devoirs réciproques entre parents et enfants. En effet, alors que le Code civil énonce que « *l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère* »¹¹¹¹, les père et mère en question possèdent à la fois le droit et le devoir d'élever leurs enfants afin de leur permettre de devenir les adultes de demain. Pour ce faire, ils sont titulaires de l'autorité parentale et astreints à l'obligation d'entretenir leur enfant mineur.

489. Plus étendue que l'obligation alimentaire, l'obligation d'entretien s'impose à tout parent à l'égard de qui un lien de filiation est établi et ce, indépendamment de l'exercice ou non de l'autorité parentale¹¹¹². Lorsque les parents sont séparés, elle prend la forme d'une pension alimentaire.

L'autorité parentale quant à elle, est ce que l'on peut appeler un « droit-fonction »¹¹¹³. Il convient de comprendre par là que les pouvoirs qu'elle entraîne, n'ont d'autre but que de servir l'intérêt du mineur^{1114/1115}. Précisément, elle est exercée dans l'optique de protéger l'enfant « *dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation, et permettre son développement,*

¹¹¹⁰ L'Ordonnance du 4 juillet 2005 a en effet très largement réformé le droit de la filiation. Elle repose sur trois objectifs principaux : simplifier la législation de la filiation, parfaire l'égalité entre les enfants et renforcer la stabilité du lien filial.

¹¹¹¹ Article 371 du code civil.

¹¹¹² Cf. les articles 371-2 et suivants du Code civil.

¹¹¹³ Expression utilisée par A. GOUTTENOIRE-CORNUT in : Commentaire des dispositions relatives à l'autorité parentale, AJ Famille 2002, P.124 et S. TROISVALETS, in : L'autorité parentale dans les familles recomposées, Petites affiches, 11 mai 2000 n° 94, P. 12.

¹¹¹⁴ Article 371-1 du Code civil.

¹¹¹⁵ Cf. en ce sens la Recommandation du Conseil de l'Europe 1121 (1990) : « Les pouvoirs des parents et l'autorité d'autres adultes sur les enfants découlent d'un devoir de protection et ne doivent exister que dans la mesure où ils sont nécessaires à la protection de la personne et des biens de l'enfant ».

dans le respect dû à sa personne »¹¹¹⁶. Bien que réputés associer « l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité »¹¹¹⁷, les parents se voient dès lors octroyer l'autorité de choisir ce qu'il y a de bon pour lui : titulaires de la garde, ils peuvent fixer sa résidence et exiger qu'il y demeure effectivement. Aussi, la responsabilité leur incombe de décider des soins, traitements médicaux et opérations dont le mineur est susceptible de faire l'objet en raison de son état. Il leur revient en outre de décider des loisirs, de la scolarité et des fréquentations de ce dernier. La gestion des biens du mineur et sa représentation sont également laissés à leur appréciation. Enfin, en vertu des dispositions de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil, les parents sont responsables de plein droit des dommages causés par leur enfant.

490. En toute logique, l'attribution et l'exercice de l'autorité parentale découlent directement de l'établissement de la filiation. Si donc l'enfant possède légalement deux parents, en principe, l'autorité parentale est exercée conjointement à son égard¹¹¹⁸. En effet, depuis la *loi du 22 juillet 1987 (loi Malhuret)*, en cas de séparation ou de divorce, la fixation de la résidence de l'enfant chez l'un de ses parents ne prive pas l'autre parent de l'exercice de l'autorité parentale. La *loi du 4 mars 2002* a d'ailleurs permis de rendre effectif ce principe en autorisant la garde alternée. Cependant, il arrive parfois qu'un parent, bien que titulaire de l'autorité parentale, ne l'exerce pas. Il en va ainsi dans deux hypothèses : d'une, lorsque la filiation est judiciairement déclarée à l'égard du second parent ; de deux, lorsque l'enfant dont la filiation est déjà établie à l'égard d'un premier parent est reconnu par le second plus d'un an après sa naissance. Dans ce dernier cas, les parents peuvent néanmoins procéder à une déclaration conjointe au greffier en chef du Tribunal de Grande Instance afin d'exercer ensemble l'autorité parentale¹¹¹⁹. De plus, à titre d'exception, si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut décider de confier l'autorité parentale à un seul des parents. Enfin, l'autorité parentale est également exercée unilatéralement en cas de décès de l'un des parents ou lorsque l'un d'eux est privé de son exercice. Dans ces cas, un régime d'administration légale sous contrôle judiciaire est mis en place.

¹¹¹⁶ Article 371-1 du Code civil

¹¹¹⁷ Ibid.

¹¹¹⁸ Article 372 alinéa 1 du Code civil.

Notons qu'à l'égard des tiers, l'accord des parents est présumé pour les actes usuels relatifs à la personne de l'enfant.

¹¹¹⁹ Article 372 alinéa 2 du Code civil.

491. En tout état de cause, unilatérale ou conjointe, l'autorité parentale semble bien être *le* moyen permettant au milieu familial de jouer pleinement son rôle de premier garant de la protection de l'enfant. Ainsi généralement, l'enfant placé sous l'autorité de ses parents se situera dans le cadre le plus propice au plein épanouissement de l'ensemble de ses droits. De ce rôle privilégié joué par la famille dans l'épanouissement à la fois physique et psychique du mineur, l'on déduit sans mal l'intérêt de l'enfant à se voir garantir la préservation des liens résultant de l'établissement de sa filiation. En dépit de la pluralité des modèles existants, l'insertion d'un enfant au sein d'une famille permettrait en réalité de localiser le centre de ses attaches principales – à savoir, son centre d'attaches et d'intégration. Fort de ces constatations, l'enfant pourrait-il alors se prévaloir d'un droit à *la* famille (2) ?

2. Le droit de l'enfant à *la* famille : une affirmation permise ?

492. Si les modes de formation des structures familiales diffèrent, nous le savons, le statut de l'enfant, lui, ne dépend pas du type de famille à laquelle il appartient. Une fois établie, la filiation produit donc les mêmes effets protecteurs. De là à affirmer qu'il est dans l'intérêt du mineur de posséder une filiation et corrélativement, une famille il n'y a donc qu'un pas aisément franchi. Cadre privilégié de l'épanouissement des droits de l'enfant indépendamment de la forme qu'elle revêt, la famille mérite véritablement d'être préservée. En venir à croire que le mineur puisse se prévaloir d'un droit à *la* famille apparaît dès lors tentant. Mais quelle famille !? L'interrogation, trop vague, mérite une réponse mieux précisée. En effet, en encourageant la multiplication des schémas familiaux, l'évolution sociétale contemporaine se heurte inévitablement à la question de savoir s'il est dans l'intérêt de l'enfant d'établir *prioritairement* une filiation qui soit conforme à la vérité biologique. Et tout porte (encore) à croire que oui. L'enfant bénéficierait donc d'un droit à *sa* famille (biologique). En revanche, l'établissement d'une filiation adoptive ou sociologique/affective ne pouvant intervenir que *subsidiairement* ... ou pas, il apparaît plus délicat d'affirmer que l'enfant

puisse revendiquer le droit à *une* famille (de substitution ou sociologique/affective)¹¹²⁰. L'affirmation acquise, que doit-on faire des liens adoptifs ou sociologiques/affectifs dans chaque hypothèse où il s'avèrera impossible d'inscrire l'enfant dans un schéma familial « classique » ? Ces liens ne sont-ils pas également à même de constituer le centre d'attaches et d'intégration de l'enfant ? Bien évidemment que oui. Comment répondre autrement !? Expliquons-nous donc.

**L'homoparentalité et la beau-parentalité.*

493. En France, l'autorité parentale appartient aux seuls parents. Pourtant, depuis quelques années, l'hétérogénéité croissante des modèles familiaux a suscité diverses réflexions sur le statut dont pourrait se prévaloir le beau-parent ou le second parent homosexuel. Pour l'heure cependant, ces derniers n'ont en principe ni droit ni devoir à l'égard de l'enfant de leur conjoint¹¹²¹. Seules deux mesures envisagées par le Code civil leur permettent, l'une, d'exercer, totalement ou partiellement l'autorité parentale sur cet enfant : il s'agit de la délégation volontaire à un tiers¹¹²² ; l'autre, de partager l'exercice de l'autorité parentale avec l'un des deux parents, voire avec les deux : c'est la délégation-partage¹¹²³. À la différence des mesures similaires existant dans d'autres pays, ces mesures ne sont pas réservées spécifiquement au beau-parent, et ne sont mises en application que sur décision du juge¹¹²⁴. En guise d'illustration concrète, un arrêt du 24 février 2006 peut être cité. La Cour de Cassation y a en effet autorisé la délégation partielle de l'autorité parentale requise par une mère au bénéfice de sa compagne homosexuelle. À l'occasion de cette affaire, en considérant que « *l'article 377, alinéa 1^{er}, du code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère, seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, dès lors que les circonstances l'exigent et que la*

¹¹²⁰ Cf. notamment pour illustration à propos de l'absence de droit de l'enfant à être adopté : Chloé CHEVALIER, Mémoire précité.

¹¹²¹ Cependant, pour plus de détails à propos de l'évolution du statut des tiers depuis l'avènement de la loi du 4 mars 2002, cf. : A. GOUTTENOIRE-CORNUT, Commentaire des dispositions relatives à l'autorité parentale, AJ Famille 2002, P. 124.

¹¹²² Article 377.

¹¹²³ Article 377-1.

¹¹²⁴ Étude de la législation comparée n°196- avril 2009- Le statut du beau-parent (Note de synthèse).

Cf. pour plus de précisions : <http://www.senat.fr/lc/lc196/lc1960.html>

mesure est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant», la Cour de cassation contribuait explicitement à la reconnaissance du beau-parent au sein des couples homosexuels¹¹²⁵.

494. Mais la filiation étant l'unique moyen pour un enfant de faire partie d'une famille *juridique*, il semble que ces potentialités n'emporte pas de *parenté*. En effet, « *l'ambiguïté joue sur les mots. Si l'autorité parentale doit être « entendue comme une conséquence de la **parenté**», le beau « parent » est-il parent ? Il occupe indéniablement une fonction de **parentalité** : souvent il s'occupera de l'enfant, l'aidera dans ses devoirs, l'accompagnera chez le médecin, contribuera à son entretien, financera ses études ou un studio... sans qu'aucun lien de filiation ne soit établi entre eux. Dans les faits, c'est un « parent social », ne tirant son origine ni de liens par le sang, ni par le droit : la recomposition d'une famille n'est consacrée qu'entre le parent et le partenaire, aucun lien juridique ne se forme entre le beau-parent et l'enfant – excepté l'alliance en cas de remariage. La **parentalité**, notion sociologique, se trouve hors du droit. La **parenté** en revanche est une notion juridique dont la reconnaissance implique un régime particulier, l'autorité parentale* »¹¹²⁶. Malgré tout, génératrice de liens familiaux sociologiques/affectifs, la *parentalité* ne peut être laissée à l'écart de nos appréciations. Contribuant à sa manière au bien-être de l'enfant, elle semble dès lors pleinement apte à influencer sur la désignation du centre d'attaches et d'intégration de ce dernier. Sans jamais constituer un droit à *une* famille affective¹¹²⁷, ni primer sur la *parenté constituée* ...

***L'adoption.**

495. Le développement de la contraception et la légalisation de l'avortement ont conduit à la diminution significative du nombre d'enfants adoptables en France et, plus généralement, dans la plupart des pays d'accueil. Parallèlement, la multiplication des conflits armés, la survenance de

¹¹²⁵ Ibid.

D'ailleurs, en cas de séparation du couple homosexuel, un droit de visite semble pouvoir être accordé à celui ou celle qui a vécu plusieurs années avec l'enfant : TGI Bressuire, 6 janvier 2000, Dalloz 2000, P. 88.

¹¹²⁶ M. CALCIO GAUDINO, Le statut des beaux-parents dans les familles recomposées, Nancy, Mémoire, 2008.

C'est nous qui le soulignons.

¹¹²⁷ La nuance se situerait dans la possession d'état, mais uniquement en ce que contrairement aux situations pré-exposées, elle est à même de singer « parfaitement » la filiation biologique.

catastrophes naturelles, ainsi que les nombreuses crises économiques, sociales et politiques, ont souvent contribué à l'éclatement des familles dans les pays d'origine. Les potentiels adoptants ont ainsi été de part et d'autre encouragés à se tourner vers l'adoption internationale. Corrélativement, des difficultés nouvelles liées à l'extranéité de la situation ont surgi. Parmi ces dernières, le risque de trafic précédemment évoqué¹¹²⁸. Bien évidemment, le développement croissant du phénomène ne pouvait pas laisser la communauté internationale insensible. Des textes internationaux telle la *Convention de La Haye de 1993* ont donc été élaborés en vue de préserver l'éthique du processus adoptif. À cet effet, des principes ont été posés. Pour exemple : la subsidiarité de l'adoption internationale.

496. Ce principe est apparu dans les textes internationaux avec la *Déclaration des Nations Unies du 3 décembre 1986*¹¹²⁹, puis a été constamment repris par la suite sans jamais pouvoir faire l'objet d'une interprétation unanime : la *Convention des droits de l'enfant*, en permettant une interprétation stricte de ce principe, n'offre pas nécessairement une protection optimale à l'enfant¹¹³⁰ ; la *Convention de La Haye de 1993* tente quant à elle de remédier à ce problème en permettant une formulation plus souple¹¹³¹. Entre les pays d'accueil - généralement favorables à l'institution adoptive, et les pays d'origine - l'interprétation de la subsidiarité manque également d'uniformité¹¹³². Quoi qu'il en soit, il semble que la grande majorité des États s'accorde à penser

¹¹²⁸ Cf. supra n° 336.

¹¹²⁹ Déclaration sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien-être des enfants, envisagés surtout sous l'angle des pratiques en matière d'adoption et de placement familial sur les plans national et international du 3 décembre 1986 (Article 19).

Disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/41/85.

¹¹³⁰ Si l'article 19 de la Déclaration de 1986 était assez vague et n'envisageait pas les autres possibilités de placement de l'enfant dans son pays, à l'inverse, l'article 21 de la CIDE subordonne l'adoption internationale à tout autre moyen d'élever convenablement l'enfant dans son pays.

¹¹³¹ L'article 4 b) de ce texte réaffirme en effet la nécessité d'examiner les « possibilités de placement de l'enfant dans son État d'origine » avant qu'une adoption internationale puisse être envisagée si elle « répond à l'intérêt supérieur de l'enfant ». Avec cette nuance que la Convention reconnaît dans le 3^{ème} paragraphe de son préambule que : « l'adoption internationale à l'avantage de donner une famille permanente à l'enfant pour lequel une famille appropriée ne peut être trouvée dans son État d'origine ». Elle envisage une solution stable et elle est donc plus favorable à une adoption internationale qu'à un placement temporaire.

¹¹³² Cela étant, les pays d'accueil n'« important » pas d'enfants, le sens attribué à la subsidiarité par les législations nationales mérite d'être axé sur le point de vue des pays d'origine.

Ces derniers ne font d'ailleurs pas plus preuve d'uniformité entre eux. Par exemple, alors qu'en Lettonie le caractère subsidiaire de l'adoption internationale est clairement affirmé, en Hongrie, le législateur a eu tendance à plus insister sur le rôle éducatif et l'octroi d'un statut familial à l'enfant. Cf. pour plus de détails à ce propos : Amélie DEMANGE,

que le principe est un moyen de protéger l'intérêt de l'enfant. En réalité, les divergences conceptuelles portent essentiellement sur la question de savoir si l'intérêt de l'enfant est lié à l'État - au sens propre et en tant que lieu où s'expriment une culture, une religion, etc. - dans lequel est né le mineur, ou s'il consiste essentiellement à vivre dans une famille, où qu'elle soit. En général les experts pensent que le placement en institution de l'enfant n'est pas la meilleure solution et qu'il est préférable de lui trouver une famille ; même s'il est vrai que l'idéal est d'élever un enfant dans son pays. Aussi, de l'existence du chapeau de l'article 21 de la CIDE, il semble découler que le principe de subsidiarité doit s'interpréter davantage comme un moyen de préserver l'identité sociale et culturelle de l'enfant, que comme un principe fondé sur des considérations de souveraineté nationale. Cela étant, même dans un cadre bilatéral, d'une décision privée, l'adoption internationale devient rapidement une affaire d'État. Quelle que soit donc l'interprétation donnée à la subsidiarité, elle semble indissociable de l'édiction de mesures internes. En effet, la « promotion » de l'adoption interne passe souvent par la création de programmes, de campagnes d'informations, etc. ; or ces moyens représentent des dépenses que de nombreux pays ne peuvent s'offrir. Moins disposés qu'auparavant au départ de leurs enfants, les pays d'origine n'entendent pas capituler si facilement : ils souhaitent en général que les pays traditionnellement d'accueil soutiennent l'aide à l'enfance dans les pays défavorisés, sans encourager exclusivement les départs en adoption à l'étranger. Dans la lignée, plusieurs États d'origine ont promulgué des lois visant à contrôler l'adoption internationale et ne l'autorisent désormais qu'en dernier recours ; quand elle constitue le seul moyen d'assurer l'intérêt de l'enfant. De façon générale, la consécration du principe de subsidiarité a ainsi eu pour effet d'augmenter la moyenne d'âge des enfants adoptés par des étrangers, en favorisant les adoptions ou placements internes d'enfants en bas âge. Il a en outre permis de proposer à l'adoption internationale des enfants handicapés ou malades, qui, sans ce principe, n'auraient sans doute pas eu l'opportunité d'avoir une famille¹¹³³.

L'adoption : Un défi potentiel pour une Union européenne en mutation, Publication de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Collection des mémoires de l'équipe de droit public, Numéro 2.

¹¹³³ Quand on se réfère aux fiches pays disponibles sur le site du Ministère des affaires étrangères français, nous pouvons constater que bon nombre de pays n'ont laissé ouverte la porte de l'adoption internationale que pour les enfants dits « à particularité » (membres d'une fratrie, malades, handicapés, etc.), laissant les enfants les plus convoités à l'adoption nationale.

497. Dans les situations où un enfant réellement sans famille nécessite une protection de substitution à l'autorité parentale résultant de la filiation biologique, l'institution prend tout son sens. Mais si l'adoption, même internationale, est sans doute la solution la plus stable, tant sur un plan juridique qu'affectif ou culturel, et demeure la seule alternative filiale pour tout enfant délaissé qui n'a pu bénéficier dans son pays d'une protection valable, nous pensons fermement qu'elle doit rester une solution ultime. Quand à l'inverse, la possibilité peut être offerte à l'enfant de ne pas être internationalement déplacé - serait-ce au moyen d'un placement au sein de sa famille élargie - c'est cette alternative qu'il faut choisir. Son centre d'attaches et d'intégration s'en trouvera préservé, ce à quoi nos travaux sont attachés¹¹³⁴.

498. Dans la mesure du possible, des solutions alternatives à l'adoption doivent donc être trouvées afin d'encourager le maintien des liens biologiques. En tout état de cause elles devront garantir à l'enfant le bénéfice d'une protection satisfaisante. Et puisque dans de très nombreux cas, c'est la pauvreté ou le drame qui contraint à l'abandon, le parrainage humanitaire mérite d'être défendu¹¹³⁵. Ainsi par exemple, lorsque des catastrophes naturelles surviennent tels le séisme et le tsunami du 26 décembre 2004 dans l'océan indien, ou encore, le séisme du 12 janvier 2010 en Haïti, plutôt que d'encourager l'adoption au risque d'alimenter le trafic¹¹³⁶, il semblerait plus opportun et surtout moins risqué, d'encourager le parrainage¹¹³⁷. De là, pour cette étude, la défaillance parentale

¹¹³⁴ En effet, les règles de la protection familiale devraient être le reflet d'un centre d'attaches et d'intégration que l'on cherche à préserver en dépit du déplacement de l'enfant. Or, l'adoption conduit à faire du déplacement un facteur de « destruction » du CAI de l'enfant (certes, souvent en raison de l'inexistence d'un CAI véritable dans le pays d'origine ou de sa destruction déjà quasi-acquise). De nouvelles attaches doivent ainsi être recrées dans le pays d'accueil de l'enfant adopté.

¹¹³⁵ « Le parrainage humanitaire consiste à subvenir aux besoins d'un enfant en difficultés en lui permettant ainsi de rester dans son milieu familial. Ce parrainage se fait en général grâce à des relations entre deux personnes à travers une association qui s'assure du bon emploi des fonds versés au service de l'enfant ». (Source : http://fr.wikipedia.org/wiki/Parrainage#Parrainage_humanitaire). Cf. également au sujet du parrainage : C. HELFTER, Parrainer un enfant en France, in Informations sociales 2/2008 (n° 146), PP.97-98.

¹¹³⁶ Sur ce point, le témoignage de Madame Frédérique de SAINT-ALARY, infirmière en mission en Haïti en 2010, est riche de sens. Interrogée par nos soins peu après son intervention sur place, elle a amplement contribué à nous convaincre des risques inhérents à l'adoption d'enfants dans un tel contexte.

Cf. également : Service social international, Document d'information Numéro 4 – Résumé : Haïti : « accélérer » les adoptions internationales suite à une catastrophe naturelle, in Documents relatifs à la Commission spéciale de 2010 disponibles sur le site de la Conférence de La Haye de droit international privé.

¹¹³⁷ Si les dons massifs faisant suite à ces événements sont hautement souhaitables en ce qu'ils contribuent évidemment à reconstruire l'avenir, ils présentent néanmoins la caractéristique d'être ponctuels. Le parrainage humanitaire en revanche, représente un engagement dans le temps.

ne devrait pas automatiquement être solutionnée par un déplacement transfrontière¹¹³⁸. Et si dans ces situations particulièrement sensibles, déplacement il y a, conformément aux recommandations des spécialistes, nous ne pouvons qu'encourager la prudence¹¹³⁹. Cependant, il serait utopique de considérer que le parrainage en lui-seul puisse être une véritable alternative à l'adoption. La raison en est simple : l'individu qui initie un projet d'adoption ne poursuit pas le même objectif que la personne qui s'engage dans la voie d'un parrainage... À l'instar des autres structures familiales, l'adoption restera donc toujours un moyen d'octroyer à l'enfant un centre d'attaches et d'intégration, et, partant, une famille susceptible de guider la définition de sa résidence habituelle (B). Sans jamais primer sur la parenté élargie résultant d'une filiation biologique qui, bien que défaillante, n'en demeure pas moins constituée. Si donc cette étude se propose de déduire que l'enfant exposé à la défaillance de ses parents biologiques ne dispose d'aucun droit à être adopté ; si en ce sens elle considère qu'il ne bénéficie pas d'un droit à *une* famille (de substitution), c'est que l'inverse reviendrait à bafouer son droit à *sa* famille (biologique, y compris élargie).

B. La famille, guide de définition de la résidence habituelle

499. Dans sa thèse, Madame RICHEZ-PONS fait valoir qu'en droit international privé, « *la référence au terme de résidence utilisé sans le qualificatif d'« habituelle » est relativement rare et (que) les auteurs s'étendent en général peu sur la question de savoir si ce sont deux notions différentes* »¹¹⁴⁰. Elle relève cependant que « *l'expression de « résidence habituelle » implique à la fois une durée de présence supérieure à celle requise pour la simple résidence, et surtout*

¹¹³⁸ Le déplacement peut cependant parfois s'avérer opportun. Ainsi par exemple, suite au séisme survenu en Haïti en 2010, les personnes devenues « tuteurs de fait » d'enfants haïtiens dont les parents pouvaient être valablement considérés comme décédés ou disparus, ont pu demander un visa à la sous-direction des visas à Nantes et ce, afin de faire venir l'enfant en Guadeloupe. Pour ce faire, il était néanmoins absolument nécessaire de fournir des éléments d'état civil de l'enfant, de justifier d'un lien de parenté avec lui et de prouver le décès ou la disparition des parents.

¹¹³⁹ Un article paru dans le France-Antilles du 27 février 2010 (Philippe BAUDET, Haïti : des experts pour dénouer le couac de l'adoption) est à ce propos, relativement explicite. On y lit en effet que le séisme de 2010 ajoute au déracinement un traumatisme supplémentaire. Accélérer les adoptions en pareil contexte n'est dès lors certainement pas une solution sans risque. Et cela vaut d'autant que dans leur grande majorité, les parents ayant déjà engagé une procédure d'adoption ne sont pas toujours totalement préparés. Mieux vaut alors sans doute accompagner les familles en constitution en favorisant le rapprochement, que de précipiter un processus certes déjà amorcé, mais non encore achevé.

¹¹⁴⁰ A. RICHEZ-PONS, La résidence en droit international privé, Thèse multigr. Dir. H. FULCHIRON, Lyon III, 2004, PP. 155-156.

l'existence d'un lien traduisant un certain enracinement en France »¹¹⁴¹. En substance, cela revient à dire que la notion devrait être appréhendée d'un double point de vue : *quantitatif* d'une part (dans le sens où, pour reprendre l'expression de l'auteur, la résidence devrait avoir une certaine « *consistance dans le temps* ») ; *qualitatif* d'autre part (dans le sens où elle devrait représenter une « *habitude* »).

500. Aux yeux de cette étude, la résidence habituelle entendue au sens essentiellement quantitatif paraît peu compatible avec les principes formant l'assise du statut protecteur de l'enfant. Certes, la quantité, traduit un certain degré de permanence et de stabilité dans la présence du mineur en un lieu. Pour cette raison, elle mérite d'être considérée (1). Cependant, qualifier la résidence habituelle en se basant *uniquement* sur sa durée risque de sacrifier la finalité du rattachement. Il paraît en effet difficile de garantir qu'une résidence purement quantitative, corresponde automatiquement au centre d'attaches et d'intégration de l'intéressé. Ainsi, par exemple, la présence prolongée d'un enfant illicitement retenu à l'étranger par son parent non gardien ne signifiera pas l'acquisition d'une nouvelle résidence en ce lieu. Du moins, pas tant que le retour de l'enfant demeurera envisageable¹¹⁴².

En outre, admettre une définition purement quantitative de la résidence habituelle n'encouragerait sans doute pas l'application d'une loi familiale unique à l'ensemble des membres d'une même famille, ce qui est pourtant souhaitable. Seule donc, une approche *prioritairement* qualitative – et par là même, familiale – semble véritablement apte à définir la résidence habituelle de sorte qu'elle puisse pleinement contribuer à déterminer le centre d'attaches et d'intégration de l'enfant déplacé (2).

1. La résidence habituelle envisagée du point de vue du temps (aspect quantitatif)

501. De l'avis de Madame RICHEL-PONS, « *la résidence, qu'elle soit simple ou habituelle, implique une certaine durée de présence, mais cette durée n'est, par principe, pas quantifiée. Il*

¹¹⁴¹ Id., P. 156.

¹¹⁴² Cf. en ce sens infra n° 502.

s'agit là d'un point essentiel. En effet, toute résidence implique nécessairement une durée de présence en un lieu. Et s'il faut une durée suffisante, on ne peut cependant pas dire a priori de combien de temps »^{1143/1144}. En vérité la notion serait avant tout fonctionnelle : « *quelques mois suffisent parfois, parce que l'on recherche simplement une proximité matérielle et géographique entre le juge saisi et les parties (il n'est pas nécessaire de retourner dans son pays d'origine pour aller y plaider) ; parfois quelques mois ne suffisent pas, parce l'on cherche, en retenant la résidence habituelle, un critère qui traduise un certain enracinement en un lieu (donc une durée de présence supérieure et une continuité), et parce que la résidence désigne la loi du milieu dans lequel vit effectivement le mineur. La durée requise varie donc selon la matière concernée, selon la fonction de la règle de droit qui l'utilise, selon les contextes particuliers liés à chaque situation concrète donnée* »¹¹⁴⁵. Le déplacement international d'enfant pourrait-il échapper à la règle ? Nous ne le pensons pas. En effet, rappelons-le, bien que globalement fondée sur la recherche de la résidence habituelle du mineur, la désignation de compétence faisant suite à la mobilité transfrontière d'un enfant devrait résulter (et semble d'ores et déjà souvent résulter) d'un rattachement défini en fonction du type de déplacement précisément concerné et des circonstances de l'espèce.

502. Ainsi concrètement, une *présence prolongée* sur un territoire, à défaut de pouvoir être considérée *durable*, ne serait pas en elle-même automatiquement constitutive d'une résidence habituelle¹¹⁴⁶. En effet, la réglementation relative à l'enlèvement international d'enfant rappelle régulièrement *qu'en principe*, l'illicéité du déplacement empêche la survenance d'un conflit mobile

¹¹⁴³ Id., P. 159.

¹¹⁴⁴ Id., P. 161 : « Il est pourtant des pays où une durée de présence minimum est envisagée pour qu'une résidence ou une résidence habituelle puisse se constituer. Ainsi, en Allemagne, en Autriche, en Suisse, aux États-Unis par exemple, la jurisprudence retient qu'une résidence devient habituelle après écoulement d'un délai de six mois ; il s'agit là d'une présomption (...). L'intention de séjourner durablement permet de suppléer la carence du délai minimum de six mois nécessaire pour que l'intéressé acquière sa résidence habituelle en un lieu. À défaut d'élément intentionnel, six mois de présence vaudraient résidence habituelle. Avec le temps, la présence se transforme en une résidence, laquelle devient à son tour habituelle au bout de six mois. Toutes les circonstances de fait sont à prendre en considération. Ce délai peut paraître quelque peu arbitraire si l'on considère que l'acquisition de la résidence habituelle, qui suppose une certaine intégration dans un cadre de vie, dépend du contexte dans lequel vit une personne, de la langue parlée, de son âge également, toutes les personnes ne s'intégrant pas au même rythme ».

¹¹⁴⁵ Id., PP. 163-164.

¹¹⁴⁶ Il y aurait en effet une distinction entre prolongement et durabilité : seule la dernière notion serait à même d'induire la désignation d'une compétence fondée sur la résidence habituelle de l'enfant.

attestant le transfert du centre d'attaches et d'intégration de l'enfant de son État d'origine vers son État d'accueil¹¹⁴⁷ : dans l'hypothèse d'un déplacement sans droit, le retour de l'enfant doit être ordonné sans que le temps écoulé ne puisse normalement jouer en défaveur du parent lésé ; ce qui nous pousse à croire qu'une nouvelle résidence habituelle ne pourra être constituée *qu'à partir du moment où le retour apparaîtra inenvisageable*. Voilà sans doute pourquoi l'article 16 de la *Convention de La Haye de 1980* prévoit qu'une fois informées de la survenance d'un déplacement illicite, les autorités « *de l'État contractant où l'enfant a été déplacé ou retenu ne pourront statuer sur le fond du droit de garde jusqu'à ce qu'il soit établi que les conditions de la (...) Convention pour un retour de l'enfant ne sont pas réunies, ou jusqu'à ce qu'une période raisonnable ne se soit écoulée sans qu'une demande en application de la convention n'ait été faite* ». D'ailleurs, en vertu des dispositions de l'article 17 du même texte, si d'aventure une décision relative au droit de garde est rendue dans l'État où l'enfant a été déplacé ou retenu, elle ne peut faire obstacle au retour de l'enfant prévu par la convention. Ainsi, même si l'enfant enlevé en vient à se trouver hors du pays de son centre d'attaches et d'intégration avant son enlèvement pendant plusieurs mois, la perspective de son retour commande que les autorités de cet État conservent leur compétence. De manière sensiblement similaire, la *Convention de La Haye de 1996* et le *Règlement Bruxelles II bis* s'opposent à ce qu'il puisse y avoir un transfert de compétence au profit de la juridiction de l'État où se trouve l'enfant illicitement déplacé ou retenu^{1148/1149}. Si donc, dans la mesure du raisonnable, la compétence reste celle des autorités de la résidence habituelle de l'enfant *avant* le déplacement illicite, il nous paraît falloir en déduire que ces autorités demeurent celles de *la* résidence habituelle de l'enfant et ce, quand bien même ce dernier ne serait pas physiquement présent sur leur territoire national. Tant que le centre d'attaches et d'intégration de l'enfant ne bouge pas, l'intervention des autorités de l'État de présence ne peut donc servir qu'à rendre le retour possible ; et nous l'avons vu, n'a vocation à remplacer celle des autorités de l'État de refuge qu'à certaines conditions. La règle est somme toute logique. Effectivement, « *si la résidence ne se résume pas à une présence fortuite sur le territoire français, elle n'est cependant pas incompatible avec une absence temporaire. Il*

¹¹⁴⁷ Sur la question du conflit mobile, cf. infra n° 568 et suivants.

¹¹⁴⁸ Article 7 de la Convention de La Haye de 1996 et article 10 du Règlement Bruxelles II bis.

¹¹⁴⁹ La règle vaut dans la mesure où le titulaire de la garde n'a pas acquiescé au non- retour de l'enfant ; lorsque ce dernier, une fois localisé et son parent lésé avisé, n'a pas résidé pendant au moins un an dans l'État vers lequel il a été enlevé ; qu'aucune demande en retour n'a été formulée et n'est en cours d'examen ; et que l'enfant n'est pas « intégré dans son nouveau milieu ».

n'est pas nécessaire qu'elle soit forcément ininterrompue. Le fait de s'absenter du territoire français pour rendre visite à sa famille ou de passer des vacances à l'étranger n'ôte pas, en principe, à la résidence son caractère d'habitude, sa stabilité »¹¹⁵⁰. Pas plus que dans l'hypothèse où l'absence prolongée se révèle involontaire, comme c'est évidemment le cas en matière d'enlèvement international d'enfant¹¹⁵¹. En clair, il conviendrait de considérer que la présence prolongée d'un enfant sur un territoire soit susceptible d'emporter le transfert de son centre d'attaches et d'intégration en ce lieu par le moyen de la création d'une nouvelle résidence habituelle, dans la seule mesure où l'absence corrélative de cet enfant sur le territoire de sa résidence habituelle avant son déplacement, a été délibérément choisie¹¹⁵². Cela étant, il serait sans doute excessif de considérer qu'un tel principe ne puisse être assorti d'exceptions. Voilà pourquoi, quand « *le séjour dans le pays de l'enlèvement se prolonge au point d'aboutir à une certaine intégration dans un nouveau milieu familial et social, il n'est plus possible de considérer l'enfant comme résidant habituellement auprès du parent dont le droit de garde a été violé* »¹¹⁵³. Partant, le caractère illicite du déplacement ne constituerait pas un motif absolu empêchant l'enfant d'acquérir une résidence habituelle dans l'État d'accueil. Un certain degré d'intégration – exigeant une interprétation stricte et dont la vérification serait inévitablement au moins partiellement liée au temps¹¹⁵⁴ – serait

¹¹⁵⁰ Anne RICHEZ-PONS, Thèse précitée, PP.193-194.

¹¹⁵¹ L'enfant étant par définition mineur et en conséquence, incapable, il va de soi que la définition de sa résidence ne dépend pas tant de sa volonté que de celle de ses parents ou de son représentant légal, voire, du juge (Cf. en ce sens Anne RICHEZ-PONS, Id. P. 216 : « Déterminer la résidence d'un mineur, c'est d'abord observer que le choix de la résidence, de son transfert également, résulte souvent du choix des parents eux-mêmes (en tant que prérogative attachée aux règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale) ou de la décision du juge (parfois dans l'hypothèse d'une séparation des parents ou plus généralement en cas de désaccord parental ou si le lieu choisi est contraire aux intérêts de l'enfant »). En outre, précision doit être faite que dans le cas d'un enlèvement, la volonté à prendre en considération ne peut pas être celle du parent ravisseur. En effet, bien que ce dernier ait de toute évidence la volonté de transférer le centre d'attaches et d'intégration de l'enfant dans le pays de sa propre résidence habituelle, il est fort logiquement impossible de se fonder sur une volonté illégitime. L'absence de volonté du mineur de transférer sa résidence doit donc être traduite par l'absence de volonté de son parent lésé.

¹¹⁵² HC/E/USf 481, United States District Court for the District of Minnesota (États-Unis, 1^{ère} instance, 9 mai 2002, Silverman c/ Silverman, 2002 U.S. Dist. LEXIS 8313. (Cf. la base de données INCADAT : <http://212.206.44.26/>) : « lorsque la résidence était forcée, il ne pouvait y avoir de décision de s'installer dans le pays, condition nécessaire à l'acquisition de la résidence habituelle ».

¹¹⁵³ A. BUCHER, Revue suisse de droit international et européen 1996, P. 203.

¹¹⁵⁴ Dans cette hypothèse exceptionnellement quantifiée. Cf. en ce sens l'article 12 alinéa 2 de la Convention de La Haye de 1980 : « L'autorité judiciaire ou administrative, même saisie après l'expiration de la période d'un an prévue à l'alinéa précédent, doit aussi ordonner le retour de l'enfant, à moins qu'il ne soit établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu ».

néanmoins nécessaire pour permettre au déplacement en question, de produire des effets juridiques¹¹⁵⁵.

503. En dehors des hypothèses mettant en cause un déplacement illicite ou volontairement prolongé – et par voie de conséquence dans ce second cas, *durable* -, une résidence habituelle peut être reconnue consécutivement à un déplacement sans systématiquement exiger une durée de séjour minimale – même non quantifiée - pour prétendre exister. D’ailleurs, elle peut même être immédiatement acquise^{1156/1157}. En pareil cas cependant, il semble indispensable de constater « *une perspective sérieuse d’un séjour durable* »¹¹⁵⁸. Ainsi, une fois de plus, l’intégration requise afin de vérifier l’existence d’une résidence habituelle résulterait davantage de la volonté de déplacer le centre d’attaches et d’intégration de l’enfant vers ce lieu. Cette volonté manifestée amorcerait d’ailleurs la constitution de liens entre l’enfant et le pays de la résidence habituelle en question. Cela étant, précision doit être faite que la résidence habituelle nouvellement établie ne produira pas toujours immédiatement des effets juridiques. En effet, par exemple, il suffit de trois mois, mais trois mois sont nécessaires pour que, suite au déménagement (licite) d’un enfant suivant son parent gardien dans sa mobilité transfrontière, pleine compétence soit reconnue aux autorités de sa *nouvelle* résidence habituelle¹¹⁵⁹.

¹¹⁵⁵ Anne RICHEZ-PONS, Thèse précitée, P. 252 : « S’il est dans l’intérêt du mineur d’être protégé par les autorités du lieu où il a sa résidence habituelle effective, l’enlèvement d’un enfant, ou sa rétention à l’issue d’un droit de visite, ne doit pas être cautionné par une reconnaissance trop aisée ou systématique de l’existence d’une résidence au lieu où il est maintenu ». Ainsi, « toute décision « nationaliste » (doit) être écartée. Si ce n’était pas le cas et si le déplacement devait se trouver systématiquement conforté par une décision favorable, cela pourrait constituer un encouragement aux voies de fait ».

¹¹⁵⁶ HC/E/USf 147, United States District Court for the Southern District of New York (États-Unis, 1^{ère} instance), 2 août 1995, Brooke c/ Willis, 907 F. Supp. 57 (S.D.N.Y. 1995) (Cf. la base de données INCADAT : <http://212.206.44.26/>).

¹¹⁵⁷ Pour plus de détails sur le changement de résidence habituelle, cf. les développements au sujet du conflit mobile infra n° 568 et suivants.

¹¹⁵⁸ A. BUCHER, La famille en droit international privé, RCADI 2000, t. 283, n° 17.

¹¹⁵⁹ Cf. l’article 9 du Règlement Bruxelles II bis en vertu duquel les autorités de l’État de l’ancienne résidence habituelle conservent leur compétence pour une durée de trois mois suivant le déménagement pour modifier une décision relative au droit de visite rendue dans cet État avant le déplacement de l’enfant et lorsque le titulaire du droit de visite continue à résider habituellement dans l’État membre de l’ancienne résidence habituelle.

504. Finalement, il apparaît clairement que la seule dimension *quantitative* de la résidence habituelle ne saurait suffire à pleinement établir le centre de gravité de la vie d'un mineur mobile¹¹⁶⁰. En effet, l'intention est bien souvent partie prenante pour décider de l'existence ou non d'une résidence habituelle. Ainsi, le critère de la *durabilité* est intimement lié à la volonté d'établissement stable de l'enfant en un lieu¹¹⁶¹. Mais pour pleinement parvenir à représenter le centre d'attaches et d'intégration du mineur, ce critère devrait en outre, et peut être même surtout, permettre de localiser avec précision ses attaches –notamment familiales - (2). À la durée de présence en un lieu, devrait donc s'ajouter une « habitude » de vie en ce lieu, révélatrice d'un lien entre l'individu et le milieu dans lequel il vit.

2. La résidence habituelle envisagée du point de vue des attaches (aspect qualitatif)

505. Si en matière de protection de l'enfance déplacée, la résidence habituelle peut s'avérer être un rattachement cohérent, c'est parce qu'elle correspond au lieu où l'on peut apprécier les besoins de l'enfant, prendre les mesures qui s'imposent afin de garantir sa protection et, être au mieux garanti de leur exécution effective. En effet, en désignant le juge et la loi qui se rapportent au cadre de vie du mineur, la résidence habituelle révèle l'existence *des liens les plus étroits* entre le litige, le juge compétent et la loi applicable. Ainsi, plus encore que dans les autres hypothèses, lorsque par un recours à une méthodologie coïncidente, la résidence sert à désigner la compétence juridictionnelle et la compétence législative chargées de statuer sur le sort du mineur, elle ne peut être qu'*habituelle*. En ce sens, elle doit véritablement représenter l'endroit où convergent l'ensemble des considérations essentielles à l'enfant. De là, en dépit de son/ses déplacement(s), un

¹¹⁶⁰ Ce positionnement est d'ailleurs partagé par la Cour de cassation qui, dans un arrêt rendu le 4 mars 2015, a estimé que la Cour d'appel de Limoges privait sa décision de base légale en se prononçant en considération de la seule durée du séjour de la mère et de sa fille hors du territoire national : Cass. 1^{ère}, civ., 4 mars 2015, Gazette du Palais, 19 mars 2015 n° 78, P. 22 ; Recueil Dalloz 2015, P. 625 ; Obs. A. BOICHE, Précisions sur la définition de la résidence habituelle de l'enfant en droit européen, AJ Famille 2015, n° 5, P. 283 ; Note A. GOSSELIN-GORAND, Le déplacement illicite de l'enfant ou la délicate appréciation de sa résidence habituelle ! L'ESSENTIEL Droit de la famille et des personnes, 15 mai 2015 n° 5, P. 7 ; Note Sarajoan HAMOU, La notion de résidence habituelle de l'enfant au sens de l'article 8 du règlement Bruxelles II bis, Gazette du Palais, 23 juin 2015 n° 174, P. 31 ; Comm. C. NEIRINCK, La résidence habituelle de l'enfant de parents séparés vivant dans des pays différents, Droit de la famille n°5, mai 2015, comm. 95.

¹¹⁶¹ Volonté qui, nous le savons, dépend du représentant légal du mineur.

véritable lien doit pouvoir être vérifié entre ce dernier et le lieu destiné à qualifier son « point d’ancrage ». Comment procéder à une telle vérification ? Bien évidemment le temps et l’intention sont amenés à jouer. Mais pas seulement. En effet, pour être qualifiée d’*habituelle*, la résidence du mineur doit encore pouvoir traduire un « repère » qui soit garantie de continuité et de stabilité. *« Dès lors, l’accent peut davantage être mis sur l’aspect **qualitatif** que sur celui quantitatif de la notion. Il est certain que ces deux approches sont malgré tout liées : plus l’intéressé passe de temps en un lieu, plus ses attaches avec ce lieu sont importantes. Mais le facteur temps n’est pas le seul pris en considération »*¹¹⁶². En réalité, le « lien qui s’établit entre l’intéressé et le milieu dans lequel il vit est constitué par tout un ensemble d’éléments de fait ; on pourrait parler d’un « faisceau de faits », comme on envisage le « faisceau d’indices ». En tant que tel, un seul élément ne signifie rien, mais associé à d’autres, il est révélateur d’un état de fait, d’une situation ; c’est leur réunion et leur concordance qui importent. S’ils sont nombreux ou qualitativement significatifs, l’intéressé a en France le centre de ses intérêts et par conséquent sa résidence, en particulier sa résidence habituelle »¹¹⁶³. Pour refléter de manière suffisamment stable et durable les attaches principales d’un enfant, le rattachement préconisé devrait donc être convergent. La règle, générale, appliquée à l’enfance déplacée mériterait cependant encore une fois quelques adaptations. En effet, le mineur, étroitement dépendant de son/ses représentant(s) légal/légaux, ne peut permettre à l’internationaliste de piocher dans le lot de ce qui lui importe aux fins de lui désigner une résidence habituelle et ce, sans qu’une attention particulière ne soit accordée au rôle joué par *sa famille*¹¹⁶⁴. Partant, une appréhension qualitative de la résidence habituelle de l’enfant nous semble devoir être essentiellement *familiale*. L’affirmation vaut d’autant plus lorsque l’enfant semble posséder plusieurs résidences (a). Quand cependant, en certaines hypothèses particulières, la famille s’avère insuffisante, voire inapte à localiser avec certitude le centre d’attaches et d’intégration de l’enfant mobile, le point de rencontre d’un ensemble d’éléments convergents pourrait reprendre pleinement son sens (b).

¹¹⁶² Anne RICHEZ-PONS, Thèse précitée, P. 173.

¹¹⁶³ Ibid.

¹¹⁶⁴ Cette fois-ci envisagée non pas au sens d’un droit à la famille (sous-entendue biologique) mais du point de vue de la famille constituée (peu important la forme qu’elle revêt).

a) La détermination du centre d'attaches et d'intégration de l'enfant déplacé en cas de pluralité de résidences

506. L'enfant peut parfois être amené à posséder plusieurs résidences. Pour autant, à chaque fois, seule *l'une d'elle* sera susceptible de présenter les caractéristiques qui lui permettront en outre d'être qualifiée *d'habituelle*. En effet, M. WATERS considère qu'un individu ne peut avoir qu'une seule résidence habituelle représentant « *le centre de sa vie, le lieu auquel elle est le plus intimement associée par son style de vie* »¹¹⁶⁵ et que « *pour déterminer quel est ce lieu, sa famille et ses liens personnels sont des éléments particulièrement importants* »¹¹⁶⁶. L'affirmation est à vérifier dans deux hypothèses :

***La scolarisation à l'étranger.**

507. De manière générale, « *la jurisprudence et la doctrine considèrent que le fait qu'un mineur soit scolarisé dans un établissement à l'étranger n'entraîne généralement pas un changement de son lieu de résidence, lequel reste fixé auprès de ceux qui exercent l'autorité parentale. On peut d'ailleurs faire un parallèle avec la jurisprudence relative à l'article 1384, alinéa 4, du Code civil relatif à la responsabilité des parents du fait de leurs enfants, liée à la cohabitation des enfants avec eux. En effet, la Cour de cassation a pu considérer que le fait pour des parents de confier temporairement un enfant à un centre médico-pédagogique ou à un organisme de vacances ne faisait pas cesser la cohabitation de l'enfant avec ses parents ; qu'il en est de même lorsque l'enfant est présent « dans un établissement scolaire, même en régime d'internat »* »¹¹⁶⁷. Dans un sens similaire, au sein de son rapport explicatif sur la *Convention de La Haye de 1961*, M. VON STEIGER a estimé qu'« *un séjour, même prolongé dans un établissement d'éducation ou un*

¹¹⁶⁵ D. W. M. WATERS, Rapport explicatif : Actes et documents de la XVI^{ème} Session de la Conférence de La Haye, 1988, t. II, Succession – loi applicable, n° 51.

¹¹⁶⁶ Ibid.

¹¹⁶⁷ Anne RICHEL-POISSON, Thèse précitée, P. 214.

Cf. notamment les illustrations jurisprudentielles citées par l'auteur : Civ. 2^{ème}, 9 mars 2000 : Dalloz 2000, IR. 109 ; JCP 2000. II. 10374, Note. A. GOUTTENOIRE-CORNUT (centre médico-pédagogique) ; Crim., 29 octobre 2002, Bull. crim, n° 197 (organisme de vacances) ; Civ. 2^{ème}, 29 mars 2001, RTD civ. 2001, P.603, Obs. P. JOURDAIN ; JCP 2002. II. 10071, Note S. PRIGENT (internat).

*sanatorium ne constituera pas une résidence habituelle, si l'on peut constater que le mineur a encore des attaches sérieuses à un autre lieu »*¹¹⁶⁸.

De ces quelques précisions on peut déduire que l'« *interprétation de la condition de cohabitation est (...) juridique et non factuelle, puisque le fait pour les parents de confier matériellement et temporairement leurs enfants à un tiers est sans influence sur leur responsabilité* »¹¹⁶⁹. Cela vaut d'ailleurs même lorsque le fait d'ainsi confier un mineur est susceptible d'emporter la création d'une résidence supplémentaire¹¹⁷⁰. En dépit du visible immédiat, les liens familiaux (nucléaires) jouent donc un rôle crucial dans la localisation du centre d'attaches et d'intégration des enfants régulièrement éloignés de leurs parents. Car à l'instar de ce que nous avons pu affirmer à propos du déplacement sans droit, la résidence habituelle de l'enfant licitement déplacé semble davantage résulter des liens – notamment familiaux - qu'il entretient avec un lieu, que du constat de sa présence physique prolongée en ce lieu. Toutefois, dans ce dernier cas, la situation légale ne paraît pas toujours suffire : certaines situations exigent effectivement une prise en considération plus accrue du lieu où il peut être considéré qu'en fait, l'enfant a sa résidence habituelle. De l'avis de Madame RICHEZ-PONS, il ne faudrait donc pas généraliser. Ainsi par exemple, « *la situation du mineur qui revient chaque week-end et pour toutes les vacances scolaires chez ses parents est différente de celle du mineur qui demeure pendant l'année scolaire dans un internat, passe simplement un mois de vacances chez sa mère dans un pays A et un autre mois chez son père dans un pays B. Ces deux hypothèses ne relèvent pas de cas anecdotiques. Dans le dernier exemple, si les deux parents exercent l'autorité parentale à son égard, où l'enfant a-t-il sa résidence habituelle ? S'il est scolarisé dans le même établissement depuis un certain temps, qu'il doit encore y rester pour terminer sa scolarité, ce lieu devrait pouvoir être considéré comme celui de son cadre de vie normal, comme celui de sa résidence habituelle, celui où l'on peut le mieux apprécier ses besoins* »¹¹⁷¹. Les résidences habituelles de chacun de ses parents n'en constitueraient pas pour autant moins des résidences simples pour l'enfant...

¹¹⁶⁸ W. VON STEIGER, Rapport précité, P. 219 s., spéc. P. 226.

¹¹⁶⁹ Anne RICHEZ-PONS, Thèse précitée, PP. 215.

¹¹⁷⁰ Il nous semble en effet permis de considérer qu'un enfant dont les parents résident à l'étranger possède une résidence simple en France s'il y est présent neuf mois par an pour des raisons de scolarité.

¹¹⁷¹ Anne RICHEZ-PONS, Thèse précitée, P. 217.

***La mobilité fréquente.**

508. Imaginons un enfant qui ait pour parents des artistes. Il les suit à chacune de leurs tournées, tournages, représentations, expositions, etc. Pour ce faire, il est scolarisé à distance. En outre, cette situation l'oblige à passer l'année divisée entre les destinations : neuf mois à Hollywood, puis un retour au pays, pour repartir très prochainement. À Londres quelques semaines, puis ensuite à Bali pour une durée plus longue. Ou imaginons que l'enfant soit lui-même cet artiste et que ces parents l'accompagnent au gré de ses contrats... Les longs mois passés sur le lieu du tournage d'un film ne pourraient-ils pas mener à l'acquisition d'une résidence simple ? Certainement que si. Mais dans tous les cas, les parents auront – nous l'espérons - un lieu où ils retourneront et où il est permis de considérer qu'ils seront « basés ». Nul besoin de plus amples développements pour considérer que c'est à cet endroit que se situera la résidence habituelle du mineur. Néanmoins, si aux fins de garantir une plus grande stabilité à leur enfant, les parents ont choisi de le scolariser dans un pays autre que celui de leur résidence habituelle, le « cas par cas » ci-dessus exposé nous pousse à croire qu'il serait préférable de considérer que cet endroit *puisse* révéler le centre des attaches principales de l'enfant. Il *devrait* même permettre de localiser ce « point d'ancrage » à partir du moment où, la durée passée en ce lieu se trouve confortée par un/des autre(s) élément(s) : nationalité de l'enfant, lieu de résidence de sa famille élargie, etc. Bien qu'apparaissant généralement devoir primer les autres, les liens familiaux (nucléaires) de l'enfant ne sont donc pas tout. Certaines hypothèses en effet, révèlent à l'occasion leur insuffisance, voire, leur inaptitude (b).

b) La détermination du centre d'attaches et d'intégration de l'enfant déplacé en cas d'insuffisance, voire d'inaptitude du critère familial

***L'insuffisance du critère familial (la résidence alternée).**

509. L'entrée officielle de la résidence alternée dans le paysage juridique français a eu lieu à l'occasion de l'avènement de la *loi du 4 mars 2002*. En effet, depuis l'adoption de ce texte, le principe de coparentalité se trouve renforcé, notamment par la garantie accordée à l'enfant de

maintenir des liens avec ses deux parents séparés¹¹⁷². En ce sens, les articles 373-2 alinéa 2 et 373-2-9 du Code civil énoncent désormais respectivement que « *chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent* » et que « *la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux* ». Indépendamment des avantages et/ou des inconvénients que peut représenter ce mode de garde en lui-même, il est évident que sa mise en œuvre à l'échelle purement interne est *a priori* moins problématique que lorsqu'il s'agit de partager le quotidien du mineur entre deux pays¹¹⁷³. En effet, lorsqu'à la suite de la séparation des parents, la résidence habituelle de l'enfant est fixée en alternance au domicile de chacun des parents résidant dans deux États différents, la question se pose de savoir s'il est permis de considérer que l'enfant puisse exceptionnellement posséder deux résidences habituelles ? Dans cette hypothèse, les attaches familiales, dans l'absolu sensiblement identiques, risquent de ne pas pouvoir permettre à l'internationaliste de se prononcer plus en faveur de l'un ou l'autre des parents...¹¹⁷⁴ Or, l'enjeu est de taille : quel sera le juge – et corrélativement quelle sera la loi – compétents ? C'est là que la réunion d'un ensemble d'éléments convergents devient tout à coup particulièrement utile afin de faire peser la balance dans un sens plus que dans l'autre. En effet, prenons l'exemple d'un enfant quotidiennement partagé entre la France et la Belgique. S'il « *avait sa résidence habituelle en France avant la séparation de ses parents, s'il fréquente toujours le même établissement scolaire en France, si la majorité de ses activités extrascolaires sont en France, (...) c'est en France que se trouve sa résidence habituelle ; et ce, bien qu'il vive en alternance entre la France et la Belgique* »¹¹⁷⁵. Mais toutes les hypothèses ne sont pas si tranchées. Si donc « *l'enfant a toujours partagé son temps et ses activités entre les deux pays, s'il va à l'école en France, mais qu'il a toutes ses activités extrascolaires en Belgique, s'il a sa famille en France aussi bien qu'en Belgique, il sera alors particulièrement difficile de déterminer où l'enfant a sa résidence habituelle, pour ne pas dire « vain »* »¹¹⁷⁶. En conséquence, « *il faudra sans doute se résoudre à considérer que l'enfant a une*

¹¹⁷² F. VAUVILLE, Du principe de coparentalité, Petites affiches, 18 octobre 2002 n° 209, P. 4.

¹¹⁷³ Que la situation présente ou non un élément d'extranéité. En effet, l'enfant étranger qui partagera son quotidien entre Pointe-à-Pitre et Basse-Terre aura toujours sa résidence habituelle en France et partant, sa protection restera soumise à la compétence des autorités françaises.

¹¹⁷⁴ F. MONEGER, La protection de l'enfant étranger en France, Petites affiches, 9 mars 2012, n° 50, P. 61.

¹¹⁷⁵ A. BOICHE, La résidence alternée en droit international privé, AJ Famille 2011, P. 585.

¹¹⁷⁶ Ibid.

*résidence habituelle aussi bien en France qu'en Belgique »*¹¹⁷⁷. Et pour ce qui concerne la compétence, toutes les fois où les pays concernés seront chacun parties au *Règlement Bruxelles II bis*, « les règles de litispendance très strictes énoncées par l'article 19 (de cet instrument) feront que seul le juge saisi en premier pourra se prononcer »¹¹⁷⁸. Mais toutes les hypothèses ne présenteront pas la même sécurité juridique. Ainsi, il faut bien admettre que « dans un ordre juridique international et communautaire, où le rattachement à la résidence habituelle de l'enfant est primordial pour déterminer la compétence des juridictions, la loi applicable ou l'existence d'un déplacement illicite d'enfant, l'existence d'une résidence alternée peut entraîner des perturbations très importantes au niveau du fonctionnement des règles de droit international privé »¹¹⁷⁹ ; au point même, de parfois rendre certaines conventions inapplicables comme ce peut être le cas lorsque la résidence alternée est prévue avec une alternance annuelle ou bi-annuelle¹¹⁸⁰.

***L'inaptitude du critère familial (l'enfant sans famille).**

¹¹⁷⁷ Ibid.

¹¹⁷⁸ Ibid: « Il existera (alors) certes une incertitude quant à la juridiction compétente et un risque de forum shopping, mais il est inhérent à la situation créée par la résidence alternée ».

¹¹⁷⁹ A. BOICHE, La résidence alternée en droit international privé, Op. cit.

¹¹⁸⁰ Cf. à ce propos cet exemple parmi les exemples proposés par Anne RICHEZ-PONS aux pages 265 à 266 de sa thèse : « La convention de 1980 prévoit que le droit de garde peut également résulter « d'un accord en vigueur » selon le droit de l'État de la résidence habituelle du mineur ; or, la portée et les conséquences d'un tel accord sont parfois sources de litiges. Les parents peuvent s'entendre sur le lieu de résidence habituelle de manière générale ou prévoir que l'enfant résidera alternativement avec l'un puis avec l'autre. Or, dans cette dernière hypothèse, lorsque vient le moment du changement de lieu de vie initialement prévu, un parent peut refuser de tenir son engagement. S'il convient d'examiner « le caractère, le but et la durée de l'accord », les situations sont complexes. Il semble notamment qu'il puisse apparaître parfois impossible d'appliquer la convention de La Haye dans l'hypothèse de la violation d'un accord concernant la garde alternée. Ainsi, à titre d'exemple, on peut citer une affaire dans laquelle les parents de deux enfants, de 10 et 12 ans au moment du non-retour, étaient séparés et avaient une garde partagée ; les enfants avaient vécu en Nouvelle-Zélande de décembre 1987 à décembre 1994 avec leur mère, puis étaient allées vivre en Écosse avec leur père. Elles n'étaient censées n'y rester que deux ans, puis devaient rentrer en Nouvelle-Zélande pour passer les deux années suivantes avec leur mère. Mais en août 1996, le père informa la mère qu'il ne renverrait pas comme convenu ses enfants en décembre 1996 ; elle demanda alors leur retour immédiat. Il lui fut refusé car les enfants avaient perdu leur résidence habituelle en Nouvelle-Zélande et avaient acquis une résidence habituelle en Écosse : « elles s'étaient installées en Écosse pour y vivre pendant une période de deux ans, nonobstant le fait qu'elles devaient ensuite rentrer en Nouvelle-Zélande ». L'objectif de la convention est d'assurer le retour de l'enfant illicitement déplacé ou retenu dans un État contractant. Au moment de l'acte illicite, i.e. la violation de l'accord, les enfants avaient leur résidence habituelle licite en Écosse ; or, on ne pouvait ordonner, en application du texte, le retour vers ce même pays, la Nouvelle-Zélande n'étant pas le pays dans lequel elles avaient leur résidence habituelle ».

510. L'hypothèse de l'enfant orphelin ou abandonné est sans équivoque. À moins d'être adopté, ce dernier ne possède pas de famille. Si donc il devait avoir une résidence habituelle, sa définition ne pourrait bien évidemment pas être familiale. Partant, pour localiser le centre d'attaches et d'intégration d'un tel mineur, il ne semble pas inopportun de concéder davantage de place au critère quantitatif. Ce dernier devrait néanmoins être appuyé au moyens des divers éléments qualitatifs susceptibles d'être pris en considération : culture, liens sociaux (notamment amicaux), scolarité, bref, « *intégration* » (II).

II/ La résidence habituelle reflet de l'intégration de l'enfant, élément de confirmation du bien fondé de la détermination du centre d'attaches et d'intégration de l'enfant déplacé

511. La résidence d'un enfant ne pourra servir à localiser le centre de gravité de sa vie, qu'à compter du moment où, en sus de mettre au jour le point de convergence de ses principales attaches – *familiales* –, elle reflètera de solides liens entre cet enfant et un *territoire*, à savoir, son *intégration* en ce lieu. En effet, la soumission de la protection d'un mineur à la compétence et à la loi d'un État, ne peut avoir de sens que si le juge désigné et la loi applicable, correspondent effectivement au système axiologique du mineur en question. À défaut, il est évident que le rattachement choisi ne sera pas celui des *liens les plus étroits*. Pour accorder à un enfant étranger le bénéfice d'une résidence habituelle en France, il y aurait donc un lien nécessaire entre immigration et intégration.

512. En réalité, la notion d'intégration devrait permettre de confirmer le bien fondé de l'orientation préconisée par le critère familial quant à la localisation de la résidence habituelle de l'enfant. En effet, dans la plupart des cas, elle découlera naturellement des attaches familiales et, à défaut d'être contestée, se contentera d'être présumée : si le parent est intégré, il y a de fortes chances que son enfant le soit aussi – ou commence à l'être. Ainsi, lorsque l'enfant étranger bénéficie du droit à mener une vie familiale normale reconnu à son parent, nous verrons qu'il semble que ce soit moins aux fins de lui permettre de commencer à s'intégrer dans son pays d'accueil, que pour lui donner le moyen de parachever une intégration déjà amorcée (A). Cela étant, le temps passant, la présomption devra pouvoir être pleinement vérifiée. Et elle le sera si, sans pour

autant le conduire à totalement renier ses origines, l'insertion du mineur au sein de la société française, impacte la teneur de sa diversité culturelle (B).

A. La fundamentalité au service du parachèvement de l'intégration déjà amorcée

513. À en croire la « fundamentalité », la seule qualité d'être humain, bien que différemment envisagée selon les peuples, octroie à l'Homme le bénéfice d'un socle de droits¹¹⁸¹. Ainsi, *« d'une manière générale, l'influence du droit naturel permet d'exclure une distinction tenant à la nationalité : l'homme est le destinataire d'une Loi naturelle évidemment universelle »*¹¹⁸². Partant, l'étranger comme le national, serait destinataire des droits fondamentaux. *« Cette approche théorique des droits fondamentaux est pourtant démentie par la pratique qui subordonne leur existence à l'intervention préalable de l'État. En écho à des obligations le plus souvent positives, ce dernier est tenu d'assurer leur traduction juridique. Cette fonction de l'autorité publique, sans laquelle un droit abstrait resterait sans portée, est décisive. Elle aboutit à la création de libertés publiques. Le pouvoir affirme alors ses prérogatives au nom de données concrètes liées à la préservation d'un ordre public et, plus fondamentalement, du groupe. En se justifiant sur cette base, il peut préciser les destinataires des droits et imposer des exigences tenant, directement ou non, à la nationalité »*¹¹⁸³. *« Dans ce schéma, l'État n'est pas tenu de se conformer à une représentation invariable des droits fondamentaux. Sous réserve de garantir leur effectivité, il peut opérer une lecture personnelle d'une prescription théorique en se référant à des exigences locales »*¹¹⁸⁴. Ainsi, *« une rupture d'égalité reposant sur un critère de nationalité sera possible car rien ne s'oppose à ce que « le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général »*. Dans la mesure où les étrangers se trouvent « placés dans une situation différente de celle des nationaux, le législateur peut prendre à (leur) égard des dispositions spécifiques »¹¹⁸⁵.

¹¹⁸¹ Cf. supra n° 117 et 193.

¹¹⁸² Vincent TCHEN, Recherche sur les droits fondamentaux de l'étranger, Petites affiches, 22 mai 1995, n°61, P.4.

¹¹⁸³ Ibid.

¹¹⁸⁴ Ibid.

¹¹⁸⁵ Ibid.

514. De là, on comprend sans doute mieux pourquoi, pour pouvoir prétendre bénéficier des droits fondamentaux, l'étranger doit préalablement justifier avoir été admis à *résider* (*habituellement*) sur le territoire national¹¹⁸⁶. Attestant l'existence d'un séjour à la fois régulier et stable, la localisation en France d'une telle résidence devrait en outre nécessairement pouvoir permettre de présumer son *intégration* à l'endroit même où convergent ses attaches principales. Il reste qu'à la différence de ce qui prévaut en faveur du national, « *aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national* »¹¹⁸⁷. D'ailleurs, la titularité d'un titre de séjour – voire d'une résidence habituelle – n'emporte pas en elle-même un droit au maintien sur le territoire puisque l'administration peut refuser le renouvellement d'un tel titre, voire, le retirer¹¹⁸⁸. En principe, l'intégration à elle seule ne suffirait donc pas à garantir au ressortissant d'un État tiers, un droit à demeurer en France¹¹⁸⁹.

L'arbitraire de l'État souffrirait cependant d'une « variante » en faveur de l'enfant : l'étranger résidant bénéficierait d'un *droit à mener une vie familiale normale*, ce droit impliquant tout à la fois la possibilité de « faire venir » sa famille – via les dispositions relatives au regroupement familial – et de demeurer en famille – à l'accès au territoire s'ajouterait ainsi un droit

¹¹⁸⁶ Article 2 du 4^{ème} Protocole.

L'affirmation vaut sauf à ce que l'étranger soit demandeur d'asile ou évoque un droit faisant partie du bloc des droits intangibles qui, à la différence des droits conditionnels, ne peuvent souffrir d'aucune dérogation ou restriction. Ainsi par exemple, la protection édictée à l'article 3 de la CESDH est absolue. Aucun intérêt public ni aucun autre droit ne peut donc être invoqué pour faire échec à cette protection. Norme impérative visant la protection de l'intégrité de la personne humaine, cet article doit recevoir application que la victime (ou la victime potentielle) soit un adulte ou un enfant, un national ou un étranger. Ainsi, l'acte d'éloignement du territoire pris à l'encontre d'un étranger fondera la responsabilité de la France s'il existe un risque réel et sérieux qu'il soit porté atteinte à l'intégrité de l'enfant suite au renvoi de ce dernier sur le territoire du pays de destination (généralement son pays d'origine). Tel est par exemple le cas lorsqu'une fillette encourt un risque d'excision. Cf. à ce propos la décision rendue par le tribunal administratif de Lyon le 12 juin 1996 (Note, Fanny VASSEUR, Une étrangère ne peut être renvoyée dans son pays d'origine où ses filles risqueraient d'être excisées, Dalloz 1998, P. 304).

¹¹⁸⁷ Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993. Disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1993/93325dc.htm>

¹¹⁸⁸ L'étranger ne dispose cependant pas d'un droit à résider en France. Pour plus de précisions à ce propos, Cf. les développements précités de Vincent TCHEN.

¹¹⁸⁹ L'affirmation vaut encore lorsque l'intégration est couplée aux attaches de sorte qu'elle permet de localiser une résidence et, par voie de conséquence, de caractériser un centre d'attaches et d'intégration.

de la famille de l'étranger au maintien sur le territoire¹¹⁹⁰. Le droit à mener une vie familiale normale revêtirait donc plusieurs aspects et, exigerait un préalable : l'existence d'une vie familiale¹¹⁹¹. La cellule familiale doit dès lors pouvoir être constituée ou reconstituée. N'a-t-il en effet pas déjà été dit que l'enfant bénéficiait d'un droit à sa famille ? Partant, non seulement l'État ne doit pas anormalement porter atteinte à l'équilibre familial, mais encore, il doit contribuer à le maintenir. « *Quelles que soient les formes d'atteintes que l'on puisse y porter, la famille doit donc pouvoir se reconstituer malgré les difficultés propres aux politiques d'immigration et doit demeurer constituée afin de se développer normalement* »¹¹⁹². De là, « *la cellule familiale obligerait-elle à déroger aux règles ordinaires du droit des étrangers ? Forcerait-elle les postes frontières et fermerait-elle les halls d'embarquement au point que l'individu y trouverait matière à échapper aux rigueurs du droit commun puisque son appartenance à cette cellule le protégerait du refus de visa comme de l'expulsion ou de la reconduite à la frontière* »¹¹⁹³? Dans une certaine mesure, oui. Au point que le droit reconnu à l'étranger de vivre en famille équivaille parfois à celui de choisir

¹¹⁹⁰ « Aucune définition de la notion de membre de la famille n'est expressément donnée par le droit commun des étrangers. Il résulte cependant de la lecture des diverses dispositions de l'Ordonnance du 2 novembre 1945, que la famille de l'étranger pouvant bénéficier du droit au séjour est entendue au sens de la « famille nucléaire » : il s'agit du conjoint, des enfants, et de l'ascendant étranger d'un français. Ne sont donc pas inclus les ascendants de l'étranger, ses petits-enfants et non plus ses collatéraux.

Une définition de l'enfant est en revanche expressément donnée par l'article 15 de l'ordonnance, suite à l'adoption de la loi du 24 août 1993 : « L'enfant (...) s'entend de l'enfant légitime ou naturel ayant une filiation légalement établie, ainsi que de l'enfant adopté, en vertu d'une décision d'adoption, sous réserve de la vérification de la régularité de celle-ci lorsqu'elle a été prononcée à « l'étranger ». On en déduira donc, que seul un lien de filiation légalement établi pourra être pris en considération au regard du droit au séjour, ce lien pouvant être de nature biologique ou volontaire. Dans le même temps, on notera que sont exclus du champ d'application de cet article les enfants recueillis, les enfants simplement à charge, ou qui ont fait l'objet d'une simple délégation d'autorité parentale même s'il s'agit là de formes utilisées dans des pays qui ne connaissent pas l'adoption » : Z. ABOUDAHAB, Droit de l'étranger à une vie familiale normale. Aspect du séjour en France (Document disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.revues-plurielles.org/uploads/pdf/6_77_6.pdf). L'affirmation mérite néanmoins d'être nuancée par la solution tirée d'un arrêt relativement récent et à l'occasion duquel, le Conseil d'État a admis que, sans être assimilable à l'adoption et partant, sans créer un lien de filiation, la kafala pouvait permettre à un étranger de bénéficier du droit au regroupement familial. Cf. en ce sens : CE, 24 mars 2004, Note Anne-Marie TOURNÉPICHE, Extension de possibilités du regroupement familial, AJDA 2004, P. 1425. Notons en outre que la définition retenue par le juge européen est plus large.

En tout état de cause, « en matière de regroupement familial, l'enfant pouvant en bénéficier doit être un mineur de 18 ans, même si au regard de la législation de son pays d'origine l'âge de la majorité est fixé plus tard (...) » : Z. ABOUDAHAB, Op. cit.

¹¹⁹¹ La seule existence d'un lien juridique apparaît d'ailleurs suffisante : CEDH, 22 juin 2004, Note A. GOUTTENOIRE et P. SALVAGE-GEREST, Droit au respect de la vie familiale et adoption internationale, une « première » déconcertante : l'arrêt de la CEDH du 22 juin 2004, Droit de la famille n° 12, Décembre 2004, étude 30.

¹¹⁹² H. LABAYLE, Le droit des étrangers à mener une vie familiale normale, lecture nationale et exigences européennes, RFDA, mai-juin 1993, P. 511.

¹¹⁹³ Ibid.

librement son pays de résidence ? Nous l'avons déjà dit, en principe, ce choix est soumis à l'approbation du pays d'accueil. Mais une fois cette approbation obtenue, la porte ouverte à l'étranger devient un droit d'entrée et de séjourner pour son noyau familial, à savoir, notamment pour ses enfants eux-mêmes étrangers¹¹⁹⁴. L'intégration de l'étranger emporterait ainsi l'amorce de l'intégration des siens, voire même peut-être pour chacun d'eux, la reconnaissance d'une résidence habituelle¹¹⁹⁵. Développons.

515. Au départ objet d'une simple réglementation encadrée par le contrôle du juge administratif¹¹⁹⁶, le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale – notamment via le regroupement familial - est par la suite devenu un véritable principe général du droit¹¹⁹⁷, puis, s'est

¹¹⁹⁴ Sous réserve du respect des conditions énoncées par l'article 29 I de l'Ordonnance du 2 novembre 1945 : en dehors de l'exigence de régularité du séjour du demandeur en France, il s'agit notamment de conditions liées à la durée minimum de sa résidence en France (2 ans), à la nature du logement et aux « ressources personnelles, stables et suffisantes » dont il dispose. Pour plus de détails à propos des conditions requises pour prétendre au regroupement familial, cf. Z. ABOUDAHAB, Op. cit.

¹¹⁹⁵ En effet, si la politique d'immigration française fonde le regroupement familial sur une volonté d'intégration, c'est que l'acceptation durable de l'étranger en France suppose son « insertion » dans la société nationale. Pour cette raison, depuis la loi du 26 novembre 2003, « les conditions de délivrance de la carte de résident sont plus restrictives puisque la durée de séjour nécessaire pour obtenir la carte de résident de l'article 14 est portée de trois à cinq ans. Par ailleurs, la délivrance d'une première carte de résident est subordonnée à « l'intégration républicaine de l'étranger dans la société française, appréciée en particulier au regard de sa connaissance suffisante de la langue française et des principes qui régissent la République française ». Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration s'applique désormais à l'égard du conjoint et des enfants mineurs venus au titre du regroupement familial d'un étranger titulaire de la carte de résident et qui a résidé deux ans en France et non plus une seule année, et de l'étranger père ou mère d'un enfant français résidant en France depuis également deux ans ». Pour plus de précisions à propos de cette loi, cf. les développements de N. GUIMEZANES : La loi n°2003-1119 du 26 novembre 2003, relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, JCP 2003, act. 592.

Mais c'est suite à l'adoption de la loi du 25 juillet 2006 que pour la première fois, un lien nécessaire entre les notions d'immigration et d'intégration a été formalisé. Ainsi, pour exemple, le contrat d'intégration qui figurait déjà dans loi précédente à titre facultatif est devenu obligatoire (hors demandeurs d'asile). « Ce contrat revêt une importance particulière en matière de titre de séjour puisque le premier renouvellement de la carte de séjour temporaire peut être refusé en cas, de non-respect, manifesté par une volonté caractérisée, par l'étranger, des stipulations du contrat d'accueil et d'intégration. La délivrance d'une première carte de résident, y compris la carte de résident de longue durée-CE, est subordonnée également à l'intégration républicaine de l'étranger dans la société française. Elle est appréciée en particulier au regard de son engagement personnel à respecter les principes qui régissent la République française, du respect effectif de ces principes et de sa connaissance suffisante de la langue française sauf pour les étrangers de plus de soixante-cinq ans » : N. GUIMEZANES, La loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, JCP 2006, I.167.

Suite à la signature du Contrat d'accueil et d'intégration, les étrangers reçoivent une formation civique, linguistique et une session d'information sur la vie en France. En outre, depuis 2009, ils sont pris en charge par l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII) pendant les cinq premières années de leur séjour.

¹¹⁹⁶ Le regroupement familial a en effet été reconnu comme un droit pour la première fois par le Décret du 29 avril 1976.

¹¹⁹⁷ CE, 8 décembre 1978, GISTI.

vu reconnaître une valeur constitutionnelle¹¹⁹⁸. Au-delà de cette consécration par le juge interne, le rôle joué par la CESDH en ce domaine mérite d'être considéré et ce, notamment eu égard à son article 8 qui prévoit que « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* ». Ainsi, dès le milieu des années quatre-vingt, confrontée aux arguments du gouvernement britannique qui refusait l'applicabilité de l'article 8 en matière de contrôle de l'immigration, la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé au moyen de deux décisions de principe, que ce contrôle, même s'il ne fait pas l'objet de dispositions expresses de la Convention, doit s'exercer d'une manière compatible avec elle^{1199/1200}. Dès lors, pour la Cour, « *le droit au regroupement familial peut réclamer que la famille se regroupe, et il s'agit là du droit d'entrée, ou bien il peut être nécessaire qu'elle continue à demeurer groupée, et c'est du droit de séjour qu'il est question* »¹²⁰¹.

516. Dans la première hypothèse, le droit à mener une vie familiale normale encourage le déplacement de l'enfant afin que ce dernier rejoigne son parent installé à l'étranger. Le titulaire du droit est alors le parent et, s'il peut s'en prévaloir, c'est qu'il a justifié de sa propre intégration dans le pays d'accueil. Fondé sur le droit de son parent, le déplacement de l'enfant, est en outre un moyen de réaliser le propre droit de ce dernier à sa famille...¹²⁰². De là, avant même d'avoir franchi les frontières de l'État d'accueil, le mineur possède déjà ses attaches principales hors de son pays d'origine. L'intégration de l'enfant est alors amorcée dans le lieu de ce qu'il nous paraît permis de considérer comme sa nouvelle résidence habituelle¹²⁰³. C'est en effet là que son centre d'attaches et d'intégration déjà en mouvement, a vocation à se stabiliser. En admettant ce raisonnement, la

¹¹⁹⁸ Cf. la décision précitée du 13 août 1993 : « si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, il lui appartient de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République (...) figurent parmi ces droits et libertés (...) le droit de mener une vie familiale normale ».

¹¹⁹⁹ CEDH, 28 mai 1985, Abdulaziz, Cabales et Balkandali, confirmé trois ans plus tard par : CEDH, 21 juin 1988, Berrehab. Décisions citées pas H. LABAYLE, Op. cit.

¹²⁰⁰ Notons en outre que « La CEDH exige de la France « souplesse et célérité » pour le regroupement familial », Diane POUPEAU, à propos de CEDH, 10 juillet 2014, Mugenzi c/ France, n° 52701/09, Tanda-Muzinga c/ France, n° 2260/10, Senigo Longue et autres c/ France, n° 19113/09, AJDA 2014, P. 1463.

¹²⁰¹ CEDH, 28 mai 1985, Abdulaziz, Cabales et Balkandali, confirmé trois ans plus tard par : CEDH, 21 juin 1988, Berrehab. Décisions citées pas H. LABAYLE, Op. cit..

¹²⁰² Cf. supra n°492.

¹²⁰³ Cette étude préconisant en effet une définition avant tout familiale.

souveraineté ne justifierait pas à elle seule l'intervention de l'État en matière de droit des étrangers. La fundamentalité permettrait en effet d'asseoir la compétence de l'autorité et de la loi de la résidence habituelle du mineur et ce, conformément à ce que cette étude préconise lorsqu'il s'agit de garantir à l'enfant, une protection satisfaisante.

Dans le second cas, l'intégration n'est plus simplement amorcée et le droit à mener une vie familiale normale s'oppose à ce que l'enfant déplacé vers le pays où son parent réside habituellement, ne soit à nouveau déplacé pour être renvoyé dans son pays d'origine. Ici, l'enfant ne tire plus du droit de son parent, le droit d'être déplacé vers la France, mais celui d'y rester, à savoir, le droit de ne pas être re-déplacé. Certes, lorsque le parent en question ne sera pas ressortissant européen, son droit de séjour restera « fragile »¹²⁰⁴. Mais une fois en France et, tant qu'il sera mineur – ou français - l'enfant ne sera pas tenu de repartir¹²⁰⁵. Au risque de remettre en cause le droit de l'enfant à sa famille ? Non puisqu'il n'est pas non plus tenu de rester... De plus, à défaut de volonté de déplacement, il ne semble cette fois-ci pas permis de conclure à l'amorce du déplacement du centre d'attaches et d'intégration du mineur.

517. En définitive, le droit à mener une vie familiale normale aurait davantage pour fonction de contribuer à parachever une intégration déjà amorcée, voire, d'asseoir/de préserver une intégration acquise, que de véritablement aider l'étranger et ses enfants à s'intégrer. En effet, la localisation des attaches principales (familiales) d'un enfant en un lieu, permet de présumer l'intégration de cet enfant en ce même lieu. Le déplacement de l'enfant vers cet endroit atteste quant à lui de cette (volonté d') intégration et, contribue à confirmer l'acquisition en cours ou l'existence avérée d'une résidence habituelle qui soit le reflet du centre d'attaches et d'intégration de ce dernier. Pour autant, si le simple déplacement durable d'un mineur d'un État à un autre apporte nécessairement sa pierre à l'édifice de la vérification de son centre d'attaches et d'intégration, il reste que dans le temps, l'intégration du mineur en question devra dépasser la simple présomption. L'étape sera franchie

¹²⁰⁴ Pour plus de détails sur le statut de l'étranger ressortissant communautaire, cf. les travaux précités de M. LABAYLE. Cf. également : P. DOLLAT, Le droit de vivre en famille et le regroupement familial en droit international et européen, RFDA 2009, P. 689.

¹²⁰⁵ Cf. supra n°396.

lorsque l'intégration acquise aura impacté la diversité culturelle de l'enfant, au point de rendre son fonctionnement global compatible avec les valeurs chères à la France (B).

B. L'impact de l'intégration acquise sur la diversité culturelle

518. Pouvant être définie comme le « *phénomène social par lequel se dissipe le rôle majeur de l'origine réelle ou supposée comme facteur des difficultés sociales rencontrées par une personne* »¹²⁰⁶, l'intégration ne devrait pas impérativement avoir pour résultat « *la disparition de l'origine étrangère réelle ou supposée, ni même son effacement, et encore moins son oubli ou sa négation. Chacun d'entre nous doit et peut demeurer fier de ses origines – dont il n'est, hélas, pas inutile de rappeler qu'elles nous font tous descendants de la seule race connue parmi les hommes : la race humaine* »¹²⁰⁷. Ainsi, l'acquisition d'une résidence habituelle en France par l'enfant étranger déplacé intégré, ne devrait pas totalement faire obstacle à la prise en considération de sa diversité culturelle. L'affirmation est d'autant plus vraie que la société française est une société plurale. Et pourtant, depuis le début des années 2000, la conception française de la citoyenneté tend à ériger l'intégration en condition essentielle d'une immigration réussie, sans parallèlement manifester un réel attachement au respect de la diversité culturelle. L'explication est simple : « *la conception française de la citoyenneté met l'accent sur l'universalité et l'égalité en droit, et favorise le maintien d'une politique de quasi non-reconnaissance des groupes culturels et religieux en tant qu'interlocuteurs. Cette conception facilite, d'un côté, l'entrée dans la nation des immigrés, et en particulier de leurs descendants puisque ces derniers deviennent presque automatiquement citoyens français, mais elle peut, d'un autre côté, attiser des frustrations* »¹²⁰⁸. Ainsi, « *la France se trouve confrontée à des revendications de la part des groupes issus de l'immigration, qui tendent (à mesure que les générations se succèdent et abandonnent l'idée du retour au pays d'origine) à demander la reconnaissance publique de leurs particularismes et leur prise en compte dans*

¹²⁰⁶ Thierry TUOT, La grande nation pour une société inclusive, Rapport au Premier ministre sur la refondation des politiques d'intégration, 1^{er} février 2013. Disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.gouvernement.fr/sites/default/files/fichiers_joints/rapport_au_premier_ministre_sur_la_refondation_des_politiques_d_integration.pdf

¹²⁰⁷ Ibid.

¹²⁰⁸ Ingrid TUCCI, Immigration, intégration et diversité en France et en Allemagne, CNAF I Informations sociales 2011-1, n°163, PP. 116-123.

l'espace public (au sens à la fois spatial, les rues, les places, et institutionnel, les écoles publiques, les lois...). Cette demande entre en conflit avec la tradition politique française. Celle-ci considère que pour garantir l'égalité dans la sphère publique, les différences doivent être confinées à l'espace privé ou à la dimension privée de la vie sociale »¹²⁰⁹. Est-ce à supposer que le cercle de la famille permette assurément plus de largesses face à l'influence que les origines étrangères de l'enfant résidant habituellement en France peuvent avoir sur son quotidien ? Théoriquement, certainement très modérément. Pas si la culture en question entre en contradiction directe avec les critères de références définis par la France en tous cas... Et pourtant, la réalité des faits démontre qu'aussi réelle que puisse être l'intégration de l'étranger en France, la part jouée par sa culture d'origine dans sa conception de la protection de l'enfance, génère d'inévitables conflits de civilisations.

519. Les sociétés ne sont pas toutes semblables. Certaines sont axées autour du groupe, tandis que d'autres privilégient l'individu. La France, comme toutes les sociétés occidentales, est marquée par une tendance individualiste. Elle envisage donc l'enfant en tant que « personne en devenir » dont l'intérêt supérieur doit être apprécié en considération de sa situation propre. Cela étant, et certainement plus encore aujourd'hui qu'auparavant, elle doit composer avec un nombre non négligeable d'immigrés, dont l'intégration apparente masque parfois un attachement persistant à une culture étrangère. En eux-mêmes, ces écarts culturels sont compréhensibles et admissibles. D'ailleurs, il ne nous paraîtrait ni légitime ni opportun- et d'ailleurs également très certainement vain - de les combattre à tout va. Cela vaut tant que les pratiques auxquelles ils conduisent ne heurtent pas les valeurs françaises. Malheureusement, ce n'est pas toujours le cas. Les situations préjudiciables à l'enfance ne sont reconnues en tant que telles que dans les sociétés où la conscience de leur caractère condamnable entraîne leur répression. De même, elles ne choquent que ceux qui sont imprégnés des valeurs de ces sociétés. Au contraire, pour ceux à l'égard de qui elles revêtent une signification différente, elles sont banalisées, voire, encouragées en tant que facteurs d'unité culturelle. Aux yeux de l'étranger, la condamnation française est dès lors potentiellement incompréhensible. Il n'empêche que, décider de la réalité du danger encouru par l'enfant exposé à

¹²⁰⁹ <http://www.millenaire3.com/contenus/ouvrages/lexique28/multicult.pdf>

une pratique culturelle étrangère suppose que des critères de référence soient posés. Et de toute évidence, ces critères ne peuvent être définis que dans la société d'accueil, à savoir, la France. Pour chaque enfant résidant habituellement sur notre territoire, le conflit ne peut donc se résoudre qu'en faveur de la conception française de la protection de l'enfance. Bien évidemment, le professionnel exposé à une pratique traditionnelle étrangère devra savoir faire la part des choses entre l'admissible et l'inadmissible, entre la culture et le danger¹²¹⁰. Le problème relève du fait que, souvent confinées entre les murs de la vie familiale, ces écarts culturels ne viennent au jour qu'occasionnellement et, la plupart du temps, lorsqu'ils gênent¹²¹¹. Ils déclenchent alors l'intervention de nos institutions administratives et/ou judiciaires : il suffit d'une fugue, d'une tentative de suicide ou de violences, pour qu'un signalement s'opère et que l'on découvre que nos voisins apparemment intégrés étaient prêts à tuer leur fille de seize ans pour être tombée amoureuse de l'un de ses camarades de lycée dont les convictions religieuses différaient. On ne sait donc pas tout. Ou on fait mine de ne pas savoir. Et pourtant, nous l'avons dit, si de manière générale, les pratiques culturelles méritent d'être respectées à leur juste valeur, certaines d'entre elles paraissent remplir tous les critères susceptibles de déclencher l'alarme du danger pour le mineur.

520. L'excision¹²¹² n'est qu'un exemple parmi d'autres de ces pratiques à l'origine de conflits de cultures générés par l'immigration. Pratique traditionnelle en certains lieux par-delà nos frontières, l'excision est en France une forme de maltraitance contre laquelle il convient impérativement de protéger « nos » petites filles. Ainsi, le respect de la diversité culturelle s'arrêterait au moins là où l'intégrité de l'enfant le commande.

Au-delà des conséquences pénales d'une telle pratique¹²¹³, le professionnel confronté à la diversité culturelle d'une famille étrangère devra s'attacher à comprendre à la fois ce qui fonde la parentalité du point de vue des parents auxquels il est confronté et ce qui justifie leurs pratiques. En effet, lorsqu'une famille de migrants ambitionne de s'installer en France, son désir d'intégration

¹²¹⁰ J. COSTA-LASCOUX, La maltraitance, une notion relative, in « Enfance et violences », (dir., J. RUBELLIN-DEVICHI et M. ANDRIEUX, Lyon, PUL, 1992.

¹²¹¹ Ibid.

¹²¹² La pratique est définie par le dictionnaire Larousse comme une « ablation rituelle du clitoris et parfois des petites lèvres, pratiquée chez certains peuples ». Pour plus de détails sur la notion, cf. la Note de Fanny VASSEUR : Une étrangère ne peut être renvoyée dans son pays d'origine où ses filles risqueraient d'être excisées, Dalloz 1998, P.304.

¹²¹³ Cf. notamment Cass. Crim., 20 août 1983, Bull. crim., n° 229.

doit composer avec les valeurs qui l'imprègnent depuis des générations. L'exercice de l'autorité parentale fait donc intervenir des modèles qui ne sont pas toujours en tous points compatibles avec nos conceptions occidentales des relations parents/enfants. En outre, parfois la culture est moins en cause que le vécu pur et simple des parents qui, très tôt victimes de circonstances de vie dramatiques, n'ont jamais réellement eu l'occasion d'être eux-mêmes des enfants. Dans un cas comme dans l'autre, lorsque le danger encouru par le mineur incite les autorités françaises à intervenir, les mesures adoptées peuvent être mal comprises par les familles qui se trouvent alors pointées du doigt pour des pratiques de leur point de vue anodines. Ainsi, l'exemple de l'excision démontre que le cas des mineurs isolés étrangers n'est pas le seul à poser problème aux intervenants sociaux, en révélant les failles de nos solutions nationales. En effet, la situation des enfants étrangers déplacés de leur pays d'origine et résidant habituellement en France auprès de leur famille, est également génératrice de réelles difficultés inhérentes à la différence des conceptions. Finalement, la mise en œuvre d'une mesure d'assistance éducative a de fortes chances d'être davantage perçue comme une ingérence injustifiée de l'État dans la vie familiale, que comme une assistance. Le but des mesures n'est donc pas toujours atteint, ce qui a pour conséquence d'amoindrir considérablement l'attrait de l'intervention des institutions de l'État d'accueil. Néanmoins, le message est lancé : un socle de valeurs communes devrait unir les individus résidant habituellement sur le territoire d'un même État et ce, indépendamment des attachements culturels d'origine des uns et des autres. Certes, l'intimité du cadre familial permettrait des nuances. Toutefois, réduites à leur seule expression compatible avec les valeurs françaises, elles n'induiraient pas un écart extrêmement marqué entre la sphère familiale et la sphère publique. L'intégration demandée à l'étranger serait donc entière. Bien moins liée à l'idée de nationalité qu'à la notion de résidence, une telle intégration contribuerait d'ailleurs incontestablement à confirmer la localisation du centre d'attaches et d'intégration de l'enfant au lieu où convergent ses attaches principales. Ainsi, aux yeux de la France, le citoyen résident serait l'étranger intégré et l'étranger résident, nécessairement le citoyen intégré¹²¹⁴. De ce fait, sa soumission à un ensemble de règles, dans une large mesure similaires à celles applicables au national ne choque pas.

¹²¹⁴ Cf. à ce propos note n° 1194 faisant état du « Contrat d'intégration ».

521. De là, une fois autorisé à résider en France, l'étranger ne deviendrait pas uniquement le bénéficiaire légitime des droits fondamentaux chers à notre nation. Il serait en outre insusceptible d'échapper aux règles en vigueur dans le pays de son centre d'attaches et d'intégration – et par voie de conséquence, de sa résidence habituelle. Si donc, à partir du moment où leurs orientations restent compatibles avec le respect des droits fondamentaux de l'enfant, les États sont libres de préserver leurs tendances juridictionnelles et législatives, l'enfant lui, ne pourra en principe pas faire valoir sa diversité culturelle afin d'échapper aux règles en vigueur dans l'État avec lequel il entretient *les liens les plus étroits*. Et c'est somme toute logique. En effet, son système axiologique, à savoir, ses valeurs, correspond nécessairement à la tendance prédominante au lieu de sa résidence habituelle. Et bien qu'il convienne de respecter la diversité culturelle, non pas uniquement dans les rapports interétatiques, mais également à propos des individus résidant au sein d'un même État – en l'occurrence, la France -, il ne nous semblerait pas cohérent que cette diversité culturelle puisse venir court-circuiter la réglementation légitimement applicable à un individu (à un enfant). En définitive, c'est dire que le simple constat de l'existence d'une culture métissée ou d'une nationalité étrangère, ne saurait en lui-même conduire à dénier l'existence d'un centre d'attaches et d'intégration. En conséquence, la diversité culturelle ne paraît pas pouvoir conduire à remettre en question la légitimité et l'opportunité du déclenchement d'une protection qui traduise le point de vue de l'ordre juridique français à propos de la législation applicable à l'enfance déplacée. L'attachement culturel de l'enfant étranger est donc dans tous les cas restreint par la « nécessité » d'intégration. Il n'en faut pas plus pour mesurer l'impact que l'intégration revendique sur la diversité culturelle. Et pour se rendre compte du rôle qu'elle joue dans la définition du centre d'attaches et d'intégration des mineurs mobiles.

Conclusion de la seconde section.

522. La protection de l'enfance déplacée exigerait de la résidence habituelle, une capacité d'adaptation à la réalité des faits. Ainsi, en aucun cas la notion ne pourrait se contenter d'une définition abstraite et déconnectée du réel. Bien au contraire, elle ne peut qu'être objective, concrète et qualitativement définie. En bref, fonctionnelle. Mais finalement, proposer une telle définition de la résidence habituelle, c'est encore accepter de ne pas strictement la définir... C'est pourtant là le moyen de lui permettre de localiser le centre d'attaches et d'intégration de l'enfant déplacé et, par là même, d'emporter la désignation du juge et de la loi des *liens les plus étroits*. La protection de l'enfant mise en œuvre se verrait ainsi octroyer le moyen d'être *effective et suffisante*. Cela étant, pour véritablement constituer un critère de rattachement stable, la résidence requiert une certaine durabilité qui soit « garantie » d'intégration. La durabilité ne se mesure cependant pas strictement par le temps écoulé. L'intégration en effet, peut être présumée. Tout comme la résidence habituelle peut être acquise immédiatement lorsque l'intéressé manifeste une réelle volonté d'installation en un lieu.

523. Fondement « global » d'une compétence principale *durable*, ce critère de rattachement ne serait pas pour autant rigide. Il permettrait en effet à la fois la désignation de principe d'une compétence fonction de la réalité des faits et, l'existence parallèle d'un chef de compétence temporaire pour tous les cas de déplacement nécessitant une intervention rapide et temporaire de l'État sur le territoire duquel *se trouve* l'enfant déplacé. Objectives et fonctionnelles, la résidence habituelle et la présence permettraient en outre l'une et l'autre une autolimitation de compétence de la part des juges qui soit source et garantie de raisonnable et donc, *d'efficacité internationale*. Nos détracteurs penseront peut être qu'au contraire, la nationalité aurait constitué une meilleure garantie de reconnaissance de la compétence destinée à s'inscrire dans le temps – du moins dans le pays d'origine de l'enfant. Pour sa part, cette étude préfère rappeler le rôle crucial qu'elle entend attribuer à la coopération interétatique et, par voie de conséquence, au dialogue entre États. En outre,

même en droit commun, si la résidence habituelle parvient à réellement traduire le centre d'attaches et d'intégration de l'enfant, l'éventualité d'un besoin de reconnaissance de la protection à l'étranger devient secondaire face à la nécessité d'assurer à l'enfant, une protection effective à l'endroit même où se situe « son essentiel »¹²¹⁵. Si donc la préservation des divers aspects de l'intérêt de l'enfant mérite de préoccuper l'internationaliste, il semble une fois de plus qu'il faille admettre de trancher en faveur de l'intérêt substantiel immédiat de l'enfant, lorsque ce dernier risque potentiellement de rentrer en conflit avec son intérêt conflictuel¹²¹⁶.

¹²¹⁵ D'ailleurs, la protection de l'enfant telle que définie par les autorités de son centre d'attache et d'intégration se satisfera généralement en elle-même tout autant que l'enfant ne fera pas (à nouveau) l'objet d'un déplacement durable à l'origine d'un conflit mobile. Et pour le cas où un tel conflit surviendrait, les autorités de la nouvelle résidence habituelle se verront attribuer compétence. Si donc elle choisissent de ne pas reconnaître la protection précédente, il leur appartiendra de prendre de nouvelles mesures tout en gardant à l'esprit que l'intérêt de l'enfant réside entre autres dans la permanence et la continuité de son statut...

Pour de plus amples développements à propos du conflit mobile, cf. infra n° 568 et suivants.

¹²¹⁶ Cf. supra n° 430.

Conclusion du Premier Chapitre.

524. Conformes à une conception régulatrice du droit international privé adaptée aux exigences de la protection de l'enfance déplacée, les rattachements à la *résidence habituelle* et à la *présence* semblent tout à fait capables de garantir à l'enfant le bénéfice d'une protection satisfaisante et ce, conformément aux orientations méthodologiques préconisées par cette étude. En effet, en désignant la compétence en fonction du type de déplacement en cause, chacun des critères susmentionnés a vocation à fonder la désignation d'une autorité dont l'intervention sera adaptée à la situation de l'enfant concerné. Dès lors, si l'intervention requise nécessite immédiatement la prise de mesures temporaires, la compétence d'un juge entretenant des *liens simplement étroits* avec le mineur pourra être désignée. Si en revanche, la situation de ce dernier commande une compétence durable, le juge compétent sera nécessairement celui de son centre d'attaches et d'intégration, à savoir celui des *liens les plus étroits*. Dans l'un et l'autre cas, la régulation forcerait le juge à autolimiter sa compétence. La vocation à intervenir de l'autorité étrangère s'en trouverait dès lors indirectement considérée. Forcément raisonnable, pareille désignation de compétence ne peut que contribuer à encourager la coordination. Il ne reste plus qu'à espérer qu'une telle orientation, souhaitée pour la France, en vienne à également convaincre la majorité des autres États. Cela étant dit, pour l'heure, intéressons-nous simplement à nous rendre compte de ce qu'induirait l'application concrète des propositions de cette étude (Chapitre 2).

Chapitre 2 : Les applications d'un critère de rattachement conforme à une conception régulatrice de la protection de l'enfance déplacée par le droit international privé

525. Les « principes » de rattachement définis conformément à une conception régulatrice de la protection de l'enfance déplacée par le droit international privé, devraient permettre la désignation d'une compétence – juridictionnelle et législative - qui soit adaptée à chaque type de déplacement transfrontière dont un mineur est susceptible de faire l'objet (Section 1). L'intervention de l'autorité désignée se trouve dès lors cadrée de manière à ce que l'enfant bénéficie à titre principal, d'une protection conforme à la réglementation en vigueur au lieu de situation de son centre d'attaches et d'intégration et, à titre provisoire, d'une protection « palliative ». Si donc un déplacement temporaire semble occasionnellement et exceptionnellement pouvoir fonder la compétence du juge et de la loi du territoire sur lequel *se trouve* l'enfant, il reste qu'une telle compétence ne pourra ni se prolonger dans le temps, ni remettre en cause la teneur de la protection dont le mineur en question fait l'objet. En effet, ce type d'intervention n'est pas destiné à intervenir autrement que dans l'attente – ou parallèlement (et conformément) à - d'une intervention plus durable, quant à elle nécessairement fondée sur la recherche de la résidence habituelle de l'enfant déplacé. La durabilité dont il est question n'est cependant pas figée. En effet, si censée permettre la localisation du centre d'attaches et d'intégration de l'enfant, la résidence habituelle se veut relativement stable, son déplacement transfrontière n'est jamais impossible. Fort heureusement, nous verrons que la mobilité de la localisation du centre d'attaches et d'intégration de l'enfant, n'empêche pas de viser une certaine continuité de la protection dont ce dernier fait l'objet (Section 2). Même sans un recours au critère souverainiste de la nationalité, la permanence du statut de l'enfant déplacé serait donc globalement plutôt bien servie par les propositions de cette étude.

Section 1 : « Principes » de rattachement

526. Deux catégories d'hypothèses mettant en cause le déplacement d'un enfant méritent d'être successivement envisagées : celles faisant état d'un danger encouru par le mineur mobile (I) ; et les autres (II).

I/ Le rattachement des règles applicables à l'enfant déplacé en situation de danger

527. *En situation de danger*, certaines hypothèses impliquant le déplacement transfrontière d'un mineur peuvent admettre une intervention temporaire des autorités et de la loi de l'État sur le territoire duquel *se trouve* l'enfant sans avoir vocation à y rester (A). D'autres cas en revanche, exigent l'intervention plus durable des autorités et de la loi du centre d'attaches et d'intégration de l'enfant. Elles justifient en conséquence, la désignation d'une compétence fondée sur la résidence habituelle du mineur objet du déplacement (B). Les enfants concernés par les développements à venir sont bien évidemment ceux qui, soustraits au bénéfice d'une protection familiale normale, nécessiteront une protection étatique¹²¹⁷.

A. L'hypothèse de rattachement permettant le recours à une réglementation temporaire (compétence admise des autorités et de la loi de présence) : l'assistance éducative

528. Notion de droit commun applicable à tous les enfants *présents* sur le territoire français indépendamment de l'extranéité de leur situation (1), l'assistance éducative est susceptible de

¹²¹⁷ Lorsqu'elle est utilisée à bon escient, l'autorité parentale est un outil tout à fait apte à permettre aux parents de protéger leur enfant. Il est pourtant des cas où les parents n'assument pas ou assument mal, le devoir de protection qui leur incombe. Lorsqu'il en est ainsi, le mineur se trouve malheureusement exposé à un danger. Il appartient dès lors à l'État de réagir.

concerner les enfants étrangers déplacés sur le territoire national, que ces derniers soient résidents habituels ou simplement de passage. Envisagée du point de vue du droit international privé, elle revêt cependant un statut particulier (2).

1. Notion d'assistance éducative

529. Dual, le dispositif français de la protection de l'enfance (a), offre un panel de mesures à la disposition du juge chargé de concrètement garantir au mineur mobile, une protection satisfaisante (b).

a) La dualité du dispositif français de protection de l'enfance

530. À l'instar des systèmes de protection de l'enfant de nombreux autres pays étrangers¹²¹⁸, « *le dispositif français de protection de l'enfance est double : il confie les mineurs en difficulté à la fois au service de l'aide sociale à l'enfance et au juge des enfants* »^{1219/1220}. Différentes mesures sont dès lors envisageables :

531. Concrètement, « *le Code de l'action sociale et des familles charge le service de l'aide sociale à l'enfance, placé sous l'autorité du président du conseil général, de la protection administrative des mineurs en danger. Celle-ci peut prendre différentes formes : suivi de l'enfant et de sa famille, aides matérielles ou financières, voire placement dans une famille d'accueil ou dans un établissement. La protection administrative requiert l'assentiment des intéressés. Les services de l'aide sociale à l'enfance doivent en effet examiner avec le mineur toute décision le concernant et recueillir son avis. De plus, aucune mesure de protection administrative ne peut être mise en place sans l'accord des parents. Si celui-ci ne peut être obtenu ou s'il apparaît impossible d'évaluer la*

¹²¹⁸ Pour une étude de droit comparé, cf. Les documents de travail du Sénat, série législation comparée, n° LC 170 - février 2007 - Les structures de protection de l'enfance.

¹²¹⁹ Ibid.

¹²²⁰ Le terme « mineur » concerne l'enfant à compter de sa naissance et jusqu'à ses dix-huit ans. Aucune mesure d'assistance éducative ne pourra donc être prise en faveur d'un individu mineur au regard de sa loi personnelle, mais majeur aux yeux de la France. Cf. en ce sens : Delphine AUTEM, L'assistance éducative, Lamy Droit des personnes et de la famille, n° 452 et suivants.

*situation de l'enfant, l'article L. 226-4 du code de l'action sociale et des familles prévoit que le président du conseil général avise sans délai l'autorité judiciaire. En cas de besoin, le juge des enfants peut ainsi prendre une mesure de protection judiciaire »*¹²²¹.

532. C'est dire que le droit français prévoit un ensemble de mesures pouvant également aller jusqu'au placement de l'enfant, dès lors que « *la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises* »^{1222/1223}. L'intervention de l'État en faveur d'un enfant est donc subordonnée à la défaillance totale ou partielle de ses parents – ou du titulaire de l'exercice de l'autorité parentale¹²²⁴ - dans la protection de l'enfant et ce, quand bien même le risque encouru par le mineur proviendrait d'un tiers¹²²⁵. Ainsi, à défaut de carence parentale existante¹²²⁶, le juge des enfants est forcément incompétent¹²²⁷. Cela dit, lorsque la défaillance – totale ou partielle - des parents est avérée, le juge des enfants *est seul compétent* pour prononcer une mesure d'assistance éducative^{1228/1229}. Il apprécie d'ailleurs souverainement les faits pour déterminer si le mineur est en danger. Pour ce faire, il procède « *à une appréciation in concreto eu égard à la personnalité et à l'environnement de l'enfant et (doit) motiver (sa) décision* »¹²³⁰.

¹²²¹ Ibid.

¹²²² Article 375, alinéa 1 du Code civil.

¹²²³ En bref, la santé de l'enfant doit pouvoir être envisagée tant d'un point de vue physique que psychique. Aussi, la sécurité peut notamment concerner le défaut de soins, de nourriture ou d'entretien, le risque ou le constat d'abus sexuels ou, plus généralement, l'absence parentale (pour le mineur isolé étranger par exemple). La moralité quant à elle se réfère à une « inconduite » parentale reflétant des « comportements contraires aux règles de la morale et de la vie sociale ». Enfin, la référence aux conditions d'éducation ou de développement gravement compromises peuvent par exemple concerner des choix éducatifs néfastes : déscolarisation, cloisonnement dans une secte, etc. Pour plus de détails sur ces notions, cf. les développements de Delphine AUTEM, L'assistance éducative, Op. cit.

¹²²⁴ Sont ainsi concernés : le délégataire de l'autorité parentale, le tuteur ou le conseil de famille.

¹²²⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 8 février 1994, n° 92-05.073 et 92-05.074.

¹²²⁶ L'existence du danger se vérifiera si ce dernier est à la fois réel et certain (et donc non hypothétique) et actuel ou imminent (un danger passé ou futur ne pouvant en effet pas fonder une mesure d'assistance éducative). Pour des illustrations jurisprudentielles, cf. Delphine AUTEM, L'assistance éducative, Op. cit.

¹²²⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 13 avril 1992, Defrénois 1992, art. 35335, Note J. MASSIP.

¹²²⁸ Article 375-1 du Code civil.

¹²²⁹ En cas d'urgence cependant, le procureur de la République peut ordonner la remise provisoire du mineur à un centre d'accueil, à charge de saisir le juge des enfants dans les huit jours (cf. supra note n° 895).

¹²³⁰ Delphine AUTEM, L'assistance éducative, Op. cit.

Généralement saisi par le ministère public suite à un signalement, le juge des enfants peut également exceptionnellement se saisir lui-même¹²³¹. Il peut en outre faire l'objet d'une saisine privée et, de ce fait, intervenir à la demande - conjointe ou non - des parents ainsi qu'à la requête de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié, voire du mineur lui-même¹²³². Dans tous les cas, il doit « *toujours s'efforcer de recueillir l'adhésion de la famille à la mesure envisagée et se prononcer en stricte considération de l'intérêt de l'enfant* »¹²³³. Différents types de mesures sont dès lors envisageables (b).

b) Les mesures envisageables au titre de l'assistance éducative

533. Comme le sous-entend son appellation, l'assistance éducative doit avant tout pouvoir être perçue comme une aide par le biais de laquelle, en cas de nécessité, l'État apporte sa contribution à la préservation de l'équilibre familial. Même en situation de danger, priorité doit donc être laissée à l'édition de mesures permettant à l'enfant de garder son centre d'attaches et d'intégration intact. Voilà pourquoi, une aide peut être apportée tant à l'enfant qu'à sa famille, au moyen de la mise en œuvre d'une mesure d'assistance éducative en milieu ouvert. Agissant sur mandat dans les conditions fixées par le juge des enfants, les travailleurs sociaux contribueront alors à aider la famille à surmonter les difficultés risquant d'exposer – ou exposant – l'enfant concerné à un danger. De plus, « *le juge peut subordonner le maintien de l'enfant dans son milieu actuel à des obligations particulières : fréquentation d'un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé, exercice d'une activité particulière* », etc.¹²³⁴ En outre, « *depuis la Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007, une nouvelle modalité d'aide à domicile est possible : la mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial qui est prévue par l'article 375-9-1 du Code civil* »¹²³⁵. De telles mesures sont généralement mises en œuvre lorsqu'une négligence parentale est constatée et visent alors à aider les parents défaillants à l'éducation de leurs enfants¹²³⁶. Elles ne sont toutefois pas toujours

¹²³¹ Ibid.

¹²³² Ibid.

¹²³³ Article 375-1 du Code civil.

¹²³⁴ Delphine AUTEM, L'assistance éducative, Op. cit.

¹²³⁵ Ibid.

¹²³⁶ Information recueillie à l'occasion de l'interview précitée de Madame M. BICEP, adjointe au chef de service de l'Aide Sociale à l'Enfance de Guadeloupe.

suffisantes. C'est notamment le cas lorsqu'aux yeux de la France, l'enfant signalé fait l'objet d'une véritable maltraitance¹²³⁷. Les mineurs étrangers déplacés suite au déménagement de leurs parents sur le territoire national n'échappent pas à la règle. Et parfois même, leur diversité culturelle est à l'origine de leur placement. Ainsi pour exemple, la Guadeloupe est un département français principalement exposé à l'immigration en provenance de la Dominique et d'Haïti. Et s'il semble que les dominiquais aient tendance à plutôt bien se conformer au modèle éducatif français, l'affirmation ne semble pas valoir dans les mêmes termes à propos des ressortissants haïtiens. L'éducation traditionnelle haïtienne en effet, semble encore laisser une place de choix aux châtiments corporels. Or, en France, certaines pratiques sont inévitablement assimilés à de la maltraitance. Tel est le cas par exemple, lorsque la mère d'un enfant de 9 ans, choisit de le punir en lui plaçant la main sur la gazinière en marche, le brûlant ainsi au troisième degré¹²³⁸...

534. Dans les hypothèses assimilables à l'exemple venant d'être exposé, à titre exceptionnel et à condition de motiver sa décision, le juge des enfants peut estimer nécessaire de placer judiciairement l'enfant. En Guadeloupe, lorsqu'un mineur fait l'objet d'une telle mesure, il est premièrement remis aux soins de la Maison Départementale de l'Enfance qui procède à son « évaluation » en vue d'orienter au mieux son placement¹²³⁹. La prise en charge éducative de l'enfant concerné peut alors être confiée soit à un proche : qu'il s'agisse de l'autre parent – pour le cas où ce dernier ne réside pas avec le parent défaillant-, d'un membre de la famille ou d'un tiers de confiance ; soit à un service spécialisé : Aide Sociale à l'Enfance, protection judiciaire de la jeunesse, établissement sanitaire ou éducatif, ou encore, secteur associatif habilité¹²⁴⁰.

535. Les parents conservent néanmoins l'autorité parentale et peuvent dès lors en exercer les attributs demeurant conciliables avec la mesure. Le juge des enfants compétent pour tout ce qui concerne l'assistance éducative fixe alors en général les modalités d'exercice du droit de visite et

¹²³⁷ Ibid.

¹²³⁸ Ibid.

¹²³⁹ Ibid.

¹²⁴⁰ Delphine AUTEM, L'assistance éducative, Op. cit.

d'hébergement accordé aux parents. Mais l'atteinte portée à l'exercice de l'autorité parentale peut parfois être plus lourde et ne laisser par exemple, qu'un droit de correspondance.

Généralement, un travail éducatif est mis en œuvre grâce à l'intervention d'un psychologue et d'un éducateur. Il vise à recadrer le fonctionnement éducatif du parent. Rappelons cependant que dans les situations présentant un élément d'extranéité, ce suivi peut être mal compris et, par voie de conséquence, mal perçu. Dans l'exemple susmentionné, la mère haïtienne n'avait pas conscience de « mal faire ». Élevée à « coup de câbles électriques », elle vit le placement comme une injustice. Dans ces situations, le travail des professionnels de l'enfance est donc généralement long. Mais ce qu'il y a d'encourageant, c'est que la maltraitance provenant de la diversité culturelle ne présage généralement pas d'un manque d'intérêt du parent à l'égard du mineur. Désireux de retrouver leur enfant, les parents font donc généralement des efforts. Lorsque le mineur finit par leur être remis, un suivi durable est toutefois mis en place¹²⁴¹.

536. Pour chacun des cas pré-exposés, l'intérêt de l'enfant devrait apparaître comme « *une considération primordiale dans la mise en œuvre des critères d'ouverture des mesures de protection de l'enfance* »¹²⁴². Qualifié de supérieur par la CIDE, cet intérêt, apprécié en considération de l'extranéité de la situation de l'enfant ouvrirait ainsi « *de riches perspectives en la matière, spécialement dans l'ordre international* »¹²⁴³. La mesure de protection mise en œuvre pourrait dès lors en venir à prendre « *en considération l'identité de l'enfant et en particulier son identité culturelle et familiale (CIDE, article 8) en mettant en œuvre le cas échéant une coopération internationale (CIDE : Préambule et articles 10 et 11)* »¹²⁴⁴. Pour Monsieur FAVIER, cela reviendrait à conditionner l'intervention d'une mesure protectrice à « *la mise en œuvre d'un critère de proximité lequel (prendrait) en compte non seulement la résidence mais aussi (...), l'intégration sur le territoire français dans le contexte particulier des migrations internationales* »¹²⁴⁵. Néanmoins, penser ainsi subordonnerait l'adoption d'une mesure d'assistance éducative à la

¹²⁴¹ Informations recueillies à l'occasion de l'interview précitée de Madame M. BICEP, adjointe au chef de service de l'Aide Sociale à l'Enfance de Guadeloupe.

¹²⁴² Y. FAVIER, Commentaire à propos de Paris, 7 décembre 2004 (2 arrêts), Op. cit.

¹²⁴³ Ibid.

¹²⁴⁴ Y. Favier, Op. cit.

¹²⁴⁵ Ibid.

compétence exclusive des autorités et de la loi du lieu où le centre d'attaches et d'intégration de l'enfant concerné peut être localisé. Or, cela supposerait qu'un déplacement inapte à entraîner la mobilité immédiate du centre d'attaches et d'intégration d'un enfant, puisse être soustrait à la garantie d'une protection étatique en cas de défaillance parentale. Bien évidemment, lorsque la mesure mise en œuvre implique un bouleversement durable dans la vie du mineur, une telle appréhension de l'intérêt de l'enfant paraît souhaitable. Mais tel ne semble pas le cas lorsque la mesure, généralement destinée à intervenir en urgence, n'a en principe pas vocation à être prolongée telle quelle dans le temps. En réalité, il nous semble indispensable d'assurer à l'enfant déplacé, à la fois une garantie de protection en dépit de sa mobilité transfrontière ; et une adaptation des mesures adoptées au particularisme de sa situation¹²⁴⁶. Voilà sans doute qui justifie largement le statut international de l'assistance éducative (2).

2. Statut international de l'assistance éducative

537. Les mesures d'assistance éducative revêtent en droit international privé commun français, le statut de lois de police (a). De ce fait, elles ne sont pas uniquement applicables aux enfants résidants, mais concernent également ceux *se trouvent* sur le territoire national (b).

a) Statut de loi de police

538. L'enfant étranger déplacé en France doit pouvoir faire l'objet d'une mesure de protection quel que soit son statut personnel. L'affirmation vaut d'ailleurs également indépendamment de la régularité ou de l'irrégularité du séjour de ce dernier sur le territoire national. En effet, en affirmant de manière constante que les dispositions des articles 375 à 375-8 du Code civil, relatives à l'assistance éducative, sont applicables sur le territoire français à tous les mineurs qui *s'y trouvent* et ce, peu important leur nationalité ou celle de leurs parents¹²⁴⁷, la jurisprudence rejoint l'orientation

¹²⁴⁶ Cf. notamment à ce propos : P. HAMMJE, L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales, in, « Le Droit international privé, esprit et méthodes », Mélanges en l'honneur de Paul LAGARDE, Dalloz, 2005, PP. 365-382.

¹²⁴⁷ Notamment : Cass. Civ. 1^{ère}, 27 octobre 1964, n° 63-80.005, JCP G 1964, II, 13911 bis ; Dalloz 1965, P. 81 ; Rev. crit. 1965, P. 119 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 16 janvier 1979, n° 78-80.002, Note J. FOYER, Clunet 1981, P. 66 ; Cass. Crim., 4 nov. 1992 : Note F. BOULANGER, Dalloz 1994, P. 11 et Cass. Civ. 1^{ère}, 6 avril 1994, n° 93-05.024, Bull. civ. I, n° 139.

déjà sous-entendue par la solution tirée de du célèbre arrêt *Boll*¹²⁴⁸. Le sort des mesures d'assistance éducative dans l'ordre international soulèverait donc des difficultés sensiblement similaires à celles mises au jour à l'occasion de cette affaire. C'est à tout le moins l'avis de la doctrine majoritaire pour qui, les mesures d'assistance éducative constituent des lois de police et de sûreté¹²⁴⁹ obligeant tout individu *présent* sur le territoire national¹²⁵⁰.

539. Les conséquences d'une telle qualification sont immédiates : premièrement, lorsqu'un mineur est en danger, l'application de la loi française est commandée par la finalité des dispositions applicables. En effet, destinées à la fois à protéger l'enfant et à freiner la délinquance juvénile pouvant résulter de la carence dans l'encadrement du mineur, les mesures d'assistance éducative intéressent tant le jeune lui-même, que la collectivité. Leur application ne peut dès lors qu'être dérogatoire au raisonnement classique. Mettant en cause l'organisation étatique, elles ne peuvent souffrir la concurrence d'une loi étrangère¹²⁵¹. Partant, la préservation de l'ordre social, menacé par l'état de danger de l'enfant, exige que l'on ne s'attarde pas dans la recherche de la loi personnelle de celui-ci. En second lieu, lorsqu'une loi de police est en cause, la compétence des tribunaux français est incontournable. C'est en effet à nos autorités qu'a été confiée la mission de protéger l'ordre public français potentiellement mis en péril par le comportement d'un mineur en danger. La nécessité de mettre en œuvre une mesure d'assistance éducative obligerait ainsi naturellement à faire dépendre la loi applicable de la juridiction compétente¹²⁵². Même sans recours au raisonnement conflictuel, le résultat obtenu serait similaire à celui résultant de la mise en œuvre des propositions de cette étude.

¹²⁴⁸ CIJ, 28 novembre 1958, Pays-Bas c/ Suède (*Boll*), CIJ, Rec. 1958, P. 55 ; Rev. crit. 1958, P. 713 ; Note H. BATIFFOL et Ph. FRANCESCAKIS, Rev. crit 1959, P. 259.

¹²⁴⁹ Sur la notion, cf. notamment : N. NORD, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, Thèse précitée.

¹²⁵⁰ Cf. notamment J. FOYER, *Les mesures d'assistance éducative en droit international privé*, Rev. crit. 1965, P. 40.

¹²⁵¹ Ph. FRANCESCAKIS, *La Théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, recueil Dalloz-Sirey, 1958, n° 7 et s.

¹²⁵² En revanche, lorsque le mineur se trouve à l'étranger, la législation française relative à l'enfance en danger est inapplicable. De même, les tribunaux français sont incompétents. (Cass. Civ. 1^{ère}, 6 avr. 1994, n° 93-05.024). En effet, dans cette hypothèse, le mineur en danger ne risque pas de porter atteinte à l'ordre public français.

540. Cela étant, le simple fait que le mineur *se trouve* en France peut-il vraiment constituer un critère suffisant pour permettre le jeu de l'assistance éducative ? Madame GALLANT ne le pense pas. Après avoir relevé que la *présence temporaire* d'un enfant sur le territoire pouvait revêtir « *différents degrés, lesquels varient en fonction de la durée de cette présence, pouvant aller de quelques heures à plusieurs mois* »¹²⁵³, elle considère en effet que « *c'est en fonction de cette durée qu'il convient d'apprécier l'opportunité d'appliquer les lois d'application immédiate* »¹²⁵⁴. Quel est donc ce degré de présence susceptible de garantir à l'enfant une protection palliative en cas de grave défaillance parentale (b) ?

b) Domaine d'intervention spatial

541. Inexorablement, le mineur devra *se trouver* en France depuis un temps suffisamment long pour troubler l'ordre social. Voilà qui justifiera dans la majorité des cas d'intervention d'une mesure de protection étatique, la nécessité préalable de constater l'existence d'une résidence habituelle en France de l'enfant étranger déplacé¹²⁵⁵. Aux yeux de cette étude, cela reviendrait à admettre la compétence des autorités et de la loi française dans le cas où le mineur posséderait en France ses plus proches attaches familiales. Ainsi par exemple, le prononcé d'une mesure d'assistance éducative pourrait avoir de forte chance de bien servir l'intérêt du mineur isolé étranger venu rejoindre ses parents. En guise d'illustration, prenons le cas de cette jeune enfant arrivée seule à l'aéroport Pôle Caraïbes (Guadeloupe). Admise sur le territoire national après avoir passé quelques heures en zone d'attente, la petite fille a été immédiatement placée en attendant d'être renvoyée en France métropolitaine auprès de sa mère. Durant le temps de son placement, une enquête sociale a été menée pour comprendre les raisons ayant mené la fillette à voyager seule, pour vérifier les liens filiaux existant entre elle et sa mère, ainsi que pour vérifier la capacité de cette dernière à accueillir sa fille à son domicile. Mais pourrait-on admettre qu'une protection similaire

¹²⁵³ Estelle GALLANT, Thèse précitée, n°. 413, P. 250.

¹²⁵⁴ Ibid.

¹²⁵⁵ A. BOTTIAU, Les lois relatives à l'assistance éducative étant d'application territoriale, il s'ensuit que les juridictions françaises sont incompétentes pour prendre des mesures d'assistance éducative à l'égard de mineurs résidant à l'étranger, Dalloz, 1995, P.137.

soit décidée en faveur de l'enfant ne possédant pas (encore) le centre de ses attaches principales sur le territoire national ?

542. En vérité, bien au-delà des considérations inhérentes à la résidence habituelle de l'enfant déplacé, l'assistance éducative nous semble être une mesure à part. Il ne nous paraît dès lors pas absolument nécessaire de subordonner sa mise en œuvre à l'assurance d'une présence particulièrement durable de l'enfant en France. Réputée temporaire, la mesure est en effet de surcroît la plupart du temps justifiée par la nécessité d'une intervention rapide. Comment donc interdire sa mise en œuvre en faveur de l'enfant résidant non habituel ou en fugue, du mineur isolé étranger ne possédant en France aucune attache, du demandeur d'asile voire, de l'enfant déplacé pour des raisons sanitaires, suite à une catastrophe survenue dans son pays d'origine ? Souvenons-nous d'ailleurs du cas de ces enfants qui, suite au séisme survenu le 12 janvier 2010 en Haïti, ont nécessité des soins médicaux ne pouvant être pratiqués sur place par les équipes d'urgence. Pour une large part déplacés vers la Guadeloupe et la Martinique, ils ont été placés en institution ou dans des familles d'accueil le temps nécessaire à leur prise en charge médicale¹²⁵⁶. Opportunément.

543. Cela dit, la mesure d'assistance éducative ne doit pas non plus être prise à la légère : le danger doit pouvoir être estimé. Pour y parvenir, une phase d'observation préalable (enquête sociale, etc.) est bien souvent souhaitable¹²⁵⁷. Si donc il ne nous paraît pas nécessaire que l'enfant

¹²⁵⁶ Informations recueillies à l'occasion de l'interview précitée de Madame M. BICEP, adjointe au chef de service de l'Aide Sociale à l'Enfance de Guadeloupe. Information également confirmée à l'occasion de l'interview précitée de Madame Jeanne CHEENNE, vice-présidente du Tribunal de Grande Instance de Pointe-à-Pitre, chargée des fonctions de juge des enfants. Des dossiers que cette dernière nous a généreusement autorisés à consulter, il résulte d'ailleurs que les enfants déplacés d'Haïti vers la Guadeloupe en vue d'y recevoir des soins médicaux ont premièrement fait l'objet d'une ordonnance de placement provisoire prise par le parquet. Par la suite, la saisine du juge des enfants a permis leur placement – généralement en famille d'accueil mais également parfois en institution (souvent lorsque l'enfant ne souhaitait pas rester en famille d'accueil) - pour six mois. Lorsque la situation de ces mineurs le nécessitait, le renouvellement de leur prise en charge par l'Aide Sociale à l'Enfance a été décidé, également pour une durée de six mois. Une fois guéris, et si leur accueil pouvait être correctement assurée par un membre de leur famille en Haïti, les enfants déplacés en Guadeloupe ont été renvoyés en toute sécurité dans leur pays d'origine. Mais si leurs parents étaient tous deux décédés dans la catastrophe et qu'aucun membre de leur famille élargie n'était en mesure de leur garantir une prise en charge conforme à leur intérêt (famille décédée, non localisée ou « maltraitante ». Pour illustrer cette dernière hypothèse, l'un des dossiers que nous avons pu consulter nous a confrontés à la situation d'un mineur ayant en Haïti, un statut de « restavek » (petit bonne)), le retour a été considéré impossible. Un accueil durable sur notre territoire de cette dernière catégorie d'enfants étant nécessaire, les dossiers concernés ont été transmis au juge des tutelles.

¹²⁵⁷ M.-L. NIBOYET, J. cl. International, V°, Capacité, Fasc. 545, n° 151 et s.

possède en France une résidence *habituelle*, dans la plupart des cas, une présence éclair ne suffira pas à vérifier le danger. À moins bien sûr, que l'enfant ne soit pas accompagné par un adulte¹²⁵⁸. Mais cette dernière hypothèse mise à part, comment justifier l'intervention de la France à propos de mineurs étrangers qui ne résident pas en France et dont la situation ne présente aucun danger dûment vérifié ? Nos autorités ne sautent heureusement pas sur chaque occasion de rendre une décision à propos d'un enfant en vacances ! Il reste que certaines situations peuvent être caractéristiques d'un état de danger *manifeste*. Une intervention en faveur d'un enfant simplement en voyage, voire, en transit devrait dans ces hypothèses, être exceptionnellement permise¹²⁵⁹. Ces dernières situations ne devraient toutefois pas donner lieu à des interventions tout à la fois inconsidérées et excessives. Elles seraient néanmoins la preuve que l'intérêt de l'enfant reste une considération primordiale même lorsque l'intérêt de l'État est faiblement mis en cause ...

544. Ces considérations acquises, il va de soi que la justification d'une possible compétence des autorités de *présence* en matière d'assistance éducative trouve sa source dans le caractère *provisoire* et relativement « bénin » que doit en général revêtir une telle mesure. Ces dernières ne valent en effet que dans l'attente d'une intervention plus durable des autorités normalement compétentes pour garantir à l'enfant le bénéfice d'une protection satisfaisante : celles de sa résidence habituelle en tant que reflet de son centre d'attaches et d'intégration. Par ailleurs, elles ne privent pas les parents de la titularité de l'autorité parentale. Tel n'est pas le cas du reste des mesures potentiellement applicables lorsque la protection familiale est défaillante. Plus durables, moins bénignes, elles semblent devoir être assises sur un critère de compétence moins « léger » (B).

¹²⁵⁸ Comme ce peut être le cas des mineurs isolés étrangers par exemple.

¹²⁵⁹ Les agents de la police aux frontières interrogés par nos soins nous ont confirmé bénéficier d'un pouvoir de police général leur permettant d'intervenir en pareille hypothèse.

B. Les hypothèses de rattachement justifiant le recours à une réglementation *durable* (compétence nécessairement fondée sur la résidence habituelle de l'enfant déplacé)

545. De même que la loi n'admet que subsidiairement et de manière exceptionnelle qu'une mesure d'assistance éducative puisse conduire à ce qu'un enfant soit retiré à sa famille pour être confié à un tiers, les mesures pouvant entraîner la perte ou le transfert de l'autorité parentale ne justifieront leur intervention que si une carence parentale contrevient véritablement à l'intérêt de l'enfant en exposant ce dernier à un danger. Dans tous les cas, il faudra donc justifier de la « nécessité » de l'intervention du juge. Mais l'assimilation s'arrête là, car certaines mesures, même potentiellement temporaires, présentent un degré de gravité bien plus conséquent que l'assistance éducative. Souvent d'ailleurs, elles mèneront à l'adoption d'une réglementation qui, sans nécessairement être définitive, pourra être qualifiée de *durable*. Leur mise en œuvre ne sera donc justifiée que si et seulement si leur opportunité ne fait aucun doute. Ainsi, ces hypothèses de rattachement justifient tout à fait logiquement le recours à un critère se référant au centre des attaches principales de l'enfant : sa résidence habituelle. Parmi elles, le retrait de l'autorité parentale, à l'instar de l'assistance éducative, peut être considéré comme une loi de police destinée à permettre à l'État d'intervenir pour pallier la carence parentale (1). Pour leur part, les autres mesures, sans pouvoir faire l'objet d'une telle qualification, contribuent sans nul doute également à la protection des enfants victimes de la défaillance de leurs parents (2).

1. Le retrait de l'autorité parentale

546. Prononcé, « *soit en raison d'une faute des parents, soit en raison de leur comportement abstentionniste s'il constitue une menace pour l'enfant, la déchéance – devenue depuis la loi n° 96-604 du 5 juillet 1996, le retrait de l'autorité parentale – constitue une mesure de protection d'ordre purement civil et non une sanction* »¹²⁶⁰. Ce sont donc les père et mère de l'enfant-indépendamment du type de filiation en cause et peu important qu'ils exercent ou non l'autorité

¹²⁶⁰ Delphine AUTEM, Le retrait de l'autorité parentale, Lamy Droit des personnes et de la famille, n° 455 et suivants.

parentale - qui peuvent faire l'objet d'une telle mesure¹²⁶¹. Cette dernière profite à « *tous les enfants français ou étrangers dès lors qu'ils sont mineurs* »¹²⁶² et peut concerner « *certaines enfants de la famille (...), même si l'un d'entre eux n'est pas victime des faits pénalement sanctionnés* »¹²⁶³. Deux cas de figures sont susceptibles de se présenter : d'une part, aux termes de l'article 378 du Code civil, « *peuvent se voir retirer l'autorité parentale (...) les père et mère qui sont condamnés, soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis sur la personne de leur enfant, soit comme coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis par leur enfant* ». À ces cas s'ajoute désormais l'hypothèse où les père et mère sont condamnés « *comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime contre la personne de l'autre parent* »¹²⁶⁴. Cela étant, « *même si les parents sont reconnus coupables d'infractions commises sur la personne du mineur, le retrait de l'autorité parentale n'est pas automatique, les juridictions répressives appréciant l'opportunité de cette mesure* »¹²⁶⁵. D'autre part, outre ces potentialités « *l'article 378-1 du Code civil énumère les cas dans lesquels le tribunal de grande instance peut prononcer le retrait de l'autorité parentale* »¹²⁶⁶. Quelle que soit la circonstance retenue, pour mener à la sanction, le comportement des parents, fautif ou abstentionniste, doit mettre en danger la santé, la sécurité ou la moralité de l'enfant^{1267/1268}.

547. À l'instar de ce qui vaut pour « *toutes les mesures relatives à l'autorité parentale, le retrait a un caractère provisoire. En conséquence, les parents peuvent, sous certaines conditions, demander en justice la restitution de leurs droits* »¹²⁶⁹. Néanmoins, si le retrait est prononcé à

¹²⁶¹ Cf. les articles 378 et 378-1 du Code civil.

Précision étant faite que la mesure n'affecte pas le lien de filiation établi entre l'enfant et le parent objet de la mesure de retrait. Les parents restent donc tenus de l'obligation alimentaire.

¹²⁶² Ibid.

Et tant est qu'ils soient nés au jour du jugement : article 379 du Code civil.

¹²⁶³ Ibid.

¹²⁶⁴ Ibid.

¹²⁶⁵ Ibid.

¹²⁶⁶ Ibid.

¹²⁶⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 14 juin 1988, cité par Delphine AUTEM, Le retrait de l'autorité parentale, Ibid.

¹²⁶⁸ « Pour autant, l'analogie avec le danger retenu au titre de l'assistance éducative n'est pas totale. En effet, l'hypothèse où l'enfant est en danger, parce que ses conditions d'éducation sont gravement compromises n'est pas reprise. Cette différence s'explique notamment par la gravité de la mesure que le législateur réserve aux situations de danger les plus graves ».

Pour plus de détails sur la teneur de la faute ou de l'abstention parentale pouvant mener au retrait de l'autorité parentale, Ibid.

¹²⁶⁹ Pour plus de détails sur la restitution, Ibid.

l'encontre des deux parents ou si l'autre parent n'est plus en mesure d'exercer l'autorité parentale¹²⁷⁰, en vertu des dispositions de l'article 380 du Code civil, l'enfant est confié soit à un tiers¹²⁷¹, soit au service de l'Aide Sociale à l'Enfance¹²⁷². Par ailleurs, lorsqu'il est total¹²⁷³, le retrait de l'autorité parentale a pour conséquence de couper l'enfant de sa famille. Comment donc considérer que des juridictions entretenant des liens *simplement étroits* avec l'enfant, puissent légitimement prétendre statuer aussi radicalement sur son sort ?

548. Dans un arrêt du 28 avril 1967, la Cour d'appel de Paris, a considéré que « *la loi française du 24 juillet 1889 (reprise par la loi n° 70-459 du 4 juin 1970, JO 5 juin, aux articles 378 et suivants du Code civil et modifiée par une loi n° 96- 604 du 5 juillet 1996, JO 6 juillet) sur la déchéance de la puissance parentale est une loi de protection de l'enfance et assure la défense sociale ; (...) son caractère d'ordre public est incontestable ; (...) par application de l'article 3 du Code civil, elle est applicable à tous les étrangers résidant sur le territoire français* »¹²⁷⁴. Le caractère de loi de police de la mesure ne faisant pas de doute, à l'instar de nos affirmations à

¹²⁷⁰ Article 373 du Code civil.

¹²⁷¹ « Le tiers n'a pas vocation à se substituer aux parents pour assurer l'éducation et la protection de l'enfant. Sa mission est temporaire. L'enfant lui est confié, à charge pour lui de requérir l'organisation de la tutelle. Dans l'attente de la mise en place des organes tutélaires, le tiers a uniquement le pouvoir d'accomplir les actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant (article 373-4 du Code civil). En cas de retrait partiel de l'autorité parentale, les pouvoirs du tiers sont réduits aux seuls attributs retirés (...).

Lorsque la tutelle est organisée, la protection de la personne et, éventuellement, des biens de l'enfant est assurée par les organes tutélaires. Le conseil de famille détermine notamment la résidence du mineur (article 449 du Code civil). Quant au tuteur, il exécute les décisions prises par le conseil de famille. Les pouvoirs du tuteur dépendent directement de l'étendue de la mesure de retrait » : Delphine AUTEM, Le retrait de l'autorité parentale, Op. cit.

¹²⁷² Ibid: « Le statut de l'enfant diffère selon qu'il est confié au service de l'Aide sociale à l'enfance à la suite d'une mesure de retrait partiel ou total (...). Lorsque l'enfant est remis au service de l'Aide sociale à l'enfance à la suite d'un retrait partiel, la situation ne diffère guère de celle où l'enfant est confié à un tiers. Il est seulement pris en charge par ce service. Les pouvoirs sont répartis entre les parents et ce service conformément à la décision de retrait partiel (...). En revanche, lorsque l'enfant est confié au service de l'Aide sociale à l'enfance à la suite d'un retrait total de l'autorité parentale, l'enfant est admis à ce service en tant que pupille de l'État (CASF, art. L. 224-4, 5) et devient adoptable. Les membres de la famille – à l'exclusion des parents auxquels l'autorité parentale a été retirée –, ainsi que toute personne justifiant d'un lien avec l'enfant, disposent d'un délai de trente jours pour former un recours, devant le tribunal de grande instance, contre l'arrêt d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'État, s'ils souhaitent se voir confier l'enfant (CASF, art. L. 224-8) ».

¹²⁷³ Le retrait de l'autorité parentale peut en effet être total (Article 379 du Code civil) ou partiel (Article 379-1 du Code civil). Dans ce dernier cas, le retrait se limite à certains attributs de l'autorité parentale.

¹²⁷⁴ C'est nous qui le soulignons.

CA Paris, 28 avril 1967, (Note Ph. KAHN, Clunet 1968, P. 98 ; Note J. FOYER, Rev. crit. 1968, cité par A. BOTTIAU, La protection de l'enfance en droit international privé, Lamy Droit des personnes et de la famille, n° 496 et suivants.

propos de l'assistance éducative, la coïncidence des compétences se justifie¹²⁷⁵. Mais en vertu de quel rattachement ? Fort logiquement, aux yeux de cette étude, de telles mesures ne devraient pas pouvoir concerner l'enfant étranger déplacé sur le territoire national de manière simplement temporaire. La simple *présence* de l'enfant en France nous paraît donc difficilement pouvoir asseoir la mise en œuvre d'une telle mesure. D'ailleurs les termes de la décisions susmentionnée font expressément référence à la notion de *résidence*. Cela étant, comme le souligne Madame GALLANT, l'expression utilisée reste imprécise¹²⁷⁶. Doit-on dès lors considérer que la résidence doit être entendue au sens large ou au sens plus restreint de la résidence *habituelle* ? Aux yeux d'Yves LEQUETTE, la seconde interprétation devrait prévaloir¹²⁷⁷. Et c'est à cette solution que nous nous rallions. Plus exactement, c'est dire que le retrait de l'autorité parentale ne devrait pas concerner l'enfant – même ressortissant français - dont la résidence habituelle n'est pas localisée en France. Une analyse similaire devrait guider notre raisonnement à propos des autres mesures étudiées (2).

2. Les autres mesures

549. La *délégation de l'autorité* parentale est une mesure permettant à un tiers – personne privée ou morale - d'aider les parents dans l'éducation de leurs enfants¹²⁷⁸. L'article 377 du Code civil prévoit deux cas de délégation. Mais quelle que soit l'hypothèse, seule une décision du juge aux affaires familiales pourra valablement permettre la survenance d'une telle mesure¹²⁷⁹. Si elle est totale, tous les attributs de l'autorité parentale – hormis le droit de consentir à l'adoption du mineur - seront délégués. Si au contraire, elle n'est que partielle, le juge devra préciser les attributs de l'autorité parentale faisant l'objet de la délégation. Certains d'entre eux pourront même être exercés conjointement entre le parent et le délégataire désigné. Il s'agira alors d'une délégation-partage.

¹²⁷⁵ À propos de l'application de la loi française : Cass. Crim., 4 novembre 1992, n° 91-86. 938, Bull. crim., n°355, Obs. F. BOULANGER, La loi applicable aux mesures de protection de l'enfance en danger est celle de la résidence habituelle du mineur, Dalloz, 1994, P.11 ; obs. F. MONEGER, Déchéance d'autorité parentale à l'encontre d'un parent étranger. Placement de l'enfant auprès de l'aide sociale à l'enfance, Rev. dr. sanit. et soc., 1993, P.531.

¹²⁷⁶ Estelle GALLANT, Thèse précitée, n° 415, P. 252.

¹²⁷⁷ Yves LEQUETTE, Thèse précitée, n° 364, P. 279.

¹²⁷⁸ La mesure peut concerner tous les enfants de la famille ou seulement l'un d'eux.

¹²⁷⁹ Article 377-1 du Code civil.

Lorsqu'elle est *volontaire*, la délégation de l'autorité parentale est laissée à l'initiative de l'un/des parent(s)¹²⁸⁰. Elle peut être mise en place indépendamment de la survenance d'un conflit entre les parents et même lorsque l'enfant concerné n'est pas à proprement parler en situation de danger. Prenons l'exemple de parents franco-américains résidant à Los Angeles, qui souhaitent conférer à leur enfant, américain, une éducation française. Pour ce faire, ils décident de confier ce dernier à sa grand-mère française résidant à Paris afin qu'il soit scolarisé dans un établissement de la Capitale. Déléguer au moins partiellement l'autorité parentale à la Mamie permettrait sans nul doute de simplifier sa prise en charge quotidienne de l'enfant. Possible quel que soit l'âge du mineur, la mesure requiert cependant dans tous les cas la vérification d'une condition : sa nécessité compte tenu de l'intérêt de l'enfant. Il faudra donc que « *des circonstances l'exigent* »^{1281/1282}.

Mais la délégation de l'autorité parentale ne survient pas toujours en contexte voulu et « apaisé ». Elle peut donc également être *forcée* et cette fois-ci, procéder de l'initiative d'un tiers¹²⁸³. Toute personne – physique ou morale - ayant recueilli l'enfant pourra en effet demander à bénéficier d'une délégation (partielle ou totale) de l'autorité parentale. La condition de recueil, auparavant systématiquement nécessaire, n'est désormais plus exigée si le tiers à l'origine de l'initiative est un membre de la famille. Le prononcé de la mesure est néanmoins subordonné à la vérification préalable d'un « *désintérêt manifeste* » des parents ou de leur « *impossibilité (...) d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale* »¹²⁸⁴. Fondées sur des circonstances de fait, ces

¹²⁸⁰ Article 377 alinéa 1 du Code civil : « les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance ».

¹²⁸¹ Ibid.

¹²⁸² « Ces circonstances pourront résulter d'une séparation entre l'enfant et ses parents, qu'elle soit volontaire ou non. Ainsi, la délégation volontaire reste possible lorsque l'enfant fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative, et plus précisément d'une mesure de placement. Les parents pourront déléguer certaines prérogatives d'autorité parentale au tiers à qui l'enfant est confié afin que celui-ci les exerce. Néanmoins, dans ce cas, l'avis du juge des enfants est requis pour éviter que les parents ne puissent par ce biais refuser d'assumer leur responsabilité ». La délégation de l'autorité parentale reste en effet une mesure exceptionnelle : l'autorité parentale n'est pas pour les parents un simple droit. Elle est également un devoir. Cela justifie que ces derniers ne puissent pas sans raisons et trop vite échapper à leurs responsabilités. Delphine AUTEM : La délégation de l'autorité parentale, Lamy Droit des personnes et de la famille, n° 456 et suivants.

¹²⁸³ Article 377 alinéa 2 du Code civil : « En cas de désintérêt manifeste ou si les parents sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale, le particulier, l'établissement ou le service départemental de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant ou un membre de la famille peut également saisir le juge aux fins de se faire déléguer totalement ou partiellement l'exercice de l'autorité parentale ».

¹²⁸⁴ Ibid.

conditions alternatives s'apprécient *in concreto*¹²⁸⁵. La décision du juge devra donc par exemple tenir compte des sentiments de l'enfant ou des renseignements recueillis lors de l'enquête sociale.

Comme c'est généralement le cas pour les mesures relatives à la protection de l'enfance, la délégation de l'autorité parentale ne scelle pas forcément « définitivement » le sort de l'enfant. Prise pour une durée indéterminée, elle pourra donc cesser si les parents saisissent le juge aux affaires familiales afin de faire constater la survenance de circonstances nouvelles.

550. Outre les deux cas précédemment cités, la délégation de l'autorité parentale peut intervenir sur recours contre l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'État¹²⁸⁶. Aussi, elle peut résulter d'une **déclaration judiciaire d'abandon**¹²⁸⁷. En effet, lorsque le Tribunal de Grande Instance se prononce en ce sens, l'enfant devient adoptable. Il est alors admis en qualité de pupille de l'État¹²⁸⁸. Toutefois, durant le temps précédant l'adoption de cet enfant, la mesure permettra de

¹²⁸⁵ Delphine AUTEM, La délégation de l'autorité parentale, Op. cit.

¹²⁸⁶ En effet, « en vertu de l'article L. 224-8 alinéa 1 du Code de l'action sociale et des familles, « les alliés de l'enfant ou toute personne justifiant d'un lien avec lui notamment pour avoir assuré la garde de droit ou de fait et qui demande à en assumer la garde » peut contester l'arrêté d'admission de l'enfant en qualité de pupille pris par le président du conseil général. Le tribunal de grande instance contrôle alors l'opportunité de cette décision. S'il fait droit à cette contestation, l'enfant sera confié à la personne qui demande à en assumer la charge. Cette dernière se verra, de ce fait, déléguer les droits attachés à l'autorité parentale » : Delphine AUTEM, La délégation de l'autorité parentale, Op. cit.

¹²⁸⁷ La déclaration judiciaire d'abandon est régie par les dispositions de l'article 350 du Code civil : « L'enfant recueilli par un particulier, un établissement ou un service de l'aide sociale à l'enfance, dont les parents se sont manifestement désintéressés pendant l'année qui précède l'introduction de la demande en déclaration d'abandon, est déclaré abandonné par le tribunal de grande instance sans préjudice des dispositions du quatrième alinéa. La demande en déclaration d'abandon est obligatoirement transmise par le particulier, l'établissement ou le service de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant à l'expiration du délai d'un an dès lors que les parents se sont manifestement désintéressés de l'enfant.

Sont considérés comme s'étant manifestement désintéressés de leur enfant les parents qui n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires au maintien de liens affectifs.

La simple rétractation du consentement à l'adoption, la demande de nouvelles ou l'intention exprimée mais non suivie d'effet de reprendre l'enfant n'est pas une marque d'intérêt suffisante pour motiver de plein droit le rejet d'une demande en déclaration d'abandon. Ces démarches n'interrompent pas le délai figurant au premier alinéa.

L'abandon n'est pas déclaré si, au cours du délai prévu au premier alinéa du présent article, un membre de la famille a demandé à assumer la charge de l'enfant et si cette demande est jugée conforme à l'intérêt de ce dernier.

Lorsqu'il déclare l'enfant abandonné, le tribunal délègue par la même décision les droits d'autorité parentale sur l'enfant au service de l'aide sociale à l'enfance, à l'établissement ou au particulier qui a recueilli l'enfant ou à qui ce dernier a été confié.

La tierce opposition n'est recevable qu'en cas de dol, de fraude ou d'erreur sur l'identité de l'enfant ».

¹²⁸⁸ Article L. 224-4, 6 du CASF.

déléguer au service de l'Aide Sociale à l'Enfance, les droits d'autorité parentale permettant d'assurer la protection de ce dernier¹²⁸⁹.

551. Contrairement à ce qui a pu être affirmé à propos de l'assistance éducative et du retrait de l'autorité parentale, il ne semble pas permis de considérer que la délégation de l'autorité parentale puisse se voir attribuer le caractère de loi de police. À notre connaissance, la question ne s'est même d'ailleurs jamais posée. Cela vaut bien évidemment en raison du fait que la mesure ne résulte pas de l'arbitraire d'un juge, mais soit prononcée suite à la demande des parents eux-mêmes ou d'un tiers. Mais quand est-il de la déclaration judiciaire d'abandon ? L'intérêt de l'enfant déplacé pourrait-il commander que la mesure fasse l'objet d'un sort différent ? *« Lorsque l'abandon est envisagé principalement comme une situation de fait, l'application territoriale du droit français (pourrait) être suggérée. Précisément, cela (viserait) l'abandon tel qu'il est compris dans l'article 350 du Code civil. Ainsi limitée, la règle d'application nécessaire conduirait seulement à rendre adoptable, en application du droit français, l'enfant étranger résidant en France, sans considération de sa loi nationale, même prohibitive, dès lors que son remplies les conditions permettant, selon la loi française, de déclarer l'enfant judiciairement abandonné. Dans cette conception, c'est principalement l'article 350 du Code civil régissant la déclaration judiciaire d'abandon qui paralyserait la règle de conflit pour s'appliquer directement à tous les enfants résidant en France lorsque ceux-ci sont délaissés par leur famille par le sang »*¹²⁹⁰. Mais il semble que cette interprétation puisse laisser sceptique. En effet, de son analyse jurisprudentielle, Michel FARGE en vient à déduire que *« l'application de la loi française pour régir la déclaration judiciaire d'abandon (...) ne s'impose pas avec la force d'une évidence auprès des juges »*¹²⁹¹. D'un autre côté, *« la consultation de la loi nationale (...) lorsqu'il s'agit de prononcer l'abandon d'un enfant n'est (pas non plus) généralisée auprès des juges du fond »*¹²⁹². Reprenant un arrêt de la Cour d'appel de Pau, l'auteur rappelle effectivement que dans cette affaire, pour déclarer *« judiciairement abandonnée, sur le fondement de l'article 350 du Code civil, une Marocaine sur*

¹²⁸⁹ Article 350 alinéa 5 du Code civil.

¹²⁹⁰ Michel FARGE, Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle, Thèse, Grenoble, 2000. L'Harmattan, 2003.

¹²⁹¹ Ibid.

¹²⁹² Ibid.

le point d'être majeure, résidant en France depuis 1981 dans une famille d'accueil et dont les parents par le sang s'étaient désintéressés depuis 1989 après l'avoir maltraitée »¹²⁹³ les juges « ont appliqué la loi française sans consulter la loi nationale de l'enfant »¹²⁹⁴. Monsieur FARGE en vient donc à se demander s'il est permis de « croire que les juges ont admis la concurrence dans le droit de l'adoption d'une règle d'application nécessaire permettant de rendre juridiquement adoptable un enfant, indépendamment de son statut personnel qui prohibe la filiation élective, lorsque comme en l'espèce, il est dans une situation d'abandon de fait depuis plusieurs années ». Il relève cependant que « rien n'est moins sûr puisqu'ils ont pris soin d'éviter le terrain de l'adoption pour présenter la déclaration judiciaire comme une simple mesure de protection »¹²⁹⁵. Cela étant, pour l'heure, nos certitudes se limitent au fait que seule la délégation de l'autorité parentale ne puisse être considérée comme une loi de police. Pour ce qui concerne la déclaration judiciaire d'abandon en revanche, rien n'est moins sûr. Certes, son application aux enfants de statut prohibitif peut paraître surprenante et nous ne doutons pas qu'elle sera contestée. Il semble cependant qu'en tant que « mesure de protection », la déclaration judiciaire d'abandon doive pouvoir concerner tout enfant recueilli sur le territoire français et ce, indépendamment des dispositions de son statut personnel. Reste à savoir si une adoption ultérieurement demandée en faveur d'un enfant mobile de statut prohibitif pourrait être prononcée¹²⁹⁶... Nous en doutons fortement. Quoi qu'il en soit, si la coïncidence des compétences ne peut être justifiée sur le fondement des lois de police, elle le sera de toute manière sur le fondement des propositions de cette étude.

Aussi, l'incidence de ces mesures sur la vie de l'enfant, souvent durable et parfois même définitive, de surcroît, moins bénigne qu'en matière d'assistance éducative, nous pousse une fois de plus à n'admettre leur intervention en faveur de l'enfant déplacé, que sur le fondement d'un rattachement solide : la résidence habituelle. Elles ne peuvent en conséquence concerner l'enfant dont la mobilité n'emporte pas la constitution d'une résidence habituelle en France.

Enfin, les deux mesures sont destinées à protéger l'enfant contre la défaillance de ses parents dans la protection que ces derniers sont censés lui garantir. Elles visent – la délégation volontaire de

¹²⁹³ Ibid.

¹²⁹⁴ Ibid.

¹²⁹⁵ Ibid.

¹²⁹⁶ Ibid.

l'autorité parentale mise à part -, tout comme vise l'assistance éducative, le retrait de l'autorité parentale, et même parfois la tutelle, à protéger l'enfant contre le danger que représente l'absence de protection familiale. Pour cette raison, il nous paraît évident de les insérer au sein de nos développements relatifs à l'enfance *en danger*. Mais tous les déplacements d'enfants ne s'insèrent pas dans un tel contexte. Fort heureusement en effet, certains d'entre eux interviennent *hors situation de danger* (II).

II/ Le rattachement des règles applicables à l'enfant déplacé hors situation de danger)

552. À l'instar de ce qui vaut *en situation de danger*, certaines hypothèses impliquant le déplacement transfrontière d'un enfant sans que ce dernier ne soit exposé à un risque particulier, peuvent admettre une intervention temporaire des autorités et de la loi de l'État sur le territoire duquel *se trouve* l'enfant sans avoir vocation à y rester (A). D'autres cas en revanche, exigent l'intervention plus durable des autorités et de la loi du centre d'attaches et d'intégration du mineur et, justifient en conséquence la désignation d'une compétence fondée sur la résidence habituelle de l'enfant objet du déplacement (B). Dans tous les cas, les enfants dont il est ici question bénéficient ou sont en voie de bénéficier d'une protection familiale minimale qu'il appartient simplement d'aménager et/ou de préserver.

A. Les hypothèses de rattachement justifiant le recours à une réglementation temporaire (compétence admise des autorités et de la loi de présence)

553. Généralement, l'enfant aura un point d'ancrage, un lieu où convergeront ses principales attaches, bref, une résidence habituelle. Mais dans de rares hypothèses, il sera difficile, voire, impossible, de précisément localiser le centre d'attaches et d'intégration du mineur, ce dernier ne semblant pas posséder de résidence habituelle (1). Dans cette situation, à l'instar de ce qui devrait valoir en matière de mesures provisoires et d'urgence (2), il semble cohérent de permettre aux autorités du lieu où *se trouve* l'enfant, d'intervenir – au moins temporairement - en application de leur propre loi.

1. L'hypothèse particulière de l'absence de résidence habituelle de l'enfant

554. Peut-on considérer qu'un enfant possède *forcément* une résidence habituelle ? Ne devrait-on pas au contraire admettre qu'il puisse parfois n'en posséder aucune ? En effet, tout comme il arrive qu'un individu puisse ne pas posséder de nationalité et en conséquence, être apatride¹²⁹⁷, il semble permis de penser qu'un enfant puisse ne posséder aucune résidence habituelle. Ce sera par exemple le cas si ses parents, nomades, ne possèdent eux-mêmes aucun centre d'attaches et d'intégration particulier. Ce pourra en outre être le cas si l'enfant ne peut être rattaché à aucun adulte ni à aucune famille. Aussi, il est au moins une hypothèse où le mineur pourra très certainement avoir perdu son ancienne résidence habituelle, sans qu'il puisse être considéré qu'il en ait immédiatement retrouvé une nouvelle. C'est du moins ce qu'avance Madame GALLANT : il s'agira par exemple de la situation d'un enfant déplacé en vue d'être adopté, mais dont l'adoption en question rencontre des obstacles l'empêchant de se réaliser immédiatement¹²⁹⁸. Pour l'auteur, une telle situation, précaire et instable, nécessite une intervention conséquente au titre de la protection de l'enfance. Depuis l'entrée en vigueur de la *Convention de La Haye de 1996*, une telle protection peut être justifiée du seul fait de la *présence* de l'enfant en France¹²⁹⁹. En effet, les articles 16§2 de ladite convention et 13§1 du *Règlement Bruxelles II Bis*, prévoient que dans le cas où la résidence habituelle de l'enfant ne peut être établie, les autorités de l'État où il *se trouve* sont compétentes et ce, au même titre que les autorités de la résidence habituelle. Dans cette hypothèse, les autorités de *présence* deviennent alors les autorités normalement compétentes. Le même principe vaudra « *toujours à la suite de la Convention de 1996, lorsque les circonstances empêcheront l'enfant, présent sur le territoire d'un État membre, de rejoindre sa résidence habituelle en un autre pays ; il s'agit ici du sort des enfants réfugiés et des enfants « internationalement déplacés par suite de troubles prévalant dans leur pays* »

¹²⁹⁷ Pour de plus amples développements sur la notion, cf. J. BOUCHER et B. BOURGEOIS-MACHUREAU, Apatridie et droit au séjour : état des lieux, AJDA 2007, P. 2371.

¹²⁹⁸ Cf. l'exemple de l'arrêt rendu par la Première chambre civile de la Cour de cassation le 25 juin 1991 et cité par Estelle GALLANT dans sa thèse : L'autorité parentale et la protection des mineurs en droit international privé, Thèse, Paris I, 2000. Éd. Defrénois, 2004, PP. 255-257.

¹²⁹⁹ Il convient de préciser que la Convention de La Haye de 1993 relative à l'adoption vise dans son article 2 les enfants déplacés en vue de leur adoption. « La convention s'applique lorsqu'un enfant résidant habituellement dans un État contractant, (« l'État d'origine ») a été, est ou doit être déplacé vers un autre État contractant (« l'État d'accueil »), soit après son adoption (...), soit en vue (de son) adoption(...) ». Dans une hypothèse où les deux États en cause sont partis à la Convention de La Haye de 1993, c'est aux dispositions de cette convention qu'il faudrait se référer. Les dispositions des autres instruments internationaux n'ont ainsi vocation à s'appliquer que dans l'hypothèse où la Convention de La Haye de 1993 n'aurait pas compétence à intervenir.

». *La résidence habituelle ne peut plus alors remplir son rôle ; la proximité, par l'insécurité qu'elle implique, la disqualifie au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant. Naturellement, il faut souhaiter que cette situation de fait soit purement transitoire et poser en principe que la compétence générale sera restaurée aussitôt que la résidence habituelle sera redevenue normalement accessible. En somme, le for de nécessité s'impose pendant les périodes de suspension de la compétence générale fondée sur la résidence habituelle de l'enfant ; il assure alors une suppléance occasionnelle qui confirme la prééminence du chef momentanément défaillant* »¹³⁰⁰.

555. Si les propositions de cette étude, fortement inspirées des solutions tirées du droit conventionnel applicable à l'enfance, devaient être généralisées, une solution identique pourrait être applicable même en droit international privé commun. D'ailleurs, pareille solution nous semble en principe devoir être retenue dans la majorité des cas où la résidence habituelle d'un enfant qui se déplace par delà les frontières, est difficile, voire, impossible à localiser. Mais au fond, il nous paraît que dans ce genre de configuration, la règle se justifie du simple fait que la *présence* a dans la plupart des cas vocation à devenir *résidence*... Partant, pour en revenir à l'hypothèse ci-dessus exposée, l'opportunité d'une orientation des solutions fondée sur la *présence* pourrait très certainement apparaître discutable. En effet, quand comme dans l'exemple cité par Estelle GALLANT, une adoption rencontre des obstacles, il n'en demeure pas moins que l'enfant *présent* en France ne sera pas renvoyé dans son pays d'origine. Ainsi, nous pourrions sans doute être amenés à considérer qu'ayant vocation à rester sur le territoire national, le mineur y possède instantanément sa résidence habituelle et ce, exactement comme ce serait le cas s'il avait accompagné ses parents dans leur déménagement. D'ailleurs, le principe de subsidiarité de l'adoption internationale aura sans doute préalablement permis de garantir que la solution visant à déplacer l'enfant en vue de le faire adopter en France ait été la seule solution apte à garantir le respect de l'intérêt de ce dernier – et surtout celle envisagée en dernier recours. Néanmoins, suite à un premier échec, il ne faudrait pas trop hâtivement se laisser persuader que l'intérêt du mineur commande que l'adoption préalablement programmée trouve à se réaliser – serait-ce avec des parents adoptifs autres que ceux ayant renoncé à l'adoption initialement prévue. En réalité, il conviendra de vérifier que l'intérêt

¹³⁰⁰ B. ANCEL et H. MUIR-WATT, L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions : le Règlement Bruxelles II bis, Rev. crit. 2005, P. 569.

de l'enfant est encore d'être adopté et que sa situation particulière justifie qu'il le soit dans son pays d'accueil. À défaut, il faudra bien évidemment envisager une solution alternative qui pourrait prendre la forme d'un nouveau déplacement international ramenant l'enfant dans son pays d'origine – à condition toutefois qu'un accueil satisfaisant y soit garanti. Dans la majorité des cas cependant, il semble que si le projet d'adoption ne peut jamais être mené à terme, l'enfant restera à la charge de son État d'accueil. Le recours à la notion de centre d'attaches et d'intégration permettrait de parvenir à ce dernier résultat, mais au moyen d'un rattachement constant. Cela dit, est-ce immédiatement impérieusement nécessaire ? Nous ne le croyons pas.

Assurément, la situation de l'enfant changera : il sera adopté ou placé et les mesures urgentes ou provisoires initialement mises en œuvre seront alors bouleversées. Une résidence habituelle finira ainsi naturellement par être constituée en France. Son centre d'attaches et d'intégration, en devenant à son arrivée sur le territoire national, sera à cet instant pleinement constitué. En vertu des propositions de cette étude, on pourra alors en déduire la compétence – désormais principale - des autorités et de la loi françaises. Peu importe donc que temporairement, l'enfant puisse ne posséder aucune résidence habituelle. Et peu importe que la France intervienne premièrement sur le fondement de la présence de l'enfant car au fond, il convient bien d'admettre que des mesures définitives ne seront pas immédiatement prises...

*

*

*

556. Finalement, il résulte de ces développements que lorsque la situation d'un enfant étranger déplacé en France ne permettra que difficilement, voire, pas du tout, de localiser sa résidence habituelle, l'intervention des autorités sur le territoire desquelles ce dernier *se trouve*, devrait être justifiée par la *présence* de l'enfant sur le territoire national. Ainsi, nécessairement provisoires, les mesures adoptées en application de la loi du for interviendraient dans l'attente d'une solution plus durable. Cela étant, l'exemple ci-dessus développé démontre que ce genre de configuration mènera régulièrement à l'acquisition d'une résidence habituelle par l'enfant au lieu de son déplacement. Ainsi, si l'enfant déplacé n'en vient pas à se redéplacer, il finira par constituer en France, un centre d'attache et d'intégration. De là, il pourra solliciter une nouvelle intervention de nos autorités, mais cette fois-ci, plus durablement et en conséquence, fondamentalement différemment de ce qui

vaudrait s'il s'agissait de statuer en matière d'urgence ou afin de mettre en œuvre des mesures provisoires (2).

2. L'urgence et les mesures provisoires

***L'urgence.**

557. En dehors de tout déplacement international l'urgence peut permettre « *l'intervention soit des autorités de la résidence habituelle alors que les autorités nationales étaient compétentes dans le cadre de la convention de La Haye de 1961, soit des autorités du lieu de situation des biens de l'enfant* »¹³⁰¹. Ainsi, elle peut par exemple permettre de fonder des mesures destinées à protéger l'enfant et/ou l'un de ses parents contre le comportement violent de l'autre.

L'urgence peut en outre intervenir dans l'hypothèse où un enfant est temporairement déplacé par delà les frontières¹³⁰². Elle peut en effet opportunément permettre l'intervention des autorités de l'État dans lequel *se trouve* l'enfant lorsque la situation de ce dernier rend nécessaire la mise en œuvre d'une mesure de protection rapide à titre provisoire¹³⁰³.

558. Auparavant, une distinction entre le droit conventionnel et le droit commun était opérée en fonction du fait que l'enfant réside ou ne réside pas habituellement sur le territoire d'un État partie à la *Convention de 1961*. En effet, jusqu'à récemment, pour que l'article 9 de cet instrument justifie l'intervention immédiate des autorités françaises en faveur d'un mineur *se trouvant* sur le territoire national, encore fallait-il que ce mineur possède une résidence habituelle dans un État partie à l'instrument de La Haye. Mais depuis l'entrée en vigueur de la *Convention de La Haye de 1996*, cette distinction entre le droit conventionnel et le droit commun n'a plus de sens. En effet, l'article 11 du « nouvel » instrument a vocation à s'appliquer indépendamment du lieu de la résidence de

¹³⁰¹ Estelle GALLANT, Thèse précitée, P. 253, n° 417.

Cf. également en ce sens : I. BOURUET-AUBERTOT, La protection des mineurs en Droit international privé : de la Convention du 5 octobre 1961 à la Convention du 19 octobre 1996, Thèse, Paris X, Nanterre, 1998.

¹³⁰² Ibid.

¹³⁰³ Ibid.

l'enfant. Il suffira donc que le mineur – ou ses biens - à protéger *se trouve* en France¹³⁰⁴. « *Cela s'explique par le fait que dans la convention de 1996, le champ d'application rationae personae dépend de chaque règle de compétence ; ainsi, les autorités d'un État contractant désignées par l'article 11 pourront prendre des mesures urgentes, quand bien même l'enfant n'aurait pas sa résidence habituelle dans un État contractant* »¹³⁰⁵. Finalement, dans la Convention de 1996, l'urgence « *voit son domaine réduit dans la mesure où elle n'aura plus pour rôle de permettre aux autorités de la résidence habituelle d'intervenir, puisque celles-ci bénéficient d'une compétence de principe* »¹³⁰⁶. Conformément à ce que nous souhaiterions globalement en notre matière, « *l'urgence devient alors un mécanisme propre à la protection du mineur provisoirement présent* »¹³⁰⁷. L'affirmation est d'autant plus vraie que le raisonnement tend à être globalisé puisque le même raisonnement semble pouvoir être appliqué à propos du *Règlement Bruxelles II bis*¹³⁰⁸.

559. Le mécanisme de l'urgence n'est pas autonome. En effet, comme le fait valoir Madame NIBOYET, « *il ressort que si l'urgence est souvent présente, elle ne constitue pas un fondement autonome de la loi du for. Celle-ci repose sur la vocation subsidiaire de la loi du for pour défaillance de la loi compétente dont la teneur n'est pas connue ou dont l'application est impossible pour raison de fait ou de droit* »¹³⁰⁹. Ainsi, le juge français agissant sur le fondement de l'urgence appliquera la loi française par dérogation au jeu normal des règles de droit international privé applicables.

En pratique, nous pensons que l'urgence ne pourra intervenir que rarement en faveur de la protection d'un enfant temporairement déplacé. En effet, il arrivera que la mesure serve à pallier rapidement un état de danger. Cependant, dans les faits, la découverte d'un tel état dépendra souvent d'un signalement. Or, lorsque l'enfant ne fait que traverser le territoire français, dans la plupart des cas, seule la flagrance permettrait d'en venir à pareil constat...

¹³⁰⁴ I. BOURUET-AUBERTOT, Thèse précitée.

¹³⁰⁵ Id., P. 253, n° 418.

¹³⁰⁶ Ibid.

¹³⁰⁷ Ibid.

¹³⁰⁸ Id., P. 253, note n° 86.

¹³⁰⁹ M.-L. NIBOYET-HOEGY, J.-Cl. Dr.int. V° Capacité, Fasc. 545 (1983), P. 17.

***Les mesures provisoires.**

560. Les termes de l'article 12 de la *Convention de La Haye de 1996* permettent clairement l'intervention à titre provisoire des autorités de l'État contractant sur le territoire duquel se trouve l'enfant objet d'un déplacement temporaire. Ainsi, comme en matière d'urgence, « *dans la mesure où l'enfant qui réside habituellement dans un État contractant est naturellement protégé par les autorités de cet État, (les dispositions susmentionnées visent) principalement l'enfant présent provisoirement dans un État autre que celui de sa résidence habituelle* »¹³¹⁰. Néanmoins, bien qu'obéissant sensiblement au même régime que l'urgence, les mesures provisoires n'auraient pas la même fonction. En effet, elles pourraient justifier leur intervention indépendamment d'une quelconque nécessité d'intervention rapide et partant, hors situation de danger : reprenant l'explication donnée par Paul LAGARDE dans son rapport explicatif relatif à la *Convention de La Haye de 1996*, Estelle GALLANT explique en effet que les mesures provisoires pourraient justifier d'une opportunité à intervenir dans les situations où un enfants se trouverait « *dans un pays étranger pour une durée de séjour limitée (vacances, courte scolarité, vendanges, etc.)* », et à l'occasion desquelles, « *sans qu'il y ait à proprement parler urgence, il pourrait être opportun (...) d'aider la famille d'accueil de cet enfant, peut être un peu débordée, en le plaçant pour la durée de son séjour dans un foyer d'accueil ou dans une autre famille mais sous la supervision des autorités sociales locales* »¹³¹¹.

561. Ceci étant dit, nous l'avons évoqué, qu'il s'agisse de mesures urgentes ou de mesures provisoires, le juge et la loi du territoire sur lequel le mineur *se trouve* ne pourront intervenir que temporairement, à savoir, dans l'attente d'une nouvelle intervention, cette fois-ci plus durable, des autorités et de la loi de la résidence habituelle de l'enfant dont il est question (B). Ainsi par exemple, en matière de déplacement international illicite, « *les mesures provisoires nécessaires à la préservation de l'intérêt de l'enfant prises conformément au droit national par le for de l'urgence, en application de l'article 20 du Règlement Bruxelles II bis, cesseront de produire effet dès que la*

¹³¹⁰ Id. P. 254, n° 419.

¹³¹¹ Ibid.

juridiction de l'État membre compétente en vertu du règlement pour connaître du fond aura pris les mesures qu'elle estime appropriées »^{1312/1313}.

B. Les hypothèses de rattachement justifiant le recours à une réglementation durable (compétence nécessairement fondée sur la résidence habituelle de l'enfant déplacé)

562. Le fil de nos développements antérieurs nous a clairement permis de comprendre qu'en droit international privé conventionnel, la compétence fondée sur la résidence habituelle est peu à peu devenue la compétence de principe. En effet, rappelons-le, suite aux insuffisances révélées de la *Convention de La Haye de 1902*, pareille orientation a été promue au sein de la *Convention de La Haye du 5 octobre 1961, relative à la compétence des autorités et à la loi applicable en matière de protection des mineurs*. Ainsi, dès l'instant où l'enfant français possède en France son « attachement principal », en vertu de cet instrument, le juge français est compétent pour prendre une mesure de protection et ce, quelle que soit la nationalité du mineur concerné. La règle vaut donc même si l'enfant est originaire d'un État non contractant puisque « la seule »¹³¹⁴ exigence requise tient à l'existence d'une résidence habituelle en France¹³¹⁵.

Par la suite, le Conseil de l'Europe et la Conférence de La Haye de droit international privé ont élaboré de nouvelles conventions : parmi elles notamment, les unes, du 20 mai 1980 (Conseil de

¹³¹² Cass. Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, Note L. ABADIE, Contestation de la demande de retour des enfants dans l'État de leur résidence habituelle et interprétation stricte des dispositions du règlement Bruxelles II bis et de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, *Droit de la famille* n°10, octobre 2010, comm. 159.

¹³¹³ Précision étant faite que pour que de telles mesures, fondées sur les dispositions de l'article 20 du Règlement Bruxelles II bis puissent intervenir, trois conditions cumulatives doivent pouvoir être vérifiées : l'urgence, la présence de l'enfant ou de ses biens sur le territoire de l'État à l'origine de la mesure, ainsi que le caractère provisoire de cette dernière. Cf. en ce sens : CJUE, 2 avril 2009, Note E. GALLANT, De la résidence habituelle au regard des règles de compétence posées par le règlement « Bruxelles II bis », *Rev. crit.* 2009. P.791 ; Note Ph. GUEZ, De quelques précisions essentielles sur la mise en œuvre du Règlement « Bruxelles II bis », *Gaz. Pal.* 2009, P. 15.

Également en ce sens : CJUE, 23 décembre 2009, Obs. A. BOICHE, *AJ Famille* 2010, P.131 ; Note C. BRIERE C., Bruxelles II bis : mesure provisoire sur mesure provisoire ne vaut, *Recueil Dalloz* 2010, P. 1055 ; Veille par M. BRUGGEMAN, CJUE, communiqué, 23 décembre 2009, *Droit de la famille* n°2, Février 2010, alerte 7 ; Obs. V. EGEA, Lutte contre les enlèvements internationaux d'enfants, *Dalloz actualité* 21 janvier 2010 ; Note Laurence IDOT, Conflit de juridiction et enlèvement d'enfant, *Europe* n°1, Janvier 2010, comm. 57.

¹³¹⁴ Outre la condition de minorité.

¹³¹⁵ Cf. pour illustration : Cass. Civ. 1^{ère}, 6 février 2000, *Clunet* 2001, P. 846 ; Note L. FRANÇOIS, *Rev. crit.* 2002, P. 116.

l'Europe) et du 25 octobre 1980 (Conférence de La Haye), en matière d'enlèvement ; l'autre, du 19 novembre 1996 (toujours Conférence de La Haye), qui, rappelons-le, a vocation à remplacer celle de 1961. Au moins dans les deux derniers instruments, le recours à la résidence habituelle sur fondement de coïncidence des compétences est patent. Ainsi, dans la lignée des orientations amorcées par la *Convention de 1961*, une mesure de protection pourra être prise à l'égard de tout enfant résidant habituellement sur le territoire national sur le fondement des dispositions 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*. En effet, si cela est nécessaire, une mesure de tutelle pourra par exemple être prononcée à l'égard d'un enfant étranger si ce dernier possède en France, le centre de ses attaches principales. Peu importe d'ailleurs que cet enfant soit originaire d'un État non partie à la Convention. Peu importe en outre que la législation de cet État ne prévoie pas une telle possibilité. Visiblement très favorable à la compétence de principe des autorités de la résidence habituelle, ce texte est entré en vigueur en France le 1^{er} février 2011¹³¹⁶. Lorsqu'il s'agit de désigner la compétence juridictionnelle, sa lettre est susceptible d'entrer en concurrence avec le *Règlement du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, dit Bruxelles II bis*¹³¹⁷. Lorsque tel sera le cas, le texte européen prévaudra. Cela étant, une fois de plus, la part belle sera accordée au rattachement proximiste puisque le Règlement est exactement conforme aux orientations issues de l'évolution du droit conventionnel de l'enfance. Précision étant faite que les dispositions de La Haye garderont vocation à s'appliquer concernant la détermination de la loi applicable. En effet, *Bruxelles II bis* ne s'intéresse qu'aux conflits de juridictions¹³¹⁸.

563. Assurément, ces bouleversements conventionnels relativement récents ont radicalement renouvelé le paysage juridique et notamment, son pan destiné à protéger les mineurs. Entre autre

¹³¹⁶ A. BOICHE, Responsabilité parentale : la convention de La Haye du 19 octobre 1996 en vigueur au 1^{er} février 2011, AJ Famille 2011, P. 93 ; J. JEHL, Responsabilité parentale : le long chemin de la Convention de La Haye, JCP G n° 49, 5 décembre 2011, P.1367.

¹³¹⁷ Bruxelles II bis, entré en vigueur le 1^{er} mars 2005, est intervenu en remplacement du Règlement Bruxelles II, lui même auparavant destiné à remplacer la Convention du 28 mai 1998.

¹³¹⁸ En témoigne l'exemple tiré de l'arrêt rendu le 5 juin 2013 par la Cour d'appel de Paris. Décision n° 80/08050, AJ Famille 2013, P. 438.

inspirés des termes de la *Convention des Nations-Unies du 20 novembre 1989, relative aux droits de l'enfant*, ils sont intervenus parallèlement à la modification d'un droit de l'enfance désormais fortement imprégné de l'objectif visant à réaliser l'intérêt – qualifié de supérieur – de l'enfant. Aussi, face à la multitude de ces textes internationaux aux champs d'applications toujours plus larges, il devient évident que les possibilités d'intervention du droit international privé commun se restreignent significativement¹³¹⁹. Généralement favorable à la désignation du juge et de la loi de la résidence habituelle, cette évolution du droit nous paraît bienheureuse. Il est cependant regrettable que l'application successive d'instruments distincts conduise parfois à des « complications malheureuses »¹³²⁰. En réalité, l'insertion d'un principe général de solution conforme à nos propositions au sein d'un instrument international unique relatif à l'enfance, permettrait d'orienter plus simplement le raisonnement des juges. Cela conduirait à uniformiser les solutions des États et ce, conformément au particularisme de l'enfance mobile. Mais il est certainement encore trop tôt pour demander aux États un plus ample « détachement » dans une matière aussi sensible que le droit de la famille. Par ailleurs, trop critiquer la teneur déjà très satisfaisante du droit international privé de l'enfance (déplacée) serait dénué de sens. Si donc nos objectifs ne peuvent être atteints que progressivement, composons avec le temps.

564. Cela étant, nous gardons en vue l'opportunité d'atteindre, en droit de l'enfance internationalement déplacée, une « globalisation » des solutions en faveur de la résidence habituelle. En effet, ce n'est plus un secret, l'obtention d'une protection satisfaisante nous semble intimement liée à la recherche du centre d'attaches et d'intégration du mineur mobile¹³²¹. D'ailleurs, qu'y aurait-il de cohérent à faire subsister en droit international privé, un résidu de nationalité masqué derrière une justification tirée du statut personnel, pour la détermination de l'autorité parentale ou

¹³¹⁹ La vocation à s'appliquer du droit commun n'a pas totalement disparu. Cela étant, depuis l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye de 1996 et du Règlement Bruxelles II bis, elle est devenue très marginale. Précisément, « il est possible d'avancer que le droit international privé s'appliquera :

- partiellement en combinaison avec le Règlement Bruxelles II bis envers l'enfant de plus de 18 ans mais mineur selon sa loi nationale, résidant habituellement dans un État membre ou y étant internationalement déplacé ;

- envers un enfant de moins de 18 ans ne résidant pas dans un État membre ou contractant de la convention, se trouvant en France et ne n'ayant besoin ni d'une mesure urgente, ni provisoire » : Estelle GALLANT, Thèse précitée, P. 44, n° 76.

¹³²⁰ Ainsi par exemple, le Règlement Bruxelles II bis se limitant aux conflits de juridictions, il oblige régulièrement l'intervention parallèle d'autres instruments pour régler la question du conflit de lois.

¹³²¹ À propos de cette notion, cf. supra n°484 et suivants.

pour la mise en place d'une tutelle par exemple ? L'égalité ne commande-t-elle pas de traiter pareillement tous les mineurs résidant habituellement en France ? N'y possèdent-ils pas tous en effet un centre d'attaches et d'intégration avant tout dépendant de leur histoire ?

Bien évidemment, admettre que l'intervention d'un juge agissant conformément aux dispositions de sa loi soit décisive dans le sort réservé à la protection d'un enfant déplacé, ne paraît acceptable que dans la mesure où ce juge se prononce dans un contexte stable. C'est pourquoi, pour que la compétence *durable* de nos autorités et de nos lois soit légitimée par le raisonnable en matière d'autorité parentale ou de tutelle - pour ne faire que reprendre l'exemple - la logique du raisonnement de cette étude ne sera satisfaite que si l'enfant concerné possède véritablement sa résidence habituelle en France. Si donc le mineur a fait l'objet d'un déplacement, ce ne pourra être à titre temporaire. Sinon, et toujours conformément aux orientations préconisées par notre recherche, le raisonnable en question sera servi par la vocation à intervenir de l'autorité étrangère¹³²². Serait-ce à dire qu'aucune exception ne puisse venir enfreindre la règle ? Rien n'est moins sûr : tirées d'une coopération entre juges, les exceptions ultérieurement envisagées pourront dans certains cas conduire à la mise à l'écart admissible de nos propositions. En effet, décidées au sein d'un cadre concerté, elles auront été pensées dans l'intérêt du mineur et suite à un « engagement » des juges potentiellement concernés...¹³²³

*

*

*

565. En conclusion, *hors situation de danger*, lorsque le déplacement de l'enfant en France a vocation à être *durable*, la compétence des autorités et de la loi françaises sur le fondement d'un rattachement à la résidence habituelle devrait être quasi-systématique. En outre, fort logiquement, tant que le déplacement, simple perspective, n'est pas encore réalisé, la même règle devrait la

¹³²² Pour de plus amples développements à propos du « raisonnable » tel qu'envisagé par cette étude, cf. supra n° 481 et suivants.

¹³²³ À propos de ce cadre concerté, cf. infra n° 633 et suivants.

plupart du temps jouer en faveur des autorités étrangères de la résidence habituelle¹³²⁴. Voilà par exemple ce qui justifierait une attribution de compétence à la loi de l'État d'origine de l'adopté pour déterminer son adoptabilité *dans la mesure où* cet État est également celui de la résidence habituelle de ce dernier. Nous n'en sommes néanmoins pas (encore) concrètement là en droit positif¹³²⁵.

¹³²⁴ L'hypothèse du regroupement familial mise à part (cf. supra n° 516, sur l'amorce d'un déplacement du centre d'attaches et d'intégration de l'enfant).

¹³²⁵ Aujourd'hui la détermination de l'adoptabilité d'un enfant est laissée aux soins de la loi nationale de l'enfant et ce, quand bien même ce dernier résiderait habituellement à l'étranger. L'esprit de cette étude pourrait pourtant conduire à faire reposer pareille opération sur un recours à la résidence habituelle de l'enfant. Dans la plupart des cas, cela ne provoquerait pas de différence fondamentale avec les solutions actuellement préconisées. En effet, en matière d'adoption internationale, la loi de la résidence habituelle sera bien souvent celle de l'État d'origine de l'enfant. Néanmoins, attribuer compétence aux autorités et à la loi du lieu du centre d'attaches et d'intégration de l'enfant étranger pourrait, dans certains cas, permettre de parvenir à une solution correspondant plus exactement au système axiologique du mineur : l'enfant de statut prohibitif possédant en France ses principales attaches, se sortirait ainsi plus rapidement de la solution inextricable dans laquelle son inadoptabilité le conduit parfois.

Conclusion de la première section.

566. Désormais définis conformément à une conception régulatrice de la protection de l'enfance déplacée par le droit international privé, les « principes » de rattachement proposés par cette étude devraient permettre la désignation d'une compétence – juridictionnelle et législative - qui soit adaptée à chaque type de déplacement transfrontière dont un mineur est susceptible de faire l'objet. En effet, que l'enfant qui se déplace soit exposé à un danger au cours de sa mobilité interétatique ou qu'en dépit du dépassement d'une frontière, son intérêt reste sauf, il nous est apparu nécessaire que l'intervention de l'autorité désignée soit cadrée et ce, afin que l'enfant bénéficie toujours d'une protection opportune au regard de sa situation.

Précisément, et conformément à nos propositions précédentes, le rattachement choisi ne pouvait donc qu'être concurrent et conduire à une protection qui soit double. À titre principal : *durable* et laissée au soin des autorités et de la loi de la résidence habituelle du mineur ; ou à titre subsidiaire : *provisoire* et exceptionnellement accordée aux autorités de l'État sur le territoire duquel l'enfant *se trouve*. Ces dernières agiront dès lors conformément aux dispositions de leur propre loi, dans l'attente d'une intervention des autorités normalement compétentes.

567. Indubitablement, une place de choix est donc toujours accordée à la compétence fondée sur la résidence habituelle du mineur. Et c'est somme toute logique car c'est là le meilleur moyen de considérer à sa juste valeur le centre d'attaches et d'intégration de l'enfant. Cela étant, comme nous l'avons évoqué à l'annonce de cette section : une compétence durable n'est pas une compétence figée. En effet, si censée localiser le lieu de convergence des attaches principales de l'enfant, la résidence habituelle se veut relativement stable, son déplacement transfrontière n'est jamais impossible. À ce stade de nos raisonnements, place doit être faite à une remarque : les règles précédemment exposées en matière de déplacement durable auront en réalité servi à définir les grandes lignes d'une compétence calquée sur celle destinée à régir la situation du mineur non déplacé. Précisément du simple point de vue de la compétence, c'est par exemple reconnaître qu'une fois le déplacement opéré, il ne semble pas y avoir de « grande différence » entre la situation de l'enfant non déplacé et celle de l'enfant déplacé. En effet, que l'enfant soit né en France et y possède sa résidence habituelle depuis toujours ou qu'il ait été déplacé suite au déménagement en France de ses parents sans que ces derniers n'aient de perspective de retour, dans un cas comme

dans l'autre l'enfant possèdera en France son centre d'attaches et d'intégration et donc, sa résidence habituelle. Aux yeux de cette étude, l'une et l'autre de ces hypothèses devraient alors logiquement conduire à la désignation des autorités et de la loi du territoire sur lequel l'enfant réside habituellement. Dans le second cas cependant, il est évident que l'enfant ne sera pas le seul à se déplacer : il emportera avec lui, peut être pas l'intégralité, mais au moins l'essentiel de son centre d'attaches et d'intégration et, par voie de conséquence, sa résidence habituelle. Il se produira alors, un « conflit mobile ». Mais si le fil de nos raisonnements nous pousse naturellement à croire que pareille configuration devrait conduire la résidence habituelle du pays de départ à passer la main à celle du pays d'arrivée, cela ne nous dit pas *comment* ni même *à partir de quand*. Cela ne nous garantit d'ailleurs pas non plus en elle-même, la pourtant très nécessaire continuité de la protection de l'enfant. En réalité, seule une étude soignée de la notion de conflit mobile nous permettra d'éclaircir ces différents points (Section 2).

Section 2 : Volonté d'assurer la continuité de la protection indépendamment du déplacement de l'enfant à l'étranger : le conflit mobile

568. Le droit international privé n'aurait pas lieu d'être sans l'existence d'une pluralité de systèmes juridiques appelés à vivre en corrélation permanente. La matière a en effet notamment pour fonction de déterminer les règles destinées à répartir la compétence – conflits de juridictions et conflits de lois confondus - entre les ordres juridiques. La nécessité d'ainsi cadrer la prétention à intervenir des autorités et des lois est quant à elle étroitement liée à l'idée de mobilité transfrontière. En effet, à défaut de mouvement, la coexistence des ordres juridiques ne rendrait pas les ajustements nécessaires. Quand donc un élément d'extranéité a induit l'intervention du droit international privé, il reste à envisager la survenance potentielle d'une modification des critères de rattachement retenus. Pareille modification peut survenir lorsqu'après « *la naissance d'une situation juridique, le facteur de sélection de la loi compétente retenue abstraitement par la règle de conflit du for se trouve concrètement modifié* »¹³²⁶. On parle alors de « conflit mobile ». Plus exactement encore, pour Mathilde SOULEAU-BERTRAND, « *on se trouve face à une hypothèse de conflit mobile lorsque l'élément de rattachement de la règle de conflit du for s'est concrétisé successivement dans des pays différents, c'est-à-dire lorsqu'il y a eu changement, non pas bien sûr du facteur de rattachement, mais de sa concrétisation dans le temps et dans l'espace pour une situation juridique donnée* »¹³²⁷. La notion ainsi dénommée par BARTIN¹³²⁸ ne peut dès lors évidemment « *apparaître qu'en présence d'un facteur de rattachement s'appuyant sur une circonstance susceptible de mobilité* »¹³²⁹. Sa survenance est en effet intimement « *fonction de la mobilité éventuelle de la*

¹³²⁶ Marie-Christine MEYZEAUD-GARAUD, Droit international privé, Éd. BREAL, 2008, P.76.

¹³²⁷ Mathilde SOULEAU-BERTRAND, Le conflit mobile, Thèse, Paris 1, 2003, Éd. Dalloz, 2005, P. 63, n° 117.

¹³²⁸ É. BARTIN, Principes de droit international privé, Domat-Montchrestien, t.1, 1930, § 78, P. 193.

¹³²⁹ M.-C. MEYZEAUD-GARAUD, Op. cit.

Cf. également en ce sens Mathilde SOULEAU-BERTRAND, Op. cit.: « encore faut-il pour que cela se produise, que (la concrétisation du) facteur de rattachement en question puisse donner lieu à un tel changement ».

concrétisation du rattachement »¹³³⁰. Le lieu de résidence- serait-il habituel - n'étant assurément pas figé, la mobilité impérativement requise est en ce qui le concerne, une condition acquise. Ainsi par exemple, le déménagement – à savoir, le déplacement *durable* - d'un enfant étranger en France, pourrait entraîner le déplacement de son centre d'attaches et d'intégration sur notre territoire. L'opération inversée pourrait par ailleurs mener à transférer la localisation du centre d'attaches et d'intégration en question, de la France vers un pays tiers. Dans ces hypothèses, la conscience de la survenance d'un conflit mobile laissera présager de la nécessité d'une adaptation des solutions à l'évolution de la situation de l'enfant concerné. Il s'agira alors de chercher à *résoudre* les problématiques susceptibles d'être posées suite à la survenance d'un conflit mobile (II). Mais pour en venir à appliquer concrètement nos solutions à la situation du mineur, il aura préalablement fallu déterminer ce qui à notre sens devrait être, le mode de résolution général du conflit mobile (I).

I/ Méthode de résolution générale du conflit mobile

569. L'internationaliste confronté à la nécessité de résoudre un conflit mobile devra nécessairement choisir « *à quel moment prendre en considération l'élément de rattachement* »¹³³¹. Et à ce propos, force est de reconnaître que l'analyse des différentes positions doctrinales laisse rapidement percevoir une division assez nette entre les auteurs : « classiquement » répartis en deux grands courants, ces derniers s'opposent prioritairement quant à la détermination de l'ordre de conflit auquel le conflit mobile appartient avant tout (A). Mathilde SOULEAU-BERTRAND pour sa part, se rangeant aux côtés de ce qu'elle appelle la « doctrine internationaliste », propose une interprétation renouvelée plutôt originale du conflit mobile tel qu'envisagé par ce courant (B). Les propositions de cet auteur, forts intéressantes, guideront pour l'essentiel, le raisonnement de notre étude.

¹³³⁰ Ibid.

¹³³¹ M.-C. MEYZEAUD-GARAUD, Op. cit.

A. Les solutions « classiques »

570. Une première catégorie d'auteurs, considère que le *facteur temps* est le nœud du problème et que c'est donc en fonction de lui qu'il faut régler le conflit mobile¹³³² (1). Une seconde catégorie d'auteurs, propose quant à elle de considérer la notion avant tout comme un conflit dans l'espace (2).

1. La priorité accordée au *facteur temps*

571. Parmi les auteurs pour qui le *facteur temps* doit être prioritairement pris en compte afin de résoudre le conflit mobile, certains ont pensé avoir trouvé une réponse aux questions suscitées par la notion, en ayant recours à la Théorie des droits acquis. Comme le souligne Monsieur RIGAUX, cette solution semble trouver ses origines dans la doctrine anglaise – *The Vested Rights Theory* - et se retrouve en France, notamment dans les travaux de PILLET¹³³³. Elle consiste à considérer que les droits constitués selon une loi donnée doivent être reconnus internationalement. En effet, PILLET estime par exemple que la courtoisie internationale oblige chaque État à respecter les droits acquis sur le territoire d'un autre État. Il est d'ailleurs plus simple de rester indifférent au changement de la circonstance de rattachement, que d'en tenir compte : dans cette hypothèse, la situation litigieuse est supposée rester soumise à la loi applicable au moment où elle a pris naissance. En vertu de cette théorie, la loi nouvelle n'a donc évidemment aucune vocation à s'appliquer. Très critiquée notamment en raison de sa rigidité et de la place trop grande qu'elle accorde à la souveraineté, cette proposition est aujourd'hui clairement écartée. Elle ne servira donc pas à fonder notre raisonnement à propos de l'enfant déplacé.

572. D'autres internationalistes, en relevant que le conflit mobile pose un conflit de lois successives, ont quant à eux proposé de le résoudre par une transposition des solutions du droit

¹³³² Cf. notamment : H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, LGDJ, Tome 1, n° 320, PP. 403 et s. ; H. BATIFFOL, *Conflits de lois dans l'espace et conflits de lois dans le temps*, in « *Mélanges Ripert* », I, PP. 292 et s. ; du même auteur, *Conflits mobiles et droit transitoire*, in « *Mélanges Roubier* », t.1, Dalloz Sirey 1961, PP. 39 et s. ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. (de) VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, Op. cit., n° 229.

¹³³³ François RIGAUX, *Le conflit mobile en droit international privé*, RCADI 1966, t.1, note 47, P. 152.

transitoire interne et ce, conformément aux dispositions de l'article 2 du Code civil¹³³⁴. Cette orientation a pour avantage de permettre au juge de manier une règle qu'il maîtrise et ce, même s'il lui faut l'adapter à la situation internationale à laquelle il est confronté¹³³⁵. Mais ce système n'est pas pour autant exempt de critiques. En effet, l'analogie des deux notions ne saurait être entière puisque contrairement à ce qui se produit en droit transitoire, le changement opéré par le conflit mobile ne fait pas suite à la prise de décisions successives au sein d'un système juridique unique. Il n'est en conséquence pas question que la modification de certaines règles emporte l'adoption de nouvelles dispositions qui soient réputées meilleures. Bien au contraire, à la survenance d'un conflit mobile, les deux lois en conflit émanent de législateurs différents. L'une et l'autre restent donc en vigueur au sein de leurs ordres juridiques respectifs. D'ailleurs, dans une telle configuration, il n'est évidemment pas possible qu'une quelconque supériorité entre les systèmes juridiques ayant successivement vocation à intervenir puisse être relevée. Finalement, parce qu'elle néglige quelque peu le caractère international du conflit mobile, l'assimilation de la notion au conflit transitoire n'est pas non plus une solution sans failles¹³³⁶. Voilà ce qui a poussé une autre catégorie d'auteurs, à davantage argumenter en considération du *facteur espace* (2). L'enfance déplacée ne peut que s'en satisfaire.

2. La priorité accordée au *facteur espace*

573. C'est SAVIGNY qui, le premier, semble avoir « défini la question de la mobilité du critère de rattachement comme étant de nature avant tout internationale »¹³³⁷. Dans la lignée, BARTIN a pour sa part également « toujours analysé cette question comme un conflit dans l'espace et repoussait par conséquent les solutions empruntées au droit transitoire. Pour cet auteur, il faut rechercher la loi applicable à une situation donnée aussi bien dans le temps que dans l'espace. Ainsi, lorsque la règle de conflit ne précise pas elle-même à quel moment doit être appréciée la circonstance de

¹³³⁴ Et c'est là l'opinion d'une bonne part de la doctrine française de droit international privé. Cf. notamment les positions de MM. BATIFFOL et LAGARDE, Tome 1^{er}, n° 320, P. 405.

¹³³⁵ La transposition des règles de droit transitoire au conflit mobile peut en effet être amenée à subir les dérogations que « l'expérience révélerait utiles » : BATIFFOL et LAGARDE, Ibid.

¹³³⁶ Cf. notamment : P. GRAULICH, Rép. Int. Dalloz, V° Conflits de lois dans le temps, n° 65.

¹³³⁷ Mathilde SOULEAU-BERTRAND, Le conflit mobile, Thèse précitée, n° 308, P. 159.

rattachement, il convient de fixer le moment opportun par interprétation de cette règle »¹³³⁸. En réalité, la mise en avant du *facteur espace* a cet avantage de privilégier l'aspect international du problème, sans pour autant totalement négliger le temps. Elle permet donc, nous l'avons compris, d'envisager le conflit mobile comme une question d'interprétation de la règle de conflit¹³³⁹.

574. Comme le souligne Madame SOULEAU-BERTRAND, « *le Doyen Graulich et M. Fahmy sont les premiers auteurs à avoir explicitement défini le conflit mobile comme une question d'interprétation de la règle de conflit. Cette thèse, adoptée par la suite par de nombreux auteurs, l'a été notamment par M. Rigaux* »¹³⁴⁰.

Aussi, plus récemment, Monsieur COURBE, considérant qu'étant « *un problème spécifiquement international, le conflit mobile doit logiquement recevoir une solution de même nature* »¹³⁴¹, a préconisé son règlement par la prise en considération des *objectifs de la règle de droit international privé*¹³⁴².

Enfin, d'une manière générale, la doctrine internationale contemporaine retient également « *la conception selon laquelle le conflit mobile est une question d'interprétation de la règle de conflit du for, un incident de la mise en œuvre de cette règle* »¹³⁴³. Cela étant, bien que relativement unanime quant à la nature du conflit mobile, cette doctrine « *n'en déduit pas moins des solutions sensiblement différentes quant à son règlement* »¹³⁴⁴. Ainsi, pour exemple, voyant dans le conflit mobile, une question spécifiquement internationale, certains internationalistes ont désiré que l'on retienne des solutions propres au problème. Monsieur CIGOJ relève en effet que « *de nombreux*

¹³³⁸ Ibid.

¹³³⁹ Mathilde SOULEAU-BERTRAND, Thèse précitée, n° 306, P. 157.

¹³⁴⁰ Id. n° 317, P. 163.

¹³⁴¹ P. COURBE, Les objectifs temporels des règles de droit international privé, Thèse, Paris, 1981, Volume 71, Publications de l'Université de Rouen, n° 243, P. 342.

¹³⁴² Mathilde SOULEAU-BERTRAND, Thèse précitée, n° 327, P. 168.

L'auteur considère d'ailleurs que ces objectifs, puisés dans la pensée du Doyen BATIFFOL, « sont d'une manière générale, ceux du droit international privé ». Elle relève cependant qu'ils apparaissent « comme insuffisamment précis pour pouvoir guider une recherche sur une question aussi spécifique que celle du conflit mobile ».

¹³⁴³ Id., n° 330, P. 169.

¹³⁴⁴ Id., n° 331, P. 370.

*auteurs modernes en droit international privé (surtout anglais) estiment qu'il est vain de prétendre découvrir des règles générales pour la solution des conflits mobiles »*¹³⁴⁵.

575. Mais que faut-il globalement déduire de ces différents travaux appartenant tous à une doctrine qualifiée par Mathilde SOULEAU-BERTRAND, d'« internationaliste » ? Aux yeux de l'auteur, des apports indéniables. Précisément elle loue, tant l'exactitude de la définition accordée à la notion étudiée, que la critique de son assimilation au droit transitoire. En effet, « *incident qui survient lors de la mise en œuvre de la règle de conflit de lois du for* », le conflit mobile « *se produit lorsque l'élément abstrait retenu par la règle pour rattacher une situation se trouve, en la cause, successivement concrétisé dans des pays différents. Il convient donc de choisir entre la loi du pays où le rattachement était anciennement constitué et celle du pays de sa concrétisation nouvelle (...). Cette tâche, qu'elle soit l'œuvre du juge ou du législateur, doit être menée par interprétation de la règle de conflit en question* »¹³⁴⁶. Finalement, de la définition retenue du conflit mobile on peut déduire qu'il doit être réglé, « *en considération de la règle de conflit dont il vient gêner la mise en œuvre, ce qui implique d'abandonner les techniques du droit transitoire* »¹³⁴⁷.

Il y aurait donc bien matière à s'écarter de « *la thèse soutenue par Henri BATIFFOL, d'un parallélisme entre les principes régissant les deux ordres de conflit* »¹³⁴⁸. En effet, « *le conflit dans le temps oppose deux règles matérielles issues d'un même ordre juridique ; le conflit dans l'espace, au contraire, met aux prises « deux ordres juridiques dont les règles ne sont pas forcément connues » et sa solution ne dépend pas du contenu de ces règles, mais d'un facteur de rattachement extérieur à la règle qui sera désignée. Le conflit mobile est de cette deuxième catégorie, il n'existe que par la mobilité du facteur de rattachement, qui s'est concrétisé successivement en des lieux différents. Il s'agit donc seulement, par interprétation de la règle de conflit, de déterminer la concrétisation temporelle qui doit l'emporter* »¹³⁴⁹. En clair, c'est dire que puisque le conflit mobile est un conflit dans l'espace, il ne saurait opportunément être résolu en considération du facteur

¹³⁴⁵ S. CIGOJ, Les droits acquis, les conflits mobiles et la rétroactivité à la lumière des Conventions de La Haye, Rev. crit. 1978, P. 1, spéc. P. 7. Pour une liste des auteurs cités, cf. en outre les notes 24 et 25.

¹³⁴⁶ Id., n° 341, PP. 173-174.

¹³⁴⁷ Ibid.

¹³⁴⁸ Id. Préface de Paul LAGARDE.

¹³⁴⁹ Ibid.

temps. Sur les bases de cette certitude, Mathilde SOULEAU-BERTRAND choisit également d'aborder la notion en terme d'interprétation de la règle de conflit. Elle préfère en conséquence une résolution des problématiques inhérentes au conflit mobile en considération du facteur espace. Cependant consciente des faiblesses inhérentes aux théories précédemment exposées, « *plutôt que de procéder à cette interprétation sur les bases trop incertaines de la justice de droit international privé ou des objectifs temporels de la règle de conflit, elle propose – et c'est son apport original – de le faire en partant du fondement des règles de rattachement* »¹³⁵⁰ (B).

B. La proposition renouvelée de Mathilde SOULEAU-BERTRAND

576. Nous venons de l'exposer, pour Madame SOULEAU-BERTRAND, d'une, « *la solution du conflit mobile se trouve au sein de la règle de conflit de lois dans l'espace* »¹³⁵¹ ; de deux, le conflit mobile doit être réglé par interprétation de la règle de conflit de lois. De là, l'auteur en vient à s'interroger à propos des éléments sur la base desquels il convient de mener ce travail d'interprétation.

Considérant que l'interprétation de la règle de conflit doit conduire « *à en chercher le sens* »¹³⁵², elle se demande quelle est la meilleure direction à prendre pour parvenir au règlement du conflit mobile. Rejetant une approche en termes d'objectifs du droit international privé, elle propose une interprétation qui soit fonction du fondement de la règle de conflit (1). Sans surprise, l'application des solutions de l'auteur intéressera tout particulièrement notre matière lorsque le fondement en question sera le principe de proximité (2).

¹³⁵⁰ Ibid.

¹³⁵¹ M. SOULEAU-BERTRAND, Thèse précitée, n°352, P. 179.

L'auteur précise néanmoins que les éléments que sont la situation juridique et le facteur temps « doivent être pris en considération », tout en soulignant que « cela n'aura lieu qu'une fois le conflit mobile réglé, et dans l'hypothèse où il l'aura été en faveur de l'application de la loi nouvellement désignée relativement à une situation juridique qui s'inscrit dans la durée » (Cf. n° 353).

¹³⁵² Id. 354, P.181.

1. La résolution du conflit mobile en considération du fondement de la règle de conflit

577. Les raisons poussant Mathilde SOULEAU-BERTRAND à penser que le conflit mobile ne peut être réglé eu égard aux principes généraux du droit international privé sont simples. En bref, elle commence par faire valoir que « *la question du conflit mobile se pose en aval du moment de prise en considération de ces objectifs, puisqu'elle survient, en règle générale, au stade de l'application de la règle de conflit, dont l'élaboration est par hypothèse achevée* »¹³⁵³. Elle relève ensuite que les objectifs en question « *concernent le droit international privé dans son ensemble, c'est-à-dire également les méthodes concurrentes de celle du conflit mobile. Or, (...) seule la règle de rattachement peut être affectée par le conflit mobile* »¹³⁵⁴. Ce constat la pousse à conclure que ces principes dépassent le cadre de la notion étudiée, « *cette dernière étant circonscrite à l'étude de l'élément de rattachement* »¹³⁵⁵. En conséquence « *résoudre le conflit mobile en fonction de ces principes serait appliquer un remède disproportionné* »¹³⁵⁶. Ces éléments la conduisent alors à proposer « *une explication plus technique des règles de conflit de lois dans l'espace, une explication qui mette l'accent sur le fait que le droit est avant tout un droit de rattachement* »¹³⁵⁷. Pour ce faire, elle préconise une approche puisée dans la pensée de Paul LAGARDE, qui, nous le savons, à l'occasion d'un célèbre cours, s'est attaché à identifier les fondements des rattachements retenus en droit international privé¹³⁵⁸. Ainsi donc, en matière de conflit mobile, l'élément prépondérant à considérer serait le facteur de rattachement à la source de la notion, puisque d'une part, c'est la mobilité de sa concrétisation qui lui donne naissance et, d'autre part, ce facteur de rattachement est l'élément caractéristique de la règle de conflit de lois dans l'espace.

Précisément, dès lors que survient la question du conflit mobile, Madame SOULEAU-BERTRAND préconise d' « *analyser le facteur de rattachement afin d'y découvrir le fondement de la règle de conflit – proximité, souveraineté, autonomie de la volonté ou finalité matérielle- puis (de)*

¹³⁵³ Id. n° 362, P.185.

¹³⁵⁴ Id. n° 362, PP.185-186.

¹³⁵⁵ Ibid.

¹³⁵⁶ Ibid.

¹³⁵⁷ Id. n° 363, P.186.

¹³⁵⁸ Mathilde SOULEAU-BERTRAND, Ibid, référence faite à Paul LAGARDE: Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, Cours précité.

régler le conflit mobile en fonction de ce fondement »¹³⁵⁹. Prenant alors l'exemple des régimes matrimoniaux tels qu'envisagés par la *Convention de La Haye du 14 mars 1978*, elle relève que dans cet instrument, « *le conflit mobile est déclenché et réglé de manière à ce que le fonctionnement de la règle de conflit ne déroge jamais au sens de cette dernière, pour que la proximité entre la situation et le droit qui doit la régir soit toujours sauvegardée* »¹³⁶⁰. Elle en déduit ainsi qu'« *il s'agit autant de régler le conflit mobile que d'interdire à ce dernier de venir troubler outre mesure le sens et le fonctionnement de la règle de conflits de lois* »¹³⁶¹. D'ailleurs, il semblerait qu'on puisse « *même ajouter qu'en ce qui concerne les règles fondées sur le principe de proximité, le conflit mobile, c'est-à-dire, la prise en considération de la nouvelle concrétisation du rattachement, est l'élément nécessaire à la conservation du sens de la règle de conflit (...)* »¹³⁶². Ainsi, selon la thèse de l'auteur, il est ici permis au conflit mobile d'avoir à jouer « *un rôle actif, en ce sens qu'il permet la survie du principe de proximité comme moteur de la règle de conflit* »¹³⁶³. Partant, le règlement du conflit mobile est satisfaisant alors même qu'il « *n'est ici le fruit, ni d'une application des principes du droit transitoire, ni d'une prise en considération de la catégorie de rattachement, de la matière concernée. Il s'agit plus simplement d'une intégration de l'incident temporel dans la dynamique de la règle de conflit, caractérisée par le critère de rattachement qui révèle son fondement* »¹³⁶⁴.

578. Finalement, considérant de toute évidence que la règle de conflit de lois prévoit aussi bien la régulation des intérêts privés dans l'espace, que dans le temps, Mathilde SOULEAU-BERTRAND ne fait pas du conflit mobile un problème extérieur à la règle de conflit. Bien au contraire, en englobant la notion dans le fonctionnement général de cette dernière, elle rappelle sa juste place d'incident technique de la mise en œuvre de cette règle¹³⁶⁵. Des propositions de l'auteur découle donc un

¹³⁵⁹ Id., n°369, P. 189.

¹³⁶⁰ Id., n°372, P. 190.

¹³⁶¹ Id., n°373, P. 190.

¹³⁶² Ibid.

¹³⁶³ Id., n° 373, PP. 190-191.

Elle considère d'ailleurs « que l'on assiste en quelque sorte à un jeu de miroirs, car le règlement du conflit mobile est fonction du principe de proximité ; mais si ce dernier constitue toujours, malgré la perturbation introduite par le facteur temps, le fondement de la règle, c'est grâce à la façon dont a été réglé le conflit mobile ».

¹³⁶⁴ Ibid.

¹³⁶⁵ Id., n° 374, P. 191.

principe général de solution du conflit mobile dont il ne nous reste désormais plus qu'à envisager les incidences particulières lorsque le fondement de la règle est, comme nous le recommandons le déplacement d'un enfant est en cause, la proximité (2).

2. L'application du principe de solution proposé : le principe de proximité

579. Les propositions de Madame SOULEAU-BERTRAND ne sont pas uniquement théoriques. En effet, sa réflexion, l'auteur l'a voulue pratique. Au fil des ses développements, elle en vient donc à concrètement « *montrer comment le principe de proximité agit sur la survenance et le règlement d'un conflit mobile qui se poserait au sein d'une règle de conflit dont il est le fondement* »¹³⁶⁶. Dans cette optique, elle « *se fixe l'objectif suivant : faire en sorte que le conflit mobile soit déclenché et réglé de manière à ce que la circonstance de rattachement **continue** à répondre au principe de proximité, continue à remplir sa fonction de désignation de la loi du pays présentant les liens les plus étroits avec la situation à régir, malgré le changement subi par la concrétisation du critère de rattachement* »¹³⁶⁷. Elle préconise dès lors de résoudre le conflit mobile survenu lors de la mise en œuvre d'une règle de conflit fondée sur le principe de proximité, par la poursuite de l'objectif d'*actualisation de la localisation*¹³⁶⁸.

Pour y parvenir, elle distingue selon le type de règle en cause et en vient à considérer que le conflit mobile « *ne peut survenir qu'au sein d'une règle de conflit de lois bilatérale « classique »* »¹³⁶⁹. Serait-ce à dire que, solutionnées conformément aux propositions de notre étude, les problématiques inhérentes au déplacement d'un enfant ne puissent jamais donner lieu à un conflit mobile ?

580. Bien que nous ayons conscience de préconiser une méthode dérogatoire, nous n'omettons pas de relever que l'auteur admet que « *quand le principe de proximité prend forme au sein d'une règle qui retient un indice privilégié, la question (du conflit mobile) se pose avec une acuité*

¹³⁶⁶ Id., n° 399, P. 205.

¹³⁶⁷ Ibid.

¹³⁶⁸ Id., n° 400, P. 205.

¹³⁶⁹ Id., n° 414, P. 211.

particulière. En effet en sus d'être un incident de fonctionnement, le conflit mobile, et plus précisément, la solution qu'on lui apporte, peuvent devenir les garants du sens de la règle de conflit, dans la mesure où la prise en considération du changement de la concrétisation de l'élément de rattachement, soit l'actualisation de la localisation, est le seul moyen d'assurer l'effectivité de la proximité et du réalisme recherchés »¹³⁷⁰. D'ailleurs, « c'est la raison pour laquelle, au sein des conventions internationales de conflits de lois, le conflit mobile est généralement minutieusement prévu ; déclenché et réglé dans la lettre même du texte »¹³⁷¹. Pas de surprise dès lors à ce que, lorsqu'envisageant l'hypothèse où, « la règle de conflit prévoit des changements automatiques de la loi applicable »¹³⁷², Madame SOULEAU-BERTRAND en vienne notamment à aborder « la proposition assez sophistiquée dans le système observé au sein de la convention de La Haye du 19 octobre 1996 »¹³⁷³. N'apprécie-t-elle pas dès lors la capacité de ce texte à poursuivre l'objectif visant à atteindre « l'objectif d'actualisation de la localisation qui doit primer lors de la mise en œuvre d'une règle de conflit fondée sur le principe de proximité »¹³⁷⁴ ? Est-il en outre nécessaire de rappeler que ce texte constitue pour une large part, le socle de nos inspirations ?

Il reste que, le bilatéralisme classique mis à part, théoriquement, le conflit mobile ne concerne que le *conflit de lois*. Comment donc envisager la question du conflit de juridictions ? Nous savons que la coïncidence adaptée à l'enfance déplacée est un résultat tout aussi souhaitable que souhaité. Partant, et dans la mesure où la modification du critère de compétence peut apporter des conséquences semblables à celles générées par la modification du rattachement, nous pensons qu'une solution similaire semble valablement pouvoir être envisagée en matière de *conflits de juridictions*. Pour ce qui concerne spécifiquement notre étude, une telle assimilation est évidemment bienheureuse puisque rappelons-le, nous préconisons majoritairement le recours à une coïncidence des compétences sur fond de primauté reconnue à la désignation de l'autorité compétente¹³⁷⁵. D'ailleurs, lorsque le déplacement *durable* d'un enfant est en cause, la mise en œuvre des règles de conflit de lois *et* des règles de compétence sera affectée par la modification de sa résidence

¹³⁷⁰ Id., n° 415, P. 212.

¹³⁷¹ Ibid.

¹³⁷² Id., n° 407, P. 208.

¹³⁷³ Ibid.

¹³⁷⁴ Id., n° 411, P. 210.

¹³⁷⁵ Cf. supra n° 102 et suivants.

habituelle. En effet, en plus de produire un déplacement – de cet enfant - dans l'espace, un tel changement opérera forcément à la fois une modification du critère de compétence *et* du rattachement de principe retenus par les règles de compétence applicables¹³⁷⁶.

581. Nous l'avons donc compris, notre matière n'échappera pas à la nécessité d'actualiser le rattachement choisi en vue d'assurer à l'enfant, une protection satisfaisante. Et même, le droit international privé de l'enfance déplacée devrait, conformément aux propositions de l'auteur que nous avons déjà de maintes fois citée, s'attacher à ce que le conflit mobile ne vienne jamais troubler le sens et le fonctionnement de la règle posée. Nous souhaiterions dès lors que les règles applicables en cas de conflit mobile provoqué par le changement de résidence habituelle de l'enfant (II), soient conformes à la solution précédemment exposée. Fort heureusement, il semble que ce soit déjà au moins partiellement le cas. Développons.

II/ Résolution du conflit mobile dans l'hypothèse particulière du déplacement du centre d'attaches et d'intégration de l'enfant : le changement de résidence habituelle

582. Comme nous l'avons précédemment évoqué, la question du conflit mobile est clairement abordée par le droit conventionnel. Nous pensons notamment aux conventions de La Haye de 1961 et de 1996, ainsi qu'au *Règlement Bruxelles II bis*. En effet, que l'enfant déplacé dont il est question soit en situation régulière ou non, les développements de ce paragraphe concerneront essentiellement les dispositions relatives à l'autorité parentale. La justification de cette délimitation est simple : étant acquis que la résidence habituelle ne peut être modifiée si le déplacement est illicite¹³⁷⁷, l'enlèvement international d'enfant n'a pas matière à être ici envisagé. Quant à la

¹³⁷⁶ L'affirmation vaut notamment pour les conventions de La Haye de 1961 (dans une moindre mesure) et de 1996, ainsi que pour le *Règlement Bruxelles II bis*.

¹³⁷⁷ Cf. *supra* n° 502.

transposition – l'équivalence - susceptible d'intervenir suite au conflit mobile provoqué par l'adoption, elle sera ultérieurement appréhendée¹³⁷⁸.

Les dispositions des instruments précités mènent à la même conclusion : le conflit mobile emportera un transfert de compétence en faveur des autorités et de la loi de la nouvelle résidence (A). Mais cette simple affirmation ne précise pas tout. À la lumière des solutions tirées du droit positif, nous tenterons dès lors d'approfondir notre réflexion en délimitant le champ d'intervention des autorités et de la loi applicable de la nouvelle résidence habituelle de l'enfant qui se déplace (B).

A. Transfert de compétence en faveur des autorités et de la loi de la nouvelle résidence habituelle

583. Fort logiquement, à défaut de déplacement *durable*, il n'y aura pas de conflit mobile. En notre matière, la notion ne peut ainsi concerner que les déplacements mettant en cause la résidence habituelle du mineur – et non la simple *présence temporaire* de ce dernier en un lieu. C'est donc dire que pour qu'il puisse y avoir un transfert de compétence en faveur des autorités et de la loi de la nouvelle résidence habituelle de l'enfant, il faut nécessairement qu'il y ait eu un déplacement capable de générer un véritable « changement de résidence habituelle ».

584. Le changement de résidence habituelle a déjà été partiellement envisagé lorsqu'il s'est agi de déterminer les modalités d'acquisition d'une résidence. En effet, comme le précise Anne RICHEZ-PONS, « le fait d'acquérir une résidence implique nécessairement qu'il y ait eu changement de résidence »¹³⁷⁹. Toutes les fois où, suite à son déplacement transfrontière, l'enfant acquerra une nouvelle résidence habituelle, c'est donc qu'il aura perdu l'ancienne. Cette acquisition pourra être instantanée et n'ainsi commander l'écoulement d'aucun délai. Ce sera par exemple le cas si le mineur se déplace à l'occasion d'un déménagement¹³⁸⁰. À l'inverse, la modification de la résidence d'un enfant sera parfois moins évidente et, en conséquence, la *durabilité* du déplacement de ce dernier nécessitera pour être admise, « la preuve du temps ». Dans cette hypothèse, le changement

¹³⁷⁸ Cf. infra n° 646 et suivants.

¹³⁷⁹ Anne RICHEZ-PONS, Thèse précitée, n° 299, P. 205.

¹³⁸⁰ Estelle GALLANT, Thèse précitée, n° 381, P. 235.

ne s'opèrera pas en même temps que le déplacement, mais y fera suite lorsqu'il sera établi que le centre d'attaches et d'intégration du mineur a également fini par se déplacer¹³⁸¹. Cela étant, quelle que soit la situation, le changement de résidence habituelle emportera une conséquence identique : la survenance d'un conflit mobile. Il s'agira alors pour l'internationaliste de résoudre les problématiques susceptibles de se poser lorsqu'un tel phénomène se produit.

585. De toute évidence, quand suite au changement de résidence habituelle d'un enfant, la concrétisation du facteur de rattachement dans le temps et dans l'espace aura subi un changement, *« il faudra choisir entre deux autorités déterminées par la même règle de compétence ainsi qu'entre les lois en présence désignées par la règle de conflit »*¹³⁸². Et pour certains auteurs, *« seule une précision temporelle fixant le rattachement ou le critère de compétence permettra d'exercer un tel choix »*¹³⁸³. D'ailleurs, *« certaines règles de conflit contiennent un élément de fixation du rattachement dans le temps. Il en va ainsi par exemple en matière d'établissement de la filiation. L'article 311-14 du Code civil prévoit en effet que « la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant »*¹³⁸⁴. Mais toutes les dispositions susceptibles de donner lieu à un conflit mobile ne sont pas aussi « claires ». Inutile de chercher bien loin pour s'en rendre compte puisqu'il suffit de se référer à l'article suivant, à savoir l'article 311-15 du Code civil, pour qu'il devienne immédiatement évident que les dispositions relatives à l'établissement de la filiation par possession d'état, ne fournissent aucune précision quant au moment où l'on doit apprécier la condition de résidence. Qu'advierait-il donc si le lieu de situation de la résidence des parties venait à être modifié entre le jour de la naissance de l'enfant et la date à laquelle le juge doit statuer concernant la possession d'état ? Bien que la question ne semble pas unanimement tranchée, il nous apparaîtrait opportun de permettre au juge français de retenir sa compétence et d'appliquer les dispositions de l'article 311-15, dès l'instant où les intéressés possèdent en France le point de

¹³⁸¹ Cf. à ce propos les différents exemples envisagés par Estelle GALLANT, Thèse précitée, n°383 et s., PP. 235 et s.

¹³⁸² Estelle GALLANT, Thèse précitée, n° 389, P. 239.

¹³⁸³ Ibid.

¹³⁸⁴ Ibid.

Ainsi pour Madame GALLANT, le conflit mobile susceptible de résulter de la modification de la nationalité de la mère, entre la naissance de l'enfant et l'établissement de sa filiation, se trouverait résorbé.

Certains auteurs considèrent d'ailleurs même que dans pareille hypothèse, il n'y a pas à proprement parler de conflit mobile. Cf. en ce sens : H. BATIFFOL et P. LAGARDE, Traité de droit international privé : t. 1, L.G.D.J., 8^{ème} éd., 1993, n° 318.

convergence de leurs attaches principales. Et qu'importe si « *les faits constitutifs de la possession d'état se sont produits à l'étranger* »¹³⁸⁵. Même en l'absence d'un rattachement expressément fixé dans le temps, la survenance d'un conflit mobile emporterait ainsi automatiquement le transfert de la compétence des autorités et de la loi de l'ancienne résidence habituelle, à celles de la nouvelle résidence habituelle de l'enfant. L'esprit du droit international privé interne se conformerait-il de la sorte à celui de son homologue conventionnel ?

586. À l'instar des dispositions venant d'être évoquées, les termes des conventions de La Haye, comme ceux du *Règlement Bruxelles II bis*, « *ne contiennent pas d'élément de fixation dans le temps du critère de la résidence habituelle* »¹³⁸⁶. Mais ici, ce « particularisme » est justifié par le fait que « *des dispositions spécifiques au changement de résidence habituelle (aient) été insérées dans chaque (instrument), distinctes de la règle générale énonçant la compétence des autorités et la loi applicable* »¹³⁸⁷. Il apparaît ainsi que « *ce sont les autorités et la loi de la nouvelle résidence habituelle qui sont choisies tant par la convention de 1961 que par la convention de 1996, ainsi que par (le) règlement communautaire* »¹³⁸⁸.

587. Nous le savons, en matière de responsabilité parentale, l'article 8§1 du *Règlement Bruxelles II bis* attribue compétence aux autorités de l'État membre sur le territoire duquel l'enfant a sa résidence habituelle¹³⁸⁹. Si donc le mineur déménage, il est permis de déduire de cette règle que ces dernières n'auront plus vocation à intervenir, et qu'en conséquence, elles devront passer le relais aux autorités de la nouvelle résidence¹³⁹⁰. Aussi, bien qu'il l'emporte sur les autres instruments en

¹³⁸⁵ Jacques FOYER: Rép. intern. Dalloz, V° Filiation, 1998, n° 185 ; J. FOYER et P. COURBE, Conflits de lois dans le temps – Conflits mobiles : J.-Cl. Droit int. pr., Fasc. 533-2, n° 136.

¹³⁸⁶ Id. n° 391, P. 239.

¹³⁸⁷ Id. n° 391, PP. 239-240.

¹³⁸⁸ Ibid.

Pour de plus amples explications à ce propos, cf. les développements de l'auteur.

¹³⁸⁹ Des dérogations sont toutefois prévues en faveur des juridictions appelées à statuer à propos de la désunion parentale et, sous réserves de la vérification de certaines conditions, en faveur de celles avec lesquelles l'enfant entretient un lien étroit.

¹³⁹⁰ Sauf à ce que la compétence des autorités de l'ancienne résidence habituelle soit maintenue sur le fondement des dispositions de l'article 9 du Règlement :

« 1. Lorsqu'un enfant déménage légalement d'un État membre dans un autre et y acquiert une nouvelle résidence habituelle, les juridictions de l'État membre de l'ancienne résidence habituelle de l'enfant gardent leur compétence, par

vigueur lorsqu'il a vocation à s'appliquer, le Règlement ne vise que la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions. Il ne concerne ainsi pas la désignation de la loi applicable, mais laisse ce soin aux conventions de La Haye de 1961 et de 1996, voire, au droit commun¹³⁹¹. Les conventions évoquées prévoient quant à elles une solution sensiblement similaire, puisqu'elles attribuent également compétence aux autorités de la nouvelle résidence habituelle de l'enfant¹³⁹². Avec ceci de plus évidemment, qu'elles prévoient aussi quelle doit être la loi applicable. Sans surprise, celle de la nouvelle résidence habituelle de l'enfant. C'est donc avec cohérence et, semble-t-il, dans un souci d'actualisation de la localisation de la concrétisation du rattachement à retenir, que les conséquences inhérentes au changement de résidence habituelle sont envisagées par ces instruments issus du dialogue entre les États. En témoigne les propos de M. VON STEIGER qui, dans son rapport sur la *Convention de La Haye de 1961*, estimait « *logique que, si la résidence habituelle d'un mineur est déplacée dans un autre État, les autorités de ce dernier deviennent compétentes pour régler, selon leur loi interne (article 2), le sort du mineur (alinéa premier)* »¹³⁹³. Il reste que la solution prévue doit s'articuler avec la nécessité de continuité de la protection décidée ; d'ailleurs indispensable au rendu satisfaisant de la protection de l'enfance.

588. Parfois, la permanence du statut de l'enfant ne posera pas de problème immédiat, voire pas de problème du tout. En effet, la manœuvre visant à transférer la compétence sera simple : l'enfant aura été déplacé avant que la nécessité d'une intervention ne se fasse sentir. Les autorités nouvellement compétentes ne seront donc pas nécessairement sollicitées dès l'arrivée du mineur sur leur territoire. Il se peut cependant que, quelques temps après que l'enfant ait déménagé, il devienne nécessaire d'ouvrir une tutelle¹³⁹⁴. Dans cette hypothèse toutefois, les autorités requises n'auront

dérogação à l'article 8, durant une période de trois mois suivant le déménagement, pour modifier une décision concernant le droit de visite rendue dans cet État membre avant que l'enfant ait déménagé, lorsque le titulaire du droit de visite en vertu de la décision concernant le droit de visite continue à résider habituellement dans l'État membre de l'ancienne résidence habituelle de l'enfant.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas si le titulaire du droit de visite visé au paragraphe 1 a accepté la compétence des juridictions de l'État membre de la nouvelle résidence habituelle de l'enfant en participant à une procédure devant ces juridictions sans en contester la compétence ».

¹³⁹¹ Rappelons que Bruxelles II bis prime les autres textes en vigueur. Quand il est applicable, il désigne la juridiction compétente et renvoie à ces derniers pour ce qui concerne la désignation de la loi appelée à intervenir.

¹³⁹² Articles 5 de la Convention de 1961 et article 14 et 18 de la Convention de 1996.

¹³⁹³ W. VON STEIGER, Rapport précité, PP. 219 et s., spéc. P. 231.

¹³⁹⁴ Id. n° 390, P. 239.

pas à assurer la continuité d'une mesure antérieurement décidée à l'étranger, ce qui facilitera grandement leur intervention.

D'autres fois en revanche, les choses seront moins évidentes : un rapport juridique – pour reprendre l'exemple précédent, une tutelle - existait antérieurement au changement de résidence habituelle de l'enfant. La question se posera alors de savoir si la mobilité interétatique admettra la survie de la protection décidée ou, si au contraire, elle conduira à son anéantissement. C'est à ce stade de nos raisonnements qu'il convient d'apporter au positionnement recommandant un transfert de compétence en faveur des autorités et de la loi de la nouvelle résidence habituelle, quelques précisions (B).

B. Précisions à propos de la compétence accordées aux autorités et à la loi de la nouvelle résidence habituelle

589. À l'ancienne résidence, on préfère la nouvelle. Et comment se prononcer autrement ? Mais aux mesures déjà prises, à l'autorité parentale déjà génératrice de conséquences, que préfère-t-on ? Faudrait-il que chaque déplacement transfrontière marqué par la durabilité promette au mineur une protection modifiée ? L'intérêt de l'enfant commande-t-il réellement ça ? Ne défendrait-il pas plutôt la permanence ou, peut-être plus exactement, la continuité ? En réalité, bien qu'il paraisse tout autant légitime que souhaitable de faire intervenir les nouvelles autorités sur le fondement des dispositions de leur loi, il n'en demeure pas moins que l'opportunité d'une telle intervention ne se vérifiera qu'en cas de besoin. Mais que fera-t-on alors de la protection déjà existante ? Comment justement, lui garantira-t-on la continuité ? Et si finalement, il fallait quand même intervenir. Serait-ce véritablement en toute liberté ?

Que l'enfant fasse l'objet de mesures de protection (1), ou qu'il soit plus simplement soumis à un rapport d'autorité *ex lege* (2), la nouvelle loi devra statuer au présent tout en présageant de l'avenir. Malgré tout, il est dans l'intérêt de l'enfant que la manœuvre vise un résultat à même de composer avec les éléments passés, purs produits des dispositions de la loi anciennement appelée à se prononcer.

1. Mesures de protection

590. L'intervention des autorités et de la loi de la nouvelle résidence habituelle sera opportunément conforme à l'intérêt de l'enfant, dans la seule mesure où elle gardera sauve la continuité de la protection dont le mineur mobile fait l'objet. L'équilibre de l'enfant commande en effet que ce dernier bénéficie d'une protection relativement stable et ce, indépendamment de son déplacement transfrontière. Le droit positif contemporain a-t-il su tenir compte de cet impératif ?

591. Aux termes de l'article 5 de la *Convention de La Haye de 1961*, si des mesures de protection ont déjà été prises par les autorités de l'État de l'ancienne résidence habituelle de l'enfant¹³⁹⁵, elles resteront en vigueur tant que les autorités de la nouvelle résidence habituelle, saisies d'une demande de modification, ne les auront pas levées ou remplacées¹³⁹⁶. Cette règle est justifiée par le fait qu'il soit dans l'intérêt du mineur concerné qu'il ne se crée pas, « à la suite du déplacement de la résidence habituelle, un « vide juridique » qui le laisserait sans protection »¹³⁹⁷.

Par ailleurs, ces mesures ne seront effectivement « levées ou remplacées qu'après avis préalable auxdites autorités »¹³⁹⁸. Bien évidemment, l'objectif de cette règle ne consiste pas à soumettre discrétionnairement les autorités nouvellement saisies aux autorités auparavant requises. En réalité, c'est simplement parce que les dernières ont été jusque là, les mieux averties de la situation de l'enfant concerné, que les premières sont tenues de les interroger avant de se prononcer. Pareille information devrait en effet leur permettre de statuer « en toute connaissance de cause »¹³⁹⁹ et ce, malgré la récence de l'ancrage de l'enfant sur leur territoire.

592. La *Convention de 1996* prévoit pour sa part, des dispositions sensiblement similaires à celles de la *Convention* qu'elle est en charge de remplacer. En effet, aux termes de son article 14, il apparaît clairement que « les mesures prises en application des articles 5 à 10 restent en vigueur

¹³⁹⁵ En revanche, si sur le fondement de l'article 4 de la *Convention*, la protection du mineur a été assurée par les autorités dont il a la nationalité, l'alinéa 3 de l'article 5 du même texte prévoit en toute logique que « les mesures prises par elles suivant leur loi interne restent en vigueur dans l'État de la nouvelle résidence habituelle ».

¹³⁹⁶ Alinéa 1.

¹³⁹⁷ W. von Steiger, Rapport précité.

¹³⁹⁸ Alinéa 2.

¹³⁹⁹ W. von Steiger, Rapport précité.

dans les limites qui sont les leurs, même lorsqu'un changement des circonstances a fait disparaître l'élément sur lequel était fondée la compétence, tant que les autorités compétentes en vertu de la Convention ne les ont pas modifiées, remplacée ou levées ». Cela étant, l'assimilation des deux instruments s'arrête là, car contrairement à la *Convention de 1961*, muette sur le sujet, la *Convention de 1996* va jusqu'à prévoir que les conditions d'application des mesures existantes seront soumises à la loi de la nouvelle résidence habituelle. La loi ancienne continue donc à régir « le principe des mesures de protection et la loi de la nouvelle résidence régit les conditions d'application de ces mesures »¹⁴⁰⁰. En effet, selon les termes de l'article 15§3 de l'instrument conventionnel, à la suite d'un « *changement de la résidence habituelle de l'enfant dans un autre État contractant, la loi de cet autre État régit, à partir du moment où le changement est intervenu, les conditions d'application des mesures prises dans l'ancien État de résidence habituelle* ». Pour Madame RICHEZ-PONS, ces dispositions peuvent être résumées au moyen d'un exemple : « *si un enfant change de résidence habituelle alors que les autorités de son ancienne résidence habituelle avaient décidé de son placement sous tutelle, le tuteur ainsi désigné reste titulaire de sa charge tant que les autorités de la nouvelle résidence habituelle du mineur n'estiment pas que sa protection requiert que soient prises de nouvelles mesures. En revanche, les conditions d'application de la tutelle sont, dès le changement de la résidence habituelle, régies par la loi de la nouvelle résidence* »¹⁴⁰¹.

593. L'articulation des compétences à propos des mesures de protection envisagée, il nous reste désormais à exposer le sort des rapports d'autorité *ex lege* (2).

2. Rapports d'autorité *ex lege*

594. Pour la *Convention de La Haye de 1961*, « *un rapport d'autorité résultant de plein droit de la loi interne de l'État dont le mineur est ressortissant est reconnu dans tous les États contractants* »¹⁴⁰². D'ailleurs en général, l'autorité parentale de plein droit est régie par le droit

¹⁴⁰⁰ Estelle GALLANT, Thèse précitée, n° 399, P. 243.

¹⁴⁰¹ Anne RICHEZ-PONS, Thèse précitée, n° 258, P. 238.

¹⁴⁰² Article 3.

national. La règle peut donc très vraisemblablement être érigée en principe. De là, il paraît évident que l'instrument conventionnel n'avait pas matière à envisager outre mesure les conséquences que pourrait entraîner la modification de la résidence habituelle de l'enfant, sur une protection de ce type. Et pourtant, en certaines hypothèses, il semble permis de présumer que ce sera la loi de l'État sur le territoire duquel le mineur réside habituellement qui régira l'autorité parentale de plein droit. En effet, imaginons un enfant, ressortissant A d'un État dont le système juridique ne prévoit aucun rapport d'autorité parentale de plein droit. Considérons au contraire que le droit de la famille d'un l'État B organise l'autorité parentale « automatique ». Disons maintenant que l'enfant pris en exemple a sa résidence habituelle, manifestation de son centre d'attaches et d'intégration, dans le pays B. Il serait malaisé d'imposer aux autorités de cet État de prendre des mesures de protection : puisque l'autorité parentale *ex lege* est prévue, autant lui permettre d'exister¹⁴⁰³. Cela étant, une interrogation demeure : qu'advient-il si l'enfant déménage vers un État C ? La réponse à cette question pourrait très certainement se calquer à la solution tirée des dispositions de la *Convention de La Haye de 1996*.

595. L'article 16§1 de la *Convention de La Haye de 1996* prévoit que « l'attribution ou l'extinction de plein droit d'une responsabilité parentale, sans intervention d'une autorité judiciaire ou administrative, est régie par la loi de l'État de la résidence habituelle de l'enfant ». L'article 17 du même texte déclare quant à lui que « l'exercice de la responsabilité parentale est régi par la loi de la résidence habituelle de l'enfant. En cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant, il est régi par la loi de l'État de la nouvelle résidence habituelle ». Dans le nouveau texte, la nationalité s'efface donc pleinement au profit d'une uniformisation des solutions en faveur de la résidence habituelle. Ainsi, dans la plupart des cas, la loi applicable aux rapports d'autorités *ex lege*, sera la même que celle destinée à permettre la prise de mesures de protection¹⁴⁰⁴. Une telle avancée ne pouvait d'ailleurs pas être sans incidence sur le conflit mobile : la résidence habituelle manifestation du centre d'attaches et d'intégration de l'enfant, nous le savons, est un

¹⁴⁰³ G. DROZ, La protection des mineurs en droit international privé français depuis l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961, *Clunet* 1973, spéc. P. 620 ; Y. LEQUETTE, Thèse précitée, n°204, P. 163.

¹⁴⁰⁴ P. LAGARDE, La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs, *Rev. crit.* 1997. P. 217 et s., spéc. P. 231.

rattachement stable, mais mobile. Sa localisation en effet, est susceptible d'être modifiée. Voilà pourquoi la *Convention de 1996* envisage explicitement les conséquences du changement de résidence habituelle. Encore une fois, il fallait composer avec deux exigences : la première, inhérente à l'actualisation de la localisation de la concrétisation du rattachement à retenir ; la seconde, relative à la continuité dont la protection de l'enfant doit pouvoir faire l'objet pour demeurer satisfaisante. Il n'est donc guère surprenant que la règle adoptée soit fidèle à l'esprit des solutions antérieurement développées en matière de mesures relatives à l'autorité parentale. En effet, la *Convention de La Haye de 1996* choisit de maintenir le rapport d'autorité *ex lege* existant selon la loi de l'ancienne résidence habituelle, mais soumet son exercice à la loi correspondant à la nouvelle localisation du centre des attaches principales de l'enfant. De cette manière, la *Convention de 1996* assure indubitablement une certaine continuité de la protection de l'enfant. La règle globalement posée, trois hypothèses exposées par Paul LAGARDE, et reprises notamment dans les thèses de Mesdames RICHEZ-PONS et GALLANT, demeurent à distinguer :

596. Tout d'abord, le premier paragraphe de l'article 16 du texte conventionnel de 1996 sous-entend *la situation où la loi de la nouvelle résidence habituelle est la seule à prévoir une responsabilité parentale de plein droit*. En effet, « *il se peut que la loi nouvelle prévoie un rapport d'autorité de plein droit alors que, dans le silence de la loi ancienne, des mesures de protection avaient été prises par les autorités de l'ancienne résidence habituelle* »¹⁴⁰⁵. Lorsque tel est le cas, comment parvenir à une solution qui soit conforme à l'esprit du droit conventionnel ? Tout simplement, nous pourrions considérer avec Anne RICHEZ-PONS que « *le système de mutabilité s'impose et (que) seule (la nouvelle) loi a vocation à s'appliquer* »¹⁴⁰⁶. Cela étant, précision doit quand même être faite qu'« *afin que le nouveau rapport d'autorité s'applique, une intervention des autorités nouvellement compétentes est nécessaire pour mettre fin aux mesures existantes et déclarer le nouveau régime ex lege applicable* »¹⁴⁰⁷. Le changement de statut automatique est donc exclu, « *ce qui se manifeste par le maintien du statut antérieur* »¹⁴⁰⁸. Pour autant, il y a quand même

¹⁴⁰⁵ Estelle GALLANT, Thèse précitée, n° 404, P. 246.

¹⁴⁰⁶ Anne RICHEZ-PONS, Thèse précitée, n° 359, PP. 238-239.

¹⁴⁰⁷ Estelle GALLANT, Thèse précitée, n° 404, P. 246.

¹⁴⁰⁸ Id., n° 405, P. 247.

bel et bien changement et ce dernier mérite d'être considéré « *puisque d'une part, la loi nouvelle régit l'exercice des mesures maintenues ou de la responsabilité parentale de plein droit et que d'autre part, les nouvelles autorités pourront décider d'intervenir en application de leur loi, pour modifier ou supprimer les mesures jusque là existantes, ou encore le rapport d'autorité ex lege* »¹⁴⁰⁹.

Ensuite, conformément à ce que prévoit le troisième paragraphe de l'article précité, ***il se peut que la loi de l'ancienne résidence habituelle soit la seule à prévoir une responsabilité parentale de plein droit***. C'est alors le système de continuité qui s'appliquera et celui qui est investi par la loi de cette responsabilité parentale conservera ses fonctions, de plein droit¹⁴¹⁰. « *Toutefois, les autorités de la nouvelle résidence habituelle seront désormais compétentes pour prendre les mesures nécessitées par la situation du mineur et pourront dès lors agir en vertu de l'article 18, y compris pour modifier la responsabilité parentale ex lege ou y mettre fin* »¹⁴¹¹.

Enfin, « *dans la troisième situation, les lois des résidences habituelles successives prévoient toutes deux une responsabilité parentale de plein droit, mais ne l'attribuent pas aux mêmes personnes* »¹⁴¹². Si tel est le cas, « *la convention applique (...) la théorie des wagons. La responsabilité parentale résultant de la première loi subsiste (article 16 § 3), mais on lui accroche le wagon supplémentaire résultant de la seconde loi (art. 16 § 4)* »¹⁴¹³.

¹⁴⁰⁹ Ibid.

¹⁴¹⁰ Anne RICHEZ-PONS, Thèse précitée, n° 359, P. 239.

¹⁴¹¹ Estelle GALLANT, n° 401, P. 245.

La solution est dès lors identique à celles prévalant à propos des mesures de protection.

¹⁴¹² C'est nous qui le soulignons.

¹⁴¹³ Anne RICHEZ-PONS, Thèse précitée, n° 359, P. 239.

Conclusion de la seconde section.

597. De nos développements à propos du conflit mobile, il résulte que contrairement à la thèse défendue par une large part de la doctrine internationaliste, la notion ne serait pas une manifestation du droit transitoire simplement adaptée au droit international privé. En conséquence, elle n'aurait pas à être résolue en tenant prioritairement compte du facteur temps. Bien plutôt, elle obligerait à une considération marquée du facteur espace. Plus précisément, la solution du conflit mobile se trouverait dans l'interprétation de la règle de conflit dont il conviendrait de rechercher le *sens*¹⁴¹⁴. Pour ce faire, plutôt que de partir du procédé conflictuel, mieux vaudrait s'en tenir à l'analyse du fondement de la règle de conflit. L'élément prépondérant à considérer serait dès lors le facteur de rattachement à l'origine de cette dernière. De cette manière, le conflit mobile pourrait être déclenché et réglé en sorte que la règle de conflit ne subisse pas de perturbation de nature à en anéantir le sens et le fonctionnement. Par ailleurs, dans le cas précis où la règle de conflit serait fondée sur le principe de proximité – et cette étude préconise que ce soit le cas lorsque le déplacement d'un enfant est en cause – le conflit mobile survenu lors de sa mise en œuvre devrait être solutionné par la poursuite de l'objectif *d'actualisation de la localisation*¹⁴¹⁵.

598. Pensée en matière de conflits de lois par Mathilde SOULEAU-BERTRAND, la solution serait aux yeux de cette étude adaptable à la coïncidence des compétences et, par là-même, transposable en matière de conflit de juridictions. Elle pourrait ainsi être mise en œuvre dans l'hypothèse particulière du déplacement du centre d'attaches et d'intégration de l'enfant, à savoir, lorsqu'à la suite d'un déménagement international, ce dernier fait l'objet d'un changement de résidence habituelle.

599. En pratique, organisant un transfert de compétence en faveur des autorités et de la loi de la nouvelle résidence habituelle, les solutions tirées du droit positif ont régulièrement su nous

¹⁴¹⁴ M. SOULEAU-BERTRAND, Thèse précitée, n°351 et s.

¹⁴¹⁵ Cf. supra n° 579 et suivants.

démontrer leur volonté de rester fidèles aux exigences de la proximité et ce, en dépit du déplacement/déménagement de l'enfant. Voilà qui nous pousse à croire que leur adaptation au particularisme de la protection de l'enfance déplacée ne les ait pas amputées du souci de mener à bien à leur manière, l'opération d'actualisation ci-dessus évoquée.

Conclusion du Second Chapitre.

600. Les « principes » de rattachement définis conformément à une conception régulatrice de la protection de l'enfance déplacée par le droit international privé devaient permettre la désignation d'une compétence – juridictionnelle et législative - qui soit adaptée à chaque type de déplacement transfrontière dont un mineur est susceptible de faire l'objet. L'opération nous a conduits à considérer que l'intervention de l'autorité désignée devait être cadrée de manière à ce que l'enfant bénéficie à titre principal et durable, d'une protection conforme à la réglementation en vigueur au lieu de situation de son centre d'attaches et d'intégration et, en cas de besoin, d'une protection subsidiaire et provisoire, potentiellement mise en œuvre par les autorités du territoire sur lequel il *se trouve*.

Que l'enfant soit exposé à un (risque de) danger ou qu'il soit parfaitement protégé par son cadre familial, c'est ce dont nous nous sommes assurés en classant les hypothèses de déplacement en fonction de leur *durabilité*. Plus au fond, nous avons pour chacune d'elles entrepris de déceler les différentes mesures susceptibles d'être mises en œuvre. Sans surprises, toutes celles impliquant un impact durable sur le statut de l'enfant n'ont pu se satisfaire d'une désignation « légère ». En effet, seule l'assurance de l'existence d'une résidence habituelle, manifestation d'un centre d'attaches et d'intégration localisé en France, a pu justifier leur intervention suite à la désignation de la compétence de nos autorités et de nos lois. Pour autant, malgré la stabilité dont une résidence habituelle définie selon les critères de cette étude peut se vanter, la « durabilité » et l'« immuabilité » demeurent des notions distinctes. Ainsi, comme nous n'avons pas manqué de le préciser, la *durabilité* indissociablement liée à la notion de centre d'attaches et d'intégration n'est pas condamnée à rester figée. C'est donc dire que, si censée permettre la localisation du centre d'attaches et d'intégration de l'enfant, la résidence habituelle se veut relativement stable, son déplacement transfrontière n'est jamais impossible. Dans pareil cas cependant, c'est à l'appui d'une argumentation réfléchie que nous en sommes venus à considérer que rien n'empêchait de régler le conflit mobile ainsi créé de manière à viser une certaine continuité dans la protection dont l'enfant fait l'objet...

Conclusion du Titre I.

601. Défini conformément aux exigences d'une conception régulatrice de la protection de l'enfance déplacée par le droit international privé telle qu'envisagée par cette étude, le rattachement que nous nous sommes proposés de retenir afin de déterminer la réglementation applicable aux multiples problématiques susceptibles de se poser en notre matière, est destiné à servir les différents aspects de l'intérêt de l'enfant.

Nécessairement adaptée à chaque type de déplacement auxquels un mineur peut être exposé, la protection préconisée devrait être fondée sur le principe de proximité et faire appel à une coïncidence des compétences ayant recours à un rattachement en cascade où seule la durabilité du déplacement, caractérisée par la mobilité du centre d'attaches et d'intégration du mineur concerné, pourrait permettre de recourir au critère de la résidence habituelle. À titre subsidiaire et temporaire, une protection provisoire – exceptionnellement souverainiste - pourrait néanmoins permettre de recouvrir l'ensemble des hypothèses de déplacement dont un enfant est susceptible de faire l'objet à l'échelle internationale. En définitive, ce schéma devrait parvenir à emporter la réduction des « risques » inhérents à la mobilité transfrontière, tout en offrant à l'enfant qui se déplace, la garantie d'une protection pensée dans son intérêt. C'est d'ailleurs ce que nous nous sommes proposés de vérifier en appliquant, pour chaque type de déplacement possible, le critère de rattachement approprié à la détermination des compétences juridictionnelle et législative.

602. La recherche « du » critère de rattachement apte à garantir à l'enfant déplacé une protection satisfaisante nous aura donc permis d'asseoir nos propositions au sein d'un cadre se voulant tout à la fois cohérent et concret. Mais cela ne nous éclaire pas véritablement sur le jeu, à savoir, le fonctionnement des règles ayant pour mission de régir les déplacements transfrontières d'enfants. Pourtant, notre droit international privé n'est pas simplement amené à poser des règles issues d'un raisonnement dont le bienfondé ne laisse pas place au doute. Nos propositions en effet, seront amenées à « vivre ». Mais comment devraient-elles être concrètement mises en œuvre ? Pourra-t-on parfois déroger aux orientations qu'elles préconisent ? Et dans ce jeu juridique international, quel rôle chaque acteur concerné sera-t-il amené à jouer ? Les développements à venir nous éclaireront sur ces questions (Titre II).

TITRE II :

**La mise en œuvre des règles de droit
international privé destinées à garantir à
l'enfant déplacé une protection satisfaisante**

604. Appelé à mettre en œuvre les règles destinées à garantir à l'enfant déplacé, le bénéfice d'une protection satisfaisante, le juge joue de toute évidence un rôle crucial lorsqu'il s'agit d'appliquer une disposition adoptée dans l'intérêt du mineur objet d'un déplacement international (Chapitre 1). C'est en effet à lui – ou, pour certains systèmes juridiques étrangers, à l'autorité (administrative) compétente - qu'il revient de « faire vivre » de manière pratique, les solutions « théoriquement » préconisées. Pour autant, bien qu'il soit ainsi le garant du bon fonctionnement du droit international privé, il reste que l'implication des parties dans la résolution de l'affaire mettant en cause un mineur mobile, est éminemment bienvenue (Chapitre 2). Pareille implication contribue en effet généralement nettement au prononcé d'une solution à même de satisfaire l'ensemble des acteurs en cause et, par là même, acceptée.

Chapitre 1 : Le rôle du juge dans la mise en œuvre des règles de droit international privé destinées à garantir à l'enfant déplacé une protection satisfaisante

605. Si le juge a indubitablement pour charge de s'assurer de la réalisation concrète des objectifs poursuivis par notre étude, c'est que le soin lui est laissé d'assurer une mise en œuvre convenable du droit international privé de l'enfance déplacée. Précision faite qu'il semble – du moins pour ce qui concerne ce chapitre - que le convenable dont il est question consiste à viser le respect des dispositions en vigueur, tout en assortissant cette mission de cohérence et de pragmatisme. En effet, bien que réputées pensées conformément à ce qu'exigent de manière générale les différents aspects de l'intérêt de l'enfant, les orientations de cette recherche nous paraissent devoir être également sensibles à ce que commande précisément la situation de déplacement à laquelle le magistrat saisi est susceptible d'être confronté. En conséquence, les solutions protectrices de cette étude n'ont rien à gagner à être rigides. Il serait ainsi permis au juge de contribuer à la souplesse des règles de compétence internationale directe sans pour autant encourir le reproche de perdre de vue l'effectivité et la suffisance (Section 1). Obéissant au même état d'esprit, la réception en France de la protection étrangère, rappellerait également pour sa part, la nécessité de permettre au juge d'assurer le bon fonctionnement souple du droit international privé de l'enfance déplacée (Section 2).

Section 1 : La contribution du juge à la souplesse des règles de compétence internationale directe

606. En vertu de nos propositions, les dispositions applicables à l'enfance déplacée répondent globalement à une logique similaire. Tout en étant spécifiquement adaptées à chaque type de déplacement dont un enfant est susceptible de faire l'objet. Ces points ont été précédemment développés et nous n'y reviendrons pas. Néanmoins, lorsque la situation du mineur le commande exceptionnellement, il ne serait sans doute pas inopportun que les orientations de cette étude puissent faire l'objet de quelques dérogations. En effet, la bonne application du droit requiert à la fois le respect de l'esprit général des dispositions visées ; et leur adaptation particulière à la situation précisément considérée. Dans un cas comme dans l'autre cependant, les dérives sont à proscrire. En matière de compétence internationale directe, voici donc définie la souplesse. Plus spécifiquement, deux séries d'exemples nous permettront de donner vie à nos propos :

Tout d'abord, nous envisagerons les exceptions au retour immédiat du mineur internationalement enlevé. Nos développements nous permettront alors de nous rendre compte que l'intérêt de l'enfant peut quelques fois justifier l'opportunité de renoncer à son retour. Toutefois, dans ces hypothèses, la qualité de l'interprétation des exceptions au principe du retour immédiat par le juge, sera seule à même de garantir la cohérence de la souplesse admise (I). Ensuite, nous verrons que la souplesse ne devrait pas toujours être l'œuvre d'un juge opposé à la requête de ses homologues souhaitant rétablir le *statu quo ante* suite au déplacement d'un mineur au mépris du droit. En effet, elle pourrait également parfois résulter de la collaboration internationale de magistrats qui, désireux de maximiser l'intérêt de l'enfant, devraient exceptionnellement pouvoir décider d'une compétence assise sur un critère différent de ceux préconisés par notre recherche (II).

I/ L'interprétation des juges au service de la souplesse des règles de protection adoptées : l'exemple des exceptions au retour de l'enfant illicitement déplacé¹⁴¹⁶

607. Le caractère illicite du déplacement n'est pas en lui seul la garantie pour le parent lésé de voir revenir son enfant. En effet, la *Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international de 1980*, envisage différentes exceptions qui pourront faire échec au retour immédiat de l'enfant enlevé (A). Pour sa part, le *Règlement Bruxelles II bis* profite du cadre plus restreint de ses partisans et de la communauté de valeurs les unissant, pour approfondir le système de la *Convention de 1980*, tout en y ajoutant des « garde-fous » destinés à mieux cadrer le recours aux exceptions au retour de l'enfant (B).

A. Les exceptions au retour immédiat : exposé des hypothèses envisagées au sein de la *Convention de La Haye de 1980*

608. Les exceptions potentielles au principe du retour sont diverses. Elles peuvent résulter de l'exercice non effectif du droit de garde par le parent lésé, du consentement de ce dernier au déplacement de son enfant, de la nécessité de consacrer l'intégration acquise du mineur ou encore, d'une contrariété aux principes fondamentaux de l'État requis sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1). Elles peuvent en outre intervenir afin de pallier un danger encouru par le mineur (2).

¹⁴¹⁶ Pour un tour d'horizon global des diverses situations de non-retour, cf. l'étude de François BOULANGER : Les cas de non-retour par suite d'un déplacement illicite de mineurs dans un cadre international, Droit de la famille n° 11, Novembre 2015, étude 16.

1. L'exercice non effectif du droit de garde, le consentement au déplacement de l'enfant, la nécessité de consacrer l'intégration acquise et la contrariété aux principes fondamentaux de l'État requis sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

609. Précédemment, nous exposions qu'en vertu des dispositions de l'article 3 de la *Convention de La Haye de 1980*, « le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite » à partir du moment où le droit de garde auquel il contrevient « *était exercé de façon effective, seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eut été si de tels événements n'étaient pas survenus* »¹⁴¹⁷. Prenant acte de cette exigence d'effectivité dans la caractérisation de l'illicéité du déplacement d'un enfant, l'article 13 alinéa 1 a) de l'instrument de La Haye prévoit une exception au retour immédiat de cet enfant pour le cas où cette condition ne serait pas établie. Ainsi, le retour peut n'être pas ordonné si « *la personne, l'institution ou l'organisme qui avait le soin de la personne de l'enfant n'exerçait pas **effectivement** le droit de garde à l'époque du déplacement ou du non-retour (...)* »¹⁴¹⁸.

610. L'ineffectivité de la garde n'est cependant pas le seul moyen de contrecarrer le retour d'un enfant ayant fait l'objet d'un déplacement contesté. En effet, la lecture de l'article précédemment évoqué offre la précision supplémentaire que la prise en compte de l'acquiescement au déplacement du parent prétendument lésé ou de l'enfant en âge de faire valoir sa position, empêchera également tout naturellement l'établissement du caractère illicite du déplacement – ou du non retour - d'un mineur. Le consentement requis doit bien évidemment être sans équivoque. L'exigence ne semble cependant pas emporter la nécessité d'un accord très explicitement formulé. Il suffirait ainsi qu'ayant été informé des projets de l'autre parent, le parent « non gardien » ne s'y oppose pas. Il serait en outre certainement abusif d'exiger que l'accord obtenu soit irrémédiable. Une décision de la Cour d'appel de Versailles rendue le 7 février 2002 nous enseigne à ce propos¹⁴¹⁹. Dans cette

¹⁴¹⁷ Cf. supra n° 231.

¹⁴¹⁸ Rappelons à ce propos que la charge de la preuve de l'ineffectivité de la garde repose sur le parent rapté. Aussi, pour de plus amples développements à propos de la nécessaire effectivité de la garde, cf. supra n° 231.

¹⁴¹⁹ Paris, 7 février 2002, Note A. BOTTIAU, Retour de l'enfant en cas de déplacement illicite à l'étranger, Dalloz 2003, P. 658.

affaire, l'enfant avait été déplacé en Espagne par sa mère. Le consentement du père, apparemment initialement obtenu, avait par la suite été remis en cause. Regrettant le départ du mineur à l'étranger, le père, sans pour autant demander le retour de ce dernier en France, profita de l'exercice de son droit de visite pour le retenir auprès de lui. La mère demanda alors tout à fait logiquement que le retour de l'enfant en Espagne soit prononcé. Elle obtint gain de cause. L'accord initialement donné est donc tenu pour acquis. Mais qu'en est-il de l'acquiescement survenu suite à une opposition originelle valablement formulée ? S'il se traduit par un renoncement, nous aurions peine à considérer que l'opposition puisse subsister. En revanche, lorsqu'il est simplement destiné à permettre le dialogue entre les parents, l'analyse semble devoir être différente. C'est du moins ce qu'estime la Cour de cassation. En effet, à l'occasion d'une affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 16 juillet 1992, l'accord provisoirement donné par le père dans l'espoir d'aboutir à une solution amiable, n'a pu être analysé comme un renoncement au retour de ses enfants¹⁴²⁰. Mais quand l'acquiescement fait défaut, l'écoulement du temps peut prendre le relais de l'argumentation possible :

611. Conformément à ce que prévoit l'article 12 alinéa 2 de la *Convention de La Haye de 1980*, le retour de l'enfant peut être refusé lorsque ce dernier a été déplacé ou est retenu depuis plus d'un an au moment de l'introduction de la demande¹⁴²¹ et lorsqu'il est établi qu'il s'est intégré dans son nouveau milieu¹⁴²². À l'inverse, lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement et qu'une période de moins d'un an s'est écoulée à partir du déplacement ou du non-retour au moment de l'introduction de la demande devant l'autorité judiciaire ou administrative de l'État contractant où se trouve l'enfant, l'autorité saisie ordonne son retour immédiat¹⁴²³. Le temps générateur d'intégration est donc susceptible de remettre en cause l'opportunité du mécanisme de principe. Tout comme la fondamentalité :

¹⁴²⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 16 juillet 1992, Note J. MASSIP, Dalloz, 1993, P. 570 ; Defrénois 1993, P. 721.

¹⁴²¹ Ce délai court du jour du déplacement ou du non-retour de l'enfant, au jour où la juridiction de l'État requis est saisie. En ce sens, cf. Cass. Civ. 1^{ère}, 9 juillet 2008, Note H. MUIR-WATT, Computation du délai d'un an dans lequel le retour immédiat de l'enfant illégalement déplacé peut être ordonné, Rev. crit. 2008, P. 241.

¹⁴²² Cela étant, la Cour de cassation demande de rechercher l'intérêt de l'enfant au-delà de son intégration : dans le respect de leur droit d'entretenir des relations personnelles avec ses deux parents par exemple (P. MURAT, Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 4 juillet 2006, Le « principe californien » à la française ou la Cour de cassation part en guerre contre les coups de force, Op. cit.).

¹⁴²³ Article 12 alinéa 1.

612. Le retour de l'enfant peut être refusé sur le fondement des dispositions de l'article 20 de la *Convention de La Haye de 1980*. En effet, cet article envisage que la contrariété aux principes fondamentaux de l'État requis sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales puisse, à l'instar des exceptions susmentionnées, faire obstacle au retour immédiat de l'enfant suite à son déplacement transfrontière. *A priori*, l'exception est suffisamment large pour susciter la crainte d'une contrevenance quasi-systématique à la sanction de l'illicéité du déplacement d'un mineur par l'un de ses parents. Néanmoins, il semble que pareille préoccupation puisse être apaisée car cette disposition vise non pas les risques mineurs, mais les situations particulièrement graves susceptibles de contrevenir au bon respect des droits fondamentaux de la personne humaine¹⁴²⁴. La traite et l'exploitation infantile en constituent des exemples¹⁴²⁵. Cela étant, il aurait été surprenant que seuls les cas extrêmes puissent justifier la « réserve » des juges. D'autres dispositions prévoient donc que le retour puisse être remis en cause si un danger encouru par l'enfant mérite d'être considéré (2). Leur étude nous dira si leur interprétation reste mesurée, à l'instar de ce qui vaut pour l'article 20.

2. La considération du danger encouru par l'enfant

613. L'article 13 1 b) de la *Convention de La Haye de 1980* prévoit une exception au retour immédiat si l'auteur du déplacement parvient à établir « *qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable* »¹⁴²⁶. Pareille exception était indispensable à la cohérence du mécanisme. En effet, l'automatisme rigide de la sanction du parent rapteur n'aurait pas été à même de servir convenablement l'intérêt de l'enfant. Or, nous savons que le mineur est au centre du dispositif conventionnel. Il arrive d'ailleurs que l'intervention illicite de l'un des parents soit davantage motivée par la volonté de protéger l'enfant du comportement « toxique » de l'autre parent, que par un désir incontrôlable de garder le mineur à proximité. Si donc le droit de

¹⁴²⁴ G. DROZ, Regards sur le droit international privé comparé, RCADI 1991, t. 229, Vol. 4 ; spéc. PP. 128-129.

¹⁴²⁵ Cf. supra n° 410 et suivants.

¹⁴²⁶ Exception déjà évoquée supra n° 86.

l'enlèvement international se veut respectueux de l'intérêt de chacun des parents, lorsque l'intérêt de l'enfant commande de revoir à la baisse les droits de l'un d'eux, cet intérêt doit primer. Quitte à contrevenir au principe du retour immédiat. Néanmoins, cette hypothèse mise à part, en règle générale l'application de ce dernier principe satisfait pleinement l'intérêt de l'enfant¹⁴²⁷. Une souplesse excessive, résultant d'une interprétation trop large du danger entraînerait donc des dérogations abusives¹⁴²⁸. Et cela vaut d'autant que l'usage de l'article 13 alinéa 1 b) par le parent rapteur est très fréquente¹⁴²⁹. Mais est-il réellement à craindre que l'appréciation des tribunaux manque d'impartialité ? Certes, l'interprétation des conditions permettant la mise en œuvre des exceptions au retour immédiat appartient aux juges du fond¹⁴³⁰. Ces derniers ont en effet pour charge de caractériser l'existence d'un risque grave de danger physique ou psychique ou l'existence d'une situation intolérable - la Cour de cassation se limitant à veiller à ce que, dans chaque cas, ceux-ci aient passé au crible les circonstances concrètes qui seraient de nature à affecter l'enfant¹⁴³¹.

Aux yeux de certains auteurs, cette prérogative attribuée aux juges du fond est susceptible de mener à une interprétation trop large des dispositions de l'article 13 alinéa 1 b) de la *Convention-enlèvement*. Ils craignent en effet que le système mis en place par l'instrument conventionnel puisse être remis en cause. Ainsi, pour Thierry GARE par exemple, à partir du moment où la notion de danger est interprétée largement, elle doit recouvrir non seulement le danger pour la santé, la sécurité, la moralité (parents violents, alcooliques, incestueux...), mais aussi des situations qui, à défaut d'être véritablement dangereuses, risquent d'être délicates pour le mineur, comme un changement de ses conditions de vie. Le danger pourrait dès lors résulter du nouveau déplacement de l'enfant, d'un nouveau changement de ses conditions de vie actuelle. Autant considérer que c'est le principe même de l'action en remise qui se trouverait ainsi condamné, puisque cette action

¹⁴²⁷ Il est notamment conforme à la visée d'une protection effective et suffisante.

¹⁴²⁸ En faveur d'une prise en considération des dispositions de l'article 13 b) de la Convention de 1980 au moyen d'une interprétation stricte mais non restrictive : cf. S. DEIS-BEAUQUESNE, L'article 13 b) alinéa 1 de la Convention de La Haye en question devant les juridictions françaises, AJ Famille 2002, P. 324.

¹⁴²⁹ Cf. notamment : Aix-en-Provence, 23 mars 1989, Note Y. LEQUETTE, Rev. crit. 1990, P.529 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 23 octobre 1990, Note Y. LEQUETTE, Rev. crit. 1991, P. 407 ; Cass. Civ. 1^{ère} 16 décembre 1992, Note J. MASSIP, Dalloz 1993, P. 570 ; Paris, 13 juillet 1993, Jurisdata, n° 022817, JCP 1994.IV.224.

¹⁴³⁰ Pour exemple, cf. notamment les développements de Bernard AUDIT à propos de : Versailles, 12 novembre 1992 et Civ. 1^{ère}, 16 décembre 1992, Appréciation souveraine des juges du fond quant à l'existence d'un risque grave présenté par le retour à l'étranger d'un enfant retenu illicitement en France, Dalloz 1993, P. 352.

¹⁴³¹ La Cour de cassation contrôle en effet l'interprétation et l'application des règles de droit et veille au respect de l'obligation de motivation. À ce propos, cf. J.-P. ANCEL, L'application de la Convention de La Haye en France, AJ Famille 2006, chroniques P. 178.

suppose nécessairement un retour dans l'État d'origine, donc, un nouveau changement dans les conditions de vie actuelle de l'enfant¹⁴³². Mais à tout bien réfléchir, « *le véritable danger que recèle l'article 13 b) pour le mécanisme conventionnel de restitution n'est-il pas (...) que celui-ci perde son caractère essentiellement possessoire pour devenir le prétexte d'un réexamen du conflit opposant les parents quant au fond ?* »¹⁴³³.

614. En réalité, au moins deux catégories de raisons devraient légitimement pouvoir justifier la mise à l'écart d'une exception au retour immédiat de l'enfant : d'une part, *l'absence d'actualité* du danger allégué¹⁴³⁴ ; d'autre part, la *nature même des circonstances* invoquées. Un arrêt rendu le 15 juin 1994 illustre parfaitement cette seconde hypothèse¹⁴³⁵. Dans cette affaire, la mère prétendait que le père, gardien, était membre d'une secte et que cet état de fait était constitutif d'un danger pour l'enfant. L'analyse des diverses pratiques du parent supposé dangereux n'a cependant pas emporté la conviction des juges nationaux quant à la réalité du risque encouru par l'enfant. Refusant de se livrer à une appréciation des mérites au fond des conceptions philosophiques ou théosophiques du père, la Cour a relevé que les manifestations extérieures de celles-ci n'étaient pas en elles-mêmes révélatrices d'un déséquilibre dangereux pour l'enfant. Ainsi, il semblerait que *l'appartenance à une secte ne constitue pas à elle seule le danger visé à l'article 13 b)*¹⁴³⁶. En

¹⁴³² T. GARE, Les enlèvements internationaux d'enfants, Op. cit.

¹⁴³³ Cf. en ce sens, CHATIN, Les conflits de lois relatifs à la garde des enfants et au droit de visite en droit international privé, TCFDIP, 1981-1982, P. 121 et B. ANCEL, La réaction du droit international privé français à l'enlèvement international d'enfant, in « Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores », Jornadas de derecho internacional privado, Toledo 26 et 27 janvier 1990, cités par Horatia MUIR-WATT, in De l'appréciation du danger dans le cadre d'une action en retour d'un enfant illégalement déplacé, Op. cit.

¹⁴³⁴ La jurisprudence considère ainsi par exemple qu'il ne convient pas de retenir des faits passés pour y trouver un risque grave et actuel pour les enfants : Civ. 1^{ère}, 23 octobre 1990, Note Y. LEQUETTE, Rev. crit. 1991, P. 407.

¹⁴³⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 15 juin (et 12 juillet 1994), Note F. MONEGER, Convention de La Haye sur les enlèvements internationaux d'enfants, du 25 octobre 1980. Mise en œuvre de l'action en remise d'enfants, Rev. dr. sanit. soc. 1995, P. 604 ; Note H. MUIR-WATT, De l'appréciation du danger dans le cadre d'une action en retour d'un enfant illégalement déplacé, Rev. crit. 1995, P. 96.

¹⁴³⁶ « Pareille conclusion peut se réclamer de l'autorité d'une décision récente de la CEDH (Hoffmann c/. Autriche, du 23 juin 1993, Chronique HAUSER, RTD. civ. 1993, P. 817), rendue au profit d'une ressortissante autrichienne, divorcée et mère de deux enfants, qui s'était vu refuser l'autorité parentale (Elternrechte) en raison de sa récente adhésion aux Témoins de Jéhovah. La portée de la décision de la Cour de Strasbourg consiste bien en la condamnation de tout a priori tiré d'une appartenance religieuse, envisagée indépendamment des effets concrets de son exercice (...). L'examen de la jurisprudence française montre cependant que pareil principe n'est pas toujours respecté. Par une décision notoire, le Conseil d'État a ainsi refusé l'agrément à un couple désireux d'adopter un enfant étranger, motif pareillement tiré de son appartenance aux Témoins de Jéhovah (CE, 24 avr. 1992, Note ROUVIERE-PERRIER, Dalloz 1993 P. 234) ; la Cour de cassation elle-même ne s'est pas montrée plus accueillante à l'égard de la demande de remise d'un enfant naturel

revanche, il convient de préciser que le respect dû à l'appartenance religieuse n'exclut pas de rechercher si les conséquences concrètes qui en découlent ne sont pas de nature à constituer un danger pour le mineur. Il importera donc de vérifier que les convictions philosophiques ou religieuses du parent concerné ne sont pas *de nature à imposer à l'enfant des conditions de vie inhabituelles*¹⁴³⁷. À défaut, une atteinte à l'intérêt du mineur serait à craindre. Fort heureusement cependant, dans sa mission visant à contrôler la motivation des juges du fond, dans cette affaire, la Cour de cassation a pu s'assurer de la juste place accordée à la recherche des conditions de vie qui accompagneront le retour.

615. Plus généralement, l'analyse de la jurisprudence révèle qu'une large majorité des décisions est empreinte du souci de garantir la viabilité des mécanismes internationaux. C'est dire que les juges du fond ont tendance à retenir une conception relativement restrictive du danger¹⁴³⁸. Il est en effet rare qu'ils acceptent de consolider la situation issue d'un enlèvement parental¹⁴³⁹. Cette réticence s'explique par la volonté de respecter la compétence de l'ordre juridique de la résidence

fondée sur l'article 375 c. civ., formée par un tiers de religion mormone (Cass. Civ. 1^{ère}, 13 avril 1992, Dalloz 1992, IR 161 ; RTD. civ., 1992, P.552, obs. J. Hauser et D. Huet-Weiller) » : Horatia MUIR-WATT, Op. cit.

¹⁴³⁷ Pour une illustration des conséquences néfastes pour l'enfant qui peuvent accompagner l'adhésion de ses parents à une secte : Rennes, ch. corr., 18 février 1993, Note J.-Y. CHEVALLIER, JCP 1994.II.22210 : « constitue ainsi une atteinte caractérisée à la santé et à la sécurité d'un enfant âgé de six ans et demi, le fait d'avoir envoyé celui-ci seul en Inde dans une école dirigée par les adeptes d'une secte, sans limitation de durée, le tout conduisant pour lui à de graves dégradations psychiques et physiques ».

Également : Cass. Civ. 1^{ère}, 12 décembre 2006, JurisData n° 2006-036446 ; JCP n°4, 24 janvier 2007, IV 1160 ; Obs. P. DELAPORTE-CARRE, Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants : risque grave s'opposant au retour et choix religieux du parent, Dalloz actualité 5 janvier 2007 (risque grave de l'article 13 b) retenu).

¹⁴³⁸ Pour des exemples de refus d'application de l'article 13 b), cf. : Cass. Civ. 1^{ère}, 25 janvier 2005, Note F. BOULANGER, La Cour de cassation et les enlèvements internationaux d'enfants : retour à une interprétation orthodoxe de la Convention de la Haye de 1980, Dalloz 2005, P. 2790 ; Note M. FARGE, Enlèvement international d'enfant : la Cour de cassation assure l'efficacité de l'action en remise immédiate, Droit de la famille n° 9, Septembre 2005, comm. P. 201 ; Note E. GALLANT, Il ne peut être décidé de la garde avant le retour de l'enfant illicitement déplacé, Rev. crit. 2006, P. 127 ; Note H. GAUDEMET-TALLON, Clunet 2006, P. 141. Également : Cass. Civ. 1^{ère}, 14 novembre 2006, JurisData n° 2006-035878 ; JCP n°50, 13 décembre 2006, IV 3442 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 17 juin 2009, Note M. EPPLER, Nouveau refus de la Cour de cassation d'appliquer l'article 13 b) de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, Gaz. Pal. 2009, P. 31 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 19 novembre 2014, Obs. A. BOICHE, Exceptions strictes au non retour de l'enfant, AJ Famille 2014, n°12, P. 703 ; Commentaire par Claire NEIRINCK, Enlèvement international d'enfants : les exceptions au retour immédiat doivent être appréciées avec rigueur, Droit de la famille n°2, Février 2015, comm. 31 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 10 février 2016, n°15-19.565, Interprétation strictes des exceptions au retour immédiat de l'enfant en cas d'enlèvement international, RJPF, n°6, Section Brèves, 1^{er} juin 2016 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 7 décembre 2016, n° 16-20.858, F. MELIN, Enlèvement international et retour immédiat de l'enfant, Dalloz actualité, 1^{er} janvier 2017.

¹⁴³⁹ Pour exemple, ce refus de consolider le déplacement en l'absence de danger avéré : Cass. Civ. 1^{ère}, 19 novembre 2014, Gazette du Palais, 04 décembre 2014 n° 338, P. 26

Cf. cependant : Paris, 13 juillet 1993 et l'arrêt rapporté du 12 juillet 1994.

habituelle antérieure, désigné par l'article 3 a) pour déterminer la légitimité des prétentions en cause. L'existence d'un risque grave est ainsi la plupart du temps avérée en considération de l'intérêt de l'enfant, suite à une interprétation pesée et réfléchie¹⁴⁴⁰. Cela ne signifie pas pour autant que toute crainte d'une mise en échec du dispositif visant le retour puisse être écartée sans nuance.

616. En effet, la part contrôlée de l'appréciation des juges du fond comprise, une précision s'avère nécessaire : le succès du dispositif de restitution conventionnel dépend aussi de *la définition juridique de la situation génératrice du danger* visé à l'article 13 b). Et sur ce terrain où la Cour de cassation retrouve sa propre souveraineté, un arrêt rendu le 12 juillet 1994 a entrepris d'innover¹⁴⁴¹ : aux termes de celui-ci, le danger envisagé par le texte susvisé n'est pas seulement celui qui a sa source dans les conditions de vie retrouvées auprès du parent victime de la voie de fait, mais aussi celui dont la cause réside dans une séparation d'avec le parent auteur de celle-ci. En effet, confrontée aux expertises alarmantes relatives à l'état psychique d'un enfant, dans cette affaire, la Cour de cassation n'a pu que constater le bien-fondé de la position des juges du fond : puisque le rapport médical relevait que l'enfant déplacé « *vivrait comme un deuil* » la séparation d'avec sa mère, le danger était concrètement vérifié et le refus du retour s'imposait¹⁴⁴². Le seul besoin impérieux de stabilité (y compris affective) d'un enfant déjà ballotté entre deux milieux différents peut donc justifier, comme en l'espèce, de consolider sa situation actuelle, fût-elle la conséquence de l'action illicite du parent bénéficiaire.

¹⁴⁴⁰ Pour illustration, cf. Paris, 7 février 2002, Note A. BOTTIAU, Op. cit.

¹⁴⁴¹ Cass. Civ. 1^{ère}, (15 juin et) 12 juillet 1994, Note F. MONEGER, Convention de La Haye sur les enlèvements internationaux d'enfants, du 25 octobre 1980... Op. cit. ; Note H. MUIR-WATT, De l'appréciation du danger dans le cadre d'une action en retour d'un enfant illégalement déplacé, Op. cit.

Confirmé par Cass. Civ. 1^{ère}, 21 novembre 1995, Note J. MASSIP, Defrénois 1995, P. 729.

¹⁴⁴² L'arrêt rendu le 22 juin 1999 par la Cour de cassation dans l'affaire Ancelin/Tiemann reprend une partie de cette argumentation pour justifier le non-retour des enfants. La Cour d'appel d'Orléans est en effet approuvée d'avoir considéré qu'un nouveau changement dans les conditions de vie des enfants (rupture d'avec la mère et rupture de la fratrie) pouvait constituer un risque de danger grave ou de création d'une situation intolérable au sens de l'article 13 alinéa 1 b) de la Convention de La Haye de 1980.

En sens contraire cependant, la Cour d'appel de Rouen, à l'occasion d'une décision rendue le 30 octobre 2008 (JurisData n° 2008-00307 ; JCP n°8, 18 février 2009, IV 1343), a estimé que même si la séparation entre la mère et son jeune enfant était décrite comme difficile par les psychologues, la requérante était mal venue de l'invoquer alors qu'elle avait provoqué elle-même cette situation et qu'elle avait ainsi privé l'enfant de son père. Le risque grave pour l'enfant visé à l'article 13 alinéa 1 b) n'était donc pas caractérisé aux yeux des juges.

Si l'on peut aisément comprendre les arguments des juges, il n'en demeure pas moins que ce type de décision présente le risque de purement et simplement mener à l'approbation d'un déplacement dont le caractère illicite est pourtant incontestable. En fonction de leurs convictions, les magistrats peuvent en effet argumenter dans un sens ou dans l'autre. Et pourtant, c'est justement là la garantie que le retour ne sera pas rigide et borné. Il reste que pour s'assurer du bon fonctionnement du système de La Haye, les juges ne devraient jamais oublier que le non retour doit toujours être une solution ultime, envisagée comme une exception à un principe qu'il convient de respecter autant que possible.

617. Les affaires précitées, bien qu'ayant parfois admis le non retour, ne nous paraissent pas s'être véritablement écartées de cette direction. D'ailleurs, pour en revenir au dernier arrêt présenté, il convient de relever qu'une solution différente aurait peut être encouru la censure de la Cour européenne des droits de l'homme. Le constat est tiré des faits ayant donné lieu à l'affaire *Neulinger*¹⁴⁴³ : une mère avait clandestinement quitté Israël pour la Suisse avec son fils. Après que les demandes de retour formulées par le père aient été rejetées à deux reprises sur le fondement du risque grave visé par l'article 13 alinéa 1 b) de la *Convention de La Haye de 1980*, le Tribunal fédéral suisse avait ordonné le retour de l'enfant. Il se détachait ainsi de la position des juridictions inférieures qui justifiaient notamment leurs décisions par le constat que le prononcé du retour aurait pour conséquence de séparer le mineur de sa mère. Pour le Tribunal fédéral au contraire, le risque invoqué par la mère ne pouvait légitimement valoir puisque celle-ci, en refusant de rentrer en Israël, en était la cause. L'affaire a été renvoyée devant la Grande Chambre de la CEDH, la Chambre ayant au préalable jugé que la décision de retour n'était pas disproportionnée. Au contraire pourtant, la Grande Chambre a relevé que, selon le dernier état de l'affaire devant les juridictions suisses, seul un retour de l'enfant *avec sa mère* était envisageable. Prenant également note qu'une procédure pénale avait été engagée contre la mère en Israël et que, en dépit des garanties données par les autorités israéliennes, rien n'assurait à cette dernière qu'elle ne soit pas incarcérée lors de son

¹⁴⁴³ CEDH, 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk c/ Suisse*, M. BRUGGEMAN, Veille à propos de CEDH, communiqué du greffier, 6 juillet 2010, *Droit de la famille* n°10, octobre 2010, alerte 65 ; Obs. I. GALLMEISTER, *Dalloz* 2010, P. 2062 ; Note B. PASTRE-BELDA, L'article 8 fait obstacle au retour d'un enfant déplacé illicitement, *JCP* 2010, P. 824 ; J.-P. MARGUENAUD, *Op. cit.*

arrivée en Israël, la CEDH relève que l'enfant pourrait se retrouver dans une situation difficile. Si donc aux yeux de la Cour, le retour de la mère pouvait avoir des conséquences disproportionnées et emporter la violation de l'article 8 de la CESDH, c'est que cette dernière courrait elle-même le risque de se faire incarcérer dans ce pays à la suite de la plainte déposée par le père. Bien évidemment, cette décision a suscité de vives réactions des praticiens de la *Convention-enlèvement* : une prime semblait donnée au parent rapté qui se fonde dans la clandestinité puisque si le parent « victime » utilise le droit pénal pour localiser son enfant, il s'en trouvera lui-même lésé... En réalité cependant, il nous semble que c'est davantage la question de l'opportunité du recours aux sanctions pénales en matière d'enlèvement international d'enfant qui devrait fonder le débat¹⁴⁴⁴...

618. Cependant bien consciente du risque de dérives auquel pouvait conduire cet arrêt, la CEDH a opportunément entrepris de clarifier sa jurisprudence et, par la même occasion, en a limité les effets. Elle précise ainsi que « *l'arrêt Neulinger et notamment les dispositions de son paragraphe 139 n'imposaient aucunement au juge national saisi d'une procédure de retour de se livrer à un examen complet et approfondi de l'ensemble de la situation familiale. Elle estime qu'il faut comprendre cette assertion comme impliquant l'obligation pour les juges de répondre, dans le cadre d'une procédure de retour, aux exceptions prévues par la convention de La Haye et soulevées par le parent défendeur à la lumière des dispositions de l'article 8 de la Conv. EDH. Selon la Cour, ce texte fait obligation au juge de se livrer à une argumentation spécifique pour répondre aux exceptions au retour soulevées* »¹⁴⁴⁵. Et comme le relève Monsieur BOICHE « *sur ce point, on ne peut que relever combien la position ainsi adoptée par les juges strasbourgeois se rapproche de celle de la Cour de cassation qui, dans son arrêt du 13 février 2013 (...) a jugé que les exceptions au retour devaient être étudiées à l'aune de l'intérêt supérieur de l'enfant tel que garanti par les dispositions de l'article 3-1 de la convention de New York du 20 novembre 1989* »¹⁴⁴⁶. De là, « *à la logique de l'affrontement qui ressortait de l'arrêt Neulinger et de ses avatars, la Cour privilégie dorénavant une logique de complémentarité entre* » la *Convention-enlèvement* et la CESDH¹⁴⁴⁷ :

¹⁴⁴⁴ Pour de plus amples précisions à ce propos, cf. supra n° 327 et suivants.

¹⁴⁴⁵ CEDH, 26 novembre 2013, n° 27853/09, Note A. BOICHE, Enlèvement international d'enfants : la Cour européenne des droits de l'homme revient sur sa jurisprudence Neulinger, AJ Famille 2014, P. 58.

¹⁴⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁴⁷ Ibid.

« les juges nationaux ne doivent en aucun cas se livrer à un examen approfondi de l'ensemble de la situation familiale. Simplement les éléments susceptibles de constituer une exception au retour immédiat de l'enfant en application des articles 12, 13 et 20 de la convention de La Haye doivent avoir été réellement pris en compte par le juge requis dans une décision suffisamment motivée. Ils doivent être appréciés à la lumière de l'article 8 de la Conv. EDH »¹⁴⁴⁸.

*

*

*

619. Finalement, - et en dépit de quelques regrettables affaires¹⁴⁴⁹ - l'interprétation concrète des exceptions au retour de l'enfant telles qu'envisagées par la *Convention de La Haye de 1980*, même parfois risquée, ne semble pas excessive. La viabilité du mécanisme du retour immédiat mis en œuvre par la *Convention de La Haye de 1980* n'est donc pas remise en cause. Profitant du cadre plus restreint de ses membres, tous partisans d'une même communauté de valeurs, le *Règlement Bruxelles II bis* a toutefois saisi l'occasion de mieux cadrer les hypothèses d'intervention des

¹⁴⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁴⁹ D'ailleurs non exclusivement fondées sur les dispositions de la Convention de La Haye de 1980. Pour preuve : Inspiré de l'article 13 b) de la Convention de La Haye de 1980, l'article 25 de la Convention franco-marocaine permet que le retour immédiat soit refusé lorsque la remise de l'enfant serait de nature à mettre gravement en cause sa santé ou sa sécurité en raison de la survenance d'un événement de gravité exceptionnelle depuis l'attribution de la garde. Formulée de façon particulièrement restrictive cette réserve doit normalement n'être utilisée que de manière exceptionnelle. Normalement la situation de danger doit être recherchée dans la réunion de l'enfant avec le titulaire de la garde. Pourtant, la démarche approuvée par la Cour de cassation dans un arrêt du 22 mai 2007 a été d'un tout autre ordre. En effet, cette affaire a conduit la Haute juridiction à accepter que le non retour puisse se fonder sur des éléments passés caractérisant, non pas l'existence d'un danger actuel pour l'enfant, mais l'impossibilité dans laquelle était la mère de faire respecter au Maroc son droit de garde et d'entretenir des liens avec son enfant. D'ailleurs, la Cour de cassation a même été jusqu'à faire valoir que le maintien de l'enfant en France était un gage qu'il pourra entretenir des relations personnelles avec chacun de ses parents, conformément à l'article 9-3 de la CIDE...

Cf. à ce propos le commentaire de Michel FARGE, Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 22 mai 2007, Constat de faillite de la coopération franco-marocaine : le droit à entretenir des relations personnelles avec chacun de ses parents est invoqué pour consolider un enlèvement illicite !, *Droit de la famille* n° 7, Juillet 2007, P. 155 ; du même auteur : Une double illustration des dispositions de la Convention franco-marocaine en matière de protection des mineurs, *AJ Famille* 2007, P. 356 ; P. DELAPORTE-CARRE, Obs. sous Civ. 1^{ère}, 22 mai 2007, Convention franco-marocaine du 10 août 1981 et déplacement illicite de l'enfant, *Dalloz actualité* 6 juin 2007.

Rappelons cependant que toutes les conventions bilatérales ne permettent pas pareille interprétation. En effet, le pouvoir du juge se trouve plus réduit dans la Convention franco-algérienne du 21 juin 1988. Cf. H. BOSSE-PLATIERE, L'application par les tribunaux français des conventions visant à lutter contre les déplacements illicites d'enfants, in « L'enfant et les conventions internationales », PUL, 1996. PP.413-431.

exceptions au retour immédiat de l'enfant enlevé. Il limite ainsi davantage le risque de dérives inhérents à une interprétation trop large des juges (B).

B. Les exceptions au retour immédiat : exposé des précisions du Règlement Bruxelles II bis

620. Aux termes du considérant 17 du *Règlement Bruxelles II bis*, « en cas de déplacement ou de non-retour illicites d'un enfant, son retour devrait être obtenu sans délai et à ces fins la convention de La Haye (de 1980) devrait continuer à s'appliquer telle que complétée par les dispositions de ce règlement et en particulier de l'article 11 ». La *Convention-enlèvement*, qui rappelons-le, prévoit diverses exceptions au retour immédiat de l'enfant enlevé, demeure donc applicable dans le cadre du *Règlement Bruxelles II bis*. Toutefois, pour la part de ses dispositions divergentes ou complémentaires, ce dernier prime l'instrument de La Haye. Et s'il accepte pareillement que « les juridictions de l'État membre dans lequel l'enfant a été déplacé ou retenu illicitement devraient être en mesure de s'opposer à son retour dans des cas précis, dûment justifiés »¹⁴⁵⁰, prenant acte des risques de dérives inhérents à une interprétation trop large des exceptions permises au retour immédiat de l'enfant, il a choisi d'approfondir le système mis en place par la *Convention de la Haye de 1980*, en prévoyant toute une série de règles supplémentaires¹⁴⁵¹ :

621. Son article 11, fort de ses 8 paragraphes, prévoit en effet premièrement diverses garanties procédurales : le paragraphe 2 promotionne l'audition de l'enfant lorsque ce dernier a fait l'objet d'un déplacement illicite et que suite à cet événement, son retour automatique est remis en cause¹⁴⁵². Le paragraphe 3 du même article impose pour sa part aux autorités saisies de la demande de retour contestée, une intervention au moyen des procédures les plus rapides prévues par le droit national. Précision est d'ailleurs faite qu'autant que faire se peut, ces autorités devront rendre leur décision dans les six semaines suivant leur saisine. Le paragraphe 5 quant à lui, prend soin de préserver les

¹⁴⁵⁰ Toujours selon le considérant 17.

¹⁴⁵¹ V. CHAUVEAU, Les apports du règlement européen n°2201/2003 du 27 novembre 2003 aux questions posées par les enlèvements d'enfants internationaux, AJ Famille 2005, P. 265.

¹⁴⁵² Pour de plus amples développements au sujet de l'audition du mineur, cf. infra n° 729 et suivants.

droits du demandeur en subordonnant la possibilité de refuser le retour de l'enfant illicitement déplacé, à l'assurance que le parent lésé ait pu être entendu. Cette condition est particulièrement intéressante car elle empêche que la conviction des juges ne se fonde uniquement sur les allégations du parent à l'origine de l'enlèvement.

622. Au-delà de ces simples règles de procédure, le paragraphe 4 de l'article 11 du *Règlement Bruxelles II bis* s'assure que le danger avéré pourra fonder le non retour dans la seule mesure où rien n'a été fait afin de préserver l'enfant contre les risques qu'occasionnerait le retour en question. Mais la donne change « *s'il est établi que des dispositions adéquates ont été prises pour assurer la protection de l'enfant après son retour* ». C'est d'ailleurs par référence à cet article que la Cour de cassation, dans un arrêt du 8 juillet 2010, a décidé que dès lors qu'une mesure de protection avait été prise par les autorités anglaises, les juridictions françaises étaient liées : le retour ne pouvait donc qu'être ordonné¹⁴⁵³. Si donc les autorités de l'État de résidence habituelle de l'enfant avant son déplacement prennent des mesures de nature à assurer la non réalisation du danger mis en cause, le *Règlement Bruxelles II bis* commande d'en prendre acte et d'ordonner le retour de l'enfant. Avec cet instrument, l'encadrement de la définition du danger susceptible de contrevenir au principe du retour immédiat est donc plus strict, et les risques de dérive, mieux cadrés.

623. Mais c'est sans doute le paragraphe 8 de l'article 11 qui assène le coup de grâce aux craintes d'une interprétation trop large des exceptions au retour de l'enfant enlevé. En effet, lorsqu'une décision de non retour aura été rendue par les autorités de l'État sur le territoire desquelles l'enfant se trouve¹⁴⁵⁴, elle ne marquera pas nécessairement la fin de l'espoir du parent

¹⁴⁵³ Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, n° 09-66.406, Dalloz 2010, P. 1798 ; Note L. ABADIE, Op. cit ; Note L. GALICHET, Enlèvement international d'enfants, la Cour de cassation renforce la coopération au sein de l'Union en vue d'un retour immédiat de l'enfant, Droit de la famille n°10, octobre 2010, comm. P. 158 ; Note I. GALLMEISTER, Règlement Bruxelles II bis : retour des enfants dans l'État de leur résidence habituelle, Dalloz actualité 28 juillet 2010 ; Note J. MASSIP, Defrénois 2010, P. 2029.

Dans le même sens, cf. Cass. Civ. 1^{ère}, 20 octobre 2010, Note A. BOICHE, Décision de retour dans le cadre du règlement Bruxelles II bis, AJ Famille 2010 p. 546 ; Veille par A. DEVERS, Appréciation du risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger, JCP 2010, P. 1109.

¹⁴⁵⁴ Il est à noter que la décision n'impliquant pas le retour de l'enfant illicitement déplacé ne peut résulter d'une décision provisoire par laquelle la garde est attribuée au parent ayant enlevé l'enfant, dans l'attente de la décision définitive. Ainsi, quand bien même les autorités de l'État d'origine auraient provisoirement confié la garde de l'enfant

victime : les autorités de l'État de résidence habituelle de l'enfant avant son déplacement illicite pourront malgré tout ordonner le retour de ce dernier. En ce sens, elles ont le dernier mot.

Ainsi, la décision de non-retour prise sur le fondement de l'article 13 b) peut être remplacée par une décision ultérieure de la juridiction de l'État membre de la résidence habituelle de l'enfant avant son déplacement ou non-retour illicite. Et si cette décision ordonne le retour de l'enfant, le retour en question devra avoir lieu sans qu'aucune procédure de reconnaissance et/ou d'exécution dans l'État sur le territoire duquel l'enfant se trouve ne soit nécessaire. Pour ce faire, il lui suffira simplement d'être « certifiée »¹⁴⁵⁵. Voici résumée la procédure accélérée de retour immédiat de l'enfant enlevé, dite *fast-track*. Cela étant, il convient de noter que la mise en œuvre de cette procédure accélérée peut, dans certaines hypothèses, poser difficulté. En effet, destinée à résoudre un vrai conflit de décisions contradictoires, elle suppose que la décision de retour du juge de l'État d'origine se heurte à la résistance des autorités du pays de l'exécution, où l'enfant se trouve...

enlevé au parent rapteur, elles pourraient rendre une décision de retour exécutoire de plein droit, puis ne statuer qu'ultérieurement définitivement sur la garde. Cf. en ce sens : CJUE, 1^{er} juillet 2010, aff. C-211/10 PPU, Povse c/ Alpago, Note A. DEVERS, Une nouvelle procédure préjudicielle d'urgence sur les enlèvements intra-européens d'enfants, JCP 2010, P. 956 ; Note L. IDOT, Déplacement illicite et compétence de la juridiction d'origine, « Règlement Bruxelles II Bis », Europe n° 10, Octobre 2010, comm. 349 ; Veille M. BRUGGEMAN, CJUE, communiqué de presse n°71/10, 1^{er} juillet 2010, Déplacement illicite d'enfant : interprétation stricte du Règlement Bruxelles II bis, Droit de la famille n° 9, septembre 2010, alerte 56.

Inversement, les autorités compétentes peuvent statuer sur la garde quand bien même le retour de l'enfant n'aurait pas eu lieu. Cf. en ce sens : Cass. Civ. 1^{ère}, 9 juillet 2008, Note M. EPPLER, Rappel sur l'objectif visé par la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, Gaz. Pal. 2009, P. 24 ; Note L. GALICHET, Enlèvement international d'enfant, Droit de la famille n° 10, Octobre 2008, comm. 134 : « ce principe a été ignoré par la Cour d'appel de Reims. Pour elle, « il ne peut être statué sur la garde de l'enfant tant que celle-ci n'est pas de retour » (...). L'arrêt d'appel est donc justement censuré » ; Cass. Civ. 1^{ère}, 9 juillet 2008, Veille A. DEVERS, L'enlèvement de l'enfant ne fait pas obstacle à la procédure introduite en France, JCP n°31, 30 juillet 2008.

Ce qui importe en réalité, c'est que la juridiction de l'État de déplacement vérifie si l'enfant avait encore sa résidence habituelle dans l'État d'origine au moment du prononcé de la décision définitive : CJUE, 9 octobre 2014, Obs. É. VIGANOTTI, Retour de l'enfant et résidence habituelle, AJ Famille 2014, P. 637.

¹⁴⁵⁵ L'article 42-1 prévoit ainsi que « le retour de l'enfant... résultant d'une décision exécutoire rendue dans un État membre est reconnu et jouit de la force exécutoire dans un autre État membre sans qu'aucune déclaration lui reconnaissant force exécutoire ne soit requise et sans qu'il ne soit possible de s'opposer à sa reconnaissance si la décision a été certifiée dans l'État membre d'origine... ». Pour échapper à l'exequatur et ainsi bénéficier d'une circulation libre, il faut donc que la décision soit accompagnée d'un certificat délivré par le juge d'origine, conformément au modèle figurant en annexe du Règlement.

L'alinéa 2 du même article pose les conditions de cette certification, qui comprennent, outre le respect des droits de la défense, la prise en compte des motifs et des éléments de preuve sur la base desquels avait été rendue la décision prise en application de l'article 13 de la Convention-enlèvement.

Ces conditions remplies, la confrontation ou « vrai conflit » opposant une décision de non-retour sur le fondement de la Convention et une décision de retour prise par le juge compétent en vertu du Règlement Bruxelles II bis se résout en faveur ce dernier, par le truchement de la certification exécutoire que le juge d'origine confère à sa propre décision de retour en vertu de l'article 42.

L'arrêt *Rinau* rendu par la Cour de Justice de l'Union Européenne en 2008, en est une belle illustration¹⁴⁵⁶.

Dans cette affaire, la question se posait de savoir si l'infirmité en appel de la décision de refus rendue en première instance par les juridictions requises, ne privait pas d'objet la décision certifiée de retour rendue par la juridiction allemande du divorce. Si tel devait être le cas, la procédure *fast-track* tombait aux oubliettes. Bien évidemment, le certificat conférant force exécutoire à la décision de retour supposait l'émission préalable d'une décision de non-retour¹⁴⁵⁷. Et dans la mesure où tel était le cas, son émission par les autorités de l'État d'origine de l'enfant était valable. Peu importait en revanche que des incidents procéduraux ultérieurs soient survenus dans l'État membre d'exécution. Peu importait même qu'ils aient conduit à suspendre, annuler ou infirmer la décision de non-retour litigieuse. Une solution différente aurait conduit à subordonner le retour immédiat de l'enfant à l'épuisement des voies de recours dans cet État, ce qui aurait eu pour conséquence corrélative de priver les dispositions européennes de leur intérêt. Fort heureusement il n'en est rien puisqu'il a été décidé que tant que le retour de l'enfant n'est pas acquis, la juridiction requise doit constater la force exécutoire de la décision certifiée et faire droit au retour de l'enfant¹⁴⁵⁸.

* *

*

624. Nous n'avons qu'un constat : le système de La Haye se veut à la fois souple et cohérent. Certes, sans être parfait. Mais en droit international privé – et peut être plus encore en droit

¹⁴⁵⁶ CJUE, 11 juillet 2008, Inga Rinau, (Premier arrêt rendu en application de la procédure préjudicielle d'urgence), Note H. MUIR-WATT, Convention de La Haye sur les enlèvements internationaux d'enfants du 25 octobre 1980. Mise en œuvre de l'action en remise d'enfants, Rev. crit. 2008. P. 871 ; Note A. DEVERS, Force exécutoire de la décision de retour ordonnée par le juge de l'État d'origine, JCP 2008.II. 10207 ; Note L. IDOT, Conflit de juridictions et enlèvement d'enfant, Europe n° 10, Octobre 2008, comm. 351.

¹⁴⁵⁷ En effet, le déclenchement de la procédure accélérée ne se justifie que si le retour de l'enfant a effectivement été refusé par les autorités de l'État vers lequel l'enfant a été déplacé. À défaut, la voie d'exécution ordinaire consacrée à l'article 28-1 semble suffisante.

¹⁴⁵⁸ CJUE, 1^{er} juillet 2010, aff. C-211/10 PPU, Povse c/ Alpago, Note A. DEVERS, Op. cit. ; Veille M. BRUGGEMAN, Op. cit.

international privé de l'enfance - si la critique est aisée, la pratique n'est pas simple. Pour preuve : en dépit de ses louables ambitions, le système européen fait à peine mieux que celui de la Conférence. En effet, les précisions proposées par le *Règlement Bruxelles II bis* demeurent limitées puisqu'elles s'inscrivent malheureusement dans le champ restreint des relations entre les États membres de l'Union européenne. Au-delà des frontières de l'Europe, elles n'empêcheront donc pas une appréciation plus large. Mais le cœur du problème est-il réellement là ? Cette étude a pris parti de considérer qu'il est ailleurs. Pour une double raison : d'une part, nous avons déjà fait état de notre sentiment qu'en grande majorité, la bonne volonté des juges est manifeste. D'autre part, il nous paraît que le fait que la décision visant le retour ou permettant le non retour soit le fait d'un juge appelé à statuer en dépit de la position de son homologue pourtant tout aussi concerné par le déplacement illicite du mineur partagé entre deux États, soit une question bien plus sensible. De là, pour ce qui est des exceptions au non retour, comme pour ce qui concerne les autres situations susceptibles de faire l'objet de dérogations aux règles de principe, il nous semble que la collaboration des juges soit essentielle afin de limiter les failles des solutions protectrices adoptées lorsqu'il est question de permettre leur souplesse (II). La cohérence pourrait donc avoir un autre visage que celui de l'interprétation : celui de l'échange. Fort heureusement, il arrive ce soit le cas.

II/ La collaboration des juges au service de la souplesse des solutions protectrices adoptées

625. Nous venons de le dire, le terrain des exceptions au retour de l'enfant enlevé n'est pas le seul à devoir encourager la collaboration des juges. Cette dernière nous paraît en effet pouvoir poursuivre différents autres buts. Premièrement, elle peut être menée en vue de garantir leur information réciproque. Lorsque tel est le cas, elle peut ainsi constituer un garde-fou contre la rigidité d'un positionnement judiciaire qui ne tiendrait pas compte de l'extranéité de la situation. L'appréhension de la situation de l'enfant déplacé en est de la sorte forcément mieux servie. L'exemple du rôle attribué aux magistrats de liaison, notamment en matière d'enlèvement international d'enfant, nous permettra d'explicitier ces propos (A). Ensuite, il semble que la collaboration des juges puisse rendre possible certaines dérogations au rattachement de principe préconisé par cette étude (B). Ces dernières devront néanmoins toujours être pensées conformément à ce qu'exige la mobilité transfrontière infantile.

A. La collaboration des juges au service de leur information réciproque : l'exemple du rôle des magistrats de liaison

626. Comme le souligne fort justement Bernard RABATEL: « *L'École de la Magistrature qui, depuis plus de quarante ans, assure la formation initiale et continue des magistrats français, a développé des programmes dans lesquels la connaissance des systèmes judiciaires étrangers tient une place de premier plan. Mais, force est de constater qu'il y a un pas entre l'initiation aux droits étrangers et l'utilisation concrète et pratique qui peut en être faite par les juges lorsqu'ils sont amenés à se prononcer dans des affaires où l'enjeu dépasse le simple cadre national* »¹⁴⁵⁹. La formation des juges, bien qu'indispensable, serait donc éminemment souhaitable sans être tout.

627. La mobilité internationale d'un enfant implique son déplacement transfrontière. Ainsi, s'il est permis de considérer que le juge de la résidence habituelle de ce dernier, mieux placé pour statuer durablement sur le sort du mineur conformément aux dispositions de sa loi, se verra attribuer la compétence de principe et, par voie de conséquence, le « plus large pouvoir », il reste que lorsque l'enfant sera absent du territoire, la perspective d'une entraide judiciaire interétatique apparaîtra très certainement opportune. Cette dernière trouve en effet sa justification dans le fait que des interventions procédurales *extra muros* seront parfois nécessaires à l'efficacité des mesures prononcées. Mais comment solliciter avec succès la collaboration des autorités de l'État dans lequel l'enfant *se trouve* ? C'est justement là que la fonction attribuée au magistrat de liaison prend tout son sens.

¹⁴⁵⁹ Bernard RABATEL, Les « magistrats de liaison » : leur rôle dans la coopération judiciaire internationale et dans le domaine du droit comparé, Décembre 2003, Article disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.ambafrance-uk.org/Justice-Les-Magistrats-de-liaison.html>

Dans le même sens, cf. Louise SANTUNE, Ni juge, ni diplomate : magistrat de liaison - La coopération judiciaire interétatique et l'exemple franco-espagnol-, Article disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://scprennnes.hypotheses.org/95> : « L'École de la Magistrature, qui assure la formation initiale et continue des magistrats français, a développé des programmes dans les champs du droit comparé, de l'étude des systèmes judiciaires étrangers. Il y a toutefois une grande différence entre une initiation aux droits étrangers et l'utilisation concrète et pratique qui peut en être faite par les juges lorsqu'ils sont amenés à se prononcer dans des affaires où l'enjeu dépasse le simple cadre national, d'où l'importance du magistrat de liaison qui agit comme tuteur de ces pratiques ».

628. Comme l'expose Madame Louise SANTUNE, l'histoire des magistrats de liaison « *commence avec l'affaire italienne Cosa Nostra menée par le juge Giovanni Falcone. Au cours de ses enquêtes, il adresse à l'étranger de nombreuses commissions rogatoires, et autres demandes d'entraide judiciaire qui sont alors comme des «bouteilles à la mer ». Le manque d'une interface se fait d'autant plus sentir que la sphère pénale, dans son droit matériel et surtout processuel, est un domaine où les divergences de culture juridique sont les plus profondes. C'est donc en mars 1993 que les autorités françaises et italiennes créent la figure du magistrat de liaison, « référents pour la coopération judiciaire pénale ». Initialement cantonnée aux problématiques mafieuses, la fonction s'est propagée à toutes les formes de coopération, investissant aussi les champs civils* »¹⁴⁶⁰. Ainsi, les magistrats de liaison sont désormais régulièrement amenés à intervenir dans le champ bilatéral des affaires impliquant le déplacement illicite d'un mineur. Voilà qui justifie que nous nous intéressions pleinement à l'institution.

629. « *Ni juges, ni diplomates, les magistrats de liaison français sont placés sous l'autorité de l'Ambassadeur et jouissent de la protection diplomatique (...). Mais le magistrat de liaison est avant toute chose le représentant du garde des sceaux et de la totalité de l'institution judiciaire française dans son pays d'accueil. Si sa mission a des allures diplomatiques, le contenu est, quant à lui, presque exclusivement à visée judiciaire* »¹⁴⁶¹.

Lorsqu'il est confronté à une hypothèse d'enlèvement international, le rôle du magistrat de liaison consiste à œuvrer afin de « *faire en sorte que les deux parties qui revendiquent la garde de leur enfant ne profitent pas des systèmes judiciaires différents pour, soit priver l'une d'entre elles de l'exercice de ses droits parentaux, soit pour, plus simplement, rendre tout arrangement amiable impossible : à leur niveau, les magistrats de liaison tendent à combler le fossé juridique dans lequel un des parents peut tomber en s'adressant à la justice étrangère* »¹⁴⁶². L'expérience de Jean Michel PELTIER, magistrat de liaison en République Tchèque est à cet égard, significative :

¹⁴⁶⁰ Louise SANTUNE, Ibid.

¹⁴⁶¹ Ibid.

¹⁴⁶² Bernard RABATEL, Op. cit.

630. Comme ce dernier l'explique, « à la charnière de deux systèmes judiciaires les magistrats de liaison ont le privilège de pouvoir expliquer aux partenaires judiciaires la procédure, son fonctionnement, les acteurs et en clarifiant le rôle de chacun il est en mesure d'avancer des propositions concrètes, d'autant qu'il n'ignore en général rien de la situation des particuliers, le père ou la mère impliqué dans le conflit (...). Cette position particulière, position charnière entre des systèmes juridiques, constitue à la fois une réserve de compétence et de légitimité pour l'action voire l'intervention du magistrat de liaison »¹⁴⁶³. De là, l'auteur en vient à présenter « quelques exemples montrant à partir de la situation franco-tchèque la facilité ou la capacité pour le magistrat de liaison en s'appuyant sur cette situation charnière d'intervenir à différents stades ou différents moments de la procédure »¹⁴⁶⁴ : contribution à l'exécution des décisions mais également, aménagement du retour et droit de visite, etc.

Ainsi par exemple, en relatant l'histoire d'une petite fille qui, après avoir été emmenée par sa mère en République Tchèque, avait fait l'objet d'une décision de retour immédiat afin d'être ramenée en France, Jean Michel PELTIER remarque que « rien ne se passait pour autant »¹⁴⁶⁵. De là, « le travail du magistrat de liaison a été de convaincre le juge que sa décision n'étant pas exécutée il n'avait pas fini son travail et qu'il fallait s'asseoir autour d'une table avec des policiers et les convaincre de prêter la main à une exécution forcée »¹⁴⁶⁶. En clair, le magistrat de liaison, « acteur nouveau bien pris en compte dans les dossiers internationaux »¹⁴⁶⁷, contribuerait activement à la bonne application du droit international privé – notamment conventionnel. En effet, « sa capacité à intervenir dans de nombreuses situations à des stades très divers de la procédure, à prendre en compte la parole de l'enfant mais aussi celle des parents, leurs inquiétudes et à les relayer dans un contexte où ce relais n'est pas institutionnalisé comme dans une procédure nationale, cette capacité est bien réelle. Il fait le lien avec les autorités consulaires ou diplomatiques. Il permet de relativiser,

¹⁴⁶³ Jean Michel PELTIER, Le rôle des magistrats de liaison, in « Les enlèvements d'enfants à travers les frontières », Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille (sous la direction de H. FULCHIRON), Journées du 20 et 21 novembre 2003, Lyon, Bruylant, 2004.

Notons en outre que le magistrat de liaison est appelé à jouer le « même rôle vis à vis des autorités consulaires ou diplomatiques ».

¹⁴⁶⁴ Ibid.

¹⁴⁶⁵ Ibid.

¹⁴⁶⁶ Ibid.

¹⁴⁶⁷ Ibid.

*de séréniser un dossier »*¹⁴⁶⁸. En réalité, le magistrat de liaison est donc « *un élément qui permet de rapprocher la justice des justiciables dans un contexte où cela ne va de soi, à cause des frontières et des barrières de toutes sortes* »¹⁴⁶⁹. Cela dit, il reste que « *cette réserve de compétence n'est rien sans l'écoute ou la disponibilité des autres acteurs et en particulier les magistrats nationaux ou les autorités centrales* »¹⁴⁷⁰.

631. Outre les Autorités centrales, les juges nationaux auraient donc eux aussi bel et bien un rôle non négligeable à jouer dans la bonne application des solutions de droit international privé pensées dans l'intérêt de l'enfant. Et pourtant, comme le précise Louise SANTUNE, ces derniers « *évoluent dans une culture de travail peu propice à la coopération. Ils sont indépendants dans leur activité et l'exercice de leurs compétences se fait à l'échelle individuelle. L'investissement des magistrats dans la coopération judiciaire n'est donc, de prime abord, pas une évidence* »¹⁴⁷¹. Malgré tout, l'auteur ne peut nier qu'« *ils occupent (...) une place essentielle dans la coopération judiciaire en tant qu'ils sont les détenteurs du pouvoir matériel* »¹⁴⁷². D'ailleurs, « *de l'aveu même des magistrats de liaison, leur activité n'a de sens que celui que les magistrats nationaux veulent bien lui accorder. La diplomatie judiciaire ainsi portée par les magistrats de liaison dépend donc, dans son avenir et son succès, de la saisine des magistrats nationaux. Cette saisine concourt d'une certaine manière au rapprochement des cultures juridiques. Par exemple, dans l'absence de précédent judiciaire et de références législatives, le juge national a le réflexe grandissant de rechercher quelle réponse a pu être apportée à cette question, par le législateur ou par les magistrats étrangers* »¹⁴⁷³.

À cet égard, Bernard RABATEL relève ainsi certains problèmes de société auxquels la France a eu l'occasion d'être confrontée comme, en ce qui concerne l'enfance, le recours par un couple à une mère porteuse¹⁴⁷⁴. Consultés, les magistrats de liaison « *ont fait connaître à leurs collègues la réponse où l'absence de réponse que le législateur ou les juridictions étrangères ont apportées à*

¹⁴⁶⁸ Ibid.

¹⁴⁶⁹ Ibid.

¹⁴⁷⁰ Ibid.

¹⁴⁷¹ Louise SANTUNE, Op. cit.

¹⁴⁷² Ibid.

¹⁴⁷³ Ibid.

Dans le même sens, cf. Bernard RABATEL, Op. cit.

¹⁴⁷⁴ Pour de plus amples développements à ce propos, cf. infra n° 672 et suivants.

ces questions si importantes et auxquelles nos sociétés sont confrontées. Bien évidemment, il n'est pas question de copier ce que fait ce dernier, qui raisonne dans un système juridique différent. Mais la connaissance du droit de l'autre et de l'interprétation qui en est donnée par le juge étranger constitue indubitablement une aide précieuse à la décision »¹⁴⁷⁵. Et la contribution de ces acteurs vaut d'autant qu'ils « ne se contentent pas de donner une réponse brute, souvent difficilement utilisable telle quelle dans un autre pays. Ils l'accompagnent de commentaires personnels inspirés par la connaissance qu'ils ont du système judiciaire de leur pays d'accueil »¹⁴⁷⁶. Bien évidemment, la connaissance des systèmes judiciaires étrangers est bienvenue car elle « permet de prévenir des malentendus, de lutter contre des appréhensions provoquées par l'ignorance et de faciliter les échanges entre les acteurs du procès civil ou pénal »¹⁴⁷⁷. Elle encourage dès lors la prise de décisions, non pas simplement inspirées des mécanismes dont le but est par exemple, de lutter contre les enlèvements internationaux d'enfants, mais également adaptées au contexte au sein duquel elles sont précisément appelées à s'insérer. Le résultat obtenu est de la sorte bien plus à même de correspondre à ce que commande la culture juridique propre à l'affaire en cause. Par le biais des magistrats de liaison, la justice se donne donc les moyens de n'être pas un automatisme insensible à la réalité de ses acteurs.

*

*

*

632. Finalement, il semble acquis que l'action des magistrats de liaison sera opportune toutes les fois où la coopération judiciaire se heurtera à la méconnaissance réciproque des systèmes, des lois et des personnes. Mais nous l'avons évoqué, la collaboration ne serait rien sans la bonne volonté des juges nationaux. Ces derniers sont en effet partie prenante dans l'opération les menant à se prononcer. Leur rôle dans le processus de collaboration est donc tout aussi essentiel. Et pour le cas où ils s'accorderaient, il nous semble même qu'ils pourraient être autorisés à dialoguer entre eux afin d'exceptionnellement admettre leur compétence par dérogation au rattachement de principe (B).

¹⁴⁷⁵ Bernard RABATEL, Op. cit.

¹⁴⁷⁶ Ibid.

¹⁴⁷⁷ Ibid.

Pareille permission devrait néanmoins être strictement cadrée et conforme à l'intérêt de l'enfant déplacé concerné.

B. La collaboration au service des dérogations permises au rattachement de principe : transfert de compétence et concentration du contentieux

633. Du point de vue de notre recherche, les dérogations permises au rattachement de principe devraient tenir d'une part, à la possibilité exceptionnelle de procéder à un transfert de compétence lorsque la situation particulière de l'enfant déplacé le requiert (1) et, d'autre part, à l'opportunité de concentrer le contentieux lorsque le déplacement de l'enfant intervient dans un contexte de désunion parentale (2).

1. Transfert de compétence

634. Nous le savons, conformément à l'esprit de nos propositions, le droit conventionnel de l'enfance a pour une large part érigé le critère de la résidence habituelle au rang de principe. La *présence* de l'enfant est quant à elle reléguée à un rang subsidiaire complémentaire. Néanmoins conscients que la règle établie sans nuance aurait eu à souffrir le reproche de sa rigidité, tant la *Convention de La Haye de 1996*, que le *Règlement Bruxelles II bis*, ont choisi de permettre des correctifs destinés à garantir la souplesse de leurs orientations. Inspirées des mécanismes anglo-saxons du *forum conveniens* et du *forum non conveniens*¹⁴⁷⁸, les dérogations ainsi mises à la disposition des « juges » n'en sont cependant pas des copies parfaitement conformes. Elles présentent en effet des caractéristiques marquant leur spécificité. Mais ce n'est pas ce point qui focalisera notre attention. Ce qui nous importe en réalité, c'est de nous rendre compte que, confrontés au particularisme d'une situation commandant de contrevenir exceptionnellement au critère fondant normalement leur compétence, les autorités requises auront les moyens de réagir. Deux cas de figure sont à distinguer :

¹⁴⁷⁸ À propos de ces mécanismes, cf. notamment C. CHALAS, L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé, PUAM, 2000.

635. Tout d'abord, conformément aux dispositions de l'article 8 de la *Convention de La Haye de 1996*, l'autorité – administrative ou judiciaire - qui aurait en principe eu à résoudre l'affaire, peut choisir de transférer sa compétence. Pour ce faire, elle dispose de deux procédés : soit elle demande directement à l'autorité qu'elle estime mieux appropriée d'accepter sa compétence ; soit elle sursoit à statuer et invite les parties à saisir l'autorité en question¹⁴⁷⁹. Dans tous les cas, l'autorité de transfert devra être celle d'un État contractant et ce, que ce dernier soit celui dont l'enfant possède la nationalité, celui sur le territoire duquel sont situés les biens de l'enfant, celui dont une autorité est saisie d'une demande en divorce, de séparation de corps ou en annulation du mariage des parents du mineur concerné, ou enfin, celui avec lequel ce dernier présente un lien étroit¹⁴⁸⁰. Si l'État sollicité aux fins de transfert « *considère que tel est l'intérêt supérieur de l'enfant* », il pourra « *accepter la compétence, en lieu et place de l'autorité (normalement) compétente* »¹⁴⁸¹.

Ensuite, et selon un schéma similaire inversé, si l'autorité d'un État contractant autre que l'autorité normalement compétente estime être mieux appropriée pour régir le litige impliquant le mineur, elle pourra revendiquer la compétence sur le fondement des dispositions de l'article 9 de la convention précitée ou, inviter les parties à effectuer cette démarche auprès de l'autorité normalement compétente¹⁴⁸². Dans les deux cas, il lui faudra naturellement obtenir l'acceptation de l'autorité de la résidence habituelle du mineur.

Que les dérogations prévues par l'instrument de La Haye soient le résultat d'un transfert proposé ou d'un transfert revendiqué, elles n'auront donc lieu qu'au prix d'une collaboration issue d'un dialogue entre les juges. Si la demande aboutit, elle devra revêtir un caractère exceptionnel et intervenir en réponse au particularisme de l'affaire envisagée. L'intérêt de l'enfant déplacé apprécié *in concreto* pourra ainsi parfois évincer une appréciation *in abstracto* générale, satisfaite par la mise

¹⁴⁷⁹ Article 8§1 de la Convention de La Haye de 1996 : « À titre d'exception, l'autorité de l'État contractant compétente en application des articles 5 ou 6, si elle considère que l'autorité d'un autre État contractant serait mieux à même d'apprécier dans un cas particulier l'intérêt supérieur de l'enfant, peut - soit demander à cette autorité, directement ou avec le concours de l'Autorité centrale de cet État, d'accepter la compétence pour prendre les mesures de protection qu'elle estimera nécessaires, - soit surseoir à statuer et inviter les parties à saisir d'une telle demande l'autorité de cet autre État ».

¹⁴⁸⁰ Article 8§2 de la Convention de La Haye de 1996 .

¹⁴⁸¹ Article 8§4 de la Convention de La Haye de 1996 .

¹⁴⁸² Article 9 de la Convention de La Haye de 1996 et 15 du Règlement Bruxelles II bis.

en œuvre du critère de rattachement de principe. Cela étant, si la demande de dérogation essuie un refus – explicite ou implicite - l'autorité normalement compétente conservera évidemment ses prérogatives et devra en conséquence, prendre les mesures qui s'imposent.

636. Les mécanismes de transfert et de revendication prévus par la *Convention de La Haye de 1996* se retrouvent dans le système du *Règlement Bruxelles II bis*. En effet, l'article 15 de ce texte prévoit un mécanisme à peu de choses près calqué sur celui des articles 8 et 9 pré-exposés^{1483/1484}. Mais ce n'est pas tout. L'article 12§3 de l'instrument européen contient en effet une disposition originale visant une possible « *prorogation de compétence* » en faveur des « *juridictions d'un État membre (...) dans les procédures autres que celles visées au paragraphe lorsque a) l'enfant a un*

¹⁴⁸³ « 1. À titre d'exception, les juridictions d'un État membre compétentes pour connaître du fond peuvent, si elles estiment qu'une juridiction d'un autre État membre avec lequel l'enfant a un lien particulier est mieux placée pour connaître de l'affaire, ou une partie spécifique de l'affaire, et lorsque cela sert l'intérêt supérieur de l'enfant :

a) surseoir à statuer sur l'affaire ou sur la partie en question et inviter les parties à saisir d'une demande la juridiction de cet autre État membre conformément au paragraphe 4, ou

b) demander à la juridiction d'un autre État membre d'exercer sa compétence conformément au paragraphe 5.

2. Le paragraphe 1 est applicable

a) sur requête de l'une des parties ou

b) à l'initiative de la juridiction ou

c) à la demande de la juridiction d'un autre État membre avec lequel l'enfant a un lien particulier, conformément au paragraphe 3.

Le renvoi ne peut cependant être effectué à l'initiative de la juridiction ou à la demande de la juridiction d'un autre État membre que s'il est accepté par l'une des parties au moins.

3. Il est considéré que l'enfant a un lien particulier avec un État membre, au sens du paragraphe 1, si

a) après la saisine de la juridiction visée au paragraphe 1, l'enfant a acquis sa résidence habituelle dans cet État membre, ou

b) l'enfant a résidé de manière habituelle dans cet État membre, ou c) l'enfant est ressortissant de cet État membre, ou

d) l'un des titulaires de la responsabilité parentale a sa résidence habituelle dans cet État membre, ou

e) le litige porte sur les mesures de protection de l'enfant liées à l'administration, à la conservation ou à la disposition de biens détenus par l'enfant et qui se trouvent sur le territoire de cet État membre.

4. La juridiction de l'État membre compétente pour connaître du fond impartit un délai durant lequel les juridictions de l'autre État membre doivent être saisies conformément au paragraphe 1.

Si les juridictions ne sont pas saisies durant ce délai, la juridiction saisie continue d'exercer sa compétence conformément aux articles 8 à 14.

5. Les juridictions de cet autre État membre peuvent, lorsque, en raison des circonstances spécifiques de l'affaire, cela est dans l'intérêt supérieur de l'enfant, se déclarer compétentes dans un délai de six semaines à compter de la date à laquelle elles ont été saisies sur base du paragraphe 1, point a) ou b). Dans ce cas, la juridiction première saisie décline sa compétence. Dans le cas contraire, la juridiction première saisie continue d'exercer sa compétence conformément aux articles 8 à 14.

6. Les juridictions coopèrent aux fins du présent article, par voie directe ou par l'intermédiaire des autorités centrales désignées conformément à l'article 53 ».

¹⁴⁸⁴ Pour une illustration jurisprudentielle de l'application de cet article, cf. : Reims, 28 juillet 2009, Note C. KLEINER, *Clunet* 2012, P. 16.

lien étroit avec cet État membre du fait, en particulier, que l'un des titulaires de la responsabilité parentale y a sa résidence habituelle ou que l'enfant est ressortissant de cet État membre, (si) b) leur compétence a été acceptée expressément ou de toute autre manière non équivoque par toutes les parties à la procédure à la date à laquelle la juridiction est saisie et (si) la compétence est dans l'intérêt supérieur de l'enfant ». Ainsi, « en dehors de toute procédure en désunion, une prorogation de compétence est possible au profit des juridictions d'un État membre sur le territoire duquel ne réside pas habituellement l'enfant »¹⁴⁸⁵. Il sera néanmoins indispensable que les autorités requises entretiennent avec le mineur un lien de proximité certain¹⁴⁸⁶, que la prorogation de compétence soit conforme à l'intérêt de ce dernier et, que les parties concernées aient accepté que l'affaire échappe à l'empire des autorités normalement compétentes¹⁴⁸⁷. Au surplus, les dispositions du paragraphe 4 de l'article 12 laissent supposer que la prorogation de compétence pourra être retenue, que l'enfant réside habituellement dans un État membre, ou qu'il ait son centre d'attaches et d'intégration dans un État tiers¹⁴⁸⁸.

*

*

*

¹⁴⁸⁵ A. DEVERS, Dalloz action Droit de la famille, Chapitre 432 - Compétence du juge français en matière d'autorité parentale, 2010.

¹⁴⁸⁶ Pour un exemple tiré d'une décision rendue par la Cour d'appel de Toulouse le 15 avril 2008 : « Le fait, par exemple, que le grand-père de l'enfant qui demande à bénéficier d'un droit de visite réside dans cet État membre peut apparaître insuffisant. Entretient en revanche des liens étroits avec la France l'enfant, de nationalité française, qui est né en France et qui y a vécu jusqu'à l'âge de ses douze ans ». Ibid.

¹⁴⁸⁷ Précision étant faite que « l'article 12, § 3, sous b), du règlement n° 2201/2003 doit être interprété en ce sens qu'il ne peut pas être considéré que la compétence de la juridiction saisie par une partie pour connaître d'une procédure en matière de responsabilité parentale a été « acceptée expressément ou de toute autre manière non équivoque par toutes les parties à la procédure », au sens de cette disposition, lorsque la partie défenderesse dans cette première procédure engage, ultérieurement, une seconde procédure devant la même juridiction et soulève, dans le cadre du premier acte qui lui incombe dans la première procédure, l'incompétence de cette juridiction » : E. GALLANT, Prorogation de compétence en matière d'autorité parentale, Rev. Crit., 2015, P. 667.

¹⁴⁸⁸ Ce paragraphe prévoit en effet que « lorsque l'enfant a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État tiers, qui n'est pas partie contractante à 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 compétence fondée sur le présent article est présumée être dans l'intérêt de l'enfant notamment lorsqu'une procédure s'avère impossible dans l'État tiers concerné ».

637. Qu'elles soient communes à la *Convention de La Haye de 1996* et au *Règlement Bruxelles II bis*, ou propres à ce dernier texte, les dérogations susmentionnées à la compétence normale des autorités requises assurent la souplesse de la protection de l'enfance (déplacée). En effet, alors que les principes adoptés permettent de garantir au mineur mobile une protection satisfaisante envisagée globalement, ces dérogations rendent possible une appréciation concrète au cas par cas, lorsque la spécificité de sa situation le nécessite. Aussi, résultant nécessairement de la collaboration des « juges », les solutions tirées de ces compétences exceptionnellement dérogatoires, devraient pouvoir être tout aussi satisfaisantes que si elles étaient le produit d'une compétence normale. À la condition toutefois qu'on ne se trompe pas au sujet de la loi qu'il convient d'appliquer. En effet, - et contrairement à ce qui vaut en droit international privé positif - s'il nous semble pouvoir être exceptionnellement permis d'attribuer compétence à un juge entretenant avec l'enfant déplacé des liens simplement étroits, il ne saurait en être exactement de même pour ce qui concerne la loi applicable. Cette étude souhaiterait donc que la prise de mesures de protection durables soit fondée sur les dispositions de la loi du centre d'attaches et d'intégration de du mineur mobile. La dérogation à la compétence normale des juges emporterait ainsi nécessairement une dérogation à la coïncidence des compétences pourtant globalement préconisée par notre recherche. Une réflexion similaire nous portera à proposer de revisiter partiellement la dérogation visant à éviter le morcellement du contentieux telle qu'elle est actuellement permise (2).

2. Concentration du contentieux

638. La désunion parentale, en entraînant la séparation d'un couple mixte, peut générer le déplacement international d'un enfant. En effet, suite à la séparation, l'un des parents peut choisir de retourner dans son pays d'origine accompagné du mineur. Et cela d'ailleurs, sans que l'autre parent ne s'y oppose. L'enfant déplacé a ainsi toutes les chances d'acquérir une résidence habituelle dans l'État vers lequel il a été déplacé. Le divorce cependant, peut donner lieu à une procédure dans l'État de son ancienne résidence habituelle. Pourrait-on alors attribuer compétence aux autorités de cet État ?

Si à défaut de collaboration entre les juges, on se limite aux orientations adoptées par cette étude, le souci de garantir à l'enfant déplacé une protection proximiste commandera forcément qu'en dehors des hypothèses précédemment envisagées, on ne renonce jamais au critère de rattachement défini conformément aux exigences d'une conception régulatrice de notre matière. Le

juge compétent sera donc par principe, celui de la résidence habituelle du mineur et, en cas de nécessité, celui de l'État sur le territoire duquel le mineur en question est *présent*. Il se prononcera conformément aux dispositions de sa loi. Dans cette configuration, si l'enfant doit faire l'objet de mesures suite à la désunion de ses parents, il va de soi que dans tous les cas où le juge appelé à statuer à propos du divorce, de la séparation de corps ou de l'annulation du mariage¹⁴⁸⁹, ne sera pas celui de sa résidence habituelle - ou, pour ce qui est des mesures d'urgence, celui du lieu où il *se trouve* - il ne pourra se prononcer qu'au sujet des questions relatives à la désunion parentale. La proximité ainsi envisagée commanderait donc un certain morcellement du contentieux.

Pareille position offrirait évidemment un respect rigoureux des caractéristiques d'une protection satisfaisante. Elle éviterait tout du moins de confier le sort de l'enfant à un juge qui lui soit éloigné et, par là-même, moins bien placé pour appréhender son intérêt. Et pourtant, si logique puisse-t-il paraître *a priori*, ce choix présente l'inconvénient d'éclater la compétence là où quoi qu'on dise, la concentration des divers éléments du litige reste la bienvenue. En effet, le morcellement des compétences complique les démarches des parents puisque ces derniers doivent saisir deux juges : l'un, pour statuer sur les questions les concernant directement¹⁴⁹⁰ ; l'autre, afin statuer à propos de la garde de leurs enfants. En outre, parce qu'elle est une conséquence de la désunion, l'attribution de la garde est nécessairement décidée en second lieu. Pour que le sort des enfants ne soit pas laissé sans cadre entre le prononcé du divorce et la prise d'une décision sur la garde, le juge de la désunion devra alors généralement prendre des mesures provisoires. Les enfants, déjà malgré eux déchirés entre leurs parents qui se séparent, sont ainsi placés dans une situation

¹⁴⁸⁹ Les expressions « désunion parentale » ou « désunion » nous serviront ultérieurement à traduire ces différentes hypothèses.

¹⁴⁹⁰ Le juge aux affaires familiales devra vérifier sa compétence au regard du Règlement Bruxelles II bis qui désigne l'État dont les juridictions sont compétentes. Pour connaître la juridiction interne à saisir, il faudra se reporter aux règles de droit commun ; en France, à l'article 1070 du Code de Procédure Civile.

L'article 3 du Règlement Bruxelles II bis énonce huit cas de compétence alternatifs des juridictions de l'État membre sur lequel se trouve :

- La résidence habituelle des époux ;
- La dernière résidence habituelle dans la mesure où l'un d'eux y réside encore ;
- La résidence habituelle du défendeur ;
- En cas de demande conjointe, la résidence de l'un ou l'autre des époux ;
- La résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé au moins une année avant l'instance ;
- La résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé 6 mois et est ressortissant de cet État membre.

Il prévoit également la compétence de « la juridiction de la nationalité commune des deux époux ». Ainsi, si les deux époux sont de nationalité espagnole, le juge espagnol sera compétent pour prononcer leur divorce.

temporaire qui ne laisse guère place à la stabilité. N'aurait-il pas mieux valu admettre une entorse à nos propositions et permettre la compétence du juge de la désunion pour ce qui concerne l'ensemble des questions qui se posent généralement en pareil cas ? Les démarches des parents s'en trouveraient simplifiées et l'enfant n'aurait pas à craindre un ballotement facteur d'instabilité et de déséquilibre. De surcroît, il est permis de douter que le juge du divorce soit réellement mal placé pour appréhender au mieux l'intérêt de l'enfant. Certes, n'étant pas automatiquement le juge de la résidence habituelle de ce dernier, il n'est pas géographiquement le plus proche. Mais de là dire que sa compétence soit inopportune... En réalité, il nous paraît que le magistrat ayant eu à statuer sur la désunion parentale a toutes les chances d'être correctement informé sur le cadre familial au sein duquel les enfants évoluent. En effet, il aura à plusieurs reprises rencontré les parents et, de ce fait, connaîtra leurs rapports. Au besoin, il aura également pu diligenter des enquêtes. Le juge de la désunion n'entretient peut être pas les liens les plus étroits avec l'enfant. Mais les circonstances de sa saisine permettent que l'on se résolve à admettre une fois de plus une compétence exceptionnellement fondée sur un lien simplement étroit. Et cela vaut d'autant que là encore, rien ne nous oblige à défendre le maintien de la coïncidence des compétences : compétent pour statuer à propos de la garde afin d'éviter les inconvénients inhérents au morcellement du contentieux, le juge de la désunion parentale se prononcerait conformément aux dispositions de la loi de la résidence habituelle des enfants concernés. Mais sur ce dernier point, le droit positif se détache une fois de plus de notre orientation. En effet, s'il a su prendre acte de la nécessité de concentrer le contentieux lorsque des mesures de protection doivent être prises en faveur d'un enfant suite à la désunion de ses parents, c'est à regret en restant fidèle à la coïncidence. Dans son principe, la dérogation permise fait néanmoins preuve d'une évolution louable :

639. En droit international privé commun, la tendance est à la concentration du contentieux en faveur du juge de la désunion parentale¹⁴⁹¹. Le droit international privé conventionnel pour sa part, paraît un peu plus nuancé.

¹⁴⁹¹ Civ. 1^{ère}, 6 janvier 1987, Note Y. LEQUETTE, Rev. crit. 1988, P. 337 ; Note J.-M. JACQUET, Clunet 1988, P. 435 ; Note J. MASSIP, Defrénois 1987, P. 1073 ; du même auteur, Dalloz 1987, P. 467.

La *Convention de La Haye de 1961* a permis à ses États contractants de formuler une réserve afin qu'ils puissent attribuer compétence à leurs autorités appelées à statuer en matière de désunion matrimoniale pour prendre des mesures relatives à la protection des enfants. Le juge en charge de cadrer la séparation parentale se voit ainsi octroyer la possibilité d'également se prononcer au sujet de la garde et ce, quand bien même la convention ne lui attribuerait pas compétence sur ce dernier point. Retirée par la France le 28 février 1984 avec effet le 28 avril de la même année¹⁴⁹², la réserve susmentionnée n'a cependant depuis lors, plus matière à fonder la concentration du contentieux que l'une de nos autorités pourrait avoir la charge de résoudre. Actuellement, la *Convention de 1961* n'offre donc pas de véritable perspective destinée à pallier les inconvénients générés par le morcellement du contentieux lorsque la nécessité de protéger l'enfant découle de la désunion de ses parents. Prenant acte de cette carence, la *Convention de La Haye de 1996*, comme le *Règlement Bruxelles II bis* ont opté en faveur d'une position plus tranchée. L'un et l'autre de ces instruments attribuent en effet compétence au juge de la désunion pour résoudre les questions inhérentes à l'enfant. Le positionnement, certes plus avancé, est toutefois assorti de limites. En ce sens, il n'est pas radical.

640. L'article 10 de la *Convention de La Haye de 1996* confère au juge de la désunion parentale, la possibilité de prendre « *les mesures de protection de la personne ou des biens de l'enfant* ». Dans la lignée, mais plus restrictivement, l'article 12§1 du *Règlement Bruxelles II bis*, permet à ce même juge de statuer sur « *toute question relative à la responsabilité parentale* » liée à la demande relative à la désunion. Dans les deux cas, les parents doivent bénéficier de l'autorité parentale¹⁴⁹³ et au moins l'un d'entre eux doit entretenir un lien avec le juge appelé à statuer¹⁴⁹⁴. Aussi, l'exception ne vaut bien évidemment que sous réserve de deux précisions : premièrement, le juge requis doit nécessairement être celui d'un État membre ou d'un État contractant. Aussi, il ne peut pas être celui de la résidence habituelle de l'enfant puisque si tel était le cas, il serait réputé être le juge *normalement* compétent. L'article précité de la *Convention de 1996* fonde donc la compétence d'un magistrat appelé à statuer au sujet de la demande en matière de désunion matrimoniale émanant de

¹⁴⁹² Rev. crit. 1984, P. 754.

¹⁴⁹³ Articles 10§1 a) de la Convention et 12§1 a) du Règlement.

¹⁴⁹⁴ Articles 10§1 a) de la Convention et article 3 du Règlement.

parents d'un enfant résidant habituellement dans un autre État contractant que le sien. Moins exigeant, l'article 12§4 du Règlement européen laisse une fois de plus supposer que la compétence du juge de la désunion pourra être retenue même si l'enfant réside habituellement dans un État non membre. Il reste que les deux textes gardent à l'esprit que l'exception ne doit pas desservir l'enfant. Elle n'est donc qu'une *possibilité*. À défaut de volonté parentale et/ou si l'intérêt de l'enfant s'oppose à la mise en œuvre de l'exception, le principe demeure applicable¹⁴⁹⁵. Le juge de la désunion ne sera donc pas obligatoirement celui de la protection de l'enfance. Et pour le cas où il le serait, cette attribution ne pourrait excéder la durée de l'instance en désunion¹⁴⁹⁶.

641. Bien qu'elle ne soit pas exactement conforme à notre point de vue, et bien qu'elle ne procède pas d'un échange de vues contraignant le juge de la désunion à solliciter l'autorisation du juge de la résidence habituelle avant d'être exceptionnellement fondé à statuer, la concentration du contentieux conventionnellement envisagée est bienheureuse. D'ailleurs, il n'est même pas certain qu'une collaboration à l'image de celle qui est prévue pour la mise en œuvre des articles 8 et 9 de la *Convention de La Haye de 1996* et 15 du *Règlement Bruxelles II bis* soit opportunément envisageable pour la mise en œuvre de cette dérogation ... La compétence du juge de la désunion n'est cependant pas pour autant plus rigide que les autres. Premièrement parce que sans l'imposer, elle n'empêche pas un dialogue qui soit dit en passant, reste souhaitable. Rien n'empêche en effet les juges de la désunion et de la résidence habituelle, d'échanger dans l'intérêt de l'enfant. Ensuite, parce que rappelons-le, elle requiert l'« agrément » des parents. De l'avis de cette étude cependant, rappelons que son intervention à propos d'un enfant déplacé devrait être adaptée au particularisme de la mobilité transfrontière et donc, induire l'application de la loi de la résidence habituelle de ce dernier.

¹⁴⁹⁵ Les parents (ou tout autre titulaire de l'autorité parentale) doivent en effet accepter la compétence du juge de la désunion : articles 10§1 b) de la Convention de La Haye de 1996 et 12§1 b) du Règlement Bruxelles II bis.

Ainsi, pour des illustrations de refus de concentration du contentieux, cf : la décision rendue par la Cour de cassation le 3 décembre 2008, M. Gard c. M. Milstain, (Obs. A BOICHE, AJ Famille 2009, P.78 ; Note C. CHALAS, Clunet 2009, P.15 ; Note E. GALLANT, Le juge n'est pas tenu de statuer sur l'autorité parentale dans une procédure de divorce, Rev. crit. 2009, P. 537 ; Obs. I. GALLMEISTER, Dalloz 2009, P. 21). Cf. également : Reims, 29 octobre 2010, Note I. BARRIERE-BROUSSE, Clunet 2012, P.10.

¹⁴⁹⁶ Articles 10§2 de la Convention et 12§2 du Règlement.

Conclusion de la première section.

642. Afin de nous assurer de la clarté de nos développements, un petit rappel ne nous semble pas inutile. Commençons donc par nous souvenir que l'intérêt de l'enfant est double : sa part substantielle vise une protection *effective* et *suffisante*, tandis que sa dimension conflictuelle poursuit l'objectif d'une protection *efficace*.

Se satisfaisant généralement d'une appréciation globale (*in abstracto*), l'intérêt substantiel de l'enfant est la plupart du temps garanti par nos propositions de principe. Cependant, et nous venons de le voir, il arrive que la situation particulière du mineur commande une appréciation plus individualisée et partant, mieux précisée (*in concreto*). Dans ce second cas, le jeu des exceptions permises à nos propositions admet des dérogations cadrées à la compétence normale. La souplesse de la compétence internationale directe conduit alors exceptionnellement et uniquement lorsque la situation particulière de l'enfant le commande, à déroger à la compétence normale des autorités. Tantôt résultat de l'initiative d'un « juge », tantôt fruit d'une collaboration entre au moins deux autorités d'États distincts, la souplesse en question a su démontrer l'opportunité et la cohérence de son intervention. Il nous est dès lors légitimement permis de penser qu'elle ne contreviendra généralement pas aux exigences de la dimension conflictuelle de l'intérêt de l'enfant qui, pour sa part, est imprégnée du souci d'assurer au statut de l'enfant une stabilité et une permanence transfrontières. Si l'enfant se déplace, il doit en effet pouvoir être certain que son statut ne sera pas remis en cause à tout va. Que cette seconde acception de l'intérêt du mineur assure à ce dernier une protection qui ne soit pas simplement nationale est forcément louable. Elle nous éclaire en outre sur un point supplémentaire : le rôle du juge ne consisterait pas simplement à décider d'une protection. L'autorité requise suite au déplacement d'un enfant faisant déjà l'objet de mesures, aurait en effet pour mission de contribuer au fonctionnement pragmatique de la compétence internationale indirecte. À ce propos, notre étude, axée sur le droit international privé français, nous poussera à essentiellement appréhender la bonne réception en France de la protection décidée à l'étranger (Section 2). Cela étant, l'élargissement (souhaitable) de nos propositions pourrait conduire à une solution similaire dans un schéma inversé, à savoir, lorsqu'il s'agit d'assurer la bonne réception à l'étranger, de la protection décidée en France. Dans l'idéal, c'est évidemment ce que nous souhaiterions.

Section 2 : La contribution du juge au bon fonctionnement de la réception en France de la protection décidée à l'étranger

643. Comme le souligne Petra HAMMJE, *« l'intérêt de l'enfant a connu un essor considérable dans la réglementation des relations familiales au long du XX^{ème} siècle »*¹⁴⁹⁷. Alors devenue *« incontournable en droit interne, cette promotion de l'intérêt de l'enfant n'a pas épargné le droit international privé, particulièrement dans ses sources internationales »*¹⁴⁹⁸. En effet, *« nombre d'entre elles, tant bilatérales que multilatérales, y font expressément référence, soit de façon solennelle dans le préambule en tant qu'objectif général à atteindre, « considération primordiale » d'une « importance décisive » qui vient imprégner l'ensemble des solutions ; soit de façon expresse dans le corps de la réglementation, en tant que principe même ou complément de la règle élaborée. L'intérêt de l'enfant n'est plus seulement la « force créatrice » d'une règle, fondement sous-jacent d'une solution matérielle expressément poursuivie, mais il incarne en lui-même le résultat recherché »*¹⁴⁹⁹. Est-ce pour autant dire que le respect de ce principe doit à tout prix conduire à une uniformisation des solutions ? Dans une certaine mesure, oui. En effet, il nous apparaît bien évidemment souhaitable que nos propositions en faveur de l'enfant déplacé ne se limitent pas à la France. La coopération et le dialogue aboutissant à l'adoption de solutions conventionnelles communes sont donc les bienvenus. Cela étant, l'uniformisation requise est simplement destinée à assurer un rapprochement entre les systèmes juridiques et, partant, une certaine réciprocité du raisonnement et de la compétence. En revanche, elle ne doit pas avoir pour mission d'effacer les divergences culturelles et d'ainsi aboutir à des solutions matériellement semblables sans qu'il ne soit tenu compte du particularisme juridique de leur État d'origine.

¹⁴⁹⁷ P. HAMMJE, L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales, Op. cit.

¹⁴⁹⁸ Ibid.

¹⁴⁹⁹ Ibid.

644. Notre raisonnement poursuit donc clairement pour l'essentiel, l'objectif d'un bon fonctionnement des règles inhérentes à la reconnaissance et à l'exécution. Fort heureusement, dans sa quasi-totalité, le droit international privé de l'enfance a su tenir compte de l'opportunité d'un tel positionnement. En effet, comme nous avons eu l'occasion de nous en apercevoir, la plupart des instruments internationaux de protection de l'enfance en vigueur contiennent des dispositions visant à éviter la création de situations boiteuses pour le mineur mobile, allant parfois même jusqu'à supprimer l'exigence d'*exequatur*¹⁵⁰⁰. Il reste néanmoins que certaines situations particulières ne pourront légitimement revendiquer leur compatibilité aux valeurs fondamentales chères à la France.

Dans ces cas, l'exception d'ordre public pourra bien évidemment justifier son intervention. En matière de reconnaissance et d'exécution, l'ordre public n'interviendra cependant que sous sa forme atténuée. Comme nous l'avons affirmé précédemment, l'exception ne sera donc fondée à contrecarrer la protection décidée à l'étranger que si le résultat concret de la mise en œuvre de la loi étrangère par le juge étranger, conduit à une protection qui n'en soit pas une. À défaut, et dans la mesure où le juge ayant statué était fondé à intervenir, l'efficacité internationale de la protection décidée à l'étranger devrait être reconnue en France. Dès lors, à moins de faire valoir une intervention résolument injustifiée du juge étranger, seule une protection ineffective et insuffisante pourrait justifier l'inefficacité. Ainsi, l'exception devrait pouvoir contribuer à protéger le mineur étranger résidant habituellement en France contre les décisions étrangères légitimant une situation pourtant résolument contraire à la conception nationale de l'intérêt de l'enfant. En effet, si par exemple, une mineure marocaine de quinze ans a sa résidence habituelle, manifestation de son centre d'attaches et d'intégration, en France. Si en outre, durant les vacances d'été, elle se rend en compagnie de ses parents dans son pays d'origine. Si enfin, à l'occasion de ce voyage, elle est mariée de force à l'un de ses cousins. En pareille situation, il est difficile pour l'internationaliste occidental, d'encourager la France à reconnaître le mariage en question... Toutefois, en dehors de ces situations intolérables, le principe devrait rester celui d'une reconnaissance automatique globalisée des décisions légitimement adoptées à l'étranger. De là, la décision « régulière » devrait pouvoir « exister » en dehors de l'État dont elle émane. Mais comment ? La conscience des

¹⁵⁰⁰ Ainsi par exemple, dans le cadre du Règlement Bruxelles II bis, l'*exequatur* a été supprimé pour ce qui concerne l'exécution des décisions portant sur le droit de visite, ainsi que pour celles ordonnant le retour de l'enfant illicitement déplacé – pourvu que la décision soit accompagnée d'un certificat. Cf. en ce sens, supra n° 296.

divergences législatives entre les États nous pousse à considérer qu'il est nécessaire de quelque peu définir les contours de l'insertion de la décision en question, dans la vie juridique française par nos autorités (I). Aussi, et indépendamment de toute contrevenance aux valeurs fondamentales françaises, il se peut que les règles de droit international privé que nous recommandons de respecter soient enfreintes. En pareille hypothèse, le non respect du droit international privé rend la décision « irrégulière ». Souvent, la « résistance » des parties sera à l'origine d'un tel dysfonctionnement. Il conviendra alors tout naturellement de les sanctionner (II).

I/ L'insertion de la décision étrangère dans la vie juridique française : l'exemple du sort réservé à la kafala

645. La question de l'insertion d'une décision d'adoption étrangère dans la vie juridique française a déjà été abordée au cours de nos développements antérieurs¹⁵⁰¹. Nous ne reviendrons donc pas sur le sujet, préférant nous atteler à étudier le sort réservé à une décision étrangère mettant en œuvre une institution radicalement différente de celles que prévoit le droit français. Notre attention se trouve ainsi désormais focalisée, non plus sur la manière de faire vivre en France une adoption étrangère qui présente quelques divergences avec l'adoption « à la française », mais sur l'insertion dans notre système juridique, d'une décision étrangère prévoyant une institution inconnue du droit national. Pour une idée plus claire, imaginons qu'un enfant ait été recueilli à l'étranger au titre d'une *kafala*. Disons que par la suite, il sera amené à se déplacer vers la France et qu'à cette occasion, il nécessitera la reconnaissance de son statut. Notre système juridique ne prévoyant pas dans les mêmes termes la protection dont le mineur objet de notre exemple est bénéficiaire, nos autorités, devront procéder à la recherche d'une équivalence entre l'institution étrangère et les dispositions de notre droit (A). De cette opération, il apparaîtra que la *kafala* ne peut être assimilée à l'adoption, même simple. Le constat nous portera d'ailleurs à nous demander si une appréciation strictement juridique de l'équivalence peut être jugée compatible avec le caractère satisfaisant de la protection mise en œuvre (B).

¹⁵⁰¹ Cf. supra n° 368 et suivants.

A. La *kafala* face à la recherche d'équivalence

646. Intervenu en réponse à la nécessité d'assurer la protection de l'enfant de statut prohibitif sans famille ou abandonné (1), la *kafala* s'avère être une véritable limite à l'universalité de l'adoption (2).

1. La *kafala* en tant que réponse à l'interdiction de l'adoption de l'enfant de statut prohibitif

647. En période préislamique, la parenté élective tenait une place d'importance dans les stratégies de composition familiale¹⁵⁰². « Généralement, un homme adoptait un fils qui avait vocation à entrer dans le sang. L'adopté, après s'être délié de sa parenté d'origine, prenait le nom (la filiation) de son père adoptant, il était destiné à lui succéder et les empêchements au mariage le concernaient tout autant qu'un parent consanguin »¹⁵⁰³. D'ailleurs, « le Prophète de l'islam, dont les quatre fils et filles sont morts en bas âge, a peu avant la Révélation également usé de cette formule en adoptant un fils nommé Zayd »¹⁵⁰⁴. Mais ce dernier avait une femme, Zaynab, dont Mohammed tomba éperdument amoureux. Pour plaire à son père, Zayd la répudia. Le Prophète put alors l'épouser¹⁵⁰⁵. Mais un problème subsistait : Mohammed se retrouva en porte à faux avec les principes régissant l'inceste. Une solution s'imposait donc et elle fut trouvée lorsque le Prophète déclara avoir reçu « la visite de l'ange Gabriel qui lui avait révélé de nouveaux versets du Coran : « Dieu n'a pas mis deux cœurs dans la poitrine de l'homme. Il n'a pas fait (...) que vos fils adoptifs soient comme vos fils. Ce n'est que parole de votre bouche, mais Dieu dit la vérité et il guide sur le sentier »¹⁵⁰⁶. Quant au mariage, la Sourate précise : « Quand Zayd n'eut plus de désir pour elle (pour sa femme), nous t'avons marié à elle pour qu'on ne fasse pas de grief aux croyants sur les

¹⁵⁰² Émilie BARRAUD, Les multiples usages sociaux de la *kafala* en situation de migration : protection et non protection des mineurs recueillis, e-migrinter n°2, 2008. PP.133 à 142.

Disponible sur le site :

http://www.mshs.univ-poitiers.fr/migrinter/e-migrinter/200802/emigrinter2008_02_133.pdf

¹⁵⁰³ Ibid.

¹⁵⁰⁴ Ibid.

¹⁵⁰⁵ H. FULCHIRON, Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 10 octobre 2006, Adoption sur *kafala* ne vaut, Dalloz 2007, Chronique. P. 816.

¹⁵⁰⁶ Sourate XXXIII, 4.

*femmes que leurs fils adoptifs ont répudiées, car l'ordre de Dieu doit être exécuté »*¹⁵⁰⁷ »¹⁵⁰⁸. Place était donc faite à une vision exclusivement biologique de la parenté¹⁵⁰⁹ qui, s'étant imposée au fil des années, a poussé la majorité des États musulmans à prohiber l'adoption telle qu'elle est appréhendée en droit français, qu'elle soit simple ou plénière¹⁵¹⁰.

648. Pour autant, il n'est aucun endroit dans le Monde où le sort des enfants abandonnés ou sans famille puisse véritablement être ignoré. Par ailleurs, l'Islam lui-même exhorte ses adeptes à aider tous ceux qui sont dans le besoin, spécialement les orphelins. Comme le fait donc valoir Monsieur FULCHIRON, « *l'adoption correspond à un besoin, pour les enfants comme pour les familles. Aussi les systèmes juridiques qui y sont hostiles* » devaient-ils trouver des alternatives¹⁵¹¹. Ces dernières prennent la forme d'« *institutions subsidiaires qui, sans créer de liens de filiation, permettent la prise en charge de l'enfant, la transmission du patrimoine et parfois celle du nom. Dans les pays musulmans, la kafala permet ainsi à des parents, à des proches ou à des tiers, de prendre en charge l'enfant que leur confie ses parents ou son tuteur. Elle assure également la prise en charge des enfants abandonnés* »¹⁵¹². Il existe donc deux types de *kafala*, l'une et l'autre adaptées à la situation des enfants auxquels elles s'appliquent : premièrement, les enfants qui font l'objet d'une telle mesure peuvent être abandonnés « *avec des situations de filiation totalement inconnue (nés sous X, exposés et trouvés), partiellement connue (reconnaissance maternelle, abandon tardif), voire connue (orphelins, parents incapables, sans moyen de subsistance ou déchus de leurs droits). La Kafala est dans ces cas préférentiellement judiciaire* »¹⁵¹³. Ils peuvent encore ne pas être abandonnés et posséder une filiation connue. La *kafala* est alors « *confiée en vertu d'un acte dressé par des notaires. On parle de kafala « notariale ». Il peut s'agir d'un arrangement entre deux familles, ou entre un couple et une mère célibataire* »¹⁵¹⁴. Lorsque, dans ce dernier cas, la *kafala* vaut pour des enfants non abandonnés et s'emploie lors d'un arrangement avec une autre famille

¹⁵⁰⁷ Sourate XXXIII, 37.

¹⁵⁰⁸ Ibid.

¹⁵⁰⁹ É. BARRAUD, Op. cit.

¹⁵¹⁰ Exception faite de la Turquie, de l'Indonésie, de la Tunisie, de la Somalie et du Liban. Cf. en ce sens : les développements précités d'Hugues FULCHIRON et d'Émilie BARRAUD.

¹⁵¹¹ H. FULCHIRON, Op. cit.

¹⁵¹² Ibid.

¹⁵¹³ É. BARRAUD, Op. cit.

¹⁵¹⁴ Ibid.

identifiée, bien souvent les parents biologiques agissent par nécessité (pauvreté, enfant illégitime) face à des accueillants qui s'engagent à prendre soin de l'enfant¹⁵¹⁵. Mais quelle que soit l'hypothèse, l'institution apparue au XX^{ème} siècle se présente « *sous la forme d'un contrat de recueil provisoire établi par un acte légal. Le titulaire du droit de recueil, le kafil, s'engage à prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un mineur, le makfoul, comme un père pour son fils* »¹⁵¹⁶. Et bien qu'il ne soit pas nécessaire que l'enfant ait rompu tous liens avec sa famille d'origine, pour prétendre produire des effets en France, le recueil inhérent à la *kafala* ne doit pas être simplement épisodique¹⁵¹⁷.

649. En visant ainsi le placement durable en vue de la protection psychique, sanitaire et éducative de l'enfant, la *kafala* s'avère être un véritable substitut au modèle de l'adoption et s'est naturellement imposée en terre musulmane. Et même au-delà puisqu'elle est désormais reconnue par le droit conventionnel. En effet, aux termes de l'article 20 de la CIDE, la *kafala* permet aujourd'hui de répondre, au même titre que l'adoption, aux besoins du mineur qui « *privé temporairement ou définitivement de son milieu familial ou que dans son propre intérêt on ne peut laisser dans ce milieu doit bénéficier d'une protection de remplacement* ». De là, il apparaît clair qu'en présence d'autres institutions destinées à protéger l'intérêt supérieur de l'enfant, l'universalité de l'adoption ne puisse être affirmée que dans une moindre mesure (2).

2. La *kafala* en tant que limite à l'universalité de l'adoption

650. La question de la prise en considération de la loi nationale de l'enfant pour déterminer si celui-ci est adoptable et par là-même, peut faire l'objet d'une adoption internationale, a longtemps suscité des interrogations qui, à mesure de l'évolution de la réglementation ont fini par trouver des réponses. Consacrée par la *loi du 6 février 2001*, l'impossibilité d'adopter un enfant de statut prohibitif est ainsi désormais bien connue de l'internationaliste français. Malgré tout, la situation

¹⁵¹⁵ Ibid.

¹⁵¹⁶ Ibid.

¹⁵¹⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 14 avril 2010, Note S. CORNELOUP, Clunet 2010, P. 10 ; Note M. FARGE, La lutte contre les kafalas de complaisance met en exergue la dualité de finalités de l'institution étrangère en France, Droit de la famille n° 10, Octobre 2010, comm. 160.

des enfants déplacés sur le territoire national après avoir été recueillis à l'étranger dans le cadre d'une *kafala* a continué à diviser les Cours d'appel. Face à la nécessité de donner vie en France à la décision étrangère, les autorités nationales requises ont du se questionner au sujet de l'équivalence. Et fort est de constater que les juges du fond n'ont pas d'emblée statué dans le même sens.

651. Une série de décisions rendues à la fin de l'année 2003 aurait pourtant pu laisser présumer une position convergente entre les cours d'appel en défaveur de la conversion d'une *kafala* en adoption¹⁵¹⁸. En effet, un arrêt de la Cour d'appel d'Amiens datant du 19 novembre 2003 a estimé que « *la kafala (...) ne peut être considérée comme une adoption, même simple* »¹⁵¹⁹. Quelques jours plus tard, le 27 novembre de la même année, la Cour d'appel de Versailles « *a donné raison au ministère public pour lequel la kafala n'est pas assimilable, en droit français, à l'adoption simple, mais à une délégation d'autorité parentale, alors que les intimés estimaient le contraire. La cour d'appel, rappelant que « l'adoption, qu'elle soit plénière ou simple, crée un lien de filiation entre l'adoptant et l'adopté », a jugé que la kafala « n'instaure aucun lien de filiation entre l'adoptant et l'adopté, même si les enfants recueillis peuvent prendre le nom des titulaires du recueil légal (autre nom de la kafala) », qui « s'apparente à un transfert de l'autorité parentale et n'équivaut pas à une adoption simple »* »¹⁵²⁰. Enfin, « *le 4 décembre 2003, la cour d'appel de Reims a rendu un arrêt identique, précisant que le consentement à l'adoption donné par le conseil de famille « en violation de la loi nationale de l'enfant est sans valeur ». Elle a ajouté que « l'exclusion de l'adoption par la loi algérienne ne heurte pas l'ordre public français dès lors que cette loi met en place par kafala une institution de substitution susceptible de fournir à l'enfant la protection (entretien et éducation) dont il a besoin »* »¹⁵²¹.

652. Néanmoins, profitant de l'absence d'un positionnement clair de la Cour de cassation, d'autres arrêts ont par la suite choisi d'adopter une position bien plus souple. La Cour d'appel de

¹⁵¹⁸ Déjà auparavant, la Cour d'appel de Metz s'était prononcée défaveur de l'assimilation de la *kafala* à l'adoption simple (Metz, 21 janvier 2003, n° 01-3382 : Juris-Data n° 2003-216682).

¹⁵¹⁹ Claudine LEPAGE, *Kafala et adoption*, document disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://claudinelepage.eu/S-FDM/Kafala-et-adoption.pdf>

¹⁵²⁰ Ibid.

¹⁵²¹ Ibid.

Reims, est ainsi revenue sur sa position antérieure en 2004 et a été suivie par la Cour d'appel de Toulouse l'année suivante¹⁵²². Dans un cas comme dans l'autre, les juges du fond ont estimé qu'il convenait de faire droit à la demande d'adoption de mineurs algérien et marocain, en considérant que l'institution étrangère pouvait être assimilée à l'adoption simple française¹⁵²³. Les deux décisions visées ont cependant fait l'objet de pourvois formés dans l'intérêt de la loi, donnant ainsi l'occasion à la Cour de cassation, de tenter de mettre fin aux divergences des juges du fond.

653. Par deux arrêts rendus le 10 octobre 2006, la Haute juridiction a déduit de l'absence d'équivalence entre les lois¹⁵²⁴, que la *kafala* – qui ne crée pas de lien de filiation – ne peut être assimilée à l'adoption, même simple^{1525/1526}. La solution a par la suite été plusieurs fois confirmée¹⁵²⁷. Ainsi, tout au plus, l'équivalence recherchée pourra revêtir la forme « *d'une délégation de l'autorité parentale (enfant confié par ses parents à un tiers) ou d'une tutelle (enfant*

¹⁵²² Pour plus de détails, cf. : Reims, 2 décembre 2004 (Jurisdata n° 2004-264675) et Toulouse, 15 février 2005 (Jurisdata n° 2005-272818).

¹⁵²³ Dans le même sens : Paris, 30 octobre 2001, n° 01-3022 (Juris-Data n° 2001-158894) ; Aix-en-Provence, 14 mars 2006, n° 05-5652 (Juris-Data n° 2006-310354) ; Colmar, 30 mars 2006, n°05-2205 (Juris-Data 2006-305873).

¹⁵²⁴ Cette absence d'équivalence concerne tant les fondements que les effets des deux institutions. Voir en ce sens : H. FULCHIRON, Adoption sur kafala ne vaut, Op. cit.

La kafala pourrait tout au plus en France, être assimilée à une tutelle dans le cas d'enfants sans filiation connue, orphelins ou abandonnés. Elle pourrait en outre être calquée sur la délégation d'autorité parentale pour le cas où les attributs de l'autorité parentale auraient été transférés au kafil (le recueillant), sans renoncement définitif à les exercer. En tout état de cause, la kafala ne saurait être assimilée à l'adoption simple dans la mesure où elle ne crée aucun lien de filiation entre l'enfant et celui qui le prend en charge.

¹⁵²⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 10 octobre 2006, Note C. BRIERE, Clunet, 2007, P. 11 ; Note H. FULCHIRON, Adoption sur kafala ne vaut, Dalloz, 2007, Chronique, P. 816 ; Note E. KERCKHOVE, Droits de l'enfant, Chronique d'actualité législative et jurisprudentielle n° 3, Petites affiches, 10 décembre 2007 n° 246, P. 6. (kafala). Cela étant, la question reste sensible. En témoigne cet arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence qui, bien que rendu quelques jours après les arrêts de 2006, s'est prononcé en faveur de l'assimilation de la kafala à l'adoption simple : Aix-en-Provence, 24 octobre 2006, Note A. VERDOT, Quand la kafala devient adoption simple... au prix du contournement de la loi, JCP 2007.II.10073.

Il en va de même pour ce qui concerne l'adoption-protection de droit malien – l'institution étrangère ne créant pas non plus de lien de filiation en faveur de l'enfant. En ce sens, cf. Cass. Civ. 1^{ère}, 12 janvier 2001, Note I. BARRIERE-BROUSSE, Clunet 2011, P.15 ; Commentaire M. FARGE, Quel effet produit un jugement adoption-protection de droit malien déclaré exécutoire en France ? Droit de la famille n° 3, mars 2001, comm. 46.

¹⁵²⁶ La position du Conseil d'État est identique. Pour lui en effet, « l'acte de Kafala qui, à la différence de l'adoption, ne crée aucun lien de filiation, et s'apparente à un simple transfert de l'autorité parentale, n'emporte aucun droit particulier à l'accès d'un enfant sur le territoire français ». Cf. en ce sens : CE, 27 juin 2008, Note CHENEDEE, AJ Famille 2008, P.342.

¹⁵²⁷ Cf. notamment : Civ. 1^{ère}, 9 juillet 2008, Note V. EGEA, Dalloz 2008, P. 2144 ; Note M. FARGE, Droit de la famille 2008, comm. 133 ; Note É. FONGARO, Clunet 2009, P. 2 ; Note M. REVILLARD, Defrénois 2008, art. 38853. Cf. également : Civ 1^{ère}, 28 janvier 2009, Recueil Dalloz 2009- n°8 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 25 février 2009, Veille M. FARGE, Le refus de métamorphoser une Kafala en adoption n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant recueilli, JCP, 2009, P.136.

abandonné ou de parents inconnus) »¹⁵²⁸. Mais si la Haute juridiction s'est montrée aussi soucieuse de l'application stricte des dispositions du droit international privé français, c'est sans doute qu'elle a compris, qu'au-delà du souci de ne pas empiéter sur un terrain auquel il a volontairement renoncé¹⁵²⁹, le législateur national, en suivant la logique conventionnelle, a très vraisemblablement pu estimer que la *kafala* pouvait elle-même constituer un moyen valable de protection de l'enfant orphelin ou abandonné et donc, une limite à l'universalité de l'adoption. Ce positionnement a été récemment rappelé et confirmé par la Circulaire du 22 octobre 2014 relative aux effets juridiques du recueil légal en France¹⁵³⁰. Peut-on pour autant considérer que, confrontée à la question de l'équivalence, l'institution désormais clairement non assimilable à l'adoption - même simple - sera à même de garantir à l'enfant internationalement déplacé, une protection satisfaisante (B) ?

B. La *kafala* face à la nécessité de protéger l'enfant

654. Confronté à l'intérêt de l'enfant déplacé suite au prononcé d'une *kafala*, le refus d'assimiler l'institution étrangère à l'adoption simple (1), contribue à sa manière à démontrer les inévitables limites de l'équivalence (2).

1. Le refus d'assimiler la *kafala* à l'adoption confronté à l'intérêt de l'enfant

655. En France, la Cour de cassation comme le Conseil d'État possèdent une fonction régulatrice indéniable. Cependant, quand la question en cause est sensible au point d'affecter la famille dans sa dimension la plus profonde, il a souvent été souligné que les juridictions inférieures font parfois preuve de résistance. En effet, bien que les décisions rendues en 2006 aient été claires à propos du sort qu'il convient de réserver à la situation de l'enfant de statut prohibitif, la question de la traduction en France d'une *kafala* prononcée à l'étranger a continué à susciter la controverse.

¹⁵²⁸ M. FARGE, Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 10 octobre 2006, Pas de passerelle entre la Kafala et l'adoption, JCP 2007.II.0072 ; Droit de la famille n° 4, Avril 2007, comm. 96.

¹⁵²⁹ Rappelons à ce titre que la France soumet la détermination des conditions du consentement et de la représentation de l'adopté à sa loi personnelle. Cf. pour de plus amples développements, supra n° 356 et suivants.

¹⁵³⁰ Isabelle REIN-LESCASTEREYRES et Camille ANGER, La circulaire « Kafala » du 22 octobre 2014, Gazette du Palais, 06 janvier 2015 n° 6, P. 14.

Texte disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1416688C.pdf

Cependant conscientes depuis les arrêts de 2006, qu'en fondant leurs décisions sur l'assimilation de l'institution étrangère à l'adoption, elles encourraient à coup sûr la censure, les cours d'appel ont choisi de justifier leur choix quant à l'équivalence en se plaçant sur un terrain différent. Ainsi par exemple, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence prononça l'adoption simple d'un mineur algérien alléguant notamment que la mesure « *était conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant, considération primordiale dans toutes les décisions qui concernent les enfants en ce qu'elle lui donne une famille permanente* »¹⁵³¹. Aussi, afin de faire droit à la requête aux fins d'adoption présentée par Mme Y., la Cour d'appel de Limoges s'est pour sa part subtilement basée, non plus directement sur une éventuelle équivalence entre la *kafala* et l'adoption simple, mais sur la notion d'intérêt de l'enfant¹⁵³². Comme on pouvait s'y attendre, la Cour de cassation ne s'est toutefois pas laissée prendre au jeu et a censuré le moyen détourné de la juridiction limougeaude¹⁵³³.

Nous limiter à ce simple constat serait néanmoins réducteur, car il faut bien reconnaître que l'argument tiré de l'intérêt de l'enfant a de quoi pousser la curiosité de l'internationaliste. Voilà pourquoi cette étude s'interroge sur la question de savoir si, sous prétexte d'une disposition légale claire, la Haute juridiction n'avait assurément pas d'autre choix que d'infirmer l'arrêt d'appel. Ne pouvait-elle pas plutôt accepter l'éviction de la loi étrangère au nom de l'intérêt de l'enfant par un recours à l'exception d'ordre public international ?

656. Le pari n'était pas gagné ! D'une, parce que nous l'avons vu, l'ordre public ne devrait intervenir que très exceptionnellement en notre matière¹⁵³⁴. De deux, parce que même si la compétence internationale indirecte correspond au cadre restreint au sein duquel l'intervention de l'ordre public est admissible, il ne semble pas courant dans la pratique jurisprudentielle relative à l'adoption, d'en accepter le jeu au prix d'une appréciation large. En effet, rappelons-le, déjà bien avant l'avènement de la *loi du 6 février 2001*, la Cour de cassation avait considéré à l'occasion de son arrêt *Pistre*, que les dispositions prohibant l'adoption sous la forme plénière d'un enfant par un étranger ne résidant pas au Brésil, n'étaient pas contraires à la conception française de l'ordre public

¹⁵³¹ Aix-en-Provence, 24 octobre 2006, Note A. VERDOT, JCP G 2007, II, 10073.

¹⁵³² Limoges, 1^{er} octobre 2007.

¹⁵³³ Cass. Civ. 1^{ère}, 9 juillet 2008 (Jurisdata n°2008-044757), Note Éric FONGARO, Clunet 2009, P. 2.

¹⁵³⁴ Cf. *supra* n° 200.

international. Pour Messieurs ANCEL et LEQUETTE, pareille solution se trouvait d'ailleurs parfaitement justifiée : « *l'argument fondé sur l'ordre public international ne pouvait prospérer étant donné que la justification tendant à ne pas couper entièrement l'enfant de ses racines apparaissait « suffisamment objective et raisonnable pour que la distinction soit fondée »* »¹⁵³⁵. D'ailleurs, de l'opinion de certains auteurs, l'entrée en vigueur de la *Convention des Nations Unies de 1989*, qui présente l'adoption comme un simple moyen et non comme une obligation, ne modifie pas cette appréciation. Commentant la jurisprudence postérieure à l'arrêt précité, le professeur MONEGER a en effet pris soin de rappeler que la CIDE n'énonce pas un droit pour l'enfant à *être adopté*, mais un droit à *être protégé* lorsque sa famille d'origine ne peut lui apporter cette protection¹⁵³⁶. Le choix de la mesure à mettre en œuvre ne se restreint donc pas au prononcé d'une adoption¹⁵³⁷. Cette position se défend parce que la circonstance que l'adoption ne saurait être un droit, ni pour l'adoptant, ni pour l'adopté, n'est pas juste un argument, mais une réalité juridique¹⁵³⁸. Elle n'est cependant pas la seule à pouvoir être défendue.

657. Pour Éric FONGARO, l'article 3-1 de la CIDE qui, rappelons-le prévoit que « *dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait d'institutions publiques ou privées de protection sociale, de tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* », pose la question de son appréciation¹⁵³⁹. L'applicabilité directe de cet article aujourd'hui clairement admise¹⁵⁴⁰, il reste effectivement à composer avec la « *géométrie variable* » de la notion qu'il défend. Et la « *géométrie variable* » en question tenant à la possibilité d'aborder l'intérêt de l'enfant d'un double point de vue, nous pressentons dès à présent que l'intervention de l'exception d'ordre public international se trouvera plus ou moins justifiée en fonction des hypothèses :

¹⁵³⁵ B. ANCEL, Y. LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Dalloz, 5^{ème} éd., PP. 607 et s.

¹⁵³⁶ F. MONEGER, Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 19 octobre 1999, Rev. crit. 2000, P. 737.

¹⁵³⁷ Ainsi, la CIDE, ratifiée par la France, mais également par l'Algérie et le Maroc – pays ne reconnaissant pas l'adoption- distingue parmi les mesures de protection de l'enfant privé de milieu familial, le placement dans une famille, l'adoption et la Kafala.

Cf. pour plus de détails : M.-C. LE BOURSICOT, Adoption et kafala : quelle place faire à la loi personnelle de l'enfant étranger ? RJPF 2007, n°1, P. 22.

¹⁵³⁸ Chloé CHEVALIER, Mémoire précité.

¹⁵³⁹ Éric FONGARO, Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 9 juillet 2008, Op. cit.

¹⁵⁴⁰ Cf. supra n° 136.

658. Imaginons qu'une adoption soit prononcée en France contre les dispositions de la loi nationale de l'adopté. Abordé *in abstracto*, l'intérêt de l'enfant concerné par cette adoption ne semble pas pouvoir être ainsi satisfait. En effet, le mineur objet de la décision se retrouvera de la sorte assurément dans une situation internationalement « boiteuse ». Dès lors, en vertu de cette première appréciation - et sauf à ce que la situation présente un lien très étroit avec la France - l'exception tirée de l'ordre public international ne paraît pas justifier son intervention¹⁵⁴¹. En revanche, pour le cas où l'intérêt du mineur serait abordé *in concreto*, Monsieur FONGARO relève à bon escient que « *seule l'adoption permettrait à l'enfant de bénéficier d'une situation stable, tant juridiquement qu'affectivement, dans la famille qui serait désormais la sienne* »¹⁵⁴². Pour l'auteur, tel serait d'ailleurs le cas lorsque le mineur, comme dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour d'appel de Limoges, a fait l'objet « *d'un abandon définitif et irrévocable de sorte qu'il est sans filiation et destiné à rester en France* »¹⁵⁴³. *A priori*, ce second raisonnement pourrait justifier l'intervention de l'exception d'ordre public international. Théoriquement valable, la solution ne résisterait cependant pas à la réalité juridique actuelle. Éric FONGARO l'a bien compris et c'est pourquoi il prolonge son analyse jusqu'à préciser que « *ce serait oublier qu'en ouvrant la voie au jeu de l'ordre public de proximité dans une hypothèse très strictement circonscrite (C.civ., art. 370-3, al.2 in fine), le législateur a entièrement « verrouillé » la marge d'appréciation des juges quant à la compatibilité des lois prohibitives à l'ordre public international : la loi étrangère ne peut être évincée que si l'enfant est né et réside habituellement en France* »¹⁵⁴⁴. L'intérêt – supérieur - de l'enfant apprécié *in concreto* ne peut donc pas non plus valablement être évoqué au soutien de l'intervention d'une exception d'ordre public international destinée à permettre l'assimilation d'une *kafala* prononcée à l'étranger, à l'adoption simple française.

659. L'absence de contrariété du refus d'assimiler la *kafala* à l'adoption, même simple, à l'intérêt de l'enfant, a d'ailleurs été confirmée à l'occasion d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 15

¹⁵⁴¹ Le lien très étroit de l'enfant avec la France se retrouve lorsque l'adopté potentiel et né et réside habituellement sur le territoire national. C'est ce qui justifie l'unique exception de l'article 370-3, alinéa 2 du Code civil.

¹⁵⁴² Éric Fongaro, Op. cit.

¹⁵⁴³ Ibid.

¹⁵⁴⁴ Ibid.

décembre 2010¹⁵⁴⁵. Les faits ayant mené au prononcé de cette décision sont clairs : « *après avoir recueilli en kafala une fillette née en Algérie sans filiation connue, deux époux de nationalité française sont autorisés par le tribunal de Batna à donner leur nom à l'enfant et à la ramener en France. Les époux saisissent alors la juridiction française d'une demande d'adoption plénière de l'enfant et, subsidiairement ils demandent le prononcé d'une adoption simple* »¹⁵⁴⁶. Leur demande ayant été rejetée sur le fondement des dispositions de l'article 370-3 alinéa 2 du Code civil, le couple en vient à se pourvoir en cassation évoquant à la fois la contrariété à l'intérêt de l'enfant (articles 3-1 et 20 de la CIDE) et la violation du droit au respect de la vie familiale (article 8 de la CESDH). Pour la Cour de cassation cependant, « *c'est sans méconnaître l'intérêt primordial (de l'enfant), ni établir de différence de traitement au regard de sa vie familiale, ni compromettre son intégration dans sa famille que l'arrêt attaqué a rejeté la demande d'adoption* »¹⁵⁴⁷. L'argument tiré des dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme n'avait donc pas plus de chances de parvenir à faire échec à l'interdiction de l'article 370-3 du Code civil issu de la *loi du 6 février 2001*, que celui se fondant sur la CIDE. La position de la France quant au refus d'assimiler la *kafala* à l'adoption, même simple, a d'ailleurs par la suite été approuvée par la CEDH qui, à l'occasion d'une affaire sensiblement similaire, a rejeté l'argument tiré de la *fondamentalité*¹⁵⁴⁸.

*

*

*

660. En définitive, nous convenons sans mal du fait que la satisfaction de l'intérêt de l'enfant ne puisse dans tous les cas dépendre du prononcé d'une adoption lorsque le mineur qui se déplace est sans famille ou abandonné. L'inverse reviendrait à prétendre qu'en adoptant un régime protecteur différent, les législations islamiques n'ont pas su s'assurer qu'il soit satisfaisant. Or, il serait bien plus juste de considérer que tout est question de culture car ce qui semble choquant à un occidental

¹⁵⁴⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 15 décembre 2010, Commentaire C. CHALAS, *Clunet* 2011, P. 10 ; Note T. GARE, Le refus de transposer la *kafala* en adoption n'est pas contraire aux droits fondamentaux, *JCP G* n°11, 14 mars 2011, P. 301.

¹⁵⁴⁶ Ibid.

¹⁵⁴⁷ Ibid.

¹⁵⁴⁸ CEDH, 4 octobre 2012, Harroudj c/ France, Commentaire P. HAMMJE, L'interdiction d'adoption face aux droits fondamentaux, *Recueil Dalloz* 2012, P. 2947.

paraîtra évident à un maghrébin. De là, il semble de prime abord bien malaisé de critiquer une politique nationale qui a choisi de penser, conformément au droit conventionnel, que la position étrangère pouvait être respectueuse de l'intérêt de l'enfant. Malgré tout, il reste que la prise en considération du point de vue étranger ne se limite pas nécessairement au strict respect de la loi personnelle prohibitive du mineur. En effet, bien qu'ayant ratifié les mêmes instruments conventionnels que la France, d'autres pays ont privilégié une solution différente¹⁵⁴⁹. Serait-ce parce qu'aux dires de Madame RUBELLIN-DEVICHI, l'adoption par des couples français semble encouragée par certaines autorités étrangères en dépit de leur droit interne¹⁵⁵⁰ ? Ou serait-ce plutôt en raison des limites de l'équivalence (2) ?

2. Les limites de l'équivalence

661. Au vu des développements précédents, il nous apparaît clairement justifié de ne pas considérer que la *kafala* puisse être jugée équivalente à l'adoption simple lorsqu'il s'agit de faire vivre en France, l'institution étrangère. Cela étant, il est clair que la *kafala* ne correspond presque jamais en France, à l'ambition des « recueillants ». En effet, ces derniers étant la plupart du temps inscrits dans un réel projet d'adoption, l'institution étrangère ne constitue à leurs yeux, qu'un préalable. De plus, quoi qu'on en dise, se borner à la traduire en délégation de l'autorité parentale ou en tutelle sous prétexte que l'institution ne crée aucun lien de filiation entre l'enfant et son recueillant paraît réducteur. En effet, si la *kafala* ne s'apparente pas tout à fait à l'adoption, on ne peut que reconnaître qu'elle ne correspond pas non plus exactement aux autres mesures proposées. En réalité, dans tous les cas, confrontée à ses propres limites, l'équivalence présente inévitablement un risque de dénaturation. Pourquoi donc ne pas choisir la solution la mieux à même de pourvoir à coup sûr, à la protection effective et suffisante de l'enfant ? Pour ne pas risquer l'inefficacité au

¹⁵⁴⁹ En effet, comme le souligne Madame LE BOURSICOT, « la France est le seul pays européen à avoir reconnu cette interdiction dans son Code civil » : La situation des enfants recueillis en *kafala*, RJP 2006, P. 60.

Ainsi pour exemples : la loi suisse (LF DIP, article 77) et la loi espagnole (C. civ. article 9-5) autorisent l'adoption en dépit de la loi personnelle prohibitive. La Belgique quant à elle se situe dans une position intermédiaire tout à fait respectable : l'article 361-5 du Code civil belge autorise le déplacement sur son territoire national d'un enfant dont la loi personnelle est prohibitive et ce, en vue d'adoption en cas de décès des parents ou quand l'enfant a fait l'objet dans son pays, d'une décision d'abandon et de mise sous tutelle de l'autorité publique.

¹⁵⁵⁰ J. RUBELLIN-DEVICHI, L'adoption à la fin du XX^{ème} siècle, in, « Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle », Études offertes à P. CATALA, Litec, 2001, PP. 340 et s.

nom de l'intérêt conflictuel de l'enfant ? Bien évidemment, dans tous les cas où le mineur présente encore des liens suffisamment étroits avec son pays d'origine, le caractère « boiteux » d'une protection à la hausse devrait suffire à lui préférer une protection, certes un peu moins complète, mais assurément plus propice à la stabilité internationale. Dans les autres cas cependant, lorsque l'enfant a vocation à faire de la France, le point d'ancrage de son centre d'attaches et d'intégration, pourquoi ne pas anticiper ? En la matière, le rôle du juge consisterait donc à opportunément distinguer entre les situations.

662. Quoi qu'il en soit, une chose est sûre : dans certaines hypothèses, le refus d'assimilation ne sera que temporaire puisque rappelons-le, selon l'article 21-12, alinéa 3, 1° du Code civil, peut réclamer la nationalité française : « *l'enfant qui, depuis au moins trois années, est recueilli sur décision de justice et élevé par une personne de nationalité française (...)* ». L'enfant recueilli par un français au titre d'une *kafala*, pourra donc au bout de trois ans, acquérir la nationalité française et sa loi personnelle ne s'opposera dès lors plus à son adoptabilité¹⁵⁵¹. Pour autant, nous n'oublions pas que l'opportunité d'une telle solution se trouve amoindrie par la conscience que les « adoptants » auront, pendant trois ans, à agir comme s'ils étaient véritablement parents, sans pouvoir garantir à l'enfant pendant ce temps, la protection dont il aurait dû pouvoir bénéficier pour le cas où, pour ne faire que reprendre l'exemple précédemment cité par nos travaux, ils décèderaient prématurément. Voilà pourquoi, dans une situation où l'enfant a clairement vocation à prendre la nationalité des personnes chargées de son éducation et, à partir du moment où au moins l'une de ces dernières est de statut personnel permissif, cette étude rappelle la nécessité qu'il soit permis d'avoir recours dès le départ à la réglementation relative à l'adoption¹⁵⁵². Et si une telle prise de position peut souffrir le reproche de favoriser le trafic, l'argument nous paraît avoir déjà perdu ses principaux atouts : d'une part, puisque pour le cas où la situation ferait valablement l'objet de suspicion, une sanction particulière, sur le modèle de celle préconisée pour d'autres types de déplacement pourrait être prise (II). D'autre part, parce que la prétendue inefficacité internationale

¹⁵⁵¹ Cf. supra n° 361.

¹⁵⁵² Cf. supra n° 362.

de la décision d'adoption semble peser moins lourd dans la balance depuis nos précédentes remarques¹⁵⁵³.

II/ Les sanctions du non respect des règles de droit international privé

663. Reconnaître et exécuter. Au besoin, rechercher l'équivalence, transposer. Parfois même, modifier. La part de la compétence internationale indirecte pèse lourd dans la mission confiée à l'autorité saisie suite au déplacement transfrontière d'un mineur. Et elle ne s'arrête pas là car la recherche « d'un semblant » de coordination ne doit pas simplement contribuer à garantir la vie juridique internationale de la décision rendue à l'étranger. Pour que le bon respect des règles de droit international privé en vigueur survive à l'épreuve de la pratique, encore faut-il en effet que les tentatives visant leur contournement se heurtent à une sanction qui soit à même de les faire échouer. Tel semble pouvoir être le cas dans deux hypothèses : lorsque la retranscription de la décision étrangère est refusée (A), et lorsque sa non reconnaissance s'apparente à une nullité (B).

A. La non retranscription : les exemples de l'adoption et de la gestation pour autrui

664. Deux hypothèses engageant le déplacement international d'un enfant ont pu donner lieu à une non retranscription sur les registres d'état civil français, du lien de filiation établi à l'étranger : l'adoption ayant fait suite à l'obtention d'un consentement douteux (1) ; et jusqu'à récemment, la parenté résultant d'une convention de gestation pour autrui (2).

1. L'exemple du consentement douteux en matière d'adoption internationale

665. Le consentement à l'adoption des parents biologiques est indispensable pour que l'institution qui a vocation à protéger l'enfant ne se transforme pas en un « mécanisme

¹⁵⁵³ Ibid.

impitoyable » susceptible de briser les liens familiaux d'origine sans considération pesée. Voilà qui justifie amplement que l'on exige que le consentement à l'adoption en question, soit exempt de doutes. Et l'affirmation n'est pas simplement théorique. En effet, le Parquet de Nantes joue en matière de recueil du consentement, un rôle essentiel. Éminemment concrète, pareille tâche ne consiste pas en un simple contrôle de complaisance, mais en une réelle quête du respect de textes destinés à sauvegarder de la manière la plus adéquate, l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi érigé en véritable protecteur de l'enfant concerné par une procédure d'adoption, le Parquet doit donc veiller à la régularité juridique du dossier et à l'application de la loi, notamment en ce qui concerne l'obtention d'un consentement sans équivoque. Lorsque ce consentement concerne l'adoption plénière d'un enfant étranger, il constitue le fondement d'une institution destinée à être irrévocable. De ce fait, plus encore que pour la forme simple de l'adoption, c'est là un accord indubitable que le procureur devra rechercher. À cette fin, il a toute latitude pour instruire le dossier d'adoption, le compléter ou le faire compléter par tout renseignement qu'il juge utile.

666. Pour mémoire, conformément au texte de l'article 370-3, alinéa 3 du Code civil français, une adoption ne sera valablement prononcée que si le consentement du représentant légal de l'enfant a été « *obtenu sans aucune contrepartie, après la naissance de l'enfant, et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier s'il est donné en vue d'une adoption plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant* ». Si tel est le cas, le Parquet devra exécuter la décision d'adoption étrangère « *en la faisant mentionner ou transcrire, selon les cas, à l'état civil, mission essentielle tant elle est souvent source de difficultés pour les maires et pour les parents adoptifs, impatients de détenir le livret de famille concrétisant la fin d'un parcours adoptif souvent rebutant* »¹⁵⁵⁴. Mais à défaut, la formulation de l'article précité donne au procureur de la République de Nantes, chef du Service central de l'état civil, l'occasion de refuser la transcription du jugement d'adoption obtenu à l'étranger, au motif que le consentement des parents biologiques ne répond pas aux exigences formelles énumérées¹⁵⁵⁵. Tel sera le cas par exemple, s'il

¹⁵⁵⁴ François BASSET, Le rôle du ministère public en matière d'adoption internationale, in « La condition juridique du mineur- Aspects internes et internationaux, questions d'actualité ? » Sous la direction de J.-J. LEMOULAND, Litec, Éditions du Juris-classeur, Collection carré droit, 2004.

¹⁵⁵⁵ Étant entendu que le Parquet général pourra avoir en appel, un regard différent de celui du procureur intervenu en premier ressort.

est avéré qu'une convention conclue à titre onéreux avait pour but d'obtenir le consentement qu'il s'agissait de vérifier.

667. En effet, à l'instar des dispositions prévues par la *Convention franco-vietnamienne* en son Préambule, le Préambule et l'article 1^{er} de la *Convention de La Haye de 1993* contiennent en des termes clairs, l'interdiction de la vente d'enfants à l'occasion des adoptions internationales. De plus, rangé dans le Chapitre relatif aux conditions de l'adoption internationale, l'article 4 c) 3° de l'instrument conventionnel exige, pour permettre l'adoption, que les autorités compétentes de l'État d'origine se soient assurées « *que les consentements n'ont pas été obtenus moyennant paiement ou contrepartie d'aucune sorte et qu'ils n'ont pas été retirés* ». Étant par ailleurs entendu que « *nul ne peut tirer un gain matériel indu en raison d'une intervention à l'occasion d'une adoption internationale* »¹⁵⁵⁶, tout contrat à titre onéreux dont le but consisterait à influencer le consentement à l'adoption est ainsi clairement prohibé. Aussi, de manière plus indirecte, l'article 11 a) de la *Convention de La Haye de 1993*, commande aux organismes agréés de : « *poursuivre uniquement des buts non lucratifs dans les conditions et limites fixées par les autorités compétentes de l'État d'agrément* ». Enfin, pour leur part, les Autorités centrales se voient confier le soin de prendre « *soit directement, soit avec le concours d'autorités publiques, toutes mesures appropriées pour prévenir les gains matériels indus à l'occasion d'une adoption et empêcher toute pratique contraire aux objectifs de la Convention* »^{1557/1558}.

668. Le problème tient au fait que les articles en cause ne tirent pas conséquence de leur violation. Sur ce point pourtant, le droit français devrait être un secours. En effet, de nombreux textes puisés tant dans le droit des obligations, que dans le droit des personnes, s'opposent à la conclusion de conventions ayant pour objet la personne. C'est qu'au-delà même du caractère onéreux, le Code civil français protège l'humain, ce qui aura pour conséquence l'annulation de tout contrat portant

¹⁵⁵⁶ Article 32 1° de la Convention de La Haye de 1993.

¹⁵⁵⁷ Article 8 de la Convention de La Haye de 1993.

¹⁵⁵⁸ En parallèle, on observe que les autorités centrales ne sont pas susceptibles de sanctions si elles ne prennent pas toutes ces mesures destinées à prévenir les gains matériels indus. Annie MORENO suggère alors de se tourner vers les normes du droit international sur la responsabilité des États.

sur une chose hors commerce¹⁵⁵⁹. Et cela vaut même si le contrat en question est conclu à titre gratuit puisque « *la gratuité est en-deçà de l'extra-commercialité* »¹⁵⁶⁰. Il reste que si l'on retient ainsi la nullité, un retour au *statu quo ante* risque de s'imposer, conduisant potentiellement au retour de l'enfant chez ses parents biologiques, voire, dans l'institution où il était auparavant dans son pays d'origine. Une interprétation plus souple permettrait néanmoins de favoriser une décision prononcée au nom de l'intérêt du mineur, décision qui pourrait aller jusqu'à pérenniser une adoption internationale juridiquement nulle - pour le cas où l'enfant serait déjà bien intégré dans sa famille d'accueil par exemple. Pourtant, on est en droit de se demander si l'intérêt de ce dernier peut légaliser la violation antérieure de ses droits. À l'extrême, l'interprétation peut donner lieu à deux grands types de « raisonnements juridiques ». L'un, propre aux pays d'origine, favorables au retour de l'enfant (sentiment de dépossession). L'autre, propre aux pays d'accueil, moins tranchés puisqu'ils ne désirent se mettre à dos ni leurs ressortissants lorsqu'ils ont adopté de bonne foi, ni les pays d'origine qui fermeraient alors leurs frontières à l'adoption internationale en direction de ces pays. Cela étant, au regard des difficultés engendrées par l'annulation, parce tous les contrats, seraient-ils onéreux, ne sont pas conclus dans le but de frauder, parce qu'au surplus, dans le processus adoptif, certaines poignées de mains doivent nécessairement être serrées, des limites à l'interdiction de contracter ont paru indispensables. En conséquence, il nous est permis de penser que seules les conventions onéreuses laissant présager d'un consentement douteux sont véritablement à même de faire échec à l'exécution en France, d'une décision d'adoption internationalement nulle¹⁵⁶¹. Mais la consolation est maigre lorsque l'on sait que le doute quant à la

¹⁵⁵⁹ Ce qui appuie aujourd'hui entre autres, la justification de la prohibition de la pratique des mères porteuses. Cf. à ce propos, infra n° 672 et suivants.

¹⁵⁶⁰ I. MOINE, Les choses hors commerce, une approche de la personne humaine juridique, LGDJ, 1997, P. 106.

¹⁵⁶¹ Il nous semble plus exactement que les conventions prohibées devraient être celles qui feraient passer la démarche de l'adoption au trafic ; celles qui, guidées par l'appât du gain, seraient conclues en marge de l'intérêt de l'enfant. Mais à défaut d'ainsi constituer un « profit indu », certaines conventions onéreuses ne pourraient-elles pas générer un profit légitime ? C'est ce que semble penser Annie MORENO (Les aspects contractuels de l'adoption internationale, Rev. crit. 2001, PP. 301 et s.). Pour elle en effet « il faut rappeler le contenu des deux autres paragraphes de l'article 32, rarement présents sous la plume des commentateurs : « 2) Seuls peuvent être demandés et payés les frais et dépenses, y compris les honoraires raisonnables des personnes qui sont intervenues dans l'adoption. 3) Les dirigeants, administrateurs ou employés d'organismes intervenant dans une adoption ne peuvent recevoir une rémunération disproportionnée par rapport aux services rendus » ». Et en l'absence de dispositions précises, « force est d'admettre que la Convention autorise bel et bien la réalisation d'un profit, quand bien même ce profit devra se parer de qualificatifs peu précis pour bénéficier d'une certaine légitimité ! ».

Sans doute l'expression « exprimée en termes généraux » donne-t-elle une « grande latitude » aux États contractants, auxquels le soin est laissé de « déterminer à partir de quand une rémunération est disproportionnée » (G. PARRA-

certitude du consentement ne se résume pas à ce cas de figure. D'autres fondements permettront donc de justifier le refus de transcription. Ainsi pour exemple, dans une affaire où « *un arrangement contractuel avait manifestement précédé la naissance de l'enfant et avait conduit au consentement à l'adoption le lendemain de la naissance* », l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 9 mars 2011 a relevé que « *le caractère précipité de la procédure (était) incompatible avec l'exigence d'un consentement libre et éclairé* »¹⁵⁶².

669. Le fondement de nos regrets est simple : bien qu'elle soit nécessaire à la lutte contre le contournement des dispositions de droit international privé destinées à garantir la protection de l'enfance contre les abus inhérents au déplacement – au titre desquels figure le défaut de consentement –, la sanction de la non transcription de l'adoption sur les registres d'état civil français est lourde de conséquences. Et quand elle parvient à être dépassée, le temps qui s'écoule peut à lui seul, réengager le débat de l'intérêt de l'enfant. Cette illustration jurisprudentielle concernant une adoption à Madagascar parle d'elle-même :

670. Nina a été adoptée à neuf mois à Antsirabe et est arrivée à dix mois sur l'île de la Réunion où elle a demeuré avec ses parents adoptifs. La transcription du jugement d'adoption étranger a été faite sans difficulté à Nantes le 6 novembre 2001. Par la suite, son petit frère, Nathan, a été adopté à l'âge de 9 mois et est arrivé à la Réunion avec un visa d'un an délivré par la Mission de l'Adoption Internationale. Mais cette fois-ci, la demande de transcription a été refusée en raison des incertitudes qui pouvaient peser sur le caractère éclairé du consentement donné par la mère biologique. Les parents de Nina et Nathan ont alors déposé une requête en adoption plénière devant

ARANGUREN, Rapport explicatif de la convention du 25 octobre 1993 sur les aspects civils de l'enlèvement international, in « Actes et documents de la dix-septième session », Tome II « Adoption, Coopération », Conférence de La Haye de droit international privé, 1994). Mais peu importe, la France n'est pas en la matière, dépourvue d'arguments. Par exemple, notre Code pénal incrimine à la fois le fait de provoquer les parents à abandonner leur enfant et l'entremise à but lucratif entre candidat à l'adoption et candidat à l'abandon. (Article 227-12. Notons en outre que l'article 227-14 du même code, applicable aux personnes morales, interdit de forcer le consentement. Les organismes français intervenant dans le processus adoptif sont donc également concernés par les dispositions prohibitives). Le but lucratif caractérisant l'absence de légitimité serait alors révélé par « un langage de type commercial » de la part des bénéficiaires des sommes d'argent (TGI Paris, 4 mai 1998, Note É. POISSON-DROCOURT, Dalloz 1999, P. 15).

¹⁵⁶² Cass. Civ. 1^{ère}, 9 mars 2011, Commentaire S. GODECHOT-PATRIS et J. GUILLAUME, Clunet 2011, P. 20 ; Obs. H. PEREZ, L'ESSENTIEL Droit de la famille et des personnes, 20 mai 2011 n° 5, P. 7.

le Tribunal de grande instance de Saint-Denis qui, reprenant intégralement les arguments du procureur de Nantes, a rejeté la requête en adoption plénière, le 24 avril 2006. Au nom de l'intérêt de l'enfant, la Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, a cependant réformé le jugement en août 2007¹⁵⁶³. Nathan avait alors quatre ans... Le refus de transcription de l'adoption faisant suite à un consentement douteux des parents biologiques serait donc parfois contournable. Mais quelques fois au prix du temps. Et, sans doute aussi au prix de la cohérence du système¹⁵⁶⁴ : en effet, comment expliquer que s'il ne parvient pas à obtenir la reconnaissance du jugement sur le fondement de l'article 370-5 du Code civil, l'adoptant puisse néanmoins obtenir une nouvelle adoption plénière sur celui de l'article 370-3 du même code¹⁵⁶⁵ ?

671. Plus récemment, la Cour de cassation a estimé que la violation de l'article 370-3 du Code civil ne peut être opposée à la reconnaissance de plein droit d'une adoption internationale prononcée entre deux pays ayant ratifié la *Convention de La Haye du 29 mai 1993*, seule la contrariété à l'ordre public étant susceptible d'y faire échec. Dans cette affaire, l'adoption prononcée entre deux États signataires de la Convention-adoption et certifiée conforme aux dispositions de ladite convention par l'autorité centrale malgache, devait être reconnue de plein droit en France. Pourtant, le ministère public a refusé de faire droit à cette demande. Confirmé en première instance, ce refus a été par la suite infirmé à l'occasion d'un arrêt rendu par la cour d'appel de Rennes le 18 février 2014. Portée devant la Cour de cassation par le parquet, l'affaire a conduit à la décision du 1^{er} avril 2015. Rejetant le pourvoi, la Haute juridiction a estimé que « *c'est sans encourir les griefs des moyens que la cour d'appel a décidé qu'au regard des conditions exigées par la Convention, la violation de l'article 370-3 du Code civil ne pouvait être opposée à la reconnaissance du jugement d'adoption étranger et que celui-ci, ne heurtant pas l'ordre public*

¹⁵⁶³ Pour la retranscription de cette histoire et pour plus d'information sur les refus de transcription concernant les adoptions malgaches, cf. J. RUBELLIN-DEVICHI, *Réflexions sur le devenir de l'adoption internationale*, Informations sociales 2008/2, n° 146, PP. 38-47.

¹⁵⁶⁴ Civ. 1^{ère}, 24 septembre 2014, Obs. P. SALVAGE-GEREST, *Refus de transcription directe d'un jugement brésilien*, AJ Famille 2014, P. 629.

¹⁵⁶⁵ Civ. 1^{ère}, 24 septembre 2014, Avis de Pierre CHEVALIER, *Refus de transcription directe d'un jugement brésilien d'adoption*, Rev. crit. 2015, P. 165. Également à ce propos, Obs. P. SALVAGE-GEREST, Op. cit.

international français, devait être transcrit »¹⁵⁶⁶. Seule une violation avérée de l'ordre public pourrait donc justifier le refus de transcription¹⁵⁶⁷. En est-il de même en ce qui concerne la gestation pour autrui (2) ?

2. L'exemple de la gestation pour autrui

672. Il semble que l'évolution de la biologie ait contribué à brouiller les repères en matière d'adoption. En effet, jusqu'aux années 1980, il y avait très clairement la filiation naturelle d'un côté, et l'adoption de l'autre. Mais l'apparition de la procréation médicalement assistée a suscité des interrogations : ne pouvait-on pas voir dans le don de spermatozoïdes ou d'ovules, une nouvelle forme d'adoption ? Et puisque cela était admis, pourquoi ne pouvait-on pas également accepter la pratique des mères porteuses, autrement nommée « gestation pour autrui » ?¹⁵⁶⁸

673. Dans les faits, le procédé est simple : il consiste souvent, pour des femmes traditionnellement ressortissantes de pays d'origine, à mettre un enfant au monde dans le pays

¹⁵⁶⁶ Cass. 1^{ère} Civ., 1^{er} avril 2015, Note A. BOICHE, Le jugement d'adoption prononcé suivant les règles de la Convention de La Haye doit être transcrit, AJ Famille 2015 n°6, P.339 ; Note Mélanie COURMONT-JAMET, Adoption internationale : lorsque le parquet de Nantes fait du zèle... Gazette du Palais, 23 juin 2015 n° 174, P. 34.

¹⁵⁶⁷ Précisons que l'exigence d'un consentement certain émanant des parents biologiques, tirée des dispositions de l'article 370-3 du Code civil, ne saurait davantage faire obstacle à l'exequatur d'un jugement d'adoption sur fondement d'une violation de l'ordre public. En effet, par une décision du 7 décembre 2016, la Cour de cassation a estimé que la violation de l'article 370-3 du code civil ne pouvant être opposée à l'exequatur d'un jugement d'adoption ivoirien, le président du tribunal de grande instance a violé l'article 36 de l'Accord de coopération en matière de justice signé entre la France et la Côte d'Ivoire le 24 avril 1961 ainsi que l'article 370-3 précité. Civ. 1^{ère}, 7 décembre 2016, Recueil Dalloz 2016, P. 2571, Adoption internationale (exequatur) : portée de la violation de l'article 370-3 du code civil ; F. MELIN, Conditions de l'exequatur d'un jugement étranger d'adoption, Dalloz actualité, 20 décembre 2016.

Précisons en outre que l'exception d'ordre public international ne saurait davantage être invoquée pour asseoir un refus d'exequatur. En effet, quand bien même le doute serait permis quand à la véracité de l'état civil de l'enfant concerné par la procédure, la Cour de cassation semble considérer qu'une solution contraire reviendrait à procéder à une révision au fond du jugement étranger : Civ. 1^{ère}, 22 juin 2016, S. GODECHOT-PATRIS, *La tentation de la révision en matière d'adoption*, RJPf 2016, n°10, 1^{er} octobre 2016.

¹⁵⁶⁸ Pour un bref état des lieux à propos de cette pratique : A. CHAIGNEAU, Pour un droit du lien : le débat sur la gestation pour autrui comme catalyseur d'un droit de la filiation renouvelé, RTD Civ. 2016, P. 263 ; F. CHALTIEL-TERRAL, La gestation pour autrui en droit français : développements récents, Petites affiches, 21 mars 2016, n°57, P.6 ; F. CHALTIEL, La gestation pour autrui et le droit français. Développements récents, Petites affiches, 19 décembre 2016, n°252, P.8 ; COCHELARD P. et DEPASSE L., La gestation pour autrui : les grandes problématiques juridiques en France, Petites affiches, 16 octobre 2015, n° 207, P. 12 ; H. FULCHIRON, Reconnaissance ou reconstruction ? Rev. Crit. 2015, P.1 ; S. Le GAC-PECH, Pour une indispensable légalisation des conventions de mère porteuse, AJ Famille 2016, P. 486 ; A. Mirkovic, Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant, Le Lamy Droit civil, n°133, 1^{er} janvier 2016.

d'accueil, voire à se faire inséminer - artificiellement ou non - pour porter l'enfant d'un couple stérile. Le père, - parfois biologique -, reconnaît le nouveau né et, par la suite, son épouse adopte le mineur. La venue de ces femmes est précédée d'un accord comportant la prise en charge par les parents adoptifs, des frais de voyage, d'hospitalisation, de suivi de la grossesse et du versement d'une somme d'argent. La réalisation de la « transaction » peut également être pratiquée directement dans le pays d'origine, lorsqu'elle y est légalement autorisée - comme c'est le cas dans certains États des États-Unis par exemple¹⁵⁶⁹. Mais le recours à la pratique des mères porteuses n'est pas sans risques car parallèlement à l'adoption internationale, il encourage le développement d'une commercialisation mêlée d'abus. Ce phénomène, même s'il ne relève pas exactement de l'adoption, n'est pas négligeable si l'on considère que les pays d'origine ont tendance à être plus attentifs qu'auparavant aux enfants qu'ils confient en adoption internationale, au moins de façon officielle : d'un trafic mettant exclusivement en cause des *enfants déjà nés*, l'on est ainsi passé à une pratique pouvant également mettre en cause des *enfants à naître*. Au plan international, la question se pose ainsi de savoir si de telles pratiques relèvent de la vente ou de l'adoption¹⁵⁷⁰. Quoi qu'il en soit, pour sa part, la France a longtemps clairement tranché en faveur de l'interdiction du recours à la gestation pour autrui¹⁵⁷¹. En effet, la Cour de cassation, puis la loi¹⁵⁷², ont fermement condamné le procédé comme constituant un détournement de l'institution adoptive. Mais sans pouvoir prétendre que les évolutions opérées à l'étranger n'aient aucune répercussion sur le

¹⁵⁶⁹ C'est également le cas par exemple en Israël, en Grèce, en Angleterre, en Nouvelle-Zélande, en Australie, en Russie et en Afrique du Sud : H. FULCHIRON, La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ? *Clunet* n°2, avril 2014.

Également pour de plus amples développements à propos des législations permissives du Royaume-Uni et de la Grèce : F. GRANET, État civil des enfants nés d'une convention de maternité pour autrui. *Panorama du droit positif dans quelques États européens*, *AJ Famille* 2014, P. 300.

¹⁵⁷⁰ Sur la qualification de la gestation pour autrui, cf. l'étude de Claire de LA HOUGUES : La qualification juridique de la gestation pour le compte d'autrui au regard du droit international et du droit pénal français, *Droit de la famille* n°11, Novembre 2015, étude 15.

¹⁵⁷¹ Pour exemples, l'Allemagne, la Norvège, l'Espagne, le Portugal, l'Italie, la Bulgarie, le Québec, l'Argentine et la Chine ont adopté une position similaire : H. FULCHIRON, La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ? *Op. cit.*

Également pour de plus amples développements à propos des législations prohibitives allemande, belge, espagnole, italienne, luxembourgeoise, néerlandaise, polonaise, suisse et turque : F. GRANET, État civil des enfants nés d'une convention de maternité pour autrui. *Panorama du droit positif dans quelques États européens*, *Op. cit.*

¹⁵⁷² Cf. les lois sur la bioéthique.

territoire national. Ainsi, le 17 décembre 2008, la Cour de cassation a eu à juger une affaire mettant en cause des jumelles nées aux États-Unis d'une mère porteuse¹⁵⁷³.

674. Conformément à un jugement rendu en cours de grossesse selon la procédure localement applicable, les actes de naissance des enfants dressés en Californie établissaient la qualité de parents du couple de français ayant eu recours à la gestation pour autrui. Revenus en France, les parents ont logiquement demandé leur transcription en tant que tels sur les registres français de l'état civil. Suspectant le recours à une gestation pour autrui, le Parquet a déclenché « *à la fois une procédure pénale pour tentative de simulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil des enfants (art. 443-13 c. pén.) et une procédure civile aux fins d'annulation de la transcription – entre-temps réalisée – des actes de naissance étrangers sur les registres français de l'état civil. L'action pénale s'est éteinte par une ordonnance de non-lieu rendue le 30 septembre 2004* »¹⁵⁷⁴. Le pan civil de l'affaire n'a quant à lui pas reçu une issue « *aussi favorable à la famille concernée : la Cour de cassation censure ici l'arrêt d'appel de Paris qui avait confirmé le jugement de première instance déclarant le ministère public irrecevable en sa demande* »¹⁵⁷⁵. Le recours à une mère porteuse établi, l'intérêt à agir du ministère public pour demander la nullité des transcriptions sur les registres français de l'état civil des actes de naissance des deux enfants nées d'une gestation pour autrui à l'étranger était en effet indubitable. Mais à quel prix ?

675. En réalité, l'affaire reflétait le dilemme dans lequel les autorités françaises se trouvent lorsqu'elles sont confrontées à l'action de parents qui, ne pouvant obtenir l'accomplissement de leur projet en France, s'en vont le réaliser à l'étranger. Face à ce type de configuration, vaut-il mieux sanctionner ceux qui bravent les interdits – ce qui revient à priver l'enfant de ses droits fondamentaux - ou passer sur la faute des parents dans l'intérêt de l'enfant de n'être pas laissé sans statut ? La question n'est pas simple parce que dans ces situations, les parents n'ont pas agi pour donner une famille à un enfant, mais pour se donner à eux-mêmes un enfant. Refuser de sanctionner

¹⁵⁷³ Civ. 1^{ère}, 17 décembre 2008, Note L. BRUNET, Un arrêt en trompe-l'œil sur la gestation pour autrui : retour du droit ou recul de la raison juridique ? Recueil Dalloz 2009, P. 340 ; Obs. J. HAUSER, Maternité pour autrui et état civil : la réponse attendra, RTD civ. 2009, P.106.

¹⁵⁷⁴ L. BRUNET, Op. cit.

¹⁵⁷⁵ Ibid.

l'action des parents afin de prioriser l'intérêt du mineur reviendrait à pousser les autorités à reconnaître une sorte de droit à l'enfant qu'elles ne veulent pas consacrer. L'absence de droit à l'enfant devrait-elle alors être réduite à l'absence de droit à l'enfant *déjà né*, autrement dit, l'absence de droit à l'adoption ? Comme pour toute question sensible, les avis restent partagés et le phénomène continue à poser un problème de société et d'éthique à chaque nouveau cas retranscrit dans les médias.

676. Faire obstacle à la transcription du lien de filiation créé à l'étranger sur les registres de l'état civil français revient en France, à priver l'enfant de tout statut. La sanction des parents est ainsi aussi celle du mineur qui se retrouve condamné à vivre dans une situation boiteuse, sans pour autant que la mère biologique ne soit rétablie dans ses droits¹⁵⁷⁶. Certes, la possibilité d'établir le lien de filiation paternel – si tant est que le compagnon de la mère soit le père biologique - permet de tempérer la critique frappant le refus de transcription lorsque le consentement des parents biologique est douteux¹⁵⁷⁷. Mais une autre solution – plus favorable à l'enfant - n'était-elle pas permise ?

677. Dans l'affaire sus-exposée, il pourrait être reproché au Parquet de s'être positionné à raison d'un point de vue strictement interne et ce, alors même que la situation en cause mettait en œuvre des faits empreints d'extranéité. Ainsi pour Madame BRUNET, « *une stricte orthodoxie aurait (...) dû conduire à raisonner, soit selon la méthode du conflit de juridictions, soit selon celle du conflit d'autorités, afin de se prononcer sur la reconnaissance dans l'ordre juridique français du jugement et des actes publics étrangers. Deux voies s'offraient en conséquence au ministère public pour décider de l'accueil de la situation étrangère consolidée par l'intervention des autorités californiennes : d'un côté, il pouvait examiner la régularité internationale du jugement prénatal de transfert de parenté selon les principes dégagés en la matière par la jurisprudence ; de l'autre, il pouvait contrôler l'efficacité des actes d'état civil étrangers selon un régime, assez flou, qui tend*

¹⁵⁷⁶ P. SALVAGE-GEREST, Adoption internationale : halte à la présomption irréfragable de vice du consentement parental - Réflexions sur l'article 370-3, alinéa 3 du Code civil après l'arrêt de la cour d'appel de Rennes du 29 janvier 2007, Droit de la famille n° 3, Mars 2007, étude 8.

¹⁵⁷⁷ Cf. supra n° 665 et suivants.

désormais à être absorbé par une règle matérielle autoritaire introduite dans l'article 47 du code civil par la loi du 26 novembre 2003 et modifiée par la loi du 14 novembre 2006. Cet article écarte, en effet, la présomption de force probante des actes d'état civil étrangers dès lors que des éléments, largement compris, font soupçonner qu'ils peuvent être « irréguliers, falsifiés ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ». Une procédure de vérification exercée par l'autorité administrative est prévue en ce cas (...). Quoi qu'il en soit, la nature internationale du conflit imposait au ministère public de choisir l'un ou l'autre de ces deux terrains pour décider de la reconnaissance en France des liens de filiation des enfants régulièrement établis à l'égard du couple de parents français »¹⁵⁷⁸. Il n'en a pourtant pas été ainsi. Or, « la façon du ministère public de s'affranchir de la méthode conflictualiste était d'autant plus flagrante qu'elle se situait en porte-à-faux du mouvement actuel, qui se manifeste tant en droit interne qu'en droit européen, en faveur de la protection des situations juridiques « cristallisées » à l'étranger avec le concours d'une décision de l'autorité publique autorisée »¹⁵⁷⁹. Mais comme le fait valoir ensuite l'auteur, sans doute fallait-il y voir une stratégie du Parquet « pour éviter une mise en jeu restreinte de l'ordre public »¹⁵⁸⁰. Madame BRUNET relève en effet que « l'ordre public international n'est pas le décalque de l'ordre public interne ; son contenu, spécifique, est plus limité. Il n'intervient pour écarter l'application normale du droit étranger qu'en cas d'incompatibilité avec certains principes fondamentaux ou valeurs considérées comme absolues par la société française »¹⁵⁸¹. Or, à ses yeux, il est à douter que la prohibition de la gestation pour autrui appartienne « à ce bastion restreint que constitue l'ordre public international »¹⁵⁸². Trois espèces par la suite soumises à l'examen de la Cour de cassation allaient pourtant prouver le contraire...

678. À l'instar de ce qui valait dans la décision précédemment envisagée, les affaires ayant donné lieu aux arrêts du 6 avril 2011, mettaient en cause des couples français qui avaient conclu,

¹⁵⁷⁸ L. BRUNET, Op. cit.

¹⁵⁷⁹ Ibid.

¹⁵⁸⁰ Ibid.

¹⁵⁸¹ Ibid.

¹⁵⁸² Ibid.

conformément au droit américain, des conventions de gestation pour autrui¹⁵⁸³. Soumises à l'homologation du juge étranger, ces conventions prévoyaient qu'après la naissance de l'enfant, les contractants seraient déclarés être les parents dans les actes d'état civil étrangers. Pourtant, dans chacune de ces espèces, les Cours d'appel saisies en sont venues à refuser ou à annuler les transcriptions sollicitées sur le territoire national par les parents, sur le fondement d'une contrariété à l'ordre public français¹⁵⁸⁴. Pour la Cour de cassation, pareil positionnement méritait d'être approuvé. Cette fois-ci cependant, par référence à la notion d'ordre public international. La Haute juridiction a en effet considéré dans les trois cas, qu'était « *justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la **contrariété à l'ordre public international français** de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français* »¹⁵⁸⁵.

679. Déjà consacrée à l'occasion d'un arrêt rendu le 8 juillet 2010¹⁵⁸⁶, pareille définition de l'ordre public a permis à la Cour de cassation d'apporter « *un éclairage sur la teneur de ces principes essentiels, en reconnaissant le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes comme l'un d'entre eux. Cela traduit l'idée que la notion d'ordre public n'est pas réservée à la sauvegarde*

¹⁵⁸³ Civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, Note A. DIONISI-PEYRUSSE, La reconnaissance en France des situations familiales créées à l'étranger, Maternité pour autrui, adoption et mariage homosexuels, polygamie et répudiation, AJ Famille 2011, P. 250 ; Note C. SIFFREIN-BLANC, La gestation pour autrui heurte les principes essentiels du droit français, Dalloz Actualité, 14 avril 2011.

¹⁵⁸⁴ Dans la première affaire, la demande du parquet visait uniquement l'annulation de la transcription de la mention relative à la filiation maternelle de l'enfant. Au contraire, dans la deuxième affaire, la demande du parquet visait l'annulation de l'acte d'état civil français en son entier. Le troisième dossier était pour sa part un peu différent : « la transcription de l'acte d'état civil américain de l'enfant sur les registres français ayant été refusée par le consulat, à leur retour en France, les époux ont obtenu du juge des tutelles un acte de notoriété constatant la possession d'état d'enfant légitime à leur égard, dont ils ont demandé en justice la transcription sur les registres des actes d'état civil » : C. SIFFREIN-BLANC, Op. cit.

¹⁵⁸⁵ C'est nous qui le soulignons.

Aussi, la Cour de cassation considère qu'une « telle situation qui ne prive pas l'enfant d'une filiation maternelle et paternelle que le droit étranger leur reconnaît, ni ne l'empêche de vivre avec les requérants, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, non plus qu'à son intérêt supérieur garanti par l'article 3 § 1, la Convention internationale des droits de l'enfant ». Pour un commentaire de ce positionnement, cf. notamment : C. SIFFREIN-BLANC, Op. cit. et A. DIONISI-PEYRUSSE, Op. cit.

¹⁵⁸⁶ Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, Note H. FULCHIRON, Reconnaissance en France de l'adoption de l'enfant du partenaire de même sexe prononcée à l'étranger, JCP G, n°48, 29 Novembre 2010, P. 1173 ; Obs. I. GALLMEISTER, Dalloz 2010, P. 1787 ; Note P. HAMMJE, De l'exequatur d'un jugement étranger d'adoption par la compagne homosexuelle de la mère biologique, Rev. crit. 2010 P.747 ; Obs. J. HAUSER, RTD civ. 2010, P. 547 ; Note C. NEIRINCK, Homoparentalité et ordre public, Rev. dr. sanit. Soc. P.1128.

*des seuls droits fondamentaux. Il doit également servir à la défense de certaines valeurs spécifiques au « droit français », sous-entendu de conception et d'origine nationales, tels certains choix sociétaux par exemple*¹⁵⁸⁷. En effet, il semblerait *« que ce changement de formule indique une volonté de recentrer la question sur les principes du droit français et de réaffirmer l'autorité de certaines règles édictées par le législateur français »*¹⁵⁸⁸. Dès lors, s'il est clairement acquis que *« l'ordre public doit conduire à écarter les décisions étrangères qui heurteraient des « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue »*¹⁵⁸⁹, il semble en outre que *« dans une deuxième fonction, l'intervention de l'ordre public pourrait aussi permettre la sauvegarde de certaines politiques législatives : lorsqu'une règle française fait débat dans l'opinion publique, reconnaître en France des effets à une norme étrangère différente pourrait fragiliser la norme française. L'intervention de l'ordre public dans cette deuxième fonction permettrait d'éviter cette déstabilisation »*¹⁵⁹⁰.

680. Cette solution, adoptée par la première chambre civile de la Cour de Cassation dans les arrêts de 2011, a été reprise dans les décisions du 13 septembre 2013¹⁵⁹¹ et du 19 mars 2014¹⁵⁹². Mais la solution prononcée par la Haute juridiction judiciaire dans le dernier arrêt cité ne se contente pas de réaffirmer la sanction de la fraude en estimant comme en 2013, qu' *« en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3§1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privé et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement évoqués »*. Cette fois-ci en effet, *« en abandonnant le motif tiré de l'indifférence des convention internationales et de l'intérêt supérieur de l'enfant en cas de fraude, la Cour de cassation cherche l'équilibre des intérêts en présence »*¹⁵⁹³.

¹⁵⁸⁷ C. SIFFREIN-BLANC, Op. cit.

¹⁵⁸⁸ A. DIONISI-PEYRUSSE, Op. cit.

¹⁵⁸⁹ Ibid.

¹⁵⁹⁰ Ibid.

¹⁵⁹¹ Civ. 1^{ère}, 13 septembre 2013, n° 12-30138 et 12-18315, Avis C. PETIT, Dalloz 2013, P. 2377 ; Note M. FABRE-MAGNAN, Dalloz 2013, P. 2384 ; Note A. MIRKOVIC, JCP G 2013, P. 985.

¹⁵⁹² Cass. Civ. 1^{ère}, 19 mars 2014, n° 50005, Note Gaëlle DEHARO, Gestation pour autrui et fraude à la loi : confirmation du refus de transcription des actes de naissance et réintégration des intérêts de l'enfant, Gaz. Pal. 10 avril 2014, n°100, P. 12.

¹⁵⁹³ Ibid.

681. Il reste que la résistance française semblait reposer sur des fondements fragiles. En réalité, la solution aurait sans doute bien davantage résidé dans l'adoption d'un instrument international. Pareille solution permettrait en effet très certainement « *d'offrir un socle commun qui, dépassant la diversité des droits et des pratiques, pourrait servir de modèle. L'exemple des enlèvements d'enfants, avec la Convention de La Haye de 1980, et, surtout, celui de l'adoption, avec la Convention de La Haye de 1993, semblent plutôt encourageants. L'idée n'a en tout cas rien de saugrenue : depuis 2011, la Conférence de DIP de La Haye a engagé une importante réflexion sur le sujet : une note et un rapport préliminaire ont été rédigés et des questionnaires envoyés aux pays membres* »¹⁵⁹⁴. Mais en attendant que l'initiative porte ses fruits, nous ne pouvons que reconnaître les failles de nos solutions actuelles.

En effet, en condamnant la France pour son refus de transcrire à l'état civil français la filiation des enfants nés suite à la conclusion d'une convention de mère porteuse à l'étranger, la décision rendue par la CEDH en matière de gestation pour autrui le 26 juin 2014¹⁵⁹⁵ ne pouvait que remettre en cause la logique du positionnement français. D'ailleurs, depuis cet arrêt¹⁵⁹⁶, se fondant

¹⁵⁹⁴ H. FULCHIRON, La lutte contre le tourisme procréatif... Op. cit.

¹⁵⁹⁵ CEDH, 26 juin 2014, Mennesson c/ France : JurisData n° 2014-015212 et Labassé c/ France : JurisData n° 2014-015214, Gestation pour autrui et état civil des enfants : la CEDH prend position au nom de l'intérêt des enfants, Gaz. Pal., 3 juillet 2014, n°184, P. 30 ; Note L. D'AVOU, Dalloz 2014, P. 1806 ; S. BOLLEE, Enfant conçu à l'étranger : précisions sur l'établissement de la filiation d'une gestation pour autrui, Rev. crit. 2015, P.144 ; Obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, Dalloz 2014, P. 1788 ; Chron. L. BURGORGUE-LARSEN, AJDA 2014, P. 1763 ; Note F. CHENEDE, Dalloz 2014, P. 1797 ; Obs. T. COUSTET, Dalloz Actualité 30 juin 2014 ; Chron. H. FULCHIRON et C. BIDEAU-GARON, Dalloz 2014, P. 1376, P. 1773 ; Obs. DIONISI-PEYRUSSE, AJ Famille 2014, P. 396 ; Note A. GOUTTENOIRE, JCP G 2014, P. 1486 ; Obs. F. GRANIER-LAMBRECHTS, Dalloz 2015, P. 708 ; Comm. J. GUILLAUME, Octobre 2014, P.1265 ; Obs. B. HAFTEL, AJ Famille 2014, P. 499 ; Obs. J. HAUSER, RTD Civ.2014, P. 616 ; Obs. J.-P. MARGUENAUD, RTD Civ. 2°14, P. 385 ; Comm. C. NEIRINCK, Dr. famille 2014 ; Obs. B. PASTRE-BELDA, Obligation de reconnaître le lien de filiation entre un père et son enfant biologique né d'une GPA à l'étranger, JCP G, n° 28, 14 juillet 2014, P. 827 ; Chron. F. SUDRE, JCP G 2014, P. 832.

Également à propos de l'affaire Mennesson c/ France : M.-C. LE BOURSICOT, Saga judiciaire de la gestation pour le compte d'autrui : retour à la transcription... RJPF, n° 2, 1^{er} février 2016.

¹⁵⁹⁶ Par la suite confirmé. cf. en ce sens l'arrêt de la CEDH en date du 21 juillet 2016, Foulon et Bouvet c/ France. À propos de cette décision : Gestation pour autrui (transcription) : nouvelle condamnation de la France, Recueil Dalloz 2016, P. 2152 ; A. BATTEUR, Gestation pour autrui : nouvelle condamnation de la France, L'ESSENTIEL Droit de la famille et des personnes, 30 novembre 2016, n°10, P.4 ; Note A.-B CAIRE, Vers un réexamen des décisions civiles définitives rendues en matière d'état des personnes après une condamnation de la CEDH ? Dalloz 2016, P. 2152 ; T. COUSTET, CEDH : nouvelle condamnation de la France en matière de GPA, Dalloz actualité, 25 juillet 2016 ; Obs. A. DIONISI-PEYRUSSE, AJ Famille 2016, P. 407 ; Obs. J. HAUSER, GPA : inscription à l'état civil, RTD Civ. 2016, P. 819 ; P. LE MAIGAT, Gestation pour autrui : pour en finir avec l'article 16-7 du Code civil, Gazette du Palais, 6 septembre 2016, n°30, P. 23 ; S. MAUCLAIR, L'insoluble question de la gestation pour autrui, RJPF, n°11, 1^{er} novembre 2016 ; R. NATO-

sur la décision précitées de la CEDH et se référant à l'intérêt supérieur de l'enfant conformément aux dispositions de l'article 3-1 de la CIDE, la Cour d'appel de Rennes s'est prononcée en faveur de la transcription d'un acte de naissance établi en Russie pour un enfant issu d'une gestation pour autrui¹⁵⁹⁷. Relevons néanmoins que dans cette affaire, les deux parents mentionnés dans l'acte de naissance étaient véritablement les parents biologiques de l'enfant (le père et la mère porteuse). C'est ce qui pour la Cour, justifiait la conformité de l'acte aux dispositions de l'article 47 du Code civil¹⁵⁹⁸.

Il reste qu'imposer l'établissement d'un lien de filiation avec le parent biologique en dépit du caractère illicite de la gestation pour autrui revient à reconsidérer – même partiellement - la prohibition de cette pratique. Et cela vaudra d'autant lorsque la mère d'intention sera également la mère biologique ou lorsqu'un homme seul aura recours aux services d'une mère porteuse à laquelle il transmettra ses gamètes !¹⁵⁹⁹

KALFANE, Gestation pour autrui devant la CEDH : après une nouvelle condamnation de la France, quelles suites pour les parties concernées ? Gazette du Palais n°1, P.80 ; Obs. F. SUDRE, JCP 2016, P. 965.

¹⁵⁹⁷ Rennes, 16 décembre 2014, Anne-Marie LEROYER, Actualité 2014 du droit extrapatrimonial de la famille, Gazette du Palais, 31 mars 2015, n°90, P.8.

¹⁵⁹⁸ En effet, « sans frontalement remettre en cause le choix du législateur français de prohiber les conventions de mère porteuse (C. civ., art. 16-7), les juges strasbourgeois ont estimé que le droit au respect de la vie privée, protégé par l'article 8 de la Convention, « implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation », de telle sorte que l'enfant conçu par le biais d'une convention de gestation pour le compte d'autrui est en droit d'établir sa filiation à l'égard de son parent biologique. Il y a là une remise en cause partielle du raisonnement suivi par la Cour de cassation : désormais en effet, à suivre la Cour européenne des droits de l'homme, l'illicéité de la conception n'affecte pas nécessairement l'établissement de la filiation. Si la Cour de cassation décidait de se conformer à la solution posée par la Cour européenne des droits de l'homme, elle devrait donc revenir sur son refus d'admettre d'une part l'établissement du lien de filiation unissant le père biologique à l'enfant et d'autre part la transcription dans les registres français d'état civil des actes de naissance étrangers, mais dans la seule mesure où ils reflètent la vérité biologique de la filiation », David SINDRES, Le tourisme procréatif et le droit international privé, Clunet n°2, Avril 2015, doctr. 4.

¹⁵⁹⁹ En revanche, lorsqu'il n'est pas question de filiation biologique, la position des juges français est généralement plus stricte. Ainsi, par exemple, par deux arrêts du 28 septembre 2015, la Cour d'appel de Rennes a prononcé l'annulation d'actes de naissance d'enfants issus de gestations pour autrui en Inde et aux Etats-Unis étant donné que les actes de naissance mentionnaient l'épouse du père comme étant la mère : Rennes, 28 septembre 2015, JCP G 2015, n°42, 1086 ; Note J.-R. BINET, Droit de la famille 2015, P.201 ; Obs. A. DIONISI-PEYRUSSE, AJ Famille 2015, P. 567 ; Jean HAUSER, État civil des enfants nés à l'étranger d'une GPA : la valse des hypocrisies continue, RTD Civ. 2016, P. 78.

Une solution identique a en outre été retenue par deux arrêts plus récents rendus par la Cour d'appel de Rennes le 7 mars 2016, Revue Juridique Personnes et Famille, n° 5, 1er mai 2016 ; AJ Famille 2016, P.339 ; Note I. CORPART, RJPF 2016-5/10.

Et cette position semble valoir sans que la question de l'intérêt de l'enfant ne puisse être un secours. En effet, le 24 mars 2016, la Cour d'appel de Dijon a rejeté la demande d'adoption simple formée par un couple d'hommes mariés après gestation pour autrui, considérant que : « la demande du parent d'intention doit être rejetée car l'atteinte à l'intérêt de l'enfant n'est pas disproportionnée par rapport à la violation du principe de la gestation pour autrui », Revue Lamy Droit civil, n°137, 1^{er} mai 2016 ; Obs A. MIRKOVIC, JCP G 2016, act. 423 ; T. COUSTET, GPA : l'adoption par le parent

682. La CEDH aurait-elle donc été trop loin ? Plus précisément, dans sa ferme volonté de préserver l'intérêt de l'enfant, aurait-elle manqué de considérer l'opportunité d'également respecter l'intérêt étatique ?

En réalité, il semble surtout que la France essaie de composer avec les exigences européennes. En effet, si le gouvernement a récemment indiqué rester « très attaché » au principe de l'interdiction, il avance cependant le droit de l'enfant à mener une vie familiale normale, au sens de l'article 8 de la CEDH. Dans cette optique, la Circulaire dite *Taubira* du 25 janvier 2013 vise à faciliter la délivrance de certificats de nationalité pour les enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger¹⁶⁰⁰. Il faut néanmoins reconnaître que le texte apparaît « *comme allant plutôt dans le sens d'une légalisation puisqu'elle organise les conséquences d'une pratique interdite en France et alors que l'article 21-12, 1° du Code civil suffit à permettre que la nationalité française soit réclamée pour les enfants nés de GPA à l'étranger après (trois) ans de résidence sur le territoire* »¹⁶⁰¹. Pour cette raison, et suite à la validation de cette circulaire par le Conseil d'État le 12 décembre 2014¹⁶⁰², une question a été posée par Mme DES ESGAULX, sénateur de la Gironde, afin que le gouvernement clarifie sa position de lutte contre la gestation pour autrui¹⁶⁰³. « *Pour le gouvernement, la décision du Conseil d'État ne porte pas atteinte au principe de prohibition de la GPA dès lors qu'elle ne fait que confirmer la possibilité de délivrer un certificat attestant de leur*

d'intention n'est pas simple, Dalloz actualité, 5 avril 2016 ; Obs. I. GALLMEISTER, Dalloz 2016, P.783 ; Obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE, Dalloz 2016, P.1045 ; J. HAUSER, GPA : la fin de la prétérition et de l'hypocrisie ? RTD Civ. 2016, P. 335.

Également à propos de ces affaires : Isabelle REIN-LESCASTEREYRES et Jenny WASZEK, Gestation pour autrui, la quête du lien juridique entre l'enfant et le parent d'intention se poursuit, pour l'heure sans succès, Gazette du Palais, n°26, P.70 ; Note E. VIGANOTTI, *Filiation, mères porteuses et droits de l'homme : la difficile balance*, Gaz. Pal, 7 juin 2016, n°21, P. 21.

¹⁶⁰⁰ X. DOMINO, Gestation pour autrui, enfants nés à l'étranger et certificats de nationalité. La circulaire du garde des sceaux du 25 janvier 2013, RFDA 2015, P.163 ; H. FULCHIRON et C. BIDEAU-GARON, La circulaire « Taubira » sur les certificats de nationalité validée, Dalloz 2015, P. 357.

¹⁶⁰¹ Julien COUARD, GPA : Soutien du gouvernement à la circulaire « Taubira », Droit de la famille n° 4, Avril 2015, alerte 32.

¹⁶⁰² CE, 12 décembre 2014, n° 365779 : JurisData n° 2014-030462 ; J. COUARD, Dr. famille 2015, alerte 13 ; Note A. GOUTTENOIRE, Le Conseil d'État améliore le sort des enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger, JCP G, n° 1-2, 12 janvier 2015, P.32 ; Note J. HAUSER, Les enfants nés d'une gestation pour autrui opérée à l'étranger peuvent acquérir la nationalité française, RTD Civ. 2015, P.114 ; Note J., Nationalité par filiation et convention de mère porteuse, AJDA 2015, P.357 ; comm. C. NEIRINCK, Dr. famille 2015.

¹⁶⁰³ Question orale n° 0978S : JO Sénat Q 25 déc. 2014, P. 2829.

nationalité française aux enfants issus d'une mère porteuse, nés à l'étranger d'un Français et qui disposent d'un acte d'état civil étranger « probant », c'est-à-dire qui justifient d'un lien de filiation avec ce parent français. La circulaire écarte ainsi le délai de (trois) ans de l'article 21-12 du Code civil. La réponse insiste également sur le fait que le 1° de cet article ne permet pas l'acquisition automatique de la nationalité française pour les enfants nés à l'étranger de GPA, ce qui serait donc bien le cas pour ceux qui remplissent les conditions de la « circulaire Taubira » »¹⁶⁰⁴. Ainsi donc, « selon le gouvernement, la décision du Conseil d'État témoigne, par sa teneur, de la recherche d'un juste équilibre entre le principe d'ordre public de prohibition de la gestation pour autrui et la nécessaire protection de l'enfant. En ce sens, la décision du Conseil d'État adopterait la même position que la Cour EDH dans ses arrêts du 26 juin 2014 : « la nécessité impérieuse de distinguer le sort des enfants de celui de leurs parents ayant eu recours à un contrat illicite » en leur garantissant, sur le territoire national, le droit au respect de leur identité, dont la nationalité française constitue un aspect essentiel. C'est dire que la filiation entre l'arrêt du Conseil d'État et les décisions de la Cour EDH est pleinement assumée, ce qui induit l'idée d'une certaine cohérence entre l'absence d'appel des décisions et le maintien de la circulaire »¹⁶⁰⁵.

Pourtant, si la Cour de cassation fait sien le raisonnement préconisé par la circulaire précitée tendant à la délivrance de certificats de nationalité française aux enfants issus de gestation pour autrui, nous ne pourrions que constater un contournement marqué de la prohibition française. Comme le souligne en effet Monsieur SINDRES, si « pour respecter le droit de l'enfant au respect de sa vie privée consacré par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'on tenait l'illicéité de la convention de mère porteuse pour indifférente à la reconnaissance d'un lien de filiation entre l'enfant et les parents commanditaires, laquelle serait fondée sur la seule force probante des actes d'état civil étrangers, l'on s'exposerait à admettre la filiation de l'enfant à l'égard de ses parents biologiques, mais aussi vis-à-vis de parents d'intention sans lien biologique avec lui. La convention de gestation pour autrui déploierait ainsi l'effet même que sa prohibition vise à paralyser et la portée de l'interdiction française serait réduite à peau de chagrin »¹⁶⁰⁶.

¹⁶⁰⁴ Julien COUARD, Op. cit.

¹⁶⁰⁵ Ibid.

¹⁶⁰⁶ David SINDRES, Op. cit.

Or, si le positionnement de la France est compréhensible au regard de la nécessité de respecter les engagements internationaux, on ne peut ignorer le caractère primordial d'une bonne application du droit interne¹⁶⁰⁷. Un meilleur respect des dispositions nationales commanderait certainement de « *reconnaître entre les parents d'intention et l'enfant un lien juridique autre que le lien de filiation, forgé sur le modèle de la tutelle ou de l'autorité parentale. L'enfant pourrait ainsi se voir attribuer la nationalité française nonobstant son absence de filiation avec ses parents d'intention* »¹⁶⁰⁸. Mais serait-ce la meilleure solution pour l'enfant ? Certainement pas si l'on s'en réfère à la teneur du très récent repositionnement jurisprudentiel. En effet, trois familles viennent d'obtenir gain de cause devant le Tribunal de Grande Instance de Nantes¹⁶⁰⁹. En outre, l'assemblée plénière de la Cour de cassation s'est prononcée le 3 juillet 2015, considérant qu'« *une GPA ne justifie pas à elle seule le refus de transcrire à l'état civil l'acte de naissance étranger d'un enfant ayant un parent français* »¹⁶¹⁰. Le Premier ministre, Manuel VALLS, a « pris acte » de cette décision tout en rappelant que la gestation pour autrui reste prohibée en France. Mais comment la position du gouvernement pourra-t-elle tenir ? Fallait-il auparavant louer la sanction de la non retranscription au mépris du statut de l'enfant ? Faut-il à présent plutôt louer l'incohérence au nom de l'intérêt du mineur ? En réalité, l'orientation de la CEDH n'est pas sans conséquences car, quoi qu'on en dise, elle n'impose pas uniquement la refonte de l'orientation jurisprudentielle, mais impose encore une

¹⁶⁰⁷ Cela vaut du moins tant que les dispositions en vigueur restent empreintes de cohérence (et de suffisance). Et tel semble être le cas en matière de gestation pour autrui. En effet, bien que la législation française actuelle ait pour effet de priver l'enfant de l'établissement d'un lien de filiation sur le territoire national, elle n'a pas pour objet de parvenir à tel résultat. En réalité, la prohibition de la gestation pour autrui tient simplement à l'orientation de la politique législative française.

¹⁶⁰⁸ David SINDRES, Op. cit.

¹⁶⁰⁹ Cf. en ce sens les trois décisions rendues par le Tribunal de Grande Instance de Nantes le 13 mai 2015 : les actes de naissance de cinq enfants nés en Ukraine, en Inde et aux Etats-Unis ont été transcrits sur les registres d'état civil français. Valérie AVENA-ROBARDET, GPA : à Nantes, le parquet résiste ! AJ Famille 2015, P. 307 ; Isabelle CORPART, Encore un pas en avant en matière de transcription d'actes de naissance d'enfants nés à l'étranger par gestation pour autrui, RJPF 2015, n°6, P. 17.

¹⁶¹⁰ Cass. Ass. plén., 3 juillet 2015, Amélie DIONISI-PEYRUSSE, AJ Fam. 2015, P. 364 ; Hugues FULCHIRON, Christine BIDAUD-GARON, Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation, Dalloz 2015, P. 1819 ; Marie-Anne FRISON-ROCHE, Petites affiches, 8 octobre 2015, n° 201, P. 4, 6 et 14 ; Obs. Inès GALLMEISTER, Gestation pour autrui : transcription des actes de naissance étrangers, Dalloz 2015, P. 1819 ; Geoffroy HILGER, La reconnaissance de la filiation des enfants nés d'une GPA réalisée à l'étranger après les arrêts du 3 juillet 2015 de l'Assemblée plénière, Petites affiches, 17 juillet 2015, n° 142, P. 9 ; Véronique LEGRAND, Reconnaissance en France de la filiation d'un enfant né d'une GPA : le bout du tunnel ? Petites affiches, 6 août 2015, n° 156, P. 6 ; Patrice LE MAIGAT, Revirements, paradoxes et incertitudes du droit français, Gazette du Palais, 17 septembre 2015, n° 260, P. 9 ; Rodolphe MESA, Revirement relatif à la retranscription des actes de naissance d'enfants nés d'une GPA, Dalloz actualité, 7 juillet 2015 ; David SINDRES, Brèves remarques sur les arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015 ouvrant la voie à la reconnaissance en France de la GPA, Dalloz 2015, P.1773.

modification législative. En effet, « *maintenir la prohibition de la gestation pour autrui en France alors qu'on serait obligé de reconnaître la filiation lorsque ces gestations pour autrui se sont pratiquées à l'étranger conduirait à un encouragement inadmissible à la fraude...* »¹⁶¹¹.

Quoi qu'il en soit, la gestation pour autrui n'est pas le seul point litigieux de notre droit de l'enfance. En effet, s'il est permis de croire que la non retranscription ne sera plus une sanction en la matière, en d'autres domaines, le souci de respecter les dispositions du droit interne semble continuer à parfois pousser les juges à la non reconnaissance (B).

B. La non reconnaissance : l'exemple des décisions statuant sur le fond du droit de garde en matière d'enlèvement international d'enfant

683. Il n'est pas rare que le déplacement illicite d'un enfant ait pour but de modifier la compétence et la loi applicable à la garde de celui-ci. Le problème tient alors au fait qu'une telle initiative puisse s'apparenter à une fraude visant à échapper à la juridiction du tribunal normalement compétent. Cela dit, en matière d'enlèvement international d'enfant, il n'est pas nécessaire que le déplacement ait été opéré dans un tel but pour que le droit conventionnel retienne le même type de sanction qu'en cas de fraude justement. En effet, en l'état actuel du droit, la compétence des autorités de l'ancienne résidence habituelle de l'enfant pourra généralement être maintenue de manière effective et ce, en privant de tout effet la décision rendue par les autorités de l'État vers lequel l'enfant a été déplacé (1). Il reste que, conformément à l'esprit des solutions proposées par cette étude, l'impossibilité d'agir d'une autorité autre que celle de la résidence habituelle ne saurait être absolue (2).

¹⁶¹¹ M. FABRE-MAGNAN, Les conséquences vertigineuses de l'arrêt de la CEDH sur la GPA, article disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.lefigaro.fr/vox/societe/2014/06/26/31003-20140626ARTFIG00356-les-consequences-vertigineuses-de-l-arret-de-la-cedh-sur-la-gpa.php>

1. Non reconnaissance de la décision rendue par les autorités de l'État vers lequel l'enfant a été déplacé

684. Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 19 mars 2002 a révélé la capacité des plaideurs à user de stratagèmes ingénieux afin de contourner la réglementation conventionnelle applicable en matière d'enlèvement international d'enfant¹⁶¹². Dans cette affaire, la résidence d'un mineur avait été fixée chez sa mère à Tel-Aviv par le juge aux affaires familiales du Tribunal de Grande Instance de Bordeaux. Le père bénéficiait quant à lui d'un droit de visite. Or, lorsque l'enfant fut confié à son père durant les vacances, ce dernier refusa de le restituer à sa mère. Une demande en retour immédiat fut alors adressée aux autorités compétentes. Cela étant, le père profita de l'exercice de son droit de visite pour tenter d'obtenir une décision statuant sur le fond de la garde. Par deux ordonnances rendues le 3 janvier 2000, par la suite confirmées en appel, il obtint de la sorte le transfert de la garde du mineur. Considérant qu'il ne pouvait se rendre coupable d'enlèvement durant le temps d'exercice de son droit de visite, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi du procureur général, laissant ainsi penser que si le parent non gardien parvient à obtenir une décision transférant la garde chez lui durant la période où il héberge légalement l'enfant, les conditions requises pour une application de la *Convention de La Haye de 1980* ne sont pas réunies. Pourtant, l'instrument conventionnel « *semblait résoudre cette difficulté, puisque les articles 16 et 17 excluent que le parent ravisseur ou rétenteur puisse faire échec à l'application de la convention, en obtenant d'un juge de son pays de résidence une décision sur la garde de l'enfant qui lui donnerait le droit légitime de refuser de restituer celui-ci à l'issue du droit de visite* »^{1613/1614}. Comment donc expliquer que la Cour de cassation ait ainsi explicitement admis qu'il soit « *loisible à un des parents de solliciter pendant son droit de visite une nouvelle décision judiciaire sur le droit de garde de l'enfant pour ne pas tomber sous le coup d'un déplacement illicite* »¹⁶¹⁵? Madame CASHIN-RITAINE préfère croire que dans cette affaire, la solution adoptée ait été la meilleure pour le mineur. Il lui paraît en effet « *impensable qu'un juge aux affaires familiales, dans un sursaut de protectionnisme*

¹⁶¹² Cass. Civ. 1^{ère}, 19 mars 2002, Obs. M. FARGE, Dr. Fam. 2002, comm. 137 ; Note E. CASHIN-RITAINE, Il est loisible à un des parents de solliciter pendant son droit de visite une nouvelle décision judiciaire sur le droit de garde de l'enfant pour ne pas tomber sous le coup d'un déplacement illicite d'enfant, JCP n°40, 1^{er} octobre 2003, II.0155.

¹⁶¹³ E. CASHIN-RITAINE, Il est loisible ...Op. cit.

¹⁶¹⁴ Il est à noter que la Convention de La Haye de 1996 et le Règlement Bruxelles II bis vont dans le même sens.

¹⁶¹⁵ E. CASHIN-RITAINE, Il est loisible ...Op. cit.

*des nationaux français, statue sans vérifier si le transfert de la résidence de l'enfant est conforme à l'intérêt supérieur de celui-ci »*¹⁶¹⁶. Elle ne comprend cependant pas pourquoi, « *l'application de la Convention de La Haye, qui aurait pu permettre de parvenir au même résultat par une mise en œuvre des exceptions au retour de l'enfant »*¹⁶¹⁷ a été écartée. Bien qu'étonnante et difficilement justifiable, la décision du 19 mars 2002 ne semble toutefois pas pouvoir « révolutionner » le contentieux de la garde des enfants. En effet, dans une série de décisions ultérieures, la Cour de cassation a marqué sa volonté de contribuer à l'efficacité des textes internationaux. Et force est de constater que ces derniers sont clairs :

685. Le principe selon lequel les autorités de l'État contractant dans lequel l'enfant enlevé avait sa résidence juste avant son déplacement conservent leur compétence, est explicitement posé par le droit conventionnel¹⁶¹⁸. Corrélativement, l'article 16 de la *Convention de La Haye de 1980* considère que les autorités de l'État sur le territoire duquel l'enfant a été illicitement déplacé n'ont pas compétence pour prendre une décision sur le fond du droit de garde jusqu'à ce qu'il soit établi que les conditions auxquelles la convention subordonne un retour de l'enfant ne sont pas réunies ou, jusqu'à ce qu'une période raisonnable ne se soit écoulée sans qu'une demande d'application de la convention n'ait été formulée¹⁶¹⁹. Et pour le cas où cette règle se ne suffirait pas, l'article 17 du même instrument prévoit encore que « *le seul fait qu'une décision relative à la garde ait été rendue ou soit susceptible d'être reconnue dans l'État requis ne peut justifier le refus de renvoyer l'enfant »*^{1620/1621}.

¹⁶¹⁶ Ibid.

¹⁶¹⁷ Ibid.

¹⁶¹⁸ Articles 7 de la Convention de La Haye de 1996 et 10 du Règlement Bruxelles II bis.

¹⁶¹⁹ Article 16 de la Convention de La Haye de 1980 : « Après avoir été informées du déplacement illicite d'un enfant ou de son non-retour dans le cadre de l'article 3, les autorités judiciaires ou administratives de l'État contractant où l'enfant a été déplacé ou retenu ne pourront 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, ou jusqu'à ce qu'une période raisonnable ne se soit écoulée sans qu'une demande en application de la Convention n'ait été faite ».

¹⁶²⁰ Article 17 de la Convention de La Haye de 1980 : « Le seul fait qu'une décision relative à la garde ait été rendue ou soit susceptible d'être reconnue dans l'État requis ne peut justifier le refus de renvoyer l'enfant dans le cadre de cette Convention, mais les autorités judiciaires ou administratives de l'État requis peuvent prendre en considération les motifs de cette décision qui rentrent dans le cadre de l'application de la Convention ».

¹⁶²¹ Pour une application en France de cette disposition : TGI Toulouse, 20 mars 1987, Note P. MONIN-HERSANT et B. STURLESE, Rev. crit. 1988, P.67, Gaz. Pal. 1987, jurisp. P. 609.

C'est donc dire que le juge de l'État de la résidence habituelle du mineur antérieure au déplacement, est seul compétent concernant le fond du droit de garde et ce, en dépit du non-retour. À ce propos, il semble d'ailleurs que la Cour de cassation adopte un raisonnement identique pour les enlèvements intra-européens et ceux relevant uniquement de la *Convention de La Haye de 1980*¹⁶²². Pour cette raison, le mécanisme de retour immédiat ne devrait « jamais » pouvoir être court-circuité par une décision de fond sur la garde¹⁶²³. Et cela est d'autant plus vrai que la règle, en plus d'être énoncée, semble garantie. En effet, si une décision devait être rendue par les autorités de l'État vers lequel l'enfant a été illicitement déplacé – ou est retenu - elle ne sera pas reconnue. Le couperet est donc susceptible de tomber et la sentence puise son fondement au sein de la réglementation conventionnelle. L'article 23§2 a) de la *Convention de La Haye de 1996* subordonne effectivement la reconnaissance des décisions à la « validité » de la compétence des autorités qui en sont à l'origine¹⁶²⁴. Pour sa part, le *Règlement Bruxelles II bis* adopte une logique sensiblement identique. En effet ce règlement – qui, soit dit en passant s'inspire grandement des dispositions de la *Convention de 1996* - contient également des règles destinées à régir le déplacement illicite de l'enfant dont les termes reprennent les orientations prévues par la *Convention de La Haye de 1980*.

Au surplus, précisons que l'application des dispositions de la *Convention franco-marocaine* paraît pouvoir aboutir à peu près au même résultat puisque par une décision du 9 juillet 2002, la Cour de cassation a considéré que « *l'ordonnance de non-conciliation exécutoire par provision ayant fixé la résidence principale des enfants auprès de leur mère qui, en déplaçant ceux-ci en*

¹⁶²² Cf. notamment en ce sens : Cass. Civ. 1^{ère}, 9 juillet 2008, Note M. EPPLER, Rappel sur l'objectif visé par la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, Gaz. Pal. 2009, P. 24 ; Veille A. DEVERS, L'enlèvement de l'enfant ne fait pas obstacle à la procédure introduite en France, JCP G n° 31, Juillet 2008, act. 522 ; Note L. GALICHET, Enlèvement international d'enfant, Droit de la famille n° 10, Octobre 2008, comm. 134 (précité).

¹⁶²³ Notamment : Cass. Civ. 1^{ère}, 25 janvier 2005, Note F. BOULANGER, La Cour de cassation et les enlèvements internationaux d'enfants : retour à une interprétation orthodoxe de la Convention de la Haye de 1980, Op. cit. ; Note M. FARGE, Enlèvement international d'enfant : la Cour de cassation assure l'efficacité de l'action en remise immédiate, Op. cit. ; Note E. GALLANT, Il ne peut être décidé de la garde avant le retour de l'enfant illicitement déplacé, Op. cit. ; Note H. GAUDEMONT-TALLON, Clunet 2006, P. 141, Op. cit. Également : Civ. 1^{ère}, 17 décembre 2008, Obs. V. EGEA, La modification unilatérale de la résidence d'un enfant constitue un déplacement illicite au sens de l'article 2, 11°, du règlement Bruxelles II bis, Dalloz actualité, 13 janvier 2009 ; Note M. EPPLER, Gaz. Pal. 2009, P. 25.

¹⁶²⁴ Pour ce qui concerne la Convention de Luxembourg de 1980, cf. E. GALLANT, Thèse précitée, PP. 311-312.

*France, avait antérieurement interrompu l'exercice à l'étranger du droit de garde dévolu au père, ne fait pas obstacle à l'action en remise immédiate »*¹⁶²⁵.

686. Dans la lignée, le terrain du divorce a permis à la Haute juridiction judiciaire de confirmer son positionnement en faveur de la lutte contre les enlèvements internationaux sans même que le plaideur lésé ne fasse référence à l'article 17 de la *Convention-enlèvement*. En effet, dans l'affaire ayant donné lieu à la décision rendue le 13 juillet 2005¹⁶²⁶, afin d'éviter de se rendre coupable d'un enlèvement international d'enfant, une mère a tenté d'obtenir dans le pays de sa résidence habituelle, une décision de justice lui attribuant la garde ou du moins son exercice. Ainsi, après avoir saisi le Tribunal de Grande Instance de Paris d'une demande en divorce, cette dernière a obtenu, au moyen d'une ordonnance sur requête, l'autorisation de résider séparément de son époux en France avec ses enfants. Forte de cette décision, elle n'a pas remis les enfants à leur père en Belgique à l'issue de leurs vacances. Celui-ci a alors demandé leur retour immédiat sur le fondement des dispositions de la *Convention de La Haye de 1980*¹⁶²⁷. Mais au lieu de se fonder sur les termes de l'article 17 de l'instrument conventionnel, *« il a préféré demander au juge français, qui avait ordonné la résidence séparée de sa femme avec les enfants, de revenir sur sa décision. Cette stratégie procédurale a contraint les juges à adopter une position inédite »*¹⁶²⁸ : *« la Cour de cassation affirme pour la première fois, du moins explicitement, la nécessité d'un recours approprié prenant la forme d'un référé-rétractation contre l'ordonnance sur requête du juge aux affaires familiales qui prescrit des mesures d'urgence au stade initial de la procédure de divorce (...). Le lien ainsi établi par la Cour de cassation entre l'aspect procédural de cette affaire et le règlement de la question de l'enlèvement international d'enfants souligne bien l'influence de la matière litigieuse sur son traitement procédural : les juges n'ont pas souhaité que la mère, qui voulait retenir avec elle en France ses enfants contre la volonté de son mari, puisse justifier le non-retour des enfants*

¹⁶²⁵ Civ. 1^{ère}, 9 juillet 2002, Note E. GALLANT, Du retour d'un enfant marocain chez son père malgré l'ordonnance de non-conciliation fixant sa résidence chez sa mère en France, Rev. crit. 2003, P. 466.

¹⁶²⁶ Civ., 1^{ère}, 13 juillet 2005, Note M. FARGE, Retour perplexe sur l'application directe de la Convention de New York : la référence à « l'intérêt supérieur de l'enfant » est-elle opportune ?, Op. cit. ; Note F. JAULT-SESEKE et C. PIGACHE, Contribution procédurale à l'efficacité de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, Op. cit.

¹⁶²⁷ F. JAULT-SESEKE et C. PIGACHE, Ibid.

¹⁶²⁸ Ibid.

en invoquant une ordonnance sur requête, prise non contradictoirement »¹⁶²⁹. Une fois de plus, la décision obtenue ne pouvait pas faire obstacle au retour immédiat...

*

*

*

687. Du positionnement global de la Cour de cassation lorsqu'elle est confrontée aux manœuvres d'un parent raptateur désireux d'échapper à la sentence du retour immédiat, il paraît sérieusement falloir déduire l'inefficacité de toute décision destinée à légitimer le geste dudit parent. Une telle affirmation ne revient cependant pas à affirmer qu'aucune décision prise par les autorités du lieu vers lequel l'enfant a été illicitement déplacé ne puisse légitimement intervenir. Si donc la non reconnaissance peut permettre au juge de sanctionner le contournement des règles de droit international privé en vigueur, elle ne menace pas la légitimité des potentielles interventions exceptionnellement justifiées, des autorités de *présence* (2).

2. Légitimité exceptionnelle de la décision rendue par les autorités de l'État vers lequel l'enfant a été déplacé

688. Nous l'avons vu, l'article 13 b) de la *Convention de La Haye de 1980* prévoit une exception au retour immédiat pour le cas où « *existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable* »¹⁶³⁰. Pour sa part, l'article 375 du code civil, dispose que, « *si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice...* ». Ces deux notions de danger diffèrent¹⁶³¹. En effet, le seul danger sur lequel le juge « conventionnel » peut légitimement se pencher est celui qui pourrait être provoqué par le retour du mineur dans le cadre

¹⁶²⁹ Ibid.

¹⁶³⁰ Cf. supra n° 613 et suivants.

¹⁶³¹ Ph. CHAILLOU, L'intervention du juge des enfants lorsqu'un autre juge est saisi de l'application de la Convention de La Haye, AJ Famille 2006, P.190.

de la Convention. De manière beaucoup plus large, le juge des enfants peut pour sa part, être saisi de nombreux autres dangers susceptibles de remettre en cause le caractère suffisant de la protection mise en œuvre¹⁶³². Et même, depuis l'avènement du *Règlement*, il peut être associé à l'exécution de la décision de retour lorsque cette décision de retour est accompagnée « *des dispositions adéquates pour assurer la protection de l'enfant après son retour* »^{1633/1634}.

689. Imaginons à présent que le parent rapté se réfugie dans la clandestinité avec le mineur qu'il a enlevé, qu'il le déscolarise, le force à vivre dans un contexte insécurisant et instable, voire, aille jusqu'à se rendre dangereusement violent avec lui. En pareille hypothèse, alors que le juge de la Convention est saisi d'une demande en retour immédiat par le parent lésé, le juge des enfants pourrait sans doute lui aussi être valablement requis¹⁶³⁵. Exposé aux coups de son parent, le mineur enlevé pourrait en effet nécessiter un placement dans un hôpital¹⁶³⁶. Avant de régler le problème inhérent à l'illicéité du déplacement, il conviendrait ici de prioriser la sécurité physique de l'enfant. Or, comme le fait valoir Monsieur CHAILLOU, « *le pouvoir de placement en urgence du Parquet peut ne pas suffire à protéger cet enfant, qui peut très bien, en raison de son état, ne pas pouvoir être remis immédiatement à l'autre parent qui réside à l'étranger* »¹⁶³⁷. En parallèle de l'intervention du juge chargé de décider du retour, l'intervention à titre temporaire d'un juge des enfants apparaîtra ainsi parfois nécessaire. Pour statuer en toute légitimité, ce dernier devra cependant caractériser au plus près la notion de danger sans que celui-ci ne puisse être la conséquence du seul enlèvement¹⁶³⁸. Mais jusqu'où le juge des enfants peut-il aller lorsqu'il est confronté à une situation de danger nécessitant la mise en œuvre d'une mesure de protection ?

690. Si l'on s'en tient strictement à l'impossibilité, pour tout magistrat autre que celui de la résidence habituelle de l'enfant enlevé, de statuer sur le fond du droit de garde, il pourrait être à craindre que le juge des enfants ne puisse ordonner que des mesures d'investigations ou des

¹⁶³² Ibid.

¹⁶³³ Cf. l'article 10 alinéa 4 de cet instrument.

¹⁶³⁴ Ph. CHAILLOU, Op. Cit.

¹⁶³⁵ Ibid.

¹⁶³⁶ Ibid.

¹⁶³⁷ Ibid.

¹⁶³⁸ Ibid.

mesures d'assistance éducative en milieu ouvert¹⁶³⁹. Sous couvert de ne pas pouvoir prendre de décision relative à la garde, le juge des enfants se verrait alors interdire la prise de toute décision de placement. Or, il nous paraît plus juste de considérer que lorsqu'il ordonne le placement provisoire d'un enfant, ce magistrat ne prend pas une décision relative à *la garde*, mais une décision relative à *la protection de l'enfance*¹⁶⁴⁰. Bien évidemment limitée « *aux cas les plus extrêmes et les plus dramatiques* »¹⁶⁴¹, cette possibilité d'intervention se présentera rarement. Mais lorsqu'elle s'avèrera nécessaire, il nous semblerait incohérent de ne pas l'admettre. La décision rendue sur ce fondement devrait toutefois être très limitée dans le temps et ne tendre qu'à la cessation dans les meilleurs délais de la situation de danger de l'enfant¹⁶⁴². Surtout, à terme, elle ne devrait en aucun cas faire obstacle à la décision de retour prise par le juge de la Convention¹⁶⁴³. Temporaire et spatialement limitée à l'État sur le territoire duquel l'enfant *se trouve*, l'intervention du juge des enfants suite au déplacement illicite d'un enfant ne nécessitera pas véritablement une reconnaissance à l'étranger. Il reste que si elle est légitimement admissible, c'est qu'elle n'affecte pas le fond du droit de garde et ne constitue donc pas une fraude.

Mais pour s'assurer qu'il évitera tout dérapage susceptible de porter atteinte à la légitimité de son intervention, le juge des enfants devra assurément être extrêmement vigilant¹⁶⁴⁴. D'abord, lorsqu'il qualifiera le danger légitimant sa saisine. Ensuite, lorsqu'il jugera de la « nécessité » avalisant le placement. De l'avis de Monsieur CHAILLOU, cela suppose « *une bonne connaissance tant de la Convention de La Haye que du règlement Bruxelles II bis et donc une bonne formation* »¹⁶⁴⁵. De notre avis, cela rend en outre la coopération avec le juge de la Convention hautement souhaitable.

¹⁶³⁹ À ce titre rappelons que les mesures d'assistance éducative sont considérées comme des mesures de police et de sûreté et se situent en outre dans la droite ligne de l'article 19 de la CIDE.

¹⁶⁴⁰ Ph. CHAILLOU, Op. cit.

¹⁶⁴¹ Ibid.

¹⁶⁴² Ce qui est dans la droite ligne de l'esprit des dispositions françaises relatives à la protection de l'enfance.

¹⁶⁴³ Cass. Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, n° 09-66.406, Dalloz 2010, P.1798 ; Note L. ABADIE, Op. cit. ; Note L. GALICHET, Op. cit. ; Note I. GALLMEISTER, Op. cit. ; Note J. MASSIP, Op. cit.

¹⁶⁴⁴ Ph. CHAILLOU, Op. cit.

¹⁶⁴⁵ Ibid.

Conclusion de la seconde section.

691. L'opportunité des orientations de cette étude dépend au moins partiellement, du respect du principe suivant : la décision « régulière » devrait pouvoir « exister » en dehors de l'État dont elle émane. À défaut, son efficacité internationale sera remise en cause. Or, si tel est le cas, il est à craindre que le caractère satisfaisant de la protection ne puisse être pleinement revendiqué. Pour éviter d'en arriver là, la protection légitimement décidée à l'étranger dans l'intérêt du mineur, doit pouvoir être reconnue et exécutée en France. Mieux encore, la décision étrangère doit pouvoir trouver à exister concrètement sur le territoire national. Cela étant, les divergences législatives entre les États sont loin d'être des secrets pour l'internationaliste averti. Il arrivera donc forcément que la protection étrangère mette en œuvre une institution inconnue de notre droit. Lorsque tel sera le cas, son insertion dans la vie juridique française posera nécessairement la question de l'équivalence. À ce propos, nos développements ont démontré que le parallèle entre les institutions d'États distincts n'est pas toujours parfait – et c'est par exemple le cas lorsqu'il s'agit de faire vivre en France une *kafala*. Il en résulte que l'intérêt de l'enfant risque parfois de voir l'un de ses aspects sacrifié à la faveur de l'autre. Cela vaut d'ailleurs, quelque soit le point de vue que l'on adopte, à savoir, que l'interprétation de l'équivalence par l'autorité soit large (traduction de la *kafala* en adoption simple), ou qu'elle soit plus restrictive (traduction de la *kafala* en délégation de l'autorité parentale ou en tutelle). Mais indépendamment des inévitables imperfections susceptibles d'entacher l'effort visant à insérer la décision étrangère dans la vie juridique française, ce qu'il importe de retenir, c'est que lorsque la décision étrangère est internationalement régulière, tous les « efforts » possibles et nécessaires doivent être faits par l'autorité chargée de sa réception afin de lui garantir l'efficacité. À l'inverse, si la décision émanant d'un juge étranger, sans nécessairement contrevenir aux valeurs fondamentales françaises, intervient en violation des règles de droit international privé, il apparaît évident que la démarche ne puisse être la même. Voilà qui justifie parfois les regrettables « blocages » précédemment exposés. Fort malheureusement, les sanctions destinées à permettre au juge de contribuer au bon fonctionnement du droit international privé pensé dans l'intérêt de l'enfant, sont parfois elles-mêmes génératrices de conséquences fâcheuses pour le mineur qui se déplace. Les regrets de cette étude, bien que clairement exposés, n'ont cependant pas toujours prétendu dépasser le simple constat. Il n'est cependant pas difficile de comprendre pourquoi : jusqu'à présent, nous n'avons pas su dire que la réglementation visant la protection de l'enfance

était globalement mal pensée. De plus, l'évolution du droit est aussi certaine que les délais qu'elle nécessite pour être en phase avec la société à laquelle elle s'applique. Et le droit de l'enfance déplacée n'échappe évidemment pas à cette règle.

Conclusion du Premier Chapitre.

692. Ayant notamment pour fonction de mettre en œuvre la réglementation destinée à garantir à l'enfant déplacé, le bénéfice d'une protection satisfaisante, le juge – ou, pour certains systèmes juridiques étrangers, l'autorité administrative compétente - joue indubitablement un rôle essentiel lorsqu'il s'agit d'appliquer une disposition adoptée dans l'intérêt du mineur objet d'un déplacement international. En effet, sans lui, les solutions « théoriques » du droit international privé en vigueur n'auraient absolument aucune chance de devenir « pratiques ». Mais confier à l'autorité administrative ou judiciaire compétente le soin de « réaliser » la protection de l'enfant en prenant acte de ce que commande en général son intérêt ne suffit pas. Encore faut-il également être attentif au particularisme de la situation dont le mineur mobile fait l'objet. Et c'est pour y parvenir que nos développements ont pris soin de considérer la nécessité de permettre une certaine souplesse dans la désignation de la compétence internationale.

Pour autant, bien qu'il soit ainsi le garant du bon fonctionnement et de la concrète mise en œuvre du droit international privé, le juge n'est pas le seul acteur du procès. En effet, dans chaque affaire mettant en cause un mineur mobile, les parties concernées sont également amenées à jouer un rôle qu'il nous appartient dès à présent d'envisager (Chapitre 2).

Chapitre 2 : La possible contribution des « parties » à la mise en œuvre des règles de droit international privé destinée à garantir à l'enfant déplacé une protection satisfaisante

693. La contribution des « parties »¹⁶⁴⁶ à la mise en œuvre des règles de droit international privé destinées à garantir à l'enfant déplacé une protection satisfaisante est généralement très souhaitable. En effet, la plupart du temps, une telle implication des parties permet d'aboutir à une solution mieux acceptée et/ou à une solution adoptée sur la base d'un raisonnement mieux éclairé. La raison en est simple : dans le premier cas, l'implication des parents- notamment par le moyen d'un recours à la médiation familiale internationale - aura permis à ces derniers de dépasser leurs divergences afin de viser une protection qui soit véritablement profitable à leur enfant (Section 1). Dans le second cas, la consultation de l'enfant – son audition - aura permis au juge de mieux se rendre compte du contexte au sein duquel évolue le mineur (Section 2).

¹⁶⁴⁶ Le terme « parties » sera utilisé au cours du présent chapitre afin de désigner les parties au sens « juridique » du terme ; mais également les personnes concernées par l'affaire en cours et ce, quand bien même ces dernières ne seraient pas des « parties » au sens strict. Tel est le cas par exemple, de l'enfant auditionné.

Section 1 : L'implication des parents dans la mise en œuvre des règles de la protection de l'enfance déplacée : l'exemple de la médiation familiale internationale

694. Processus volontaire laissé à la discrétion des parents, la médiation familiale internationale permet à ceux qui s'y essaient de contribuer au bon fonctionnement des règles de la protection de l'enfance déplacée. En effet, en acceptant de recourir au dialogue dans l'intérêt du mineur, les parents, directement impliqués, se donnent la chance de parvenir à une solution concertée pleinement satisfaisante à un double point de vue : du point de vue du respect des objectifs poursuivis par le droit international privé ; et du point de vue de l'intérêt familial global. Ainsi, la solution à laquelle aboutit une médiation réussie avalise indubitablement l'opportunité du processus qui en est à l'origine (I) et dont il s'agira pour cette étude d'apprécier l'organisation et le fonctionnement (II).

I/ L'opportunité du recours à la médiation familiale internationale

695. À l'heure de la multiplication des échanges internationaux, les frontières font de moins en moins barrière à la rencontre des personnes. Les ménages binationaux se multiplient et sont à l'origine de familles multinationales toujours plus nombreuses. Ce schéma, merveilleux tant qu'il fonctionne, donne aux enfants la chance de posséder deux cultures et parfois même, deux nationalités et/ou de parler deux langues. Mais cette ouverture sur le Monde ne permet pas aux couples d'échapper aux « règles » : ils se séparent autant que les autres et ne se déchirent pas moins. En témoignent les fréquentes batailles judiciaires auxquelles les parents se livrent, l'un et l'autre désireux d'obtenir la garde des enfants après leur rupture. En témoignent encore les déménagements à des centaines, voire à des milliers de kilomètres de certains parents gardiens, masquant parfois simplement un désir d'éloigner le mineur de l'« autre », devenu dérangeant. En témoignent enfin les

(trop) nombreuses autres hypothèses que les dimensions de cette étude ne nous permettent pas de détailler : non représentation d'enfant, manipulations psychologiques, etc.

Déjà douloureuses à l'échelle d'un pays, ces situations prennent des proportions véritablement dramatiques lorsqu'elles sont empreintes d'un élément d'extranéité. La distance exacerbe parfois le sentiment de « puissance » : le franchissement d'une frontière insufflerait-il le sentiment d'être inaccessible ? Octroierait-il l'impression de pouvoir s'accaparer l'enfant ? Ou la crainte de se le voir accaparer ? Il est à croire que oui car ces conflits impliquant deux individus ressortissants d'États distincts sont particulièrement difficiles à résoudre. Accentuées par la distance géographique et la différence – à la fois culturelle et juridique - la tension et la rancœur auxquelles ils donnent lieu, conduisent régulièrement au drame de l'enlèvement international d'enfant. Si donc dans les faits, le maintien du lien du mineur avec ses deux parents en dépit de leur séparation est loin d'être une évidence pour chaque couple qui rompt, l'affirmation est d'autant plus vraie lorsque les frontières sont franchies. Dans ces hypothèses, nous verrons qu'en dépit de solutions conventionnelles bien pensées, la médiation familiale internationale est parfois l'ultime solution pour amener chacun des parents à infléchir sa position conformément à ce qu'exige l'intérêt du mineur.

Pour l'enfant déplacé suite à la désunion de ses parents, la médiation familiale internationale est donc un signe espoir. En effet, véritable incitation au dialogue « interparental » (A), le processus permet opportunément aux père et mère vivant sur les territoires d'États distincts, de parvenir à un accord susceptible d'outrepasser les insuffisances des solutions juridiques/judiciaires (B).

A. La médiation familiale internationale : une incitation au dialogue « interparental »

696. La médiation peut être définie comme *« un processus de coopération en vue de la résolution d'un conflit. Elle fait intervenir un médiateur, neutre et impartial, sollicité par les parties en conflit pour favoriser la résolution de leur litige en les aidant à trouver une solution amiable satisfaisante »*

pour tous »¹⁶⁴⁷. Elle se distingue des autres modes de résolution des conflits que sont la procédure judiciaire (qui inclut la conciliation), l'arbitrage ou la négociation¹⁶⁴⁸.

Susceptible d'intervenir en différents contextes, la médiation peut être *familiale*. Elle s'apparente alors à « *un processus de construction ou de reconstruction du lien familial* » où des personnes en conflit « *sollicitent elles-mêmes un médiateur familial impartial et qualifié, qui n'a aucun pouvoir de décision, et qui guidera les parties pour favoriser, à travers l'organisation d'entretiens confidentiels, leur communication, et les aider ainsi à trouver elles-mêmes un accord ressenti comme juste pour chacune* »¹⁶⁴⁹. Conceptualisée aux États-Unis à la fin des années 1970, la médiation familiale s'est ensuite imposée au Canada, puis, s'est développée en Europe au cours des années 1980¹⁶⁵⁰. Symboliquement inscrit dans le Code de procédure civile depuis la *loi du 8 février 1995*, le recours à la notion en matière familiale a été clairement consacré en France au début des années 2000, suite à l'avènement des lois du 4 mars 2002 et du 26 mai 2004¹⁶⁵¹.

697. Relativement récent, le concept semble en réalité être une réponse à « *la grande mutation des mœurs et des mentalités qui a redessiné le paysage de la famille* »¹⁶⁵². En effet « *depuis ces trente dernières années, l'explosion des divorces et des séparations, particulièrement dans les pays occidentaux, a rendu le couple conjugal de plus en plus précaire. La situation des enfants s'en est trouvée fragilisée, en particulier avec le risque d'effacement des pères (...). Les conséquences destructrices sur l'enfant de ces séparations ont amené un recentrage sur l'enfant, qui est devenu, de façon de plus en plus affirmée, sujet de droit* »¹⁶⁵³. Aussi, rappelons-le, « *cette évolution a été accompagnée par une transformation des places au sein de la famille, avec l'émergence d'une conception plus égalitaire des rôles parentaux (...) où les ex-conjoints entendent assurer ensemble l'éducation des enfants au-delà de la séparation* »¹⁶⁵⁴. Or, comme le souligne Danièle GANANCIA,

¹⁶⁴⁷ Nathalie BAUGNIET, La médiation familiale : Mode de règlement des conflits familiaux, De Boeck Supérieur, 2008, P. 6.

¹⁶⁴⁸ Id. P. 9.

¹⁶⁴⁹ Id. P. 8.

¹⁶⁵⁰ Jocelyne DAHAN, Quel développement de la médiation en Europe ? Toulouse, Empan, n°72, Erès, 2008, PP.12-19.

¹⁶⁵¹ M. NICOLETTI, La médiation familiale et le juge, Petites affiches, 30 juin 2009 n° 129, P. 4.

¹⁶⁵² D. GANANCIA, La Médiation familiale internationale. La diplomatie du cœur dans les enlèvements d'enfants, Éd. Erès, 2007, P. 40.

¹⁶⁵³ Id. PP. 40-41.

¹⁶⁵⁴ Id. P.41.

« le partage des responsabilités parentales passe par le dialogue entre les parents. Il suppose surtout l'établissement d'un climat de respect par chaque parent de la place et de l'image de l'autre auprès de l'enfant »¹⁶⁵⁵. Bien évidemment, en impliquant directement les père et mère dans la quête d'une solution concertée, la médiation familiale contribue au bon fonctionnement - voire au rétablissement - de ce dialogue. Elle évite ou dénoue ainsi les blocages ci-dessus exposés ; répondant par là-même parfaitement aux besoins d'une politique familiale de plus en plus favorable à la survie du couple parental. Seulement, lorsqu'elle s'adresse à des parents résidant sur les territoires de deux États distincts, elle revêt une dimension internationale à laquelle elle doit forcément s'adapter. Ainsi, la médiation *familiale*, devient médiation familiale *internationale*, lorsque résidant sur les territoires d'États différents, les parents imprègnent leurs rapports à l'enfant déplacé, d'un élément d'extranéité.

698. De son expérience pratique en tant qu'adjointe au chef de la Mission d'Aide à la Médiation internationale pour les Familles (MAMIF)¹⁶⁵⁶, Danièle GANANCIA a su dégager de grandes lignes capables d'adapter la médiation familiale au sept critères caractérisant les conflits impliquant le déplacement transfrontière d'un enfant. Pour elle, la médiation familiale internationale est précisément « *un processus par lequel un tiers impartial et qualifié aide des couples en situation de rupture ou de séparation, vivant dans deux États différents, à rétablir une communication et à trouver par eux-mêmes des accords tenant compte des besoins de chacun et particulièrement ceux des enfants, dans un esprit de coresponsabilité parentale* »¹⁶⁵⁷.

¹⁶⁵⁵ Ibid.

¹⁶⁵⁶ La « MAMIF » a pour vocation « de mettre en place des actions de médiation dans les conflits parentaux transfrontaliers (...). Son champ d'application ne se limite pas au domaine de l'enlèvement d'enfants mais vise également au rétablissement de relations régulières entre l'enfant et le parent non hébergeant qui s'est vu refuser tout accès à l'enfant (...). C'est une structure pluridisciplinaire comportant un pôle juridique composé de magistrats et d'un pôle psycho-social avec assistante sociale formée à la psychologie et des secrétaires formées à l'accueil et à l'écoute ». Elle est saisie par l'un des parents ou par les tribunaux. D. GANANCIA, La Médiation Familiale Internationale : Une solution d'avenir aux conflits familiaux transfrontaliers ? in, « Les enlèvements d'enfants à travers les frontières », Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille (sous la direction de H. FULCHIRON), Journées du 20 et 21 novembre 2003, Lyon, Bruylant, 2004, PP. 325 et s. ; AJ Famille 2002, P. 317.

¹⁶⁵⁷ D. GANANCIA, Ouvrage précité, P. 54.

699. Cette définition nous oriente d'emblée sur un premier élément caractéristique des conflits familiaux transnationaux : *« l'élément d'extranéité, la dualité des États impliqués »*¹⁶⁵⁸. Ainsi, lorsque la médiation familiale internationale s'inscrit dans un tel cadre, il apparaît inévitable de tenir compte des conséquences que la distance géographique est susceptible de générer. Cette prise de conscience rend le processus inévitablement plus compliqué : *« Comment le médiateur pourra-t-il travailler avec cette distance ? Comment garder sa posture quand il rencontre un des protagonistes et pas l'autre ? Alors qu'il ne peut pas utiliser l'interaction de la rencontre entre les deux parents pour qu'un changement s'opère ? »*¹⁶⁵⁹. De toute évidence, *« les entretiens à distance impliquent pour le médiateur une autre façon de faire, d'être : la communication entre les parents passe par lui seul »*. Ainsi, *« c'est en grande partie sur la relation de confiance qu'il crée avec chacun que repose le processus »*¹⁶⁶⁰. Les nombreuses expériences de l'auteur prouvent qu'il est possible de parvenir à atteindre un tel objectif¹⁶⁶¹. Mais la distance ne rend pas simplement la confiance, plus difficile à obtenir. Elle accroît encore un second élément : la violence psychologique et les rapports de force¹⁶⁶².

700. L'enlèvement aurait *« souvent pour origine le désir de vengeance, de « faire payer » à l'autre sa souffrance de l'échec du couple. Il peut y avoir aussi la peur d'un parent, quand il est rejeté par l'autre, de perdre ses contacts avec l'enfant, de perdre ses droits, d'être exclu de sa vie. C'est encore la peur qui conduit ce même parent, après avoir déplacé l'enfant à l'étranger, à refuser tout contact avec l'autre, pour ne pas risquer un contre-enlèvement. Et pourtant, c'est ce refus même de contact qui, dans nombre de cas, aboutit à ce contre-enlèvement tant redouté... Cette spirale de la peur, de la méfiance et de la vengeance fige les parents dans des rapports de force qui*

¹⁶⁵⁸ Ibid.

¹⁶⁵⁹ Id. P. 90.

¹⁶⁶⁰ Id. P. 93.

¹⁶⁶¹ Parmi ces dernières, l'exemple de la médiation réussie entre Basile et Maya est sans équivoque : tous deux sont les parents de Caroline. Lorsque Maya part vivre en Russie avec la fillette, elle restreint les relations de celle-ci avec son père. Ce dernier demande alors la médiation. Les contacts entre la médiatrice et Maya sont dans un premier temps, téléphoniques. La confiance s'instaure alors peu à peu entre les deux femmes. Jusqu'à ce que la mère accepte de venir rencontrer son interlocutrice à Paris. Rassurée, elle revient avec Caroline pour une rencontre de médiation avec Basile. L'histoire aura duré sept ans. Elle s'est terminée par un accord en quelques mois. Grâce à la confiance restaurée au moyen de la médiation. Id. PP. 90-93.

¹⁶⁶² Id., PP. 94 et s.

constituent des obstacles barrant parfois la route à la raison et donc à toute solution »¹⁶⁶³. Dans cette configuration au climat guerrier, souvent, « *chacun des parents « possède des « armes » de son côté, susceptibles d'intimider l'autre* »¹⁶⁶⁴ : décisions de justice statuant sur la garde, condamnations pénales, mandats d'arrêt... et/ou même l'enfant ! Bien que la tension soit à son comble, dans ces rapports de force relativement « égalitaires », les arguments de l'un peuvent parvenir à infléchir la position de l'autre et inversement. Mais certaines situations donnent parfois clairement l'avantage à l'un des parents. Quand par exemple l'enfant est à ses côtés et que le « droit » lui-même le « sécurise », ce dernier sait d'avance que son adversaire a perdu le bras de fer qui les oppose. Il est alors en général bien moins enclin à contribuer au bon fonctionnement des règles de droit international privé en vigueur. D'autant qu'en dépit du bon sens de la réglementation applicable, en ces situations transnationales, la dualité des systèmes juridiques – troisième élément incontournable des conflits familiaux internationaux - restreint le champ des possibles.

701. Fort heureusement, il semblerait que la distance, la violence et la différence aient quand même leur antidote : comme le souligne en effet Madame GANANCIA, la médiation peut, par le moyen du dialogue, amener les parents à « *« dé-battre » au lieu de se battre* »¹⁶⁶⁵. Même en présence d'un rapport de force inégalitaire, le rétablissement de la communication peut ainsi conduire à débloquer une situation inextricable, conformément à ce que commande le bon respect de l'intérêt de l'enfant¹⁶⁶⁶. Le caractère volontaire de la médiation ne garantit cependant pas le résultat. Simplement, il le rend possible. Lorsqu'elle aboutit, la médiation « libère » le mineur de l'étau dans lequel le conflit de ses parents l'enserrait. Mais tant que son père et sa mère se déchirent, il est toujours au milieu d'eux, écartelé.

702. Indirectement visé, instrumentalisé, le mineur se retrouve ainsi régulièrement placé au cœur d'un « duel » auquel il ne devrait pas avoir part. Et lorsque le « duel » en question l'amène au déplacement par delà les frontières, la brutalité à laquelle il est exposé est démultipliée. Telle est la

¹⁶⁶³ Ibid.

¹⁶⁶⁴ Id. P. 100.

¹⁶⁶⁵ D. GANANCIA, Ouvrage précité, P. 101.

¹⁶⁶⁶ Id. Pour illustration, cf. l'exemple relaté aux pages 103 et suivantes.

quatrième caractéristique des conflits familiaux internationaux. Injustement, et peut être plus encore que dans les situations purement internes, l'enfant est alors pris dans un conflit de loyauté qui le force à choisir entre l'un de ses parents. Il pense « *qu'aimer le parent éloigné, c'est trahir celui avec qui il vit* »¹⁶⁶⁷. Ce sentiment l'amène parfois même à témoigner « *de l'hostilité envers l'autre* »¹⁶⁶⁸. C'est le syndrome de l'aliénation parentale¹⁶⁶⁹. Dans ces situations particulièrement douloureuses, le travail du médiateur est double. Aux parents, il doit « *expliquer (avec délicatesse et doigté) ce syndrome à ces parents qui veulent sincèrement « protéger » l'enfant de l'autre parent* »¹⁶⁷⁰. À l'enfant, il peut permettre « *d'exprimer ses besoins pour que ces besoins soient entendus par les deux parents* »¹⁶⁷¹. Cette écoute d'un tiers impartial peut donner libre cours à l'enfant d'exprimer ses sentiments profonds, enfouis pour éviter de (trop) souffrir : au-delà de la position qu'il « *manifeste souvent dans un premier temps, de ne pas désirer voir le parent non gardien, il manifeste presque toujours auprès du médiateur les deux mêmes besoins : que ses parents ne se fassent plus la guerre, et aimer librement ses deux parents* »¹⁶⁷². Derrière cette double revendication le mineur cache encore la revendication légitime d'être simplement lui-même : le fruit de deux cultures auxquelles il appartient pleinement. Or, il n'est pas rare que les parents refusent de voir cette mixité. Et pourtant, « *la coupure dramatique de l'enfant avec l'un de ses parents, sa famille et sa culture d'origine* » est assimilable à « *une amputation de son identité, que l'on peut considérer comme un véritable acte de maltraitance, aux séquelles indélébiles* »¹⁶⁷³. Bien évidemment, l'auteur de l'enlèvement n'agit généralement pas sciemment dans ce but. Il est simplement happé par le fossé qui sépare sa culture, de celle de son ex-conjoint. La raison en est simple : la différence qui au départ attire, et la même qui sépare lorsque la fascination laisse place à l'incompréhension¹⁶⁷⁴. Cet état de fait oblige dès lors le médiateur à tenir compte d'une cinquième caractéristique du conflit qu'il est en charge d'aborder : le « fossé des cultures ».

¹⁶⁶⁷ Id. P. 111.

¹⁶⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁶⁹ Pour de plus amples développements à propos de ce syndrome, cf. infra n° 741.

¹⁶⁷⁰ D. GANANCIA, Op. cit., PP. 117 et s.

¹⁶⁷¹ Ibid.

¹⁶⁷² Ibid.

¹⁶⁷³ Id., PP. 17-18.

¹⁶⁷⁴ Id., PP. 132 et s.

703. Nécessairement confronté à deux logiques radicalement différentes, le médiateur familial international doit, pour sa part, « *se décentrer de sa propre culture, sinon il risque de faire des projections à partir de celle-ci et tomber dans l'ethnocentrisme* »¹⁶⁷⁵. Tel est le point de départ pour qu'il devienne un « *passer* » capable d'inciter les parents à dépasser leurs codes culturels respectifs dans l'intérêt de leur enfant¹⁶⁷⁶. Aussi, pour faciliter ce décodage et garantir l'absence de partialité culturelle, Madame GANANCIA propose de recourir à la « *comédiation binationale directe* », ce qui revient à faire intervenir deux médiateurs originaires des deux pays mis en cause par le conflit parental¹⁶⁷⁷. Il reste alors à affronter les pressions extérieures¹⁶⁷⁸ - familles, avocats, associations de parents victimes, médias - et le temps¹⁶⁷⁹ (sixième et septième éléments caractéristique des conflits familiaux transnationaux). Les unes comme l'autre peuvent s'avérer être des alliés... ou des contretemps, voire, des obstacles supplémentaires¹⁶⁸⁰. La temporalité peut en outre, prendre une dimension particulière lorsque la médiation familiale se veut internationale. En effet, elle est celle de la médiation confrontée à celle du procès. Elle est encore celle du temps « contracté » du médiateur et de « *médiation au finish* » : la médiation internationale doit en effet parfois se contenter de la venue « expresse » du parent étranger. Elle se déroule alors sur deux à trois entretiens pouvant durer d'une demi-journée à une journée.

*

*

*

704. En dépit des contraintes exacerbées auxquelles elle est inévitablement confrontée lorsqu'elle revêt une dimension internationale, la médiation est une incitation au dialogue requérant une implication souhaitable des parents dans le processus conduisant à protéger le mineur conformément à ce qu'exige le respect des différents aspects de son intérêt. Son opportunité tient à

¹⁶⁷⁵ Ibid.

¹⁶⁷⁶ Ibid.

¹⁶⁷⁷ Id., PP. 140-141.

¹⁶⁷⁸ Id., PP. 141 et s.

¹⁶⁷⁹ Id., PP. 149 et s.

¹⁶⁸⁰ Ainsi par exemple, le temps peut tout à la fois contribuer à progressivement rapprocher les parties en atténuant la crainte, ou au contraire, les diviser davantage en creusant chaque jour un peu plus, la distance entre le parent laissé pour compte et l'enfant enlevé.

cela. Elle tient en outre au fait que le processus, parfois ultime recours d'un parent « désespéré » après avoir « tout essayé », s'avère régulièrement être une réponse aux insuffisances des solutions juridiques/judiciaires (B).

B. La médiation familiale internationale : une réponse aux insuffisances des solutions juridiques/judiciaires

705. Dans sa réponse aux insuffisances des solutions juridiques/judiciaires, la médiation familiale internationale est à la fois palliative (1) et complémentaire (2).

1. Une réponse palliative

706. Ce n'est plus un secret, la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980* met en place une procédure spécialement pensée dans le but d'apporter des réponses au déplacement illicite transfrontière d'un enfant. Ainsi, le retour immédiat du mineur est en principe prononcé dès l'instant où les autorités de l'État requis constatent la violation d'un droit de garde largement apprécié. Mais ce n'est pas tout. Parallèlement à cette procédure, dans le cadre général de coopération et de collaboration interétatique qui l'anime, l'instrument conventionnel prévoit que les Autorités centrales des deux États concernés doivent également « *prendre toutes les mesures appropriées pour assurer la remise volontaire de l'enfant ou faciliter une solution amiable* »¹⁶⁸¹. Cela étant, bien qu'elle mette en avant l'opportunité de la recherche de solutions concertées entre les parents, la *Convention de La Haye de 1980* ne contient aucune disposition précise sur le contenu de ces mesures. Pas plus qu'elle ne mentionne explicitement la médiation. Sa volonté sous-jacente est cependant palpable. Et elle correspond étroitement à l'esprit général du droit conventionnel de l'enfance qui parfois, sait être plus explicite :

En effet plus parlante, la *Convention de La Haye de 1996* prévoit en son article 31 b), que les Autorités centrales prennent directement ou indirectement « *toutes dispositions appropriées* »

¹⁶⁸¹ Article 7 alinéa 2 c).

Disposition par ailleurs confortée par les termes de l'article 10 : « L'Autorité centrale de l'État où se trouve l'enfant prendra ou fera prendre toute mesure propre à assurer sa remise volontaire ».

pour (...) faciliter par la médiation, la conciliation ou tout autre mode analogue, des ententes à l'amiable sur la protection de la personne ou des biens de l'enfant, dans les situations auxquelles s'applique la Convention ». Aussi, dans un sens sensiblement similaire, et reprenant les principes formulés par la *Recommandation R(98)* adoptée le 21 janvier 1998, la *Convention du Conseil de l'Europe sur les relations personnelles concernant les enfants*, du 3 mai 2002, encourage les autorités judiciaires saisies à prendre les mesures appropriées pour inciter les parents à parvenir à des accords amiables¹⁶⁸². Enfin, le *Règlement Bruxelles II bis* plébiscite la coopération entre Autorités centrales ; tout en considérant que pareil objectif peut être atteint au moyen de la conclusion d'accords entre les titulaires de l'autorité parentale et ce, notamment au moyen d'un recours à la médiation¹⁶⁸³.

En parallèle au gage du retour, le droit conventionnel valorise donc le recours à la médiation familiale internationale. Opportunément !

707. C'est un simple constat qui nous pousse à louer cette initiative : « *même quand il existe une solution judiciaire, le droit seul ne saurait tout résoudre* »¹⁶⁸⁴. En effet, l'existence d'instruments internationaux destinés à lutter contre le caractère illicite du déplacement d'enfant n'assure pas à elle-seule des solutions infaillibles. Concrètement c'est dire qu'il arrive que le prononcé du retour se heurte à des difficultés d'exécution ou, que des décisions contraires rendues en France et à l'étranger, loin d'inciter les parents à dialoguer, les confortent l'un et l'autre dans leur opposition. Par ailleurs, lorsque les mécanismes conventionnels fonctionnent efficacement, il reste que la réglementation de l'enlèvement ne vise généralement que le retour de l'enfant « *avec une certaine automaticité, sans qu'il soit recherché de solution au problème de fond et à celui du maintien des liens entre l'enfant à ses deux parents* »¹⁶⁸⁵. Or, nous le savons, les instruments internationaux sont pour une large part également soucieux de garantir au mineur la coparentalité et ce, en dépit de la

¹⁶⁸² Article 7 b).

¹⁶⁸³ Articles 54 et 55.

¹⁶⁸⁴ D. GANANCIA, *La Médiation Familiale Internationale : Une solution d'avenir aux conflits familiaux transfrontaliers ?* Op. cit.

¹⁶⁸⁵ Ibid.

séparation de ses père et mère¹⁶⁸⁶. La question du retour de ce dernier auprès de son parent gardien est donc indissociablement liée à celle du droit de visite du parent rapté. Aussi, pour Danièle GANANCIA, la résolution commune de ces questions « *grâce à la médiation, est le seul moyen d'arriver à des solutions qui satisferont les deux parents, préserveront l'intérêt de l'enfant et faciliteront l'exécution des décisions puisqu'elles sont acceptées par les parties* »¹⁶⁸⁷. Et l'affirmation semble d'autant plus juste si l'on considère que dans les cas où aucune convention ne lie la France à l'État étranger également concerné par le déplacement, le droit interne s'avère quasi-systématiquement inapte à prendre efficacement le relais. Cela est d'autant plus vrai notamment lorsque le système juridique auquel est rattaché le parent rapté lui est particulièrement favorable. Mais il y a pire encore que l'inutilité : la « contreproductivité » :

708. Les mesures tirées du droit pénal peuvent contribuer à la localisation de l'enfant illicitement déplacé au moyen d'un mandat d'arrêt et des notices Interpol (certes, sans garantie systématique). Mais cette hypothèse mise à part, il faut bien admettre que le droit pénal ne répond presque jamais à l'objectif de retour de l'enfant et traduit dans tous les cas, un échec. Parce que les condamnations pénales françaises ne peuvent être exécutées à l'étranger. Mais aussi et surtout, parce que dans la mesure où le droit pénal français a pour « finalité » de conduire l'auteur de l'enlèvement en prison, il correspond à une véritable déclaration de guerre entre les parents et risque de ce fait, de conduire à l'enlisement d'une situation déjà délicate. Pour ces raisons, la répression de l'enlèvement international d'enfant par le biais des délits de soustraction et de non-représentation d'enfant^{1688/1689} est largement décriée. Et pour ces mêmes raisons, le recours à la médiation justifie une fois de plus son intervention. Cependant, il serait sans doute excessif de penser que le processus puisse entièrement remplacer le droit. Solution palliative aux insuffisances du juridique et du judiciaire, la médiation familiale internationale ne serait donc pas auto-suffisante, mais complémentaire (2).

¹⁶⁸⁶ Cf. notamment les articles 9, 10 et 11 de la CIDE, l'article 14 de la Charte européenne des droits de l'Homme, l'article 8 de la CESDH et, plus largement, la Convention du Conseil de l'Europe sur les relations personnelles.

¹⁶⁸⁷ D. GANANCIA, La Médiation Familiale Internationale : Une solution d'avenir aux conflits familiaux transfrontaliers ? Op. cit.

¹⁶⁸⁸ Articles 227-5 et 227-7 du Code pénal.

¹⁶⁸⁹ Pour plus de détails sur ces notions, cf. les développements de Madame COLLET-ASKRI : La protection pénale de l'enfant victime des conflits entre ses parents divorcés, Rev. dr. sanit. soc. 2000 P. 285.

2. Une réponse complémentaire

709. Si la médiation familiale internationale s'avère être une réponse complémentaire en matière d'enlèvement international d'enfant, c'est que les réponses apportées par le droit, bien qu'insuffisantes, n'en demeurent pas moins indispensables. En ce sens, précédemment, nous exposons la valeur préventive des dispositions conventionnelles¹⁶⁹⁰. Nous constatons alors que la seule existence d'une procédure de retour immédiat peut nettement contribuer à dissuader le parent de « passer à l'acte ». Nous rajoutons à présent que lorsque l'enlèvement ou le non retour est consommé, la prise de conscience de l'existence d'une telle procédure peut aussi le convaincre de remettre volontairement l'enfant avant même qu'elle ne soit enclenchée. Dans l'idéal, la remise de l'enfant fera suite à une solution amiable *« trouvée entre le moment de la saisine de l'Autorité centrale requérante par le parent demandeur, et celui du dépôt de la demande en retour immédiat par l'Autorité centrale requise »*¹⁶⁹¹. Cela étant, il se peut également que le parent auteur de l'enlèvement choisisse *« de remettre volontairement l'enfant ou accepte spontanément de laisser s'exercer le droit de visite, une fois qu'il est averti de la mise en œuvre des mécanismes conventionnels »*¹⁶⁹². Il semble en effet que le *« bon fonctionnement général de la Convention de La Haye dans l'État requis constitue un critère déterminant dans l'émergence d'une solution amiable »*¹⁶⁹³, y compris par le moyen du recours à la médiation.

Ainsi, *« dès lors que le retour immédiat ou le rétablissement du droit de visite paraît inévitable au regard du bon fonctionnement général de la Convention, le défendeur préférera le plus souvent éviter une procédure coûteuse dont il n'a rien à espérer. En revanche, dans les États où les mécanismes conventionnels aboutissent plus rarement au retour immédiat de l'enfant ou au rétablissement du droit de visite, le parent défendeur sera tenté de repousser les propositions de règlement amiable, espérant que les autorités de l'État requis lui donneront finalement gain de cause »*^{1694/1695}.

¹⁶⁹⁰ Cf. supra n° 268 et suivants.

¹⁶⁹¹ A. DEVERS, Les enlèvements d'enfants et le Règlement « Bruxelles II Bis » in « Les enlèvements d'enfants à travers les frontières », Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille (sous la direction de H. FULCHIRON), Journées du 20 et 21 novembre 2003, Lyon, Bruylant, 2004, Annexe 1, PP. 436 et s.

¹⁶⁹² Ibid.

¹⁶⁹³ Ibid.

¹⁶⁹⁴ Ibid.

710. Mais le droit conventionnel prévoyant le retour immédiat n'est pas le seul moyen de pression susceptible de provoquer la médiation. Le droit interne peut en effet lui aussi s'avérer être un argument de poids. L'affirmation peut paraître étonnante après que cette étude se soit attachée à décrire le recours aux sanctions pénales en matière d'enlèvement international d'enfant¹⁶⁹⁶. Et pourtant, sa justification est évidente : si le droit pénal *peut* s'avérer contreproductif, tel n'est pas systématiquement le cas. En elle-même, la sanction ne résout pas le problème. Parfois même, elle l'aggrave. Mais il arrive aussi que le poids de sa menace exerce sur le parent rapteur, une pression susceptible de le pousser au dialogue. Deux exemples tirés de l'expérience de Danièle GANANCIA en sont des preuves évidentes :

711. Premièrement, l'histoire ayant opposé Hossam, égyptien, à Blandine, d'origine béninoise, tous deux parents de Dounia¹⁶⁹⁷. Lorsque leur couple se délite, Blandine quitte le domicile conjugal avec la fillette de quatre ans et porte plainte pour violences conjugales. Désespéré, « *Hossam répond par la violence ; un jour il prend Dounia à la sortie de l'école et part avec elle en Égypte, chez ses parents* »¹⁶⁹⁸. Blandine porte à nouveau plainte. Cette fois-ci pour enlèvement. « *Il est convoqué, en France, devant le juge d'instruction. Il se sent humilié. Il saisit alors la justice en Égypte et obtient un jugement de répudiation de Blandine mais également, en l'absence de Blandine qui n'avait pas été convoquée, une décision attribuant la garde de Dounia à sa sœur : il avait allégué que Blandine avait abandonné sa fille. Pourtant, la pression du mandat d'arrêt*

¹⁶⁹⁵ Pour illustration, cette histoire tirée de l'ouvrage précité de Danièle GANANCIA (PP. 88-89) : Alain est français, Nat, chinoise. Tous deux sont les parents de Michaël. Lorsque les relations du couple se dégradent, la mère embarque son fils avec elle dans le vol qui la ramène à Hong-Kong. Le père, lui, reste impuissant à Paris. Pour se donner la chance de maintenir le contact avec son enfant, il saisit la justice, multiplie les voyages. En vain. « Le juge de Hong Kong refuse d'appliquer la Convention de La Haye. Il estime, après une enquête sociale, que Michaël est heureux avec sa mère et que le conflit des parents sera nuisible à l'enfant : il limite les droits du père à quelques heures, dans un espace surveillé de rencontre. Malgré cela, Alain parvient à tisser une relation presque magique avec son fils ; jusqu'à ce que la mère, inquiète, décide d'y mettre fin. Les visites deviennent de plus en plus difficiles. Quatre fois, Alain se sera déplacé à Hong Kong pour trouver porte close (...). La distance rend son acharnement vain : le coût des voyages et de la procédure rend illusoire qu'il s'y voit reconnaître ses droits de père. À l'étranger, et particulièrement à Hong Kong, la coparentalité est une notion qui n'existe pas. Si la mère garde l'enfant, c'est à elle de décider si les visites sont ou non nuisibles à l'enfant. Nat a refusé la médiation : elle est en situation de force. Pourquoi l'aurait-elle acceptée puisque son désir d'éliminer le père s'est réalisé ? ».

¹⁶⁹⁶ Cf. supra n° 327 et suivants.

¹⁶⁹⁷ Pour un résumé plus complet de cette histoire, cf. D. GANANCIA, ouvrage précité, PP. 36-37.

¹⁶⁹⁸ Ibid.

*international lancé par le juge d'instruction est trop forte : Hossam sait que s'il revient en France il sera arrêté et mis en prison ; or il est traducteur de langue arabe à Paris, il a une belle clientèle, tandis qu'en Égypte il n'est plus rien. Il accepte de négocier le retour de Dounia s'il est assuré de ne pas être mis en prison à son retour en France »*¹⁶⁹⁹. Acculé, il s'ouvre au dialogue. Une médiation est alors engagée. Elle mène à un accord. Finalement, Blandine retrouve sa fille. Hossam, par la suite jugé devant le tribunal correctionnel, au vu de l'accord, est laissé libre, malgré le délit de soustraction d'enfant « *dans l'intérêt d'un apaisement familial* »¹⁷⁰⁰. Dounia, elle, se voit « regarantir » le « droit » d'entretenir des liens avec ses deux parents.

712. La seconde histoire s'inscrit dans un schéma sensiblement similaire¹⁷⁰¹. Jamel et Armelle sont les parents de trois enfants. Jamel, marocain d'origine, est le numéro 2 d'une société multinationale, avec une position très influente. Dénigré par la mère de ses enfants, y compris auprès d'eux, poussé à bout, il sait que s'il quitte la France, il retrouvera un poste à l'étranger. Il décide alors de partir, n'importe où dans un pays « hors convention de La Haye ». Pendant deux ans, il vit en Arabie Saoudite avec les enfants. La plainte déposée par la mère est restée sans effet. Le père s'est construit un monde dans lequel il n'y a pas de place pour la mère. Pourtant, contre toute attente, il finit par prendre l'initiative de la médiation. À ce moment, il fait l'objet d'une convocation devant le tribunal correctionnel de Paris. Et il n'a plus qu'un mois devant lui. Commencent alors de longs échanges. Jamel semble prêt à faire des concessions. En l'échange de l'assurance de ne pas être condamné à une peine de prison. La médiatrice comprend alors qu'une condamnation en France « *l'empêcherait de voyager librement pour ses affaires* ». Même si le père prétend – tout à fait sincèrement - accorder de l'importance à l'intérêt de ses enfants de retrouver leur mère, la pression du droit pénal contribue indéniablement au dénouement du conflit parental. Le cadre de la médiation contribue à l'apaisement des tensions et à la reconstruction de la confiance mutuelle. Finalement, Jamel n'a pas été arrêté à l'aéroport à son retour en France pour ramener les enfants. Jugé à l'audience correctionnelle, il n'a été condamné qu'à du sursis. Armelle a retrouvé

¹⁶⁹⁹ Ibid.

¹⁷⁰⁰ Ibid.

¹⁷⁰¹ Pour un résumé plus complet de cette histoire, cf. D. GANANCIA, ouvrage précité, PP. 206-211.

ses enfants, revenus vivre auprès d'elle à Paris. Les enfants quant à eux, ont là encore eu la chance de se voir « regarantir » le « droit » d'entretenir des liens avec leurs deux parents.

713. Ces deux histoires tirées de faits réels auront su démontrer que la médiation et le droit sont intimement liés. Complémentaires, ils se servent mutuellement ; se permettant ainsi réciproquement d'atteindre leurs objectifs lorsque seuls, sans l'autre, ils n'y seraient pas parvenus. Il reste que le droit – surtout interne - doit être intelligemment manié. Pour leur part, afin de justifier de la pleine opportunité de leur intervention, les solutions amiables favorisées par l'existence d'une procédure de retour ou par la menace d'une sanction pénale ne devraient pas se contenter de faciliter la remise du mineur illicitement déplacé. À l'instar de ce que nous avons pu constater au travers nos exemples, mieux vaudrait en effet qu'elles revêtent la forme d'une véritable médiation par le moyen de laquelle l'enfant se verra garantir à la fois l'intégrité de son centre d'attaches et d'intégration, et le maintien des liens avec ses deux parents. L'étude de l'opportunité de la médiation familiale internationale s'achevant sur ces mots, il nous appartient dès à présent d'appréhender son organisation et son fonctionnement (II).

II/ L'organisation et le fonctionnement de la médiation familiale internationale

714. Pensée de manière à pouvoir envisager l'ensemble des hypothèses susceptibles de se présenter lorsque la situation en cause est empreinte d'un élément d'extranéité, la médiation familiale internationale apparaît relativement bien organisée (A). Le caractère volontaire du procédé revêt quant à lui le potentiel de favoriser le bon fonctionnement de l'accord envisagé (B).

A. L'organisation de la médiation familiale internationale

715. L'accord auquel la médiation ambitionne de parvenir est le fruit d'un processus (1) qui, pour atteindre son but, à tout à gagner à bien choisir le moment de son intervention (2).

1. Le processus visant l'accord

716. Comme l'expose très justement Danièle GANANCIA dans son ouvrage déjà maintes fois pris en référence : « *le processus est un enchainement ordonné d'étapes destinées à aboutir à un résultat déterminé. Il fait avancer, progresser, au sens étymologique du terme (du latin *procedere*), vers cet objectif : la communication entre les parties pour leur permettre de trouver des accords sur l'organisation de leurs liens avec l'enfant* »¹⁷⁰². Ces étapes composant le processus de médiation ne se déroulent pas forcément de manière linéaire¹⁷⁰³. Chacune d'elles reste cependant nécessaire « *à un degré plus ou moins important, dans toutes les situations internationales* »¹⁷⁰⁴.

717. Préalablement à la médiation, il est utile de procéder à une « *prémédiation* ». En effet, lorsqu'un parent demande le dialogue, sa démarche ne garantit pas l'acceptation de l'autre. Elle constitue néanmoins un premier pas nécessairement suivi d'une *proposition de médiation* du médiateur à l'autre parent. Tout l'art du premier consiste alors à convaincre le second, à s'engager dans le dialogue en faveur de l'enfant déplacé. L'expérience a permis à Madame GANANCIA de se rendre compte que la médiation ne sera acceptée « *que si elle représente un intérêt personnel pour chacun des parents* »¹⁷⁰⁵. Ainsi, pour parvenir à ses fins, « *le médiateur ne peut se contenter d'un appel incantatoire à l'intérêt de l'enfant, car chaque parent est persuadé d'agir au nom de l'intérêt de son enfant, qu'il confond avec son intérêt personnel. (Il) doit donc d'abord découvrir et cerner, dans chaque situation, quels intérêts personnels et particuliers pourraient inciter un parent au dialogue plutôt qu'à l'affrontement judiciaire* »¹⁷⁰⁶. Ensuite, le médiateur doit poser le « cadre » de son intervention : son rôle ne vise pas à imposer à l'un, le point de vue de l'autre. D'ailleurs, il n'a aucun pouvoir d'imposer et, dans tous les cas, doit rester impartial¹⁷⁰⁷. Il lui appartient en outre de rassurer les parties en leur rappelant la « *confidentialité absolue* » à laquelle il est tenu, ainsi que la possible sécurisation juridique de leurs accords¹⁷⁰⁸. Enfin, il lui revient d'expliquer aux parents « *le*

¹⁷⁰² Id., P. 157.

¹⁷⁰³ Ibid.

¹⁷⁰⁴ Ibid.

¹⁷⁰⁵ Id., P. 165.

¹⁷⁰⁶ Ibid.

¹⁷⁰⁷ Id., P. 167.

¹⁷⁰⁸ Id., P. 168.

déroulement plausible des étapes du processus » qui, nous l'avons dit, « *varie selon les situations* »¹⁷⁰⁹.

Parfois, après ce « premier » contact, les parents ne sont pas immédiatement prêts à dépasser leurs propres objectifs afin de procéder à un échange au sein duquel l'autre mérite d'être pris en considération. Dans ces hypothèses, la médiation n'est en réalité possible qu'après négociation ; ce « *rapport « donnant-donnant »* » pouvant s'apparenter à un « *deal* »¹⁷¹⁰. À distance, le médiateur essaie alors d'aider les parties à sortir de leurs blocages dans le but de permettre à l'enfant illicitement déplacé un contact avec ses deux parents. Parfois même, l'intervention de tiers facilite le processus (avocats, familles, etc.)¹⁷¹¹. Cela étant, bien que louable, la simple négociation n'est jamais aussi satisfaisante que la médiation. Elle ne constitue donc pas la finalité visée par le médiateur familial international dont le but principal est de parvenir à l'étape suivante, à savoir, à une véritable médiation.

718. La médiation familiale internationale peut revêtir plusieurs formes. En effet, la distance fait parfois obstacle à l'immédiateté de la rencontre. Dans cette hypothèse, la médiation est – au moins temporairement - *indirecte*. Les échanges ont lieu par conférence téléphonique ou par téléphone. Ils peuvent également prendre la forme d'entretiens séparés ou encore, faire appel à la comédiation binationale indirecte. Dans ce dernier cas, la médiation est majoritairement réalisée à distance, avec un médiateur dans chaque pays. Précisément, « *le médiateur réalise une « navette » entre les parents, pour se mettre à l'écoute de leurs attentes et de leurs besoins, les transmettre à l'autre, repérer les intérêts communs, et tenter de faire émerger les solutions possibles* »¹⁷¹². De la sorte, « *il aide chacun à exprimer ses besoins, à clarifier ses attentes, et assure la transmission des messages de l'un et de l'autre en les reformulant de façon positive* »¹⁷¹³. En l'absence d'interaction entre les parties, il est nécessairement amené à jouer un rôle plus « *actif* »¹⁷¹⁴. Mais à terme, son but

¹⁷⁰⁹ Ibid.

¹⁷¹⁰ Id., P. 171.

¹⁷¹¹ Id., P. 172.

¹⁷¹² Id., PP. 174-175.

¹⁷¹³ Ibid.

¹⁷¹⁴ Id., P. 185.

est de parvenir à opérer « *une rencontre entre les deux personnes, même à distance* »¹⁷¹⁵. L'opération peut mener à un accord signé même avant que les parents n'aient été prêts à – ou n'aient pu – se rencontrer. Il arrive néanmoins que le face-à-face entre les parents puisse avoir lieu – serait-ce par le biais de la vidéoconférence. La médiation familiale internationale est alors *directe*. Pour Danièle GANANCIA, cette rencontre est « *l'essence de la médiation* », « *l'objectif à rechercher absolument dans toutes les médiations internationales* »¹⁷¹⁶. Néanmoins, elle ne suffit pas. Encore faut-il en effet, qu'elle apaise valablement les tensions et mène à un protocole d'accord.

Ce protocole d'accord est le fruit d'une médiation réussie. Dans l'idéal, il est rédigé par le médiateur lui-même pour « *pouvoir intégrer les dimensions affectives et relationnelles, qui sont l'essence du processus, en même temps que les données juridiques* »¹⁷¹⁷. À ce stade, le chemin parcouru par les parents dans l'intérêt de leur enfant est déjà immense. Toutefois, il reste à considérer que « *le moindre événement peut compromettre l'équilibre trouvé encore fragile* »¹⁷¹⁸. Voilà ce qui justifie pleinement que la famille ne soit pas immédiatement « livrée à elle-même ». Et voilà en outre ce qui justifie l'ultime étape du chemin de médiation : le suivi des accords par le médiateur¹⁷¹⁹.

719. La médiation familiale internationale qui parvient à réaliser ses ambitions est celle qui a su ramener la coparentalité à sa plus belle définition ; celle qui a su rétablir entre les parents, une confiance apte à leur permettre de voir en chacun d'eux, un *parent*, conformément à ce qu'exige l'intérêt de l'enfant internationalement déplacé. Pour ne pas être détournée de sa loyale finalité, le processus ne doit donc pas constituer un stratagème destiné à permettre au parent rapteur de parvenir à la satisfaction de ses seuls intérêts. Pour cette raison, le moment de son intervention est à prendre en considération (2).

¹⁷¹⁵ Id., PP. 174-175.

¹⁷¹⁶ Id., P. 186.

¹⁷¹⁷ Id., P. 194.

¹⁷¹⁸ Id., P. 196.

¹⁷¹⁹ Cf. en ce sens les développements de Danièle GANANCIA (Ouvrage précité, PP. 195 et suivantes).

2. Le moment de l'intervention du processus visant l'accord

720. Pour ne pas desservir l'intérêt de l'enfant ni contrevenir aux objectifs poursuivis par le droit de l'enfance déplacée, la médiation familiale internationale ne doit pas être assimilable à un acquiescement au sens de l'article 13 a) de la *Convention de La Haye de 1980*. Aussi, afin d'éviter tout contresens, il aurait été utile que l'instrument précise explicitement « *que les tentatives de médiation internationale entre les parents ne constituent jamais un acquiescement au déplacement ou au non-retour de l'enfant* »¹⁷²⁰. Fort heureusement cependant, la jurisprudence semble avoir pris acte de la nécessité de respecter les mécanismes conventionnels¹⁷²¹.

La médiation familiale internationale ne doit pas non plus constituer un moyen dilatoire de nature à permettre à un parent de laisser passer le délai d'un an prévu à l'article 12 de la convention précitée. Or, « *il est possible de craindre que le parent défendeur ne prolonge la phase des négociations relatives au retour volontaire que pour retarder la phase judiciaire de retour immédiat, et laisser s'écouler le délai d'un an. Il faut également redouter que le parent défendeur utilise le temps des négociations amiables pour cacher l'enfant ou le déplacer à nouveau vers un autre État* »¹⁷²².

721. Pour éviter/pallier de telles manœuvres, certains auteurs recommandent « *de ne commencer la phase de négociations amiables qu'après le début de la phase judiciaire* »¹⁷²³. Le dialogue « interparental » n'étant en effet pas incompatible avec l'introduction préalable d'une procédure, la médiation familiale internationale ne pourrait ainsi avoir lieu que *pendant* ou *après* la phase judiciaire. De manière moins rigide, il semble que la médiation « *pourrait (également) être proposée par l'Autorité centrale saisie d'une demande de retour, sans que ce la ne fasse obstacle à l'introduction (postérieure) de la procédure à titre conservatoire, pour ne pas préjudicier aux*

¹⁷²⁰ A. DEVERS, Les enlèvements d'enfants et le Règlement « Bruxelles II Bis », Op. cit.

¹⁷²¹ Pour exemple : Cass. Civ. 1^{ère}, 16 juillet 1992, Note J. MASSIP, Op. cit. ; Note H. MUIR-WATT, Op. cit.

¹⁷²² Ibid.

¹⁷²³ F. MONEGER, La Médiation dans le cadre des enlèvements internationaux d'enfants, in « Les enlèvements d'enfants à travers les frontières », Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille (sous la direction de H. FULCHIRON), Journées du 20 et 21 novembre 2003, Lyon, Bruylant, 2004, P. 322, citant M. SASSIER, Construire les médiations familiales, arguments et propositions, préf. S. ROYAL, Dunod, 2001, P. 443 ; A. DEVERS, Les enlèvements d'enfants et le Règlement « Bruxelles II Bis », Op. cit.

*droits des parties, compte tenu du délai de l'article 12 alinéa 2 »*¹⁷²⁴. D'ailleurs à ce stade, la médiation « *aura plus de chance de succès, le conflit n'étant pas cristallisé et l'aléa de l'issue du procès incitant au rapprochement* »¹⁷²⁵. Il semblerait donc que la médiation puisse toujours intervenir, si tant est qu'elle soit cadrée.

722. Rappelons néanmoins que le temps écoulé est un argument de fait et de droit susceptible de jouer contre le parent lésé. Ainsi, pour éviter que le dialogue ne constitue un procédé dilatoire, il conviendrait de garantir une interprétation stricte des dispositions de l'article 12 alinéa 2 de la *Convention de La Haye de 1980*. De la sorte, et à partir du moment où la demande a été introduite dans le délai d'un an à compter du déplacement ou du non-retour, le retour de l'enfant illicitement déplacé ne pourrait pas être refusé. Le contraire reviendrait en effet logiquement à dissuader les parents – et plus particulièrement le parent demandeur - de recourir à la médiation familiale internationale. Rappelons en outre que la *Convention-enlèvement* comme le *Règlement Bruxelles II bis* prévoient que lorsque l'action est introduite, le juge doit statuer dans un délai de six semaines maximum¹⁷²⁶. La médiation intervenant pendant la phase judiciaire « *devra donc réellement être exercée « au finish », dans un très court laps de temps* »¹⁷²⁷ et ce, afin d'éviter de retarder le prononcé du retour immédiat de l'enfant enlevé¹⁷²⁸. De plus, une fois ce retour « obtenu » - avec ou sans dialogue - la médiation permettra encore d'accompagner le jugement afin d'en faciliter l'exécution. Elle permettra également de garantir le maintien des liens entre le mineur et son parent non gardien et, contribuera de la sorte à la fois à la bonne marche de la coparentalité¹⁷²⁹ et à la prévention d'un nouvel enlèvement¹⁷³⁰. Quel que soit le moment de son intervention, la médiation paraît donc décidément pouvoir être une solution méritant d'être encouragée et défendue. Si tant est que son fonctionnement n'allège pas le poids certain de cette affirmation (B).

¹⁷²⁴ D. GANANCIA, *La Médiation Familiale Internationale : Une solution d'avenir aux conflits familiaux transfrontaliers ?* Op. cit.

¹⁷²⁵ Ibid.

¹⁷²⁶ Cf. supra n° 621.

¹⁷²⁷ D. GANANCIA, ouvrage précité, P.151.

¹⁷²⁸ A. DEVERS, *Les enlèvements d'enfants et le Règlement « Bruxelles II Bis »*, Op. cit.

¹⁷²⁹ D. GANANCIA, *Ouvrage précité*, P. 153.

¹⁷³⁰ A. DEVERS, *Les enlèvements d'enfants et le Règlement « Bruxelles II Bis »*, Op. cit.

B. Le fonctionnement de la médiation familiale internationale

723. La médiation familiale internationale n'enseigne pas la magie aux parents. Elle ne leur offre donc aucune formule qui permettrait à coup sûr de garantir une issue convenable à chaque conflit familial impliquant le déplacement illicite d'un mineur. En réalité, elle reste une solution humaine impliquant des humains. Nécessairement volontaire, elle se heurtera en effet parfois au refus d'implication des parents ou de l'un d'entre eux (1). Mais dans tous les cas où elle conduira à un accord, le caractère potentiellement obligatoire de ce dernier rappellera à l'internationaliste que la médiation est une vraie solution (2).

1. Le (possible) refus d'implication des parents ou de l'un d'entre eux

724. Nous le savons, la médiation – même judiciaire - possède nécessairement un caractère volontaire. Les parents doivent donc s'accorder pour entrer en médiation. Le juge n'a quant à lui aucun pouvoir de contraindre les parties au dialogue. Tout au plus, il peut les y inciter. Ainsi, lorsque Monsieur DEVERS propose « *la création d'une procédure judiciaire d'urgence permettant d'obtenir la nomination d'un médiateur familial* », c'est en considération du fait qu'une telle procédure ne puisse intervenir « *que si les parents sont d'accord sur l'utilité d'une telle mesure : la médiation ne peut en effet prospérer que si les parents y adhèrent* »¹⁷³¹. C'est d'ailleurs ce qui fait la beauté du processus. C'est également ce qui lui donne tout son intérêt. C'est encore ce qui lui garantit le succès. Nathalie BAUGNIET considère en effet que sans cette particularité, la notion « *serait sans doute vouée à l'échec* »¹⁷³². Cela étant, la volonté parentale n'est pas toujours au rendez-vous. En effet, il arrive malheureusement, comme nous l'avons précédemment évoqué au travers de l'histoire ayant opposé Nat et Alain, que l'un des parents refuse la main tendue du médiateur¹⁷³³. Il arrive aussi que le père et la mère se ravisent tous les deux, parfois même au dernier moment. Tel a été le cas de Kate et David, les parents de Vickie. En effet dans cette affaire, alors qu'« *une entente se dessinait (...), aucun accord n'a pu intervenir : l'audience avait lieu le lendemain. Ils ont préféré laisser le juge décider, dans l'espoir, chacun, d'obtenir la garde de*

¹⁷³¹ Ibid.

¹⁷³² Nathalie BAUGNIET, Op. cit., P. 18.

¹⁷³³ Cf. supra, note n° 1694.

Vickie »¹⁷³⁴. Cette affaire démontre en outre que lorsqu'ils acceptent de s'engager dans la voie de la médiation, les parents restent libres : le processus ne les oblige pas puisqu'à tout moment, ils peuvent choisir d'interrompre leurs échanges¹⁷³⁵. L'histoire très résumée de Nathalie et Scott en est une illustration supplémentaire :

Nathalie est française. Elle a rencontré Scott au Canada où elle est partie faire ses études. Tous deux se marient et deviennent parents de deux enfants. L'implication de Scott dans une mouvance religieuse – l'église internationale du Christ - fait craindre à la mère un embrigadement pour ses enfants. Elle divorce au Canada et y obtient la garde des mineurs. Mais lorsqu'elle décide de retourner en France avec ces derniers, Scott porte plainte contre elle : en s'en allant sans l'accord du père, Nathalie a enfreint la législation canadienne. Le danger écarté – l'église de Scott n'est pas une secte au Canada - la décision de retour devient définitive. Cependant, en France, l'affaire fait grand bruit dans les médias. Et c'est sans doute en grande partie ce qui pousse le procureur à ne pas s'empresse de faire exécuter le jugement. Quatre ans s'écoulent. *« Mais Scott n'a pas baissé les bras et revient à la charge auprès des autorités françaises, menaçant de créer un incident diplomatique entre la France et le Canada. Après un temps de trêve, pour une tentative de médiation effectuée par un médiateur français et un médiateur canadien (...), et alors que des accords se dessinaient, Scott se ravise. Son avocat relance une procédure pour obtenir l'exécution des jugements rendus et le retour forcé des enfants. Nathalie se sent trahie et refuse que Scott vienne voir ses enfants lors du prochain voyage en France qui avait été planifié. La médiation est stoppée »*¹⁷³⁶.

725. Fort heureusement, toutes les affaires ne se heurtent pas à de tels non-lieux. Nombre d'entre elles aboutissent même à des solutions inespérées¹⁷³⁷. Souvent d'ailleurs, parce que les parents auront convenu d'un accord qui les engage réciproquement (2).

¹⁷³⁴ D. GANANCIA, Ouvrage précité, P. 152.

¹⁷³⁵ Nathalie BAUGNIET, Op. Cit., P. 20.

¹⁷³⁶ D. GANANCIA, Ouvrage précité, PP. 37-38.

¹⁷³⁷ Cf. pour illustration l'histoire de Claire et de Manuel, parents de Théo, relatée par Agnès VAN KOTE dans son article : La médiation familiale internationale. Des applications en évolution, une identité professionnelle en construction, Toulouse, Empan, n°72, Erès, 2008, PP. 54-60.

2. Le caractère potentiellement obligatoire de l'accord « interparental »

726. Face à l'incontournable dualité des droits lorsque différents États sont en cause, la médiation apporte une réponse commune sécurisante. En effet, outrepassant l'incertitude consécutive aux divergences des législations, elle permet aux parents de se créer un « droit commun » qui soit fruit de leur concertation. À ce stade, l'accord « interparental » peut être autosuffisant. En effet, quand le dialogue amorcé aura rétabli une relation de confiance entre les parents, ces derniers, installés dans un « confort » profitable à leur enfant, choisiront régulièrement de préserver la paix. Fruits d'une volonté commune, le dialogue, le respect de l'autre et le bien-être du mineur, peuvent ainsi parfois tenir lieu de loi, sans même que le droit n'intervienne. Mais comment garantir la permanence de l'apaisement ? Si la parole engage, elle n'oblige que très relativement et parfois, que très temporairement. Un rien peut donc venir bouleverser l'équilibre que l'on pensait acquis. Voilà ce qui explique que dans de très nombreux cas, les parents ressentent le besoin de « sécuriser » leur accord en outrepassant la force morale de la simple parole donnée. S'ils voient dans leurs échanges un moyen certain de dessiner des solutions qui n'auraient pas été possibles dans un cadre strictement juridique, souvent, ils n'accepteront de les concrétiser qu'à la condition d'ensuite leur faire revêtir une force obligatoire que seul le droit est en mesure de leur conférer. L'homologation judiciaire justifie dès lors pour une large part, le bienfondé de son intervention. En effet, le protocole homologué *dans chacun des pays concernés*, doit pouvoir être assimilé à une véritable décision judiciaire¹⁷³⁸. Ainsi susceptible d'une exécution forcée, il liera l'un et l'autre des parents sans rapport de force possible¹⁷³⁹. Mais l'avantage de la double homologation judiciaire ne s'arrête pas là puisque *« l'enfant étant le principal intéressé, le juge devrait pouvoir refuser l'homologation de l'accord de médiation lorsqu'il estime qu'il n'est pas conforme à l'intérêt et aux besoins du mineur. Ce serait notamment le cas s'agissant d'un accord de médiation dans lequel le parent défendeur accepte de ne plus avoir aucun contact avec l'enfant, et où le parent demandeur renonce, en contrepartie, à lui demander une pension alimentaire »*¹⁷⁴⁰. Ce serait en outre le cas si les parents

¹⁷³⁸ A. DEVERS, Les enlèvements d'enfants et le Règlement « Bruxelles II Bis », Op. cit.

¹⁷³⁹ Pour plus de détails sur la question, cf. M. LLYOD, Le statut des accords de médiation et leur mise en œuvre, in « La médiation familiale en Europe », Actes de la quatrième conférence européenne sur le droit de la famille, Strasbourg, Octobre 1998, Éd. du Conseil de l'Europe.

¹⁷⁴⁰ A. DEVERS, Les enlèvements d'enfants et le Règlement « Bruxelles II Bis », Op. cit.

convenaient d'une résidence alternée hebdomadaire alors qu'ils résident à des distances relativement éloignées. La double homologation judiciaire a donc pour avantage supplémentaire d'assurer la conformité de l'accord à l'intérêt de l'enfant. Aussi, cet intérêt se trouverait durablement préservé dans la mesure où cet accord « *pourrait à tout moment faire l'objet d'une modification conventionnelle (elle-même soumise à homologation) ou d'une demande de modification judiciaire, à l'initiative d'un des parents* »¹⁷⁴¹.

727. Remarquons que dans un contexte international, l'homologation n'aura de sens que dans la mesure où elle sera double. Il n'y aurait en effet aucun intérêt à ce que l'accord ne lie véritablement que l'un des parents. Plus largement, c'est comprendre que la médiation familiale internationale ne peut s'« épanouir » sans coopération entre les États. Or, si le principe de la médiation existe bel et bien dans les textes internationaux, il est regrettable qu'aucun d'entre eux ne prévoit les mesures qui permettraient l'institution d'une coopération interétatique visant l'instauration concrète d'un dialogue entre les parents en conflit... Et pourtant, pareille initiative contribuerait certainement grandement à garantir le rétablissement d'un intérêt infantile victime des risques du déplacement transfrontière.

¹⁷⁴¹ Ibid.

Conclusion de la première section.

728. L'implication des parents dans le traçage de la protection de leur(s) enfant(s) par le biais de la médiation familiale internationale est toujours souhaitable. Soit qu'elle permette de résoudre le conflit, soit qu'elle contribue nettement à le résoudre, elle est, dans un cas comme dans l'autre, le point de départ de vraies solutions. En effet, en valorisant les parents et en tenant compte de leurs volontés respectives ; en rétablissant leur confiance et en considérant leurs besoins ; en aplanissant leurs différends et en rappelant la place centrale que devrait toujours jouer l'intérêt du mineur, la médiation met en place un processus dont le particularisme est à même de pallier efficacement les insuffisances des réponses juridiques. Et cela vaut encore certainement davantage lorsque le déplacement international d'un mineur est en cause.

Adaptée aux exigences de l'extranéité, la médiation familiale internationale va même jusqu'à résoudre des situations pour lesquelles l'espoir n'était *a priori* plus permis. Parfois, pour parvenir à ses fins, la médiation fait appel à des méthodes inconnues de notre droit, mais riches de sens à l'étranger. C'est par exemple le cas lorsque le médiateur saisi comprend qu'une prestation de serment sur le Coran au ministère libanais de la Justice par le père, sera mieux à même de rassurer la mère que toutes les signatures du monde¹⁷⁴². À l'inverse, dans d'autres cas, la médiation familiale internationale peut conduire à des accords « originaux » au regard du droit de l'État sur le territoire duquel ils ont vocation à s'appliquer. Nous pensons ici tout particulièrement à cette affaire franco-turque où le dialogue a mené les parents à décider ensemble qu'ils exerceraient en commun l'autorité parentale sur leurs deux filles « *malgré la distance, et bien que ce ne soit pas la règle en Turquie* »¹⁷⁴³.

Cela étant, la médiation familiale internationale n'est pas seulement une solution palliative. Nos développements nous ont en effet prouvé qu'elle est encore – et peut être même surtout – une solution complémentaire à l'intervention du droit et compatible avec l'intervention du juge. Ce dernier d'ailleurs, devrait autant faire se peut, la proposer et la valoriser. Au besoin, il devrait l'encadrer. Autant que possible, il devrait l'avaliser et lui garantir l'effectivité par le moyen de

¹⁷⁴² D. GANANCIA, Ouvrage précité, exemple des pages 159 et suivantes.

¹⁷⁴³ Id.

l'homologation. Son écoute des parents garantira en effet dans de nombreux cas les résultats les plus satisfaisants. Et cela vaudra d'autant plus si cette écoute intervient parallèlement à la prise en compte du point de vue de l'enfant concerné par la circonstance d'un déplacement international (Section 2).

Section 2 : L'implication de l'enfant déplacé dans la mise en œuvre des règles relatives à sa protection : l'exemple de son audition

729. L'affirmation du principe de l'audition de l'enfant dans les procédures le concernant est désormais acquise (I). Elle apparaît comme une conséquence logique de l'appréhension de ce dernier en tant que véritable sujet de droit. En effet, « *entendre l'enfant dans les conflits dans lesquels sa personne est impliquée, symbolise la reconnaissance de sa propre dignité, de sa qualité de personne, en lui offrant la possibilité de démontrer ses particulières caractéristiques psychophysiques, ses besoins et ses aspirations. Bref, l'entendre signifie respecter ses demandes, fondées sur sa propre individualité* »¹⁷⁴⁴.

De manière sous-jacente, cela revient à dire que l'incapacité du mineur ne peut être un moyen de le contraindre à « *subir les décisions des adultes le concernant, fussent-ils ses parents ou un juge, sans être au moins consulté* »¹⁷⁴⁵. En somme, c'est donc l'impliquer dans la mise en œuvre de la réglementation relative à sa protection en prenant acte de la nécessité de lui donner le sentiment d'être considéré lorsque la préservation de son intérêt est en jeu.

Mais ce n'est pas tout. Lorsque l'enfant fait l'objet d'un déplacement international, son audition peut en outre nettement contribuer à éclairer le magistrat sur la réalité du contexte familial, sur la culture de l'enfant ainsi que sur les circonstances de son déplacement. L'adoption de mesures adéquates s'en trouve de la sorte facilitée. Cela dit, cette démarche, pensée dans l'intérêt du mineur, ne doit pas se « retourner contre lui », ni même excéder l'objectif qu'elle se fixe. Lui permettre de s'exprimer n'est donc pas tout : encore faut-il cerner la portée qu'il convient d'accorder à la prise en considération de son point de vue (II).

¹⁷⁴⁴ C. P. GROSMAU, La parole de l'enfant dans les procédures judiciaires : l'expérience argentine, in « L'enfant et les conventions internationales », sous la direction de J. RUBELLIN-DEVICHI et R. FRANCK, PUL, 1996.

¹⁷⁴⁵ A. GOUTTENOIRE, La parole de l'enfant enlevé, in « Les enlèvements d'enfants à travers les frontières », Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille (sous la direction de H. FULCHIRON), Journées du 20 et 21 novembre 2003, Lyon, Bruylant, 2004, PP. 349-360.

I/ Le principe du droit de l'enfant à être entendu dans les procédures le concernant

730. L'évolution du droit tendant chaque jour un peu plus vers la pleine reconnaissance de l'enfant en tant que sujet de droit, l'audition de ce dernier dans les procédures le concernant est désormais un principe consacré (A). Cette prise en considération de l'avis du mineur est louable. Mais « *il ne faut pas non plus nier totalement le fait que l'enfant reste une personne en devenir, dont la fragilité nécessite le maintien d'une protection* »¹⁷⁴⁶. Pour cette raison, l'expression de l'enfant doit nécessairement être encadrée (B).

A. La consécration du droit de l'enfant à être entendu

731. Alors que le droit de l'enfant à être entendu dans une procédure le concernant fait l'objet d'une reconnaissance internationale (1), la détermination des modalités de mise en œuvre de ce principe est pour sa part confiée au soin du droit interne (2). Si donc l'enfant qui se déplace est invité à s'exprimer, ce sera conformément à la réglementation interne dont il dépend.

1. La reconnaissance internationale du droit de l'enfant à être entendu

732. Lorsqu'il est question des droits de l'enfant, la référence à la CIDE est incontournable. Le droit du mineur à être entendu dans les procédures le concernant ne pouvait donc pas échapper à la règle : l'instrument conventionnel l'envisage avec soin. Son article 12 1° commande en effet aux États parties de garantir « *à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant* ». Son article 12 2° précise en outre pour sa part qu'« *à cette fin, on donnera 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'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale* ». Dans la lignée, son article 13 reconnaît à l'enfant le droit à la liberté d'expression.

¹⁷⁴⁶ Ibid.

La *Convention internationale des droits de l'enfant* étant désormais – au moins pour partie - d'applicabilité directe devant les tribunaux français, ses dispositions précitées permettent à l'enfant de jouir de manière générale, d'un droit propre à être entendu dans les procédures le concernant¹⁷⁴⁷. Ainsi, l'impact de l'instrument conventionnel en faveur de la prise en considération de la parole de l'enfant déplacé apparaît considérable. Et il n'est pas le seul à se positionner de cette manière. En effet, l'article 24 de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne* consacre également la possibilité pour les enfants d'exprimer librement leur opinion¹⁷⁴⁸. De plus, « *les Conventions du Conseil de l'Europe les plus récentes relatives à l'enfant achèvent l'évolution en consacrant expressément le droit de l'enfant d'exprimer son opinion. Tel est le cas de la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant qui énonce dans son article 3 le droit de l'enfant d'être informé, consulté et d'exprimer son opinion dans les procédures. De même, la Convention sur les relations personnelles concernant les enfants du 15 mai 2003 énonce dans son article 6 le droit de l'enfant « à moins que ce ne soit manifestement contraire à son intérêt supérieur, de recevoir toute information pertinente, d'être consulté, d'exprimer son opinion »* »¹⁷⁴⁹.

733. Plus spécifiquement, en contexte de déplacement illicite d'enfant, l'article 13 de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* admet qu'il soit fait obstacle au retour du mineur si le juge « *constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion* ».

Aussi, et de manière sensiblement similaire, le *Règlement Bruxelles II bis*, souligne « *dans ses considérants 19 et 20, l'importance du rôle de l'audition de l'enfant, et dispose en son article 11 que pour statuer sur une demande de retour d'un enfant déplacé ou retenu illicitement, « il y a lieu de veiller à ce que l'enfant ait la possibilité d'être entendu au cours de la procédure »* »¹⁷⁵⁰. Mais l'instrument européen ne s'arrête pas là : approfondissant la démarche en faveur du mineur lorsque ce dernier est victime d'un déplacement illicite, il va jusqu'à subordonner « *la force*

¹⁷⁴⁷ Sur la question de l'applicabilité directe de la CIDE, cf. supra n° 134 et suivants.

¹⁷⁴⁸ Texte disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_fr.pdf

¹⁷⁴⁹ A. GOUTTENOIRE, *La parole de l'enfant enlevé*, Op. cit., P. 353.

¹⁷⁵⁰ A. ZELCEVIC-DUHAMEL, Commentaire à propos de Civ. 1^{ère}, 19 septembre 2007, L'absence d'audition de l'enfant n'est pas nécessairement contraire à ses intérêts, JCP G 2008, II, 10026, n°6.

exécutoire dans les pays de l'Union d'une décision rendue dans un État membre, à la possibilité qui a été donnée à l'enfant d'être entendu au cours de la procédure « à moins qu'une audition n'ait été jugée inappropriée eu égard à son âge ou à son degré de maturité » »¹⁷⁵¹. Ainsi, les dispositions des articles 23, 41 et 42 du Règlement Bruxelles II bis font du droit de l'enfant à être entendu « une condition de la circulation des décisions au sein de l'Union européenne »¹⁷⁵².

En effet, l'absence d'audition du mineur figure au nombre des motifs de non-reconnaissance limitativement énumérés par le règlement, son article 23 b) disposant qu'« *une décision rendue en matière de responsabilité parentale n'est pas reconnue : (...) si, sauf en cas d'urgence, elle a été rendue sans que l'enfant, en violation des règles fondamentales de procédure de l'État membre requis, ait eu la possibilité d'être entendu* »¹⁷⁵³. En clair, cela revient à dire qu'en contexte d'urgence, l'absence d'audition de l'enfant ne saurait être un obstacle à la reconnaissance et à l'exécution de la décision. « *Elle le devient en revanche si l'enfant n'a pas été entendu alors que l'audition est l'une des règles fondamentales de l'État membre requis* »¹⁷⁵⁴. Comme le relève Anne RICHEZ-PONS, « *en droit français, l'audition de l'enfant ne semble pas pouvoir être considérée comme une règle fondamentale de procédure, sauf à considérer que la Convention internationale des droits de l'enfant (...) fasse de l'audition de l'enfant une règle fondamentale de procédure. En revanche, il est certain qu'en Allemagne, par exemple, l'audition constitue un principe fondamental qui trouve sa source dans la Loi fondamentale (...). Dès lors, si une décision relative à la responsabilité parentale est rendue, par exemple en France alors que l'enfant n'a pas été auditionné directement par le juge français et qu'elle doit être exécutée en Allemagne, le juge aux affaires familiales allemand en refusera assurément la reconnaissance et ne lui confèrera pas la force exécutoire. Il résulte de ces dispositions que le juge français devra non seulement faire très attention au respect du principe de l'audition, mais également veiller aux modalités de cette*

¹⁷⁵¹ A. GOUTTENOIRE, La parole de l'enfant enlevé, Op. cit., PP. 352-353.

¹⁷⁵² A. GOUTTENOIRE, La parole de l'enfant et la circulation des décisions judiciaires en Europe, Droit de la famille n°7, Juillet 2006, étude 32.

¹⁷⁵³ Voir notamment pour de plus amples détails à ce propos : H. FULCHIRON, « Bruxelles II bis » : le nouveau droit judiciaire européen du divorce et de la responsabilité parentale, Dr. et patrimoine, avril 2005, n°136, PP. 34 et s.

¹⁷⁵⁴ A. RICHEZ-PONS, La parole de l'enfant et la circulation des décisions judiciaires en Europe, Op. cit.

*audition si les éléments de l'espèce laissent supposer que la décision devra un jour être exécutée en Allemagne par exemple »*¹⁷⁵⁵.

Aussi, bien que les articles 41 et 42 prévoient qu'une décision exécutoire rendue dans un État membre accordant un droit de visite ou ordonnant le retour de l'enfant qui a fait l'objet d'un déplacement illicite, est reconnue et jouit de la force exécutoire dans un autre État membre, d'une part, sans nécessiter une quelconque procédure et, d'autre part, sans qu'il ne soit possible de s'opposer à sa reconnaissance, il reste que pareil résultat sera obtenu que sous réserve du respect d'une condition : l'obtention d'un certificat dans l'État membre d'origine. Or, un tel certificat ne sera délivré que si l'acte introductif d'instance a été signifié en temps utile au défendeur défaillant ; que si toutes les parties concernées ont eu la possibilité d'être entendues *et* si l'enfant lui-même a eu la possibilité d'être entendu – sauf évidemment, à ce qu'une telle opération s'avère inappropriée eu égard à la situation particulière de ce dernier.

Dès lors, pour ne pas risquer d'encourir la sanction de la non reconnaissance, le juge doit en toute logique informer l'enfant de cette possibilité. Aussi, bien qu'il demeure libre d'organiser l'audition du mineur, le juge doit veiller à ce qu'il ait eu la possibilité de s'exprimer à un moment de la procédure¹⁷⁵⁶. Pour autant, tout comme la CIDE, le *Règlement Bruxelles II bis* ne se détrompe pas : certes, la prise en considération du point de vue de l'enfant « *joue un rôle important dans (son) application, (mais) sans que cet instrument ait pour objet de modifier les procédures nationales applicables en la matière* »¹⁷⁵⁷. À l'instar de ce qui vaut généralement lorsque le droit international fixe des objectifs à atteindre ou reconnaît des droits, la détermination des conditions de mise en œuvre de l'objectif ou du droit en question est donc laissée au soin de la réglementation interne des États. Et le droit de l'enfant à être entendu n'échappe pas à la règle (2).

2. La mise en œuvre nationale du droit de l'enfant à être entendu

734. Depuis l'entrée en vigueur de la *loi du 4 mars 2002*, l'article 371 du Code civil dispose que les parents doivent associer l'enfant aux décisions le concernant selon son âge et son degré de

¹⁷⁵⁵ Ibid.

¹⁷⁵⁶ A. RICHEL-PONS, La parole de l'enfant et la circulation des décisions judiciaires en Europe, Op. cit.

¹⁷⁵⁷ Cf. le considérant n°19 du Préambule du *Règlement Bruxelles II bis*.

maturité. Bien évidemment, l'audition est à classer dans le rang de ces règles destinées à impliquer l'enfant dans la mise en œuvre de la réglementation relative à sa protection. Mais déjà bien avant l'adoption des « termes généraux » de cette loi, *« le droit de l'enfant d'être entendu dans une procédure judiciaire a été consacré par la loi n°93-22 du 8 janvier 1993, prise en application de l'article 12 de la Convention de New York, qui a introduit un article 388-1 dans le Code civil »*¹⁷⁵⁸. Modifié suite à l'entrée en vigueur de la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007, cet article dispose désormais que *« dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet »*. Il en résulte que le principe de l'audition de l'enfant sera respecté, que le magistrat chargé de l'affaire y procède lui-même, ou qu'il la délègue à un tiers. En réalité sur ce point, tout est question de culture juridique. Ainsi, *« dans certains États membres (et pour ne faire que reprendre l'exemple allemand), l'enfant est presque toujours entendu seul dans le cabinet du juge et l'admission de l'avocat de l'enfant est abandonnée à l'appréciation du magistrat. Si l'audition directe de l'enfant constitue le principe pour le juge allemand, à l'inverse, en Grande-Bretagne, l'audition par le juge semble être l'exception. En Pologne, les enquêtes sociales sont également privilégiées par rapport aux auditions personnelles par les juges, même si les tribunaux n'hésitent pas à entendre directement l'enfant lorsque cette possibilité leur paraît opportune »*¹⁷⁵⁹. En France, la préférence semble être donnée à l'audition directe par le juge : permis dès 1993, le recours à un tiers doit désormais être commandé par l'intérêt de l'enfant¹⁷⁶⁰. Aussi, l'article 338-9 du Code de procédure civile prend soin de préciser que le tiers choisi doit exercer ou avoir exercé *« une activité dans le domaine social, psychologique ou médico-psychologique »* sans pouvoir entretenir de *« liens ni avec le mineur ni avec une partie »*. Pour Madame BRUGGEMAN, *« ces précisions mettent en évidence les différences opposant ce tiers, représentant du juge auprès du mineur, à celui qui peut être amené, dans un autre cadre, à exprimer l'opinion du mineur en ses lieu et place. Dans le cadre d'une audition, c'est à l'enfant qu'il appartient d'exposer son point de vue au juge »*¹⁷⁶¹. Dès lors, *« si l'article 388-1, alinéa 2 du Code civil évoque toujours l'intervention d'un avocat ou d'une personne choisie par*

¹⁷⁵⁸ A. ZELCEVIC-DUHAMEL, Op. cit.

¹⁷⁵⁹ A. RICHEZ-PONS, Op. cit.

¹⁷⁶⁰ Article 388-1 alinéa 1 du Code civil.

¹⁷⁶¹ M. BRUGGEMAN, L'audition de l'enfant en justice, AJ famille 2014, P.12.

*l'enfant, ce n'est nullement pour servir de filtre entre lui et le juge mais seulement pour l'accompagner lors de l'audition et jouer un rôle d'assistance, dont les contours sont par ailleurs (malheureusement) mal définis »*¹⁷⁶². Il est donc surprenant que dans un arrêt du 22 novembre 2005, la Cour de cassation, se fondant sur les dispositions des articles 3-1 et 12-2 de la CIDE, ait approuvé une cour d'appel ayant eu à statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, d'avoir pris l'initiative de faire désigner à l'enfant, une personne – un avocat désigné par le bâtonnier – « *afin de recueillir ses sentiments et d'en faire état lors de l'audience* »¹⁷⁶³. Dans cette affaire, le mineur n'avait pas manifesté le désir d'être entendu. Conformément aux termes de l'article 388-1 du Code civil, le magistrat en charge de statuer demeurerait donc libre de l'entendre directement ou par l'intermédiaire d'un tiers. Cependant, il semble qu'un strict respect des termes de l'article précité aurait davantage dû mener à conférer à l'avocat de l'enfant, un rôle *d'assistance* qui « *ne saurait se confondre avec une représentation qui n'a pas lieu d'être en matière d'audition* »¹⁷⁶⁴. En effet, aux yeux de cette étude, une bonne lecture des dispositions actuelles de l'article 388-1 du Code civil, combinées à celles des articles 3-1 et 12-2 de la CIDE, devrait permettre à l'enfant « *d'exposer directement au juge son opinion, sans l'intervention de ses représentants, légaux ou ad hoc, ceux-ci n'ayant aucun rôle à jouer si l'enfant n'est pas partie à la procédure* »¹⁷⁶⁵. Espérons qu'à l'avenir, la jurisprudence se positionne en ce sens. Cela étant, ces quelques regrets mis à part, il est certain qu'en France, le droit de l'enfant à être entendu dans les procédures le concernant est un droit bien reconnu. Outre celles déjà exposées, les conditions de sa mise en œuvre sont définies par les termes des articles 338-1 à 338-12 du Code de procédure civile dont il résulte notamment que « *la demande d'audition est présentée sans forme au juge par le mineur lui-même ou par les parties. Elle peut l'être en tout état de la procédure et même pour la première fois en cause d'appel* »¹⁷⁶⁶. La demande déposée, le mineur est ensuite convoqué « *par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, doublée d'une lettre simple (l'informant) (...) de son droit d'être entendu seul, avec son avocat ou une autre personne de son choix* », étant précisé que, de façon moins formelle,

¹⁷⁶² Ibid.

¹⁷⁶³ Civ. 1^{ère}, 22 novembre 2005 (seconde espèce), Note A. GOUTTENOIRE, Intérêt supérieur de l'enfant point trop n'en faut, Droit de la famille, Février 2006, comm. 28.

¹⁷⁶⁴ Ibid.

¹⁷⁶⁵ Ibid.

¹⁷⁶⁶ Sur la question, cf. les développements de J. HAUSER, à propos de Civ. 1^{ère}, 24 octobre 2012, Procédures et audition de l'enfant, RTD Civ. 2013, P.106.

« lorsque le juge est saisi de la demande d'audition en présence de toutes les parties et du mineur, l'audition peut avoir lieu sur-le-champ »¹⁷⁶⁷. Deux situations restent à distinguer :

735. Depuis l'avènement du *Décret n° 2009-572 du 20 mai 2009*, qui a modifié l'article 338-4 du Code civil - et en dehors des hypothèses expressément prévues par un texte spécifique¹⁷⁶⁸ - les conditions permettant au juge de refuser l'audition du mineur sont bien plus restrictives qu'avant : lorsque la demande d'audition est formée *par les parties*, cette dernière peut être refusée si le juge ne l'estime pas nécessaire à la solution du litige ou si elle lui paraît contraire à l'intérêt de l'enfant¹⁷⁶⁹. En revanche, lorsque la demande est formée *par le mineur* lui-même, le refus d'audition ne peut être fondé que sur son absence de discernement ou sur le fait que la procédure ne le concerne pas¹⁷⁷⁰.

Subtile, la nuance n'en demeure pas moins claire : si le mineur ne demande rien – ou si la demande émane de l'une des parties - l'autorité judiciaire en charge de l'affaire est libre de l'entendre ou de le faire entendre. Dans ce cas, le recours à l'audition est donc laissé à l'appréciation « subjective » en opportunité du magistrat saisi, « *à raison de ses habitudes, de sa tradition nationale et des circonstances de l'espèce* »¹⁷⁷¹. Mais si le mineur demande à être entendu, et sauf à ce qu'il justifie « objectivement » son refus, le juge a l'obligation de procéder à son

¹⁷⁶⁷ A. ZELCEVIC-DUHAMEL, Op. cit

¹⁷⁶⁸ Articles 1182 et 1189 du Code de procédure civile (assistance éducative) et article 413-2 du Code civil (émancipation).

Sur l'assistance éducative, cf. : É. DURAND, Brèves réflexions d'un juge des enfants sur l'audition de l'enfant en assistance éducative, AJ Famille 2014 P. 27.

¹⁷⁶⁹ Éric BAZIN, De l'audition du mineur dans les procédures relatives à l'autorité parentale, Gazette du Palais, 19 juillet 2014, n° 200, P.9.

Également en ce sens, Civ. 1^{ère}, 16 décembre 2015, I. CORPART, L'audition de l'enfant n'est pas de droit lorsqu'elle est réclamée par un parent, Revue Juridique Personnes et Famille, n°3, 1^{er} mars 2016 ; M. DESOLNEUX, Un conflit familial peut justifier le refus de la demande d'audition de l'enfant, revue Lamy Droit civil, n°135, 1^{er} mars 2016 ; D. HORNECKER, L'audition de l'enfant lorsqu'elle est demandée par une partie, Gazette du Palais, 19 avril 2016, n° 15, P.77.

¹⁷⁷⁰ M. BRUGGEMAN, L'audition de l'enfant en justice, AJ Famille 2014, P. 12 ; Éric BAZIN, De l'audition du mineur dans les procédures relatives à l'autorité parentale, Op. cit. Également : Cass. Civ. 1^{ère}, 18 mars 2015, La motivation nécessaire du refus d'audition d'un mineur, Gazette du Palais, 02 avril 2015, n° 92, P. 25 ; Obs. S. THOURET, Audition du mineur : l'absence de discernement ne peut résulter du seul âge de l'enfant, AJ Famille 2015, n°5, P.282 ; Commentaire par Stéphanie TRAVADE-LANNOY, Audition de l'enfant : le point sur les obligations du juge, Gazette du Palais, 23 juin 2015 n° 174, P. 7.

¹⁷⁷¹ P. KLÖTGEN, La portée juridique donnée à la parole de l'enfant, in « Les enlèvements d'enfants à travers les frontières », Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille (sous la direction de H. FULCHIRON), Journées du 20 et 21 novembre 2003, Lyon, Bruylant, 2004, PP. 337-348.

audition. Il ne pourra ainsi échapper à cet impératif que s'il parvient à établir « *que les conditions d'application du dispositif ne sont pas remplies, ce qui, du fait de l'interprétation large dont elles font l'objet, se révèle exceptionnel : il lui est difficile de rejeter une audition demandée par l'enfant au motif que la procédure ne le concerne pas ou qu'il n'a pas le discernement suffisant alors que sa démarche tend à prouver qu'il se sent « concerné » et qu'il a conscience de ses droits. Dans cette hypothèse, le juge est privé du pouvoir qui lui est habituellement reconnu au regard des mesures d'instruction ; il ne s'agit plus uniquement de satisfaire son besoin d'information mais bien de répondre à un droit de l'enfant. Il est d'ailleurs contraint de s'assurer « que le mineur a été informé de son droit à être entendu et à être assisté par un avocat » même si la portée de cette obligation a été relativisée par la Cour de cassation qui ne semble pas imposer au juge un contrôle systématique du respect de cette obligation* »¹⁷⁷². Cela étant, pour véritablement lier le juge, encore faut-il dans ce dernier cas que l'on s'assure que la demande émane bel et bien du mineur et ce, afin d'éviter à ce dernier d'être « *instrumentalisé par des parents qui ne s'aiment plus et confondent leur intérêt avec le sien* »¹⁷⁷³. Pour satisfaire l'intérêt de l'enfant, il ne suffit donc pas de lui reconnaître des droits et, parmi ces derniers, un droit à être entendu dans les procédures le concernant. En effet, bien que la possibilité d'impliquer le mineur dans le processus décisionnel mettant en cause sa protection soit bienheureuse, il est certain que pour ne pas risquer le reproche de la contreproductivité, la démarche doit être entourée de garanties. Et eu égard aux risques inhérents au déplacement d'enfant, cela est certainement d'autant plus vrai en contexte international. Pour cette raison, le principe de l'audition du mineur ne peut se contenter d'être affirmé. Il doit en outre, nécessairement être encadré (B).

¹⁷⁷² M. BRUGGEMAN, L'audition de l'enfant en justice, Op. cit.

¹⁷⁷³ A. ZELCEVIC-DUHAMEL, Op. cit.

Également en ce sens : Luc BRIAND, L'audition du mineur devant le JAF : examen des arrêts d'appel, AJ Famille 2014, P. 22 : « les juges vérifient (...) si la demande d'audition formée par le mineur émane de l'enfant lui-même. Non pas que le risque principal soit celui d'un faux mais plutôt d'une demande d'audition rédigée par l'enfant sous la dictée de l'adulte ». Ainsi pour exemples, « la Cour d'appel de Chambéry, examinant un document dactylographié par lequel un mineur demandait son audition, estime que « cette pièce ne permet pas d'établir qu'elle a été rédigée par l'adolescent lui-même, les termes employés et la tournure des phrases induisant l'intervention d'un tiers ; qu'en outre, la signature stylisée de ce document ne permet pas d'établir avec certitude que [l'enfant] en est l'auteur ; que dès lors, la cour n'est pas en mesure de constater que cette demande émane de l'enfant lui-même au sens des dispositions de l'art. 388-1 c. civ. et qu'elle n'est donc pas de droit » ; dès lors, au vu du risque d'instrumentalisation de l'enfant, elle rejette la demande d'audition. De même, au sujet d'une lettre signée par un enfant indiquant le souhait de celui-ci de rencontrer le juge pour lui faire part de ses « soucis » et de ceux de son frère, la Cour d'appel d'Amiens juge que l'enfant « en rédigeant ce document n'a fait que répondre à la demande de son père », qu'il « se trouve au centre d'un très important conflit de loyauté et n'est pas en mesure de dégager un sentiment propre » ».

B. L'encadrement du droit de l'enfant à être entendu

736. En toute logique, l'audition judiciaire ne présentera un réel intérêt que si d'une part, l'enfant qui s'exprime est pleinement capable d'exposer son avis (1) et si, d'autre part, la parole de ce dernier est justement traduite (2).

1. La capacité de l'enfant à être entendu

737. Comme le souligne fort justement Adeline GOUTTENOIRE, « le critère de la capacité de l'enfant à s'exprimer varie selon les Conventions »¹⁷⁷⁴. En effet, « la Convention de La Haye sur les enlèvements d'enfants conditionne l'expression de la parole de l'enfant à un âge et une maturité suffisants »¹⁷⁷⁵ ; tandis que pour leur part, la Convention sur l'exercice des droits de l'enfant et la Convention sur les relations personnelles de l'enfant « se réfèrent (...) au discernement du mineur »¹⁷⁷⁶. Aux yeux de l'auteur, cette divergence des termes impliquerait de distinguer. Plus large, le discernement tiendrait « évidemment compte de l'âge et de la maturité de l'enfant, mais (pourrait) également intégrer d'autres paramètres, comme par exemple l'état psychologique de l'enfant au moment où il s'exprime ou encore les pressions qu'il subit de la part des membres de son entourage »¹⁷⁷⁷. Une telle interprétation nous paraît cependant excessive. En réalité, il semble que la maturité puisse être assimilable au discernement – du moins pour ce qui concerne l'audition. En effet, les deux notions paraissent revêtir une dimension subjective laissée à l'appréciation du juge chargé de l'affaire, et permettant de tenir compte de la situation particulière du mineur précisément concerné (intelligence, capacité d'analyse, etc.). De l'avis de cette étude, il ne faudrait donc que retenir « l'esprit » des textes internationaux et admettre une assimilation des termes visant le même objectif : permettre l'expression de l'enfant capable d'exprimer valablement son opinion. Tel semble d'ailleurs être le cas de notre droit national qui se réfère tantôt à l'âge et au degré de maturité du mineur, tantôt à son discernement. Mais comment considérer l'enfant capable ? Quels sont les critères permettant de déduire son âge et sa maturité ou son discernement ?

¹⁷⁷⁴ A. GOUTTENOIRE, La parole de l'enfant enlevé, Op. cit., PP. 355-357.

¹⁷⁷⁵ Ibid.

¹⁷⁷⁶ Ibid.

¹⁷⁷⁷ Ibid.

738. À notre connaissance, la détermination de la capacité du mineur à être entendu dépendant de sa situation particulière, l'âge à compter duquel l'opinion de l'enfant doit être considérée n'est généralement pas précisément fixé par les textes. L'examen de la pratique des juridictions françaises nous permet cependant de distinguer nettement trois tranches d'âge : *« pour les enfants dont l'âge est inférieur à 10 ans, le principe est le refus de l'audition par les juridictions. Pour ceux ayant 12 ans ou plus, les juges acceptent très largement au contraire de leur reconnaître une capacité de discernement. Enfin, les juridictions semblent très partagées lorsqu'il s'agit d'entendre les enfants âgés de 10 et 11 ans »*¹⁷⁷⁸. Bien évidemment, il apparaît que plus l'enfant sera grand, plus son avis méritera d'être pris en considération. Et pourtant, il reste que dans les faits, même un adolescent ne sera pas toujours à même de faire preuve d'objectivité. Si donc l'âge doit logiquement être pris en considération, à lui seul, il ne saurait être déterminant. Voilà donc pourquoi la maturité intervient opportunément en complément ; le tout étant que l'enfant soit jugé suffisamment doué de discernement. Telle est la garantie que ses mots contribueront à mieux cerner ses besoins profonds. Telle est également la garantie supplémentaire qu'il ne sera pas instrumentalisé par l'un de ses parents. C'est que, même lorsqu'elle est élevée au rang de droit subjectif, l'audition reste subordonnée à sa conformité à l'intérêt de l'enfant. Voilà entre autre ce qui justifie l'impérative nécessité de viser la juste traduction de la parole de ce dernier (2).

2. La juste traduction de la parole de l'enfant

739. Revenons- en au déplacement illicite et rappelons une fois de plus, que la *Convention de La Haye de 1980, relative aux aspects civils de l'enlèvement international* « permet de refuser le retour de l'enfant lorsque ce retour est gravement contraire à son intérêt »¹⁷⁷⁹. Ainsi, l'instrument international « fait parfois passer l'examen de la situation de l'enfant avant le principe conventionnel du retour immédiat. S'il y a enlèvement, c'est que la situation familiale est conflictuelle. Les parents, dans leur différend, risquent d'oublier l'intérêt de leur enfant. Il revient au juge de préserver l'intérêt de l'enfant face à ceux des parents. Ces derniers sont ainsi privés

¹⁷⁷⁸ Luc BRIAND, L'audition du mineur devant le JAF : examen des arrêts d'appel, Op. cit.

¹⁷⁷⁹ P. KLÖTGEN, La portée juridique donnée à la parole de l'enfant, Op. cit., P. 339.

d'une des dimensions essentielles de l'autorité parentale : pouvoir décider de la résidence de leur enfant. Deux fondements sont alors possibles : soit l'article 12 alinéa 2 (l'autorité judiciaire ou administrative a été saisie plus d'un an après l'enlèvement et « l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu ») ; soit l'article 13 alinéa 1 b) (il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique) »¹⁷⁸⁰.

740. Lorsqu'elle a été confrontée à la mise en œuvre de ce dernier article visant le danger encouru par le mineur, la Cour européenne des droits de l'homme a saisi l'occasion de préciser les conditions requises pour permettre à la parole de l'enfant illicitement déplacé d'influer sur la décision de retour. Ainsi, l'affaire *Sahin contre Allemagne* ayant donné lieu à l'arrêt du 8 juillet 2003, lui a permis de se positionner sur le sujet en considérant notamment que « *« ce serait aller trop loin » que d'imposer systématiquement aux tribunaux une audition de l'enfant »*¹⁷⁸¹. Pour la Cour en effet, les juges sont laissés libres « *d'apprécier l'opportunité d'entendre le mineur »*¹⁷⁸². Si donc elle « *accorde à la parole de l'enfant une valeur certaine, c'est à la condition que celle-ci ait été recueillie dans un contexte serein »*¹⁷⁸³. Seul un tel cadre en effet, peut garantir une expression fiable des sentiments du mineur, de nature à permettre au juge de « *mieux connaître (ses) relations (...) avec ses parents et son (ses) milieu(x) de vie »*¹⁷⁸⁴. D'ailleurs, de l'avis de certains magistrats, l'expression de l'enfant peut même constituer une aide précieuse : connaissant au mieux ses parents, il aurait en effet « *souvent de bonnes idées pour atténuer le conflit »*. Ainsi, en prêtant attention à ce qu'il dit, « *le tribunal pourrait « apprendre beaucoup de choses très précieuses » »*¹⁷⁸⁵. « *Le problème du décryptage de la parole de l'enfant »*¹⁷⁸⁶ reste cependant entier. En effet, l'expression de l'enfant n'est pas tout, car lorsque le juge la recueille, il doit encore la traduire. Et sur ce point, Paul KLÖTGEN cible opportunément les deux questions que le juge devra nécessairement se

¹⁷⁸⁰ Ibid.

¹⁷⁸¹ A. GOUTTENOIRE, La parole de l'enfant enlevé, Op. cit., P. 352.

¹⁷⁸² Ibid.

¹⁷⁸³ A. GOUTTENOIRE, Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Droit de la famille 2009, n°5, Mai 2008, étude 14.

¹⁷⁸⁴ P. KLÖTGEN, La portée juridique donnée à la parole de l'enfant, Op. cit., P. 339.

¹⁷⁸⁵ Ibid.

¹⁷⁸⁶ Id., P. 342.

poser pour traduire justement les mots qu'il entend : « *que veut dire l'enfant et le dit-il en toute liberté* » ?¹⁷⁸⁷

741. Ces deux questions traduisent la nécessité pour « *l'intervieweur de décrypter ce que l'enfant veut dire* », tout en s'assurant qu'il « *n'est pas manipulé, mais bien libre de s'exprimer en dehors de toute pression familiale* »¹⁷⁸⁸. L'opération de « traduction » permet en effet au juge une « utilisation » de la parole de l'enfant conforme à ce qu'exige le respect de l'intérêt de celui-ci. En effet, souvenons-nous que la perspective d'une « meilleure protection » ne doit pas faire obstacle au bon respect de la « protection suffisante » déjà décidée. Appliqué à l'hypothèse d'un déplacement illicite, l'affirmation consiste à dire que le principe du retour immédiat ne doit pas se heurter au « mieux-être » de l'enfant dans son État d'accueil¹⁷⁸⁹. Seul un réel *danger*, revêt ce potentiel. Si donc la parole de l'enfant révèle que l'opposition de ce dernier à son retour puise sa source dans un désir de « plus grand confort », il apparaît évident qu'elle ne pourra pas s'imposer de la même manière que si elle avait permis de déceler un contexte familial inapte à garantir la *suffisance*. De même, l'opinion du mineur ne doit pas être tronquée, assujettie à l'influence d'un parent sciemment ou inconsciemment « manipulateur ». À l'instar de ce qui vaut pour le médiateur, le juge doit dès lors prêter attention à ce que l'enfant ne soit pas atteint du syndrome de l'aliénation parentale.

En effet, « *sujet passif de l'enlèvement international, l'enfant subit une violence, au moins morale, équivalente à celle imposée au parent à qui il est enlevé. Au cœur du drame, l'enfant est bien souvent placé dans l'incapacité de s'opposer à l'action de son parent dont il peut même devenir le complice involontaire* »¹⁷⁹⁰. Il arrive ainsi que pris en étau dans le conflit opposant ses parents, « *l'enfant se censure lui-même. Il choisit son camp : celui du parent avec qui il vit, tout naturellement (...). Il devient alors extrêmement dépendant à l'égard du parent qui le protège. Son angoisse de séparation est d'autant plus forte qu'il l'a déjà subie* »¹⁷⁹¹. De là, « *il « s'aliène » psychologiquement et mentalement au parent hébergeant, auquel il « adhère » : il s'aligne sur sa position. Lorsqu'il est programmé dans la haine et le rejet de l'autre parent, il finit par le haïr et le*

¹⁷⁸⁷ Id., PP. 342-343.

¹⁷⁸⁸ Ibid.

¹⁷⁸⁹ Cf. supra n° 87 et suivants.

¹⁷⁹⁰ A. GOUTTENOIRE, La parole de l'enfant enlevé, Op. cit., P.349.

¹⁷⁹¹ D. GANANCIA, Ouvrage précité, P. 112.

rejeter. C'est lui qui refuse de le voir et il le clame (...). Cette manipulation est une façon pour le parent « rapté » de se convaincre et de convaincre l'enfant de la légitimité de son acte. L'enfant devient totalement acquis au parent qui l'a déplacé. C'est une situation analogue au « syndrome de Stockholm » qui fait passer les otages dans le camp de leur ravisseur »¹⁷⁹².

742. Le juge qui aura compris cet état de fait sera mieux à même d'en tirer les conséquences profitables à l'enfant : il comprendra la souffrance du mineur au-delà de ses silences ; et traduira sa parole sans prêter attention à la part d'« inobjectivité » de ses propos. Ce positionnement lui permettra de garantir le droit de l'enfant à entretenir des relations avec ses deux parents et ce, indépendamment de la circonstance de leur séparation houleuse¹⁷⁹³. L'inverse reviendrait à rendre injuste l'implication du mineur dans la mise en œuvre des règles relatives à sa protection. Son intervention il est vrai, ne devrait jamais risquer de lui porter préjudice.

743. C'est d'ailleurs pour cela que dans leur obligation d'arrêter des mesures positives propres à réunir l'enfant et son parent lésé, les États doivent prendre soin d'organiser convenablement la rencontre. Aussi, lorsque l'enfant y est hostile, il leur appartient de prévoir des mesures destinées à préparer cette rencontre ; sous peine de violer les exigences inhérentes au bon respect du droit au respect de la vie familiale garanti par l'article 8 de la CESDH. Ainsi, dans une affaire impliquant la Roumanie, il a pu être reproché aux autorités de cet État, *« de ne pas avoir préparé avec des travailleurs sociaux, des pédopsychiatres ou des psychologues l'unique et désastreuse rencontre organisée entre la mère et les enfants dans l'établissement scolaire où le père était enseignant et de*

¹⁷⁹² Ibid.

¹⁷⁹³ C'est ce qu'illustre clairement la remarquable décision rendue par le Tribunal de Grande instance de Toulon, le 4 juin 2007 (Note J. PANNIER, Gaz. Pal. 2007. P. 11) : « L'expertise psychologique a mis en évidence le lien entre le comportement des enfants et le discours négatif que tient la mère à l'encontre du père. De ce fait, les enfants ne s'autorisent pas à se rapprocher de leur père. Pris dans un conflit de loyauté, ils expriment un sentiment de culpabilité à l'égard de leur mère s'ils admettent désirer voir leur père. Il est urgent de faire cesser cette dictature affective qui pèse sur les enfants et dont l'un d'eux commence à se faire le relai. L'expertise psychologique a relevé une forte immaturité affective chez ces enfants qui sont instrumentalisés et dont l'épanouissement personnel est en danger. Ils présentent tous deux des perturbations au niveau de leurs repères familiaux et l'un d'eux possède d'ailleurs à cet égard une représentation familiale faussée puisque c'est le compagnon de la mère qui a pris la place du père. Ces enfants, qui sont victimes du syndrome d'aliénation parentale, dont la mère est à l'origine, doivent maintenant pouvoir en toute sérénité avoir des contacts réguliers avec leur père pour qu'ils puissent renouer confiance avec celui-ci, qui ne doit plus être une source d'anxiété alimentée par la mère. Un droit de visite et d'hébergement progressif sera donc accordé au père ».

*n'avoir entrepris aucune autre démarche pour tenter de rapprocher la requérante de ses filles »*¹⁷⁹⁴. Dans le même sens, une seconde affaire mettant en cause l'Italie, a donné l'occasion à la Cour européenne des droits de l'homme d'estimer « *qu'une seule rencontre ne pouvait suffire à donner aux enfants l'occasion de renouer une relation avec leur mère* »¹⁷⁹⁵. Ces deux espèces révèlent clairement que l'expression du mineur, même encadrée, ne saurait emporter aucune conséquence arbitraire. En effet, la nécessité de pourvoir à ses intérêts rappelle que l'enfant est enfant. Sujet de droit à part entière, il doit lui être accordé d'exprimer son ressenti. Néanmoins, son jeune âge l'expose à une vulnérabilité qui justifie l'organisation de sa protection – familiale ou étatique – jusqu'à son « accomplissement » en tant que personne. Pour cette raison, la portée de son droit à être entendu ne peut être absolue (II).

II/ La portée du droit de l'enfant à être entendu

744. Le poids accordé à la parole de l'enfant diffère selon que ce dernier soit partie à la procédure par laquelle il est concerné (B), ou selon qu'il n'y soit pas partie (A).

A. La parole de l'enfant non partie à la procédure

745. « *L'audition du mineur constitue la forme minimaliste de la participation de l'enfant à la procédure qui le concerne. Elle s'inscrit en principe dans le cadre de procédures dans lesquelles le mineur n'est pas partie* »¹⁷⁹⁶. Plus précisément en pratique, elle « *s'inscrit essentiellement dans le cadre des procédures relatives à l'autorité parentale, qui concernent le mineur en fait mais pas en droit* »¹⁷⁹⁷. Dans ce cadre, quel poids revêt précisément le point de vue du mineur ? Son avis est-il

¹⁷⁹⁴ J.-P. MARGUENAUD, À propos de CEDH, 25 janvier 2000, Ignaccolo-Zénide c/ Roumanie et 13 juillet 2000, Scozzari et Giunta c/ Italie, L'importance grandissante des mesures de préparation des rencontres entre parents et enfants séparés, RTD Civ. 2001 P. 451.

¹⁷⁹⁵ Ibid.

¹⁷⁹⁶ A. GOUTTENOIRE, Colloque « Enfance et justice ». Les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires, Op. cit.

¹⁷⁹⁷ Ibid.

simplement une aide, voire, un guide ou, constitue-t-il une orientation obligatoire pour le juge en charge de l'affaire ?

746. Juridiquement, la détermination de la résidence de l'enfant est un attribut de l'autorité parentale. En principe, l'enfant n'a donc pas à décider de son lieu de résidence, cette prérogative étant accordée à *ses parents*. Ainsi, l'enfant ne peut pas décider de quitter le foyer familial pour établir sa résidence où bon lui semble. Pas plus qu'il n'est fondé à empêcher le déménagement du foyer auquel il appartient en cas de mutation de l'un de ses parents à l'étranger par exemple. Par ailleurs, consécutivement à la rupture de ses parents, l'enfant ne peut à lui seul choisir d'être déplacé ou, au contraire, de ne pas l'être. Il ne serait en effet pas cohérent que la seule circonstance de la survenance d'une séparation permette au juge de faire prévaloir la volonté du mineur sur celle de ses père et mère. L'expression de la volonté de l'enfant ne peut ainsi pas constituer une « feuille de route » incontournable. En ce sens, elle ne lie pas la décision du juge, ce dernier restant « *maître de l'appréciation de la situation* »¹⁷⁹⁸.

747. Dans le contexte particulier des déplacements illicites pourtant, l'article 13 b) de la *Convention-enlèvement* prévoit, nous le savons, qu'il peut être fait échec au principe du retour immédiat s'il « *existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable. L'autorité judiciaire ou administrative peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion* ». Aux yeux de certains auteurs, les termes de cet article doivent être traduits de manière à conférer à l'opposition de l'enfant à son retour la qualité d'un véritable « droit de veto »¹⁷⁹⁹.

C'est d'ailleurs cette position que tenait la mère partie à l'affaire ayant donné lieu à la décision rendue par la Cour de cassation le 14 février 2006. Cette dernière avait décidé de quitter le Canada pour revenir en France avec ses enfants. Le père n'ayant pas consenti à ce départ, a saisi

¹⁷⁹⁸ P. KLÖTGEN, La portée juridique donnée à la parole de l'enfant, Op. cit.

¹⁷⁹⁹ En ce sens, cf. par exemples les travaux de Madame Adeline GOUTTENOIRE: La parole de l'enfant déplacé, Op. cit. ; Colloque « Enfance et justice ». Les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires, Op. cit.

l'autorité centrale canadienne d'une demande en retour fondée sur la *Convention de La Haye de 1980*. Le retour des mineurs auprès de leur père ayant été ordonné, la mère s'est pourvue en cassation « *au motif que la cour d'appel s'est contentée de vérifier que les éléments révélés par l'audition des enfants ne caractérisaient pas un danger, alors qu'il ressortait de cette audition que les enfants s'opposaient à leur retour au Canada, et que cette opposition constituait, à elle seule un motif de refus de retour des enfants en vertu de l'article 13, alinéa 2 de la convention* »¹⁸⁰⁰. Son moyen est rejeté. En effet, la Haute juridiction « *retient d'abord que la cour d'appel a souverainement considéré que les éléments évoqués par les enfants pour s'opposer à leur retour « n'étaient manifestement plus actuels et ne pouvaient caractériser un danger futur de nature à les placer dans une situation intolérable lorsqu'ils sont sous la responsabilité paternelle* » »¹⁸⁰¹. Ensuite, approuvée par la part de la doctrine qui refuse d'octroyer à la parole de l'enfant la qualité d'un véritable droit de veto, elle « *affirme que ce faisant, la cour d'appel a « nécessairement estimé que la seule opposition des enfants ne pouvait justifier le rejet de la demande de retour* »¹⁸⁰². La position semblait tranchée. Et pourtant, un arrêt rendu l'année suivante pouvait faire craindre un revirement dans le positionnement de la Cour de cassation¹⁸⁰³.

Fort heureusement, une décision survenue le 8 juillet 2010 a permis de mettre fin à l'hésitation. De cette dernière il ressort que « *le juge saisi d'une demande de retour « n'est pas tenu » d'ordonner le retour s'il entend un enfant déplacé qui s'y serait opposé* »¹⁸⁰⁴. Pour autant, « *cela ne signifie pas que le juge soit tenu de refuser le retour en de tels cas* »¹⁸⁰⁵. Certes, « *il est vrai que l'opposition des enfants à leur retour peut éventuellement venir étayer l'existence d'un danger pour eux en cas de retour. Selon les éléments invoqués par les enfants, l'opposition pourra*

¹⁸⁰⁰ E. GALLANT, Note sous Civ. 1^{ère}, 14 février 2006, Mme Gettlife contre M. Grant, De l'action en retour malgré l'opposition de l'enfant, Rev. crit. 2007, P. 96.

¹⁸⁰¹ Ibid.

¹⁸⁰² Ibid.

¹⁸⁰³ Cass. Civ. 1^{ère}, 17 octobre 2007, Note F. BOULANGER, L'exception au retour d'un enfant mineur dans son pays d'origine justifiée au regard des textes internationaux de protection de l'enfance, JCP 2008, II, 10001 ; Comm. P. MURAT, L'audition de l'enfant et la décision de non-retour en matière d'enlèvement international d'enfant, Droit de la famille, Novembre 2007, comm. 204.

Approuvant l'orientation assouplie : A. GOUTTENOIRE et. Ph. BONFILS, Droits de l'enfant 2007-2008, Dalloz 2008, P. 1854.

¹⁸⁰⁴ L. GALICHET, Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, Enlèvement international d'enfant, la Cour de cassation renforce la coopération au sein de l'Union en vue du retour immédiat de l'enfant, Droit de la famille n° 10, octobre 2010, comm. P.158.

¹⁸⁰⁵ Ibid.

confirmer le risque de danger ou même en révéler l'existence »¹⁸⁰⁶. Mais si « l'existence d'un éventuel danger est déniée (...) l'opposition des enfants à leur retour est impuissante à influencer sur cette qualification »¹⁸⁰⁷.

En statuant ainsi, la Cour de cassation refuse de consacrer l'autonomie du refus de l'enfant déplacé comme motif de non retour¹⁸⁰⁸. Or, bien que la solution retenue paraisse juste, il semble que l'on ne puisse pas si facilement refuser de reconnaître à l'opposition de l'enfant, la qualité d'une cause autonome justifiant le non retour, par rapport à l'exception fondée sur le danger. En effet que *« l'opposition des enfants à leur retour peut constituer une cause de refus de retour, sans qu'il ne soit nécessaire de caractériser l'existence d'un danger »*. Dès lors, *si l'opposition des enfants peut « parfois remplir une fonction révélatrice dans la caractérisation du danger, (elle) n'en perd pas pour autant sa place d'exception à part entière, telle qu'elle résulte de l'article 13 alinéa 2 »¹⁸⁰⁹*. À elle seule, l'opposition du mineur pourrait donc certainement parfois suffire à convaincre le juge de ne pas statuer en faveur du retour ; sans toutefois systématiquement pouvoir le contraindre à statuer dans le sens du non retour. Tel pourrait par exemple être le cas d'un grand adolescent sur le point de devenir majeur.

748. Mais ce qu'il importe de retenir, c'est que *« dans le système de la Convention de La Haye, il est certain que l'opposition des enfants ne constitue pas une cause automatique de refus du retour et que le juge devra alors apprécier l'opportunité de tenir compte de cette opposition »¹⁸¹⁰*. En effet, *« le texte exprime clairement qu'il n'y a aucune obligation pour le juge de l'État requis de refuser d'ordonner le retour en cas d'opposition de l'enfant. Au contraire, il a la possibilité de refuser le retour si certaines conditions sont réunies, dont certaines sont en outre soumises à son appréciation, ce qui augmente encore l'intervention du juge dans la prise en compte ou non de l'opposition de l'enfant »¹⁸¹¹*. La portée de la parole de l'enfant non partie à la procédure comprise, il nous apparaît désormais clair que l'audition d'un enfant – et sans doute plus particulièrement encore en contexte

¹⁸⁰⁶ Estelle GALLANT, Op. cit.

¹⁸⁰⁷ Ibid.

¹⁸⁰⁸ L. GALICHET, Op. cit ; Estelle GALLANT, Op. cit.

¹⁸⁰⁹ Estelle GALLANT, Op. cit.

¹⁸¹⁰ F. MONEGER, La condition juridique du mineur dans l'adoption internationale, Op. cit..

¹⁸¹¹ Ibid.

d'enlèvement international par l'un des parents - ne peut être qu'un guide, et non un véritable droit de veto¹⁸¹². Tel n'est pas exactement le cas de la parole de l'enfant partie à la procédure (B).

B. La parole de l'enfant « partie à la procédure »¹⁸¹³ : l'exemple du consentement de l'enfant à son adoption

749. Au cours de ses développements réservés à la condition juridique du mineur dans l'adoption internationale, Françoise MONEGER aborde le droit de l'enfant à consentir à son adoption¹⁸¹⁴. Pour ce faire, elle rappelle tout d'abord que « *les adoptions internationales sont désormais de deux catégories, celles que l'on peut dénommer de « droit commun », et celles qui sont soumises au régime de la convention de La Haye du 29 mai 1993, convention qui s'applique lorsque les adoptants et l'enfant adopté résident dans des pays signataires et que l'enfant a été déplacé de son pays d'origine vers son pays d'accueil* »¹⁸¹⁵. Deux cas de figure sont donc à envisager :

750. Premièrement, si le mineur fait l'objet d'une adoption s'inscrivant *en dehors du cadre de la Convention de La Haye*, la question de son consentement, ainsi que son droit à être entendu lors de la procédure, dépendent de la loi qui détermine les conditions de l'adoption. Cette loi peut être la loi française ou une loi étrangère :

751. Tout d'abord, lorsque les conditions de l'adoption dépendent de la loi française, les articles 345 alinéa 3 (adoption plénière) et 360 alinéa 2 (adoption simple) du Code civil, commandent que le mineur de treize ans *consente* à son adoption. Ainsi, avant cet âge, la parole de l'enfant paraît pouvoir être recueillie sans toutefois revêtir le potentiel *d'obliger* le juge. En effet, les dispositions de l'article L. 225-1 alinéa 2 du Code de l'action sociale et des familles ne prévoient qu'une simple

¹⁸¹² Également en ce sens : M. BRUGGEMAN, L'audition de l'enfant en justice, Op. cit. ; J. CHEENNE, Interview précitée.

¹⁸¹³ Contestant la qualité de partie à la procédure de l'enfant objet d'une procédure d'adoption : P. SALVAGE-GEREST, L'enfant partie au jugement d'adoption : une fausse bonne idée, AJ Famille 2014, P. 177.

¹⁸¹⁴ F. MONEGER, La condition juridique du mineur dans l'adoption internationale, in « La condition juridique du mineur - Aspects internes et internationaux, questions d'actualité ? » Sous la direction de J.-J. LEMOULAND, Litec, Collection carré droit, Éditions du Juris-classeur, 2004, PP.107 à 125.

¹⁸¹⁵ F. MONEGER, La condition juridique du mineur dans l'adoption internationale, Op. cit...

audition des pupilles de l'État capables de discernement¹⁸¹⁶. De manière similaire, et comme en matière d'autorité parentale, les dispositions plus générales de l'article 388-1 du Code civil permettent uniquement *d'entendre* « tout enfant » objet d'une procédure d'adoption. Mais une fois que le mineur a passé le seuil des treize ans, il semble permis de considérer qu'il possède un véritable droit de veto lui permettant de faire échec à l'adoption envisagée. La règle est notamment justifiée afin d'éviter les risques d'échecs de l'adoption. Remarquons que le droit français ne prévoit pas la forme que doit revêtir le consentement requis. Aux dires de Madame MONEGER, il apparaîtrait néanmoins que « *la pratique (exige) un consentement authentique comme celui prévu pour les représentants de l'enfant à l'article 348-3 du Code civil : consentement reçu soit par le greffier en chef du tribunal, soit par un notaire, soit par le service de l'aide sociale à l'enfance* »¹⁸¹⁷. L'auteur relève en outre que « *les textes sont également muets sur l'information qui peut être donnée à l'enfant au moment du consentement, et ne prévoient pas de rétractation de ce consentement comme pour le consentement des représentants de l'enfant* »¹⁸¹⁸. Pas plus qu'ils n'envisagent « *le cas d'un enfant incapable de manifester sa volonté* »¹⁸¹⁹.

Ensuite, « *lorsque les conditions de l'adoption seront soumises à une loi étrangère, il faudra que le juge applique cette loi* »¹⁸²⁰. La question du consentement de l'enfant à son adoption dépendra alors des dispositions de la loi applicable en fonction de chaque espèce. Or, « *tous les droits n'ont pas la même approche de la question. Certains droits exigent un consentement de l'enfant plus tôt, d'autre plus tard, d'autres n'envisagent que le consentement des représentants et non celui de l'enfant* »¹⁸²¹.

752. En second lieu, si le mineur fait l'objet d'une adoption s'inscrivant *dans le cadre de la Convention de La Haye*, les exigences de l'article 4 de cet instrument, plus importantes que celles résultant du droit interne français, devront être prises en considération. Il appartiendra dès lors aux autorités compétentes de s'assurer, « *eu égard à l'âge et à la maturité de l'enfant, que ce dernier a*

¹⁸¹⁶ « (...) le mineur capable de discernement est préalablement entendu par le tuteur ou son représentant et par le conseil de famille ou l'un de ses membres désignés par lui à cet effet ».

¹⁸¹⁷ F. MONEGER, La condition juridique du mineur dans l'adoption internationale, Op. cit.

¹⁸¹⁸ Ibid.

¹⁸¹⁹ Ibid.

¹⁸²⁰ Ibid.

¹⁸²¹ Ibid.

été entouré de conseils et a été informé des conséquences de l'adoption, et de son consentement lorsque celui-ci est requis, que les souhaits et avis de l'enfant ont été pris en considération, que le consentement de l'enfant à l'adoption, lorsqu'il est requis, a été donné librement dans les formes légales requises et que son consentement a été donné et constaté par écrit, et enfin que ce consentement n'a pas été obtenu moyennant paiement ou contre partie »¹⁸²².

¹⁸²² Ibid.

Conclusion de la seconde section.

753. Même élevée au rang de droit subjectif, l'audition du mineur capable d'une expression valable reste tant en son principe, que pour ce qui concerne les conditions de son exercice, sa prise en considération et sa portée, subordonnée à sa conformité à l'intérêt de l'enfant. Pour cette raison, nous avons vu qu'elle ne peut constituer un droit absolu qui, mis à la disposition du mineur, lui permettrait de décider et d'imposer les contours que doit revêtir sa protection. Le contraire reviendrait en effet à occulter ce qui caractérise inévitablement l'enfance : l'incapacité et partant, l'impérative nécessité de protection. Ainsi donc, tout au plus, la parole de l'enfant ne peut que constituer un guide pour l'autorité requise. Cet état de fait ne remet cependant en cause, ni l'opportunité de permettre à l'enfant de s'exprimer ni le potentiel poids que peuvent revêtir ses mots dans la balance du juge. Telle est la conclusion pouvant être tirée des derniers développements de cette étude. De manière tout à fait générale, l'intérêt d'adopter une telle position est évident. Mais lorsque le déplacement international d'un mineur est en cause, il ne fait pas de doute que la recherche d'équilibre, de cohérence et de souplesse est une fois de plus un gage de satisfaction dans la protection accordée à l'enfant.

Conclusion du Second Chapitre.

754. Qu'elle participe à l'apaisement des rapports interparentaux ou qu'elle contribue à faire de l'enfant un véritable sujet de droit ; qu'elle garantisse une solution respectueuse de l'ensemble des intérêts concernés par l'affaire en cause ou qu'elle permette à l'autorité requise un regard mieux éclairé sur la situation qu'elle est en charge de régir, l'implication des parties dans la mise en œuvre des règles de droit international privé destinées à garantir à l'enfant déplacé une protection satisfaisante, est toujours opportune.

En effet, les développements de cette étude nous ont permis de nous en rendre compte, qu'en contexte de désunion par exemple, l'implication des parents- notamment par le moyen d'un recours à la médiation familiale internationale - revêt le potentiel de guider ces derniers sur le chemin de la reconsidération de l'autre. De cette manière, les divergences – d'ailleurs souvent exacerbées par la distance et les écarts culturels - peuvent céder la place à la visée d'une solution qui, étant issue du dialogue, parvient à satisfaire ce qu'exige le bon respect de l'intérêt de l'enfant déplacé. Par ailleurs, la consultation du mineur concerné par une procédure judiciaire en cours lui permet de se sentir considéré sans le sortir de sa place d'enfant. Ainsi donc, et quand bien même elle ne conduirait pas l'autorité saisie à suivre exactement l'avis exprimé, l'audition de l'enfant correctement mise en œuvre ne peut être qu'un atout.

Conclusion du Titre II.

755. La protection de l'enfance déplacée ne peut se satisfaire d'une délimitation bien pensée des contours d'une réglementation purement théorique. Dès lors, bien que cette étape soit incontournable aux fins d'asseoir les choix opérés en faveur du bien-être du mineur objet d'un déplacement transfrontière, elle ne constitue évidemment qu'un premier pas devant nécessairement être suivi d'une application pratique. À défaut, les dispositions protectrices adoptées demeureront lettre morte et l'intérêt de l'enfant ne pourra jamais être satisfait. La protection définie doit donc pouvoir être concrètement mise en œuvre.

756. Elle le sera premièrement consécutivement à l'intervention de l'autorité requise : En effet, appelé à « faire vivre » la réglementation applicable, le juge - ou, pour certains systèmes juridiques étrangers, l'autorité administrative compétente – a pour mission de garantir le bon fonctionnement du droit international privé pensé en faveur de la protection de l'enfance. Dans ce but, le rôle de l'autorité compétente consiste à la fois à décider et à garantir une protection conforme aux dispositions de la réglementation en vigueur. Néanmoins, pour ne pas qu'un trop fidèle respect des textes s'avère contreproductif, la mission de ladite autorité doit se garder d'être rigide à l'excès. En conséquence, en matière de compétence internationale directe comme en matière de compétence internationale indirecte, la mise en œuvre des règles de droit international privé destinées à assurer à l'enfant une protection satisfaisante, doit s'inscrire dans un fonctionnement souple, cohérent et pragmatique.

757. Elle le sera en second lieu grâce à l'intervention des « parties » – pour cette étude, les parents et l'enfant. Leur implication dans la résolution du litige qui les concerne contribue effectivement généralement nettement au prononcé d'une solution qui soit à même de satisfaire l'ensemble des intérêts en cause. De là, il est aisé de comprendre qu'elle soit éminemment bienvenue.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

758. La première partie de nos travaux a d'emblée posé le cadre de nos objectifs : la protection de l'enfance déplacée recherchée se doit d'être satisfaisante. Conséquence nécessaire de la vérification de trois « caractères », à savoir, l'effectivité, la suffisance et l'efficacité, la « satisfaction » en question suppose un certain cadre que nous avons pris soin de définir et de justifier. Pour autant, si évidentes pouvaient-elles nous paraître, de simples orientations n'auraient su suffire. Encore fallait-il en effet, que la seconde partie de cette étude s'attache à en préciser le contenu :

759. Apparemment conforme aux exigences d'une conception régulatrice de la protection de l'enfance déplacée par le droit international privé, la détermination coïncidente des compétences juridictionnelle et législative semblait à même de servir les différents aspects de l'intérêt de l'enfant. C'est donc ce que nous nous sommes attachés à vérifier en appliquant à chaque type de déplacement envisagé, le critère de rattachement proximiste retenu. Paraissant alors pleinement justifiées, les orientations de cette étude n'avaient plus qu'à révéler le cadre de leur fonctionnement pratique et ce, en définissant notamment les rôles susceptibles d'être attribués à chacun des acteurs potentiellement impliqués lorsqu'un enfant fait l'objet d'un déplacement transfrontière.

CONCLUSION GENERALE

760. Les développements de cette étude nous ont permis de comprendre que le droit international privé peut légitimement prétendre contribuer à assurer la protection de l'enfance déplacée. Pour ce faire cependant, il nous est apparu certain que le particularisme de la matière étudiée exigeait un raisonnement adapté. Cette évidence nous a conduit à préconiser, pour l'ensemble des types de déplacements étudiés, le recours à une méthodologie dérogatoire faisant appel à la coïncidence des compétences juridictionnelle et législative. Il semble en effet que l'absolue nécessité de garantir le caractère satisfaisant de la protection de l'enfance déplacée, ne sera que très difficilement garantie autrement. D'ailleurs, la teneur actuelle du droit international privé conventionnel applicable à l'enfance confirme sans nul doute l'intérêt de recourir à la méthodologie que nous recommandons.

761. Aux yeux de certains, pareille orientation pourrait néanmoins paraître choquante en ce qu'elle contrevient directement au principe de séparation des compétences. Toutefois, nous savons également que le droit international privé se satisfait depuis fort longtemps, d'un pluralisme des méthodes. Il nous apparaît donc réducteur de penser que l'internationaliste soit sans cesse contraint de prôner le recours à la séparation des compétences et au bilatéralisme.

Mais ce simple constat ne solutionne pas toutes les objections. En effet, nous ne sommes pas sans savoir que l'application quasi-systématique de la loi du for résultant de nos propositions, a de toute évidence de quoi faire croire en la défense d'un nationalisme excessif, étranger à l'esprit du droit international privé. Pour autant, un second constat nous paraît à même de venir au secours de notre pensée. Nous croyons en effet avoir démontré que la crainte précédemment évoquée ne saurait être un véritable obstacle à la viabilité de nos orientations. La raison en est simple : même lorsqu'il s'agit de défendre un intérêt privé, il existe inévitablement une corrélation entre le droit interne et la règle de conflit. Le raisonnement conflictuel en effet, ne saurait être totalement dissocié de la considération de l'intérêt de l'État - à l'application de sa politique législative. Cependant, cela ne saurait signifier que le droit international privé s'engage nécessairement dans une orientation publiciste résolument particulariste. Bien au contraire. En effet, l'évolution privatiste contemporaine des législations nationales, particulièrement dans le domaine des relations familiales,

semble révéler un intérêt généralisé des États manifesté en faveur de la protection de l'enfance. Et cela vaut d'ailleurs sans doute davantage lorsque le mineur concerné fait l'objet d'un déplacement transfrontière. De là, il est aisé de comprendre que les orientations protectrices de la politique législative française ne constituent pas des objectifs isolés.

762. Mais est-ce suffisant pour croire en la bonne marche internationale d'un système de solutions préconisé pour la France ? Sans aller jusqu'à espérer la restauration de la communauté de droit sur laquelle SAVIGNY se fondait, il nous semble permis de penser qu'en notre matière, il existe une « communauté d'objectifs ». L'intérêt d'une telle affirmation est évident : même sans être identiquement traduits par tous les États, ces objectifs partagés contribuent forcément à garantir à l'enfance déplacée une protection valable quel que soit le lieu de son adoption. Et il convient sans doute de voir là une première étape vers une diminution significative du risque d'affrontements interétatiques, sans recours indispensable à l'uniformisation. D'ailleurs avec le temps, nous pourrions même certainement parvenir à la globalisation de nos solutions. Nous croyons en effet que les orientations méthodologiques préconisées par cette étude, bien que pensées dans le cadre de notre législation nationale, sont transposables aux autres systèmes juridiques. Elles n'imposeraient cependant pas aux États de renoncer à leur « indépendance législative ». L'enfance déplacée pourrait-elle espérer mieux qu'une protection pleinement satisfaisante qui demeure respectueuse du culturalisme ?

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

ANCEL B., LEQUETTE Y., *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 2006, 5^{ème} éd.

AUDIT B. et L. d'AVOUT, *Droit international privé*, Economica, 2013, 7^{ème} éd.

BATIFFOL H., LAGARDE P., *Traité de droit international privé*, LGDJ, t.1, 1993, 8^{ème} éd., t.2, 1983, 7^{ème} éd.

BARTIN É.,
Principes de droit international privé, Domat-Montchrestien, t.1, 1930, t.2, 1932, t.3, 1935.
Études de droit international privé, Librairie Marescq, A. CHEVALIER-MARESQ & Cie, Paris, 1989.

BAUGNIET N., *La médiation familiale : Mode de règlement des conflits familiaux*, De Boeck Supérieur, 2008.

BUCHER A., *Droit international privé suisse*, t.1, Partie générale – Droit applicable, Helbing et Lichtenhahn, 1995.

BUREAU D., MUIR-WATT H., *Droit international privé*, PUF, coll. Thémis, t.1 (Partie générale) & 2 (Partie spéciale), 2017, 4^{ème} éd.

CHARVIN R., SUEUR J.-J., *Droits de l'homme et libertés de la personne*, Litec, 2000.

COURBE P., *Droit international privé*, Armand Colin, 2003, 2^{ème} éd.

DAHAN J., *Quel développement de la médiation en Europe ?* Toulouse, Empan, n°72, Érés, 2008.

GREGORIO P., *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2004.

HOLLEAUX D., FOYER J., GOUFFRE de la PRADELLE G., *Droit international privé*, Paris, Masson, 1987.

LEBRETON G., *Libertés publiques et droits de l'homme*, Armand Colin, 1995.

LEVINET M., *Théorie générale des droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

LOUSSOUARN Y., BOUREL P., (de) VAREILLES-SOMMIÈRES P., *Droit international privé*, Dalloz, 2013, 10^{ème} éd.

MAYER P., HEUZÉ V., *Droit international privé*, Montchrestien, 2014, 11^{ème} éd.

NIBOYET M.-L., (de) GOUFFRE de la PRADELLE G., *Droit international privé*, LGDJ, 2017, 6^{ème} éd.

SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. VIII, Traduction Guenoux.

SUDRE F., *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 2016, 13^{ème} éd. revue et augmentée.

VIGNAL T., *Droit international privé*, Sirey, 2017, 4^{ème} éd.

VILLEY M., *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, « Question », 1983.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX, MÉMOIRES, THÈSES, COURS

ANCEL B., *L'histoire du droit international privé*, Université Panthéon-Assas, Paris 2, 2008.

ARIÈS P., *L'enfant et la famille sous l'Ancien régime*, Paris, Le Seuil, 1973.

AUDIT B., *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la « crise » des conflits de lois)*, RCADI, 1984, t.186 ; Vol. 3.

BATIFFOL H., *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, rééd. 2002, Préface, Y.

LEQUETTE Y., *Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux*, RCADI, 1967, t.120, Vol 1.

BIGOT A., *L'autorité parentale dans la famille désunie en droit international privé*, Préface H. FULCHIRON, PUAM, 2003.

BODEN D., *L'ordre public : limites et condition de la tolérance*, Recherches sur le pluralisme juridique, Thèse multig. 2 vol., Paris I, 2002.

BOSWELL J., *Au bonheur des inconnus, les enfants abandonnés de l'Antiquité à la Renaissance*, Paris, Gallimard, 1993.

BOURUET-AUBERTOT I., *La protection des mineurs en Droit international privé : de la Convention du 5 octobre 1961 à la Convention du 19 octobre 1996*, Thèse, Paris X, Nanterre, 1998.

- BRIOT E.**, *Mineurs isolés étrangers en danger*, Mémoire de DESS, Univ. Evry Val d'Essonne, 2004.
- BROCHER Ch.**, *Cours de droit international privé suivant les principes consacrés par le droit positif français*, t. III, Thorin Paris, 1885.
- BUCHER A.**,
L'ordre public et le but social des lois en droit international privé, RCADI, 1993.
La famille en droit international privé, RCADI 2000, t. 283.
- CALCIO GAUDINO M.**, *Le statut des beaux-parents dans les familles recomposées*, Nancy, Mémoire, 2008.
- CARLIER P.**, *L'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits de lois*, Thèse, Lille, 2008.
- CHABERT C.**, *L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois*, Préface E. PUTMAN, PUAM, 2001.
- CHAPELLE A.**, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, Thèse multig., Paris 2, 1979.
- CHEVALIER C.**, *Les obstacles à l'adoption internationale en France*, Mémoire, Université des Antilles et de la Guyane, 2010.
- COURBE P.**, *Les objectifs temporels des règles de droit international privé*, Thèse, Paris, Volume 71, Publications de l'Université de Rouen, 1981.
- CYRULNIK B.**, *Sous le signe du lien*, Hachette Littératures, 1989.
- DEMANGE A.**, *L'adoption : Un défi potentiel pour une Union européenne en mutation*, Publication de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Collection des mémoires de l'équipe de droit public, Numéro 2.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ F.**, *Les droits de l'enfant*, coll. Que sais-je ?, Paris, PUF, 2010.
- DROZ G.A.L.**, *Regards sur le droit international privé comparé (Cours général de droit international privé)*, RCADI 1991, t. 229, Vol. 4.
- DUCLOS P.**, *Les enfants de l'oubli*, Paris, Le Seuil, 1989.
- DUSCH S.**, *Le trafic d'êtres humains*, PUF, 2002.
- EBERHARD Ch.**, *Droits de l'homme et dialogue interculturel*, Les Écrivains, Paris, 2002.
- EVRIGENIS D.**, *Tendances doctrinales actuelles en droit international privé*, RCADI 1966-II t. 118.
- FARGE M.**, *Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle*, L'Harmattan, 2003.

GALLANT E., *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*, Préface P. Lagarde, Defrénois, 2004.

GANANCIA D., *La médiation familiale internationale. La diplomatie du cœur dans les enlèvements d'enfants*, Érès, 2007.

GANNAGÉ L., *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, Préface Y. LEQUETTE, t. 353, LGDJ, Paris, 2001.

GRATALOUP S., *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, coll. Bibl. dr. privé, LGDJ, 1998, Préface H. FULCHIRON.

GUITARD J., *Agrément pour l'enfer*, Persée, 2010.

GUTZWILLER M., *Le développement historique du droit international privé*, RCADIP, 1929.

HERMANN P., *L'existence d'une conception des droits de l'homme propre aux États musulmans*, Mémoire, Montpellier, 1999.

HOLLEAUX D., *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz, Bibliothèque de Droit international privé, Vol. IX, 1970.

HUMBERT M., *Entre universalité des droits de l'enfant et relativisme culturel, quelle action est possible ? L'exemple de la lutte contre les châtiments corporels en Afrique noire*, Mémoire, Institut universitaire Kurt Bösch, 2011,

HUNTINGTON S. P., *Le choc des civilisations*, Odile Jacob, 1997.

HUNTER-HÉNIN M., *Pour une définition du statut personnel*, Thèse, Paris 1, PUAM, 2001.

JOUBERT N., *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlansbeziehung) en droit international privé*, préf. P. LAGARDE, Litec, 2007.

KAFKA F., *La colonie pénitentiaire et autres récits*, Gallimard, 1948, rééd. Folio.

LAGARDE P.,
Recherches sur l'ordre public en droit international privé, Paris, LGDJ, 1959.
Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, RCADI 1986, t.1.

LA ROSA A., *La protection de l'enfant en droit international pénal : état des lieux*, Lille, 2004.

LECLERC F., *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux : étude de conflits de lois*, Thèse, Strasbourg, 1990.

LECUYER S., *Appréciation critique du droit international privé conventionnel*, coll. Bibliothèque de droit international privé, LGDJ, 2008.

LEQUETTE Y.,

Protection familiale et protection étatique des incapables, Bibliothèque de droit privé, Thèse, Paris 2, Dalloz, 1976.

Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales, RCADI 1994, t. 246. Vol.2.

MAURY J., *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public et la fraude à la loi*, Vallalodid, 1952.

MÉOTTI P., *La lutte contre l'exploitation des enfants - étude de droit international public*, Thèse, Dijon, 1999.

MONESTIER M., *Les enfants esclaves : l'enfer quotidien de 300 millions d'enfants*, Le cherche midi, 1999.

MUIR-WATT H., *La fonction de la règle de conflit de lois*, Thèse, Paris, 1982.

NORD N., *Ordre public et lois de police en droit international privé*, Université de Strasbourg 3, Thèse, 2003.

PATAUT E., *Principe de souveraineté et conflits de juridictions, étude de droit international privé*, Préface P. LAGARDE, LGDJ, 1999.

PEYROUX O., LE CLÈVE A., MASSON E., *Ni sains, ni saufs. Enquête sur les enfants non accompagnés dans le Nord de la France*, UNICEF France, juin 2016.

PICONE P., *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit privé*, RCADI, 1999, t. 276,

PORCHER L., ABDALLAH-PRECTEILLE M., *Ethique de la diversité et éducation*, Paris, PUF, 1998.

RÉMY B., *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, 2008.

RICHEZ-PONS A., *La résidence en droit international privé*, Thèse multigr. Dir. H. FULCHIRON, Lyon III, 2004.

RIGAUX F., *Le conflit mobile en droit international privé*, RCADI, 1966, t.1.

ROUSSEAU J-J., *Émile ou de l'Éducation*, Paris, GF – Flammarion, 1966.

SOULEAU-BERTRAND M., *Le conflit mobile*, Thèse Paris 1, Dalloz, 2005.

THÉRY P., *Pouvoir juridictionnel et compétence*, Thèse, Paris, 1981.

THURILLET-BERSOLLE A., *Droits européens et droit de la famille : contribution à l'étude de la dynamique de rapprochement*, Thèse, 2011, Dijon.

TINIO M.L., *Les droits de l'Homme en Asie du Sud-Est*, Paris, L'Harmattan.

TOSUN L., *La traite des êtres humains : étude normative*, Thèse, Grenoble, 2011.

USUNIER L., *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé ; étude de droit comparé en matière civile et commerciale*, Thèse, Paris, 2008.

VAZ CABRAL G.,

Traite des mineurs non accompagnés dans l'Union européenne. Une approche comparative, in « La traite des mineurs non accompagnés dans l'Union Européenne », Recherches et conférence européenne, Organisation Internationale pour les Migrations, 2003.

La traite des être humains, réalités de l'esclavage contemporain, La découverte, Paris, 2006.

VERNIER J., *La traite et l'exploitation des êtres humains en France*. Les études de la CNCDH, La Documentation Française, 2010.

VINCENSINI, J-J., *Le livre des droits de l'homme*, Paris, Robert Laffont, 1985.

VITTA E., *Cours général de droit international privé*, RCADIP, 1979.

YOUF D., *Penser les droits de l'enfant*, PUF, 2002.

ZANI M., *La convention internationale des droits de l'enfant : portées et limites*, Paris, Publisud, 1996.

III. ACTES DE COLLOQUES, MÉLANGES, OUVRAGES COLLECTIFS

ALEXANDRE D., « L'intervention de l'ordre public dans le droit de la famille en droit international privé français », in *Le droit de la famille en Europe, son évolution de l'Antiquité à nos jours*, (sous la direction de R. GANGHOFER), Presses universitaires de Strasbourg, 1992.

ALLAIX M., « Protection judiciaire, protection administrative de l'enfant en danger », in « *Enfance et violences* », (dir., J. RUBELLIN-DEVICHI et M. ANDRIEUX), Lyon, PUL, 1992.

ANCEL B., « La réaction du droit international privé français face à l'enlèvement international d'enfants », in *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, Jornadas de derecho internacional privado, Toledo, 26 et 27 janvier 1990.

BASSET F., « Le rôle du ministère public en matière d'adoption internationale », in *La condition juridique du mineur- Aspects internes et internationaux, questions d'actualité ?* (sous la direction

de J-J LEMOULAND), Litec. Collection Carré droit, Éditions du Juris-classeur, 2004, PP. 127 à 131.

BATIFFOL H.,

« Conflits de lois dans l'espace et conflits de lois dans le temps », in *Mélanges Ripert*, Choix d'articles, LGDJ, 1976.

« Conflits mobiles et droit transitoire », in *Mélanges Roubier*, t.1, Dalloz Sirey, 1961.

BIONDI B.,

« Bureau de l'entraide judiciaire : statistiques relatives aux enlèvements internationaux d'enfants », *AJ Famille*, Octobre 2002.

« Le rôle des autorités centrales en matière d'enlèvements d'enfants », in *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille (sous la direction de H. FULCHIRON), Journées du 20 et 21 novembre 2003, Lyon, Bruylant, 2004.

BOSSE-PLATIERE H., « L'application par les tribunaux français des conventions visant à lutter contre les déplacements illicites d'enfants », in *L'enfant et les conventions internationales*, PUL, 1996.

BOUREL P., J-Cl. Dr.int., V° « Adoption », Fasc. 548.3 et 548-4.

CANTWELL N., « Adoption internationale – Commentaire du nombre d'enfants adoptables et du nombre de personnes qui cherchent à adopter au niveau international », in *Protection internationale de l'enfant*. La lettre des juges, publiée par la Conférence de La Haye de droit international privé, t.V, Printemps 2003.

CENTRE DE DROIT DE LA FAMILLE DE L'UNIVERSITE JEAN MOULIN, « Conflit familial, déplacement d'enfants et coopération judiciaire internationale en Europe », Rapport de recherche réalisé avec le soutien de la Commission des Communautés européennes et du G.I.P Mission de recherche Droit et Justice, centre de droit de la famille, Université Jean Moulin, Lyon 3, décembre 2002, extraits in *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille (sous la direction de H. FULCHIRON), Journées du 20 et 21 novembre 2003, Lyon, Bruylant, 2004.

COSTA-LASCOUX J., « La maltraitance, une notion relative », in *Enfance et violences*, (sous la direction de J. RUBELLIN-DEVICHI et M. ANDRIEUX), Lyon, PUL, 1992.

DEVERS A., « Les enlèvements d'enfants et le Règlement « Bruxelles II Bis » », in *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille (sous la direction de H. FULCHIRON), Journées du 20 et 21 novembre 2003, Lyon, Bruylant, 2004. Annexe 1.

DROZ Y., « La morale de l'interdiction de la clitoridectomie en pays kikuyu », in *Anthropologie et sociétés*, Vol.33, n° 3, 2009.

DUNCAN W., « La Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants », in *Les enfants sans enfance*, Actes du Colloque de l'Association Louis CHATIN, 27-28 novembre 1998, Petites affiches, 1999.

DYER A., « Les conventions de la Conférence de La Haye (II) », in *L'enfant et les conventions internationales*, sous la direction de J. RUBELLIN-DEVICHI, PUL, 1996.

FALLON M., « Le droit international privé en 2004, entre ius commune, codification et droit privé européen », in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen : études réunies et présentées par Alain WIJFFELS*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

FOYER J., COURBE P., J.-Cl. Dr. Int, Fasc. 533-2, V° « Conflits de lois dans le temps, « Conflits mobiles » », (mise à jour décembre 2006).

FRANCAKIS Ph., LUKAS H. J., WESER M., Rép. Int. Dalloz, 1^{ère} éd. V° « Jugements étrangers (matière civile et commerciale) », n° 197 et 200.

FULCHIRON H., « Comment améliorer le fonctionnement des instruments internationaux ? » in *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille (sous la direction de H. FULCHIRON), Journées du 20 et 21 novembre 2003, Lyon, Bruylant, 2004.

GALLANT E., « La convention du Luxembourg du 20 mai 1980 (bilan) », in *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille (sous la direction de H. FULCHIRON), Journées du 20 et 21 novembre 2003, Lyon, Bruylant, 2004.

GANANCIA D., « La Médiation Familiale Internationale : Une solution d'avenir aux conflits familiaux transfrontaliers ? » in *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille (sous la direction de H. FULCHIRON), Journées du 20 et 21 novembre 2003, Lyon, Bruylant, 2004.

GARÉ T., « Les enlèvements internationaux d'enfants », in *Actualités du droit international privé de la famille*, Actes du Colloque de Pau du 12 mai 2000, Petites affiches du 28 mars 2001, P. 34.

GOLDSCHMIDT W., « Jacques Maury et les aspects philosophiques du droit international privé », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. I, Droit international privé et droit international public, Dalloz, 1960.

GOUTTENOIRE A.,

« La parole de l'enfant enlevé », in *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille (sous la direction de H. FULCHIRON), Journées du 20 et 21 novembre 2003, Lyon, Bruylant, 2004.

« Les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires », Colloque « Enfance et justice ». *Droit de la famille*, n° 7, Juillet 2006, étude 29.

GRAULICH P., Rép. Int. Dalloz, 1^{ère} éd., « V° Conflits de lois dans le temps ».

GROSMAN C. P., « La parole de l'enfant dans les procédures judiciaires : l'expérience argentine », in *L'enfant et les conventions internationales* (sous la direction de J. RUBELLIN-DEVICHI et R. FRANCK), PUL, 1996.

GUTMANN D., « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? » in *Mélanges F. TERRÉ*, 1999.

HAMMJE P., « L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales », in *Le Droit international privé, esprit et méthodes*, Mélanges en l'honneur de Paul LAGARDE, Dalloz, 2005.

ISOLA A., « Les principes d'organisation familiale posés par la « législation » issue du Conseil de l'Europe », in *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ et C. CHOAIN (dir.), LGDJ, 1996.

KLÖTGEN P., « La portée juridique donnée à la parole de l'enfant », in *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille (sous la direction de H. FULCHIRON), Journées du 20 et 21 novembre 2003, Lyon, Bruylant, 2004.

KRIEGER B., « État de Droit et Empire, République et démocratie », in *Séminaire L'État, le souverain, la finance et le social*, Paris, 28 mai 1993.

LAGARDE P., « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation, l'expérience française », *Mélanges RIGAUX*, 1993.

LEQUETTE Y., Rép. Int. Dalloz, 1998, 2^{ème} éd., « V° Mineur ».

LIBCHABER R., « L'exception d'ordre public en droit international privé », in *L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle, thèmes et commentaires*, Dalloz, 1996.

LLYOD M., « Le statut des accords de médiation et leur mise en œuvre », in *La médiation familiale en Europe*, Actes de la quatrième conférence européenne sur le droit de la famille, Strasbourg, Octobre 1998, Éditions du Conseil de l'Europe.

LOUIS-LUCAS P., J-Cl. Dr. int., « Droit international privé français », Fasc. 530-A et 530-B.

MATTEI J.-F., « Enfants d'ici, enfants d'ailleurs : l'adoption sans frontières », in *Rapport au Premier Ministre*, Coll. des rapports officiels, La Documentation française, 1995.

MONÉGER F.,

« La jurisprudence en matière d'adoption internationale au regard de la Convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant », in *L'enfant et les conventions internationales*, (sous la direction de J. RUBELLIN-DEVICHI), PUL, 1996.

« La Médiation dans le cadre des enlèvements internationaux d'enfants », in *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille (sous la direction de H. FULCHIRON), Journées du 20 et 21 novembre 2003, Lyon, Bruylant, 2004.

« La condition juridique du mineur dans l'adoption internationale », in *La condition juridique du mineur- Aspects internes et internationaux, questions d'actualité ?* (sous la direction de J-J LEMOULAND), Litec, Collection carré droit, Éditions du Jurisclasseur, 2004.

MOURA-RAMOS R.M., « La protection des enfants sur le plan du droit international », in *Mélanges C. Mouly*, Litec, 1998.

MUIR-WATT H.,

« Remarques sur les effets en France des jugements étrangers indépendamment de l'exequatur », in *Mélanges D. HOLLEAUX*, Litec, 1990.

J.-Cl. Dr. Int., Fasc. 543-10, n°2, « Le domicile dans les rapports internationaux ».

J.-Cl. Dr. Int., Fasc. 584-6, n°3 et s., V° « Effets en France des décisions étrangères ».

MUIR-WATT H. et RICHEZ-PONS A., J.-Cl. Dr.int., Fasc. 543-10, V° « Domicile et résidence dans les rapports internationaux », 2008.

NEIRINCK, C., « Homoparentalité et adoption », in *Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle*, Études offertes à Pierre CATALA, Litec, 2001.

NIBOYET-HOEGY M.-L., « La mise en œuvre du droit international privé conventionnel (incidence du droit des traités sur les pouvoirs du juge national) », in « *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?* », *Mélanges Roger PERROT*, Dalloz, 1996.

PELTIER J.-M., « Le rôle des magistrats de liaison », in *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille (sous la direction de H. FULCHIRON), Journées du 20 et 21 novembre 2003, Lyon, Bruylant, 2004.

REY J., « Comment garantir la réalité du retour dans le respect de l'intérêt de chacun », in *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille (sous la direction de H. FULCHIRON), Journées du 20 et 21 novembre 2003, Lyon, Bruylant, 2004. Annexe 1, Section 5.

RICHEZ-PONS A., « Mieux assurer le respect des relations personnelles entre l'enfant et ses deux parents », in *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille (sous la direction de H. FULCHIRON), Journées du 20 et 21 novembre 2003, Lyon, Bruylant, 2004. Annexe 1. Section 8.

RUBELLIN-DEVICHI J., « L'adoption à la fin du XX^{ème} siècle », in *Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle*, Études offertes à P. CATALA, Litec, 2001.

SCHAEFFER E., « La convention de New-York et la protection du droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses deux parents séparés résidant dans des États différents », in *La protection juridique et sociale de l'enfant*, IDEF, Bruylant, 1993.

VALTICOS N., « Universalité et relativité des droits de l'homme », in *Mélanges L.E. PETITTI*, Bruylant, Bruxelles, 1998.

VAN LOON H., « Les conventions de la Conférence de La Haye (I) », in *L'enfant et les conventions internationales* (sous la direction de J. RUBELLIN-DEVICHI), PUL, 1996.

VIGNAL T., J.-Cl. Dr. int. V° « Capacité », Fasc. 545, 2008.

IV. ARTICLES DE DOCTRINE

ALLEGREZZA S., « Aperçu de la protection pénale des victimes en Italie », *AJ Pénal*, 2014, P. 122.

ANCEL B., MUIR-WATT H.,

« Application de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfant », *Rev. crit.*, 1995, P. 342.

« L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions : le Règlement Bruxelles II bis », *Rev. crit.* 2005, P. 569.

ANCEL J.P., « L'application de la Convention de La Haye en France », *AJ Famille*, 2006, P. 178.

AUDIT B., « Le droit international privé à la fin du XX^{ème} siècle : progrès ou recul », *RIDC*, 1998, Vol. 50, n°2, Avril-juin, Étude de droit contemporain, PP. 421-448.

AVENA-ROBARDET V.,

« La fabrique d'un infra-droit d'exclusion », *AJ Famille*, 2014, P.84.

« Mineurs isolés : évaluation et orientation », *AJ Famille*, 2016, P.359.

BARTIN É.,

« De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois », *Clunet*, 1897, P. 734.

« Théorie générale du conflit de juridiction », *Clunet*, 1928.

BAUDOUIN J.-M., « La protection du mineur étranger par le juge des enfants », *Rev. crit.* 1994, P. 483.

BAZIN É., « De l'audition du mineur dans les procédures relatives à l'autorité parentale », *Gazette du Palais*, 19 juillet 2014, n° 200, P.9.

BERNIGAUD S., « Quel(s) droit(s) pour le mineur étranger isolé ? », *RDSS*, 2006, P. 545.

BODART-HERMANT A., « La convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfant », *Gaz. Pal.*, 25 janvier 2000, n° 25, P. 2

BONNICHON A., « La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois », *Rev. crit.*, 1949, P.615 ; *Rev. crit.*, 1960, P.11.

BOICHÉ A.,

« Règlement Bruxelles II bis : dispositions relatives aux enlèvements internationaux d'enfants », *AJ Famille*, 2006, P. 180.

« Enlèvement illicite d'enfants : actualité jurisprudentielle de la convention de La Haye », *AJ Famille*, 2010, P. 482.

« Responsabilité parentale : la convention de La Haye du 19 octobre 1996 en vigueur au 1^{er} février 2011 », *AJ Famille*, 2011, P. 93.

« La résidence alternée en droit international privé », *AJ Famille*, 2011, P. 585.

« Les déplacements illicites d'enfants », *Petites affiches*, 9 mars 2012, n° 50, P. 65.
« Prévenir l'enlèvement illégal d'enfant : précisions du décret n°2012-1037 du 10 septembre 2012 », *Recueil Dalloz*, 2012, P. 2440.

BOICHÉ A., CHAUVEAU V., « Enlèvement international d'enfant : point de vue critique d'un praticien », *AJ Famille*, 2002, P. 321.

BOUKONGOU J-D., « Le système africain de protection des droits de l'enfant, Exigences universelles et prétentions africaines », in « *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* », n°5, Presses universitaires de Caen, 2006, PP. 97-108.

BOTTIAU A., « Les lois relatives à l'assistance éducative étant d'application territoriale, il s'ensuit que les juridictions françaises sont incompétentes pour prendre des mesures d'assistance éducative à l'égard de mineurs résidant à l'étranger », *Dalloz*, 1995, P.137.

BOUCHER J., BOURGEOIS- MACHUREAU B., « Apatridie et droit au séjour : état des lieux », *AJDA*, 2007, P. 2371.

BOULANGER F., « Les cas de non-retour par suite d'un déplacement illicite de mineurs dans un cadre international », *Droit de la famille*, n° 11, Novembre 2015, étude 16.

BOURDELOIS B., « Le nouveau régime de l'adoption internationale : les articles 370-3 à 370-5 du Code civil (loi du 6 février 2001) », *Gaz. Pal.*, Recueil novembre-décembre 2001.

BRIAND L.,

« Prévenir l'enlèvement international : les pratiques juridictionnelles après la loi du 9 juillet 2010 », *AJ Famille*, 2011, P. 416.

« L'audition du mineur devant le JAF : examen des arrêts d'appel », *AJ Famille*, 2014, P. 22.

BRUGGEMAN M.,

« Dispositif d'urgence pour accueillir les mineurs isolés étrangers : bilan et inquiétudes », *Droit de la famille* n°6, juin 2012, alerte 35.

« L'audition de l'enfant en justice », *AJ famille*, 2014, P.12.

BUCHER A., « Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexion à la lumière des codifications récentes », *TCFDIP*, 1994-1995.

BUREAU D., « De l'application directe en France de la Convention de New-York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant », *Rev. crit.*, 2005, P. 679.

BUTRUILLE-CARDEW C., DEFLERS E., « Les apports du Règlement Bruxelles II bis en matière d'enlèvements internationaux d'enfants », *Gaz. Pal.*, 2005, P. 7.

CAPELIER F., « La réforme de la protection de l'enfance : une révolution discrète », *RDSS*, 2016, P. 540.

CATTO M.-X., « Traite des êtres humains (GRETA) : état des lieux de la lutte contre la traite des êtres humains en France », *La Revue des Droits de l'Homme*, CREDOF- Paris Ouest Nanterre- La Défense.

CAVERS, « A critique of the choice of law problem », *Harvard Law review*, 1934.

CERF-HOLLENDER A., « La loi n°2016-297 du 14 ars 2016 relative à la protection de l'enfance n'est pas la grande loi attendue ! » *EDFP*, 15 mai 2016, n°5, P.1.

CHABERT C., « Pour un réexamen de la question de l'applicabilité directe de la convention de New-York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant », *JCP*, 2003. I. 129.

CHAILLOU Ph., « L'intervention du juge des enfants lorsqu'un autre juge est saisi de l'application de la Convention de La Haye », *AJ Famille*, 2006, P. 190.

CHAIGNEAU A., « Pour un droit du lien : le débat sur la gestation pour autrui comme catalyseur d'un droit de la filiation renouvelé », *RTD Civ.*, 2016, P. 263.

CHALTIEL F.,

« Actualité du droit de l'adoption », *Petites affiches*, 28 septembre 2010, n° 193, PP. 6 et s.

« La gestation pour autrui et le droit français. Développements récents », *Petites affiches*, 19 décembre 2016, n° 252, P. 8.

CHALTIEL TERRAL F., « La gestation pour autrui en droit français : développements récents », *Petites affiches*, 21 mars 2016, n° 57, P. 6.

CHATIN L.,

« Les conflits relatifs à la garde des enfants et au droit de visite en droit international privé », *TCFDIP*, 1981-1982.

« Comment prévenir les déplacements ou les rétentions illicites d'enfants à l'étranger, l'arrêt de la Cour de cassation du 3 février 1982 », *Gaz. Pal.*, 1982.

CHAUVEAU V., « Les apports du règlement européen n°2201-2003 du 27 novembre 2003 aux question posées par les enlèvements d'enfants internationaux », *AJ Famille*, 2005, P. 265.

COCHELARD P., DEPASSE L., « La gestation pour autrui : les grandes problématiques juridiques en France », *Petites affiches*, 16 octobre 2015, n°207, P.12.

COHEN-JONATHAN G., « Les droits de l'homme et l'évolution du droit international », in « *Clés pour le siècle* », *Dalloz*, 2000.

COLLET-ASKRI L., « La protection pénale de l'enfant victime des conflits entre ses parents divorcés », *RDSS*, 2000 P. 285.

CORNELOUP S., « La réforme du droit d'asile », *Dalloz*, 2015, P. 1964.

CORNELOUP S. et V., « Le contentieux de la coopération des autorités centrales dans le cadre des Conventions de La Haye. Compétence administrative ou judiciaire ? » *Rev. crit.*, 2000, P. 641.

COUARD J., « Soutien du gouvernement à la circulaire « Taubira » », *Droit de la famille* n°4, Avril 2015, alerte 32.

COURBE P., « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *AJ Famille*, 2002, P.8.

CUTAJAR C., « La protection du mineur dans la loi du 4 mars 2002 », *AJ Famille*, 2002, P.135.

DAHAN J., « Quel développement de la médiation en Europe ? » Toulouse, *Empan*, n°72, Érès, 2008.

DECROUX P., « La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire », *Clunet*, 1985.

DEIS-BEAUQUESNE S., « L'article 13 b) alinéa 1 de la Convention de La Haye en question devant les juridictions françaises », *AJ Famille*, 2002, P. 324.

DJEMNI-WAGNER S., « L'évolution du droit communautaire de la responsabilité parentale, présentation des principales dispositions du règlement dit « Bruxelles II bis » du 27 novembre 2003 », *Gaz. Pal.*, 2004, P.18.

DOLLAT P., « Le droit de vivre en famille et le regroupement familial en droit international et européen », *RFDA*, 2009, P. 689.

DOMINO X., « Gestation pour autrui, enfants nés à l'étranger et certificats de nationalité. La circulaire du garde des sceaux du 25 janvier 2013 », *RFDA*, 2015, P.163.

DOMINGO L., « Le refus de prise en charge des mineurs isolés étrangers par les départements », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n°4, 26 janvier 2015, P.2019.

DROZ G.,

« La protection des mineurs en droit international privé français depuis l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 », *Clunet*, 1973.

« Le rôle de la Conférence de La Haye de droit international privé dans la mondialisation de la protection juridique de l'enfant », *Petites affiches*, 3 mai 1995, n°53.

DUMAS P., « L'accès des mineurs non accompagnés à la protection dans les États membres de l'Union européenne », *RTD Europe*, 2013, P. 35.

DURAND É., « Brèves réflexions d'un juge des enfants sur l'audition de l'enfant en assistance éducative », *AJ Famille*, 2014, P. 27.

DYER A., « Les déplacements d'enfants au regard de la Convention de La Haye », *Petites affiches*, 1997, n°118.

FARGE M., « Le mieux est-il l'ennemi du bien ? À propos de la représentation des mineurs étrangers isolés placés en zone d'attente », *Droit de la famille* n° 7, Juillet 2006, étude 34.

FAUVARQUE-COSSON B., « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *RIDC*, 2000, Vol. 52, n°4, PP. 797-818.

FIORINI A., « Enlèvements internationaux d'enfants – solutions internationales et responsabilités étatiques », *Revue de droit de McGill*, 2006, Vol. 51.

FORTIS E., « Les formes d'exploitation par le travail sanctionnées pénalement et la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 », *Droit social*, 2014, P. 458.

FRANCESCAKIS Ph.,

« La Théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé », *Recueil Dalloz-Sirey*, 1958.

« Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *TCFDIP*, 1966-1969.

FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit de la régulation », *Recueil Dalloz*, 2001, P. 610.

FULCHIRON H.,

« L'autorité parentale renouvelée (commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale) », *Deffrénois*, 15 août 2002, n°15, P. 959.

« « Bruxelles II bis » : le nouveau droit judiciaire européen du divorce et de la responsabilité parentale », *Dr. et patrimoine*, avril 2005, n°136, PP. 34 et s.

« La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ? » *Clunet* n°2, avril 2014.

« Reconnaissance ou reconstruction » ? *Rev. Crit.*, 2015, P. 1.

FULCHIRON H., BIDEAU-GARON C., « La circulaire « Taubira » sur les certificats de nationalité validée », *Dalloz*, 2015, P.357.

GALLANT E., « Prorogation de compétence en matière d'autorité parentale », *Rev. Crit.*, 2015, P. 667.

GANANCIA D., « La médiation familiale : une solution d'avenir aux conflits transfrontières », *AJ Famille*, 2002, P. 317.

GANNAGÉ L., « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *TCFDIP*, 2006-2008, PEDONE, 2009.

GAUDEMET-TALLON H., « Nationalisme et compétence judiciaire : Déclin ou renouveau », *TCFDIP*, 1987-1988.

GEBLER L., « La problématique du mineur isolé étranger pour le juge des enfants », *AJ Famille*, 2014, P. 90.

GOTHOT P., « Le renouveau de la tendance unilatéraliste », *Rev. crit.*, 1971.

GOUTTENOIRE A.,

« Commentaire des dispositions relatives à l'autorité parentale », *AJ Famille*, 2002, P. 124.

« Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droit de la famille*, n°5, Mai 2008, étude 14.

« La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après. Commentaire article par article », *Droit de la famille* n° 11, 2009, PP. 11-56.

« La prise en compte des violences dans le cadre de l'autorité parentale », *AJ Famille*, 2010, P. 518.

GRANET F., « État civil des enfants nés d'une convention de maternité pour autrui. Panorama du droit positif dans quelques États européens », *AJ Famille*, 2014, P. 300.

GRATALOUP S., « Les recours contre une décision d'une autorité centrale en matière d'enlèvement international d'enfant », *Droit de la famille*, 2000, chron. n°15.

GUÉ C., « L'accueil des mineurs isolés étrangers par l'Aide Sociale à l'Enfance », *AJ Famille*, 2014, P.96.

GUIMEZANES N.,

« La loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003, relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité », *JCP*, 2003, act. 592.

« La loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration », *JCP*, 2006.I.167.

GOTHOT P., « La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats », *TCFDIP*, 1975, P. 201.

HILT P., « L'intérêt supérieur de l'enfant, clé de voûte de la protection européenne des relations parents-enfants », *AJ. Fam.* 2004, P.384.

HOUGUES (de LA) C., « La qualification de la gestation pour le compte d'autrui au regard du droit international et du droit pénal français », *Droit de la famille* n°11, Novembre 2015, étude 15. 2004, P.384.

IMBERT P.-H., « L'apparente simplicité des droits de l'homme. Réflexions sur les différents aspects de l'universalité des droits de l'homme », *RUDH*, 1989.

JEHL J., « Responsabilité parentale : le long chemin de la Convention de La Haye », *JCP G* n° 49, 5 décembre 2011, P.1367

KOTE (van) A., « La médiation familiale internationale. Des applications en évolution, une identité professionnelle en construction », Toulouse, Empan, n°72, Erès, 2008.

LABAYLE H., « Le droit des étrangers à mener une vie familiale normale, lecture et exigences européennes », *RFDA*, mai-juin 1993, P. 511.

LAGARDE P.,

« La Loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification », *Rev. crit.*, 2001, PP. 275 et s.

« La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs », *Rev. crit.*, 1997, P. 217.

LE BOURSICOT M.-C.,

« La situation des enfants recueillis en kafala, *RJPF*, 2006, P. 60.

« Adoption et kafala : quelle place faire à la loi personnelle de l'enfant étranger ? », *RJPF*, 2007, n°1, P. 22.

LEBRETON G., « Le droit de l'enfant au respect de son « intérêt supérieur ». Critique républicaine de la dérive individualiste du droit civil français », *CRDF*, n°2, 2003, PP. 77-86.

LE GAC-PECH S., « Pour une indispensable légalisation des conventions de mère porteuse », *AJ Famille*, 2016, P. 486.

LOUSSOUARN Y., « La règle de conflit est-elle neutre ? », *TCFDIP*, 1980-81, t.2.

MARCHADIER F., « La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme à l'efficacité des conventions de La Haye de coopération judiciaire et administrative », *Rev. crit.*, 2007, P. 677.

MARTINI J.-F., « Le juge des enfants, piètre défenseur des mineurs isolés étrangers », *AJ Famille*, 2014, P.100.

MASSIP J., « Les modifications apportées au droit de la famille par la loi du 8 janvier 1993 », *Deffrénois*, 1993, P. 609.

MEIER-BOURDEAU., « La détermination de la minorité », *AJ Famille*, 2014, P.97.

MELIN F., « La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond (recherches sur l'infériorité procédurales de la loi étrangère dans le procès civil) », *RIDC*, 2003, Vol. 55 n°2, Avril-juin, PP. 479-482.

MEYER-FABRE N., « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *Rev. crit.*, 1994, P.259.

MÉBROUKINE A., « La convention algéro-française du 21 juin 1998 relative aux enfants de couples mixtes séparés. Le point de vue d'un algérien », *Rev. Crit.*, 1991.

MÉDEVIELLE G., « La difficile question de l'universalité des droits de l'homme », *Revista de Estudos Politécnicos, Polytechnical Studies Review*, 2010, Vol. VIII, n°13.

MINOT J., « Les incidences pratiques du règlement européen n°2201-2003 du Conseil du 27 novembre 2003 dit « Bruxelles II bis » en matière de responsabilité parentale », *AJ Famille*, 2005, P. 260.

MIRKOVIC A., « Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant », *Le Lamy Droit civil*, n°133, 1^{er} janvier 2016.

MONÉGER F.,

« La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire », *Rev. crit.*, 1984.

« La protection de l'enfant étranger après la loi du 24 août 1993 sur la maîtrise de l'immigration », *RDSS*, 1994, P. 329.

« Une nouvelle loi en matière d'adoption internationale (Loi n°2001/111 du 6 février 2001) », *RDSS*, 2001, P. 382.

« La loi du 4 juillet 2005 portant réforme de l'adoption », *RDSS*, 2005, P.821.

« La protection de l'enfant étranger en France », *Petites affiches*, 9 mars 2012, n° 50, P. 61.

MORENO A., « Les aspects contractuels de l'adoption internationale », *Rev. crit.*, 2001, PP. 301 et s.

MUIR-WATT H.,

« Les effets en France des jugements étrangers d'adoption ou la substitution des modèles français aux institutions étrangères équivalentes », *RIDC*, Vol. 55, n°4. Octobre-Décembre, PP. 834-843.

« Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif ? À propos de la Circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale », *Rev. crit.*, 1999, P. 469.

« Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspect de droit international privé) », in *Archives de philosophie du droit*.

NEIRINCK C., « La fugue, aspects juridiques », *Petites affiches*, 24 janvier 1996, n° 11, P. 13.

NICOLETTI M., « La médiation familiale et le juge », *Petites affiches*, 30 juin 2009, n° 129, P. 4.

PASTOR J.-M.,

« Mineurs isolés étrangers, l'État veut soutenir les départements », *Dalloz actualité*, 5 février 2016.

« Étrangers- Mineurs isolés- l'État veut soutenir les départements », *Juris association*, 2016, n°534, P.8.

PÉROZ H., « Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation », *L'ESSENTIEL Droit de la famille et des personnes*, 15 février 2012, n° 2, P.2.

PETTITI C., « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et la Convention de La Haye sur les enlèvements d'enfants », *AJ Famille*, 2006, P.185.

PIGAGLIO R.,

« Mineurs isolés étrangers : l'État reprend la main », *AJ Collectivités Territoriales*, 2013, P. 312.

« L'État s'engage dans le dossier des mineurs isolés étrangers », *Dalloz actualité*, 7 juin 2013 ; *AJDA*, 2013 P. 1132.

POISSON-DROCOURT É.,

« Les effets en France d'une décision étrangère d'adoption et la Convention de La Haye du 29 mai 1993 », *Dalloz*, 1995, P. 147.

« Le trafic d'enfant en matière d'adoption sanctionné pénalement », *Dalloz*, 1999, P.15.

« Codification des règles de droit international en matière d'adoption internationale », *Dalloz*, 2001, P.1404.

« Une loi nouvelle sur l'adoption », *Dalloz*, 2005, P. 2028.

POUPEAU D., « Modalités de répartition des mineurs isolés étrangers », *AJDA*, 2016, P.1321.

POUSSON-PETIT J., « Le juge et les droits aux relations personnelles des parents séparés de leurs enfants en France et en Europe », *RIDC*, 1992, Vol. 44, PP. 795-848.

REIN-LESCASTEREYRES I., ANGER C., « La circulaire « Kafala » du 22 octobre 2014 », *Gazette du Palais*, 06 janvier 2015, n°6, P.14.

REVILLARD M., « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale », *Deffrénois*, 2001, P. 333.

RICHEZ-PONS A.,

« Les règles de compétence énoncées par le règlement « Bruxelles II bis » », *AJ Famille*, 2005, P. 256.

« La parole de l'enfant et la circulation des décisions judiciaires en Europe », *Droit de la famille* n°7, Juillet 2006, étude 32.

ROULAND N., « La doctrine juridique chinois et les droits de l'homme », *RUDH*, 1998.

RUBELLIN-DEVICHI J., « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française », *JCP G*, 1994.I.3739.

RUIZ-FABRI H., « Immatériel, territorialité et État », in *Archives de philosophie du droit*, Tome 43, 1999.

SALVAGE-GEREST P., L'enfant partie au jugement d'adoption : une fausse bonne idée, *AJ Famille*, 2014, P. 177.

SINDRES D., « Le tourisme procréatif et le droit international privé », *Clunet* n°2, Avril 2015, doct. 4.

TALARICO L., « L'interdiction de sortie du territoire de l'enfant sans l'accord des deux parents : exigence légale ou pouvoir du juge ? » *Droit de la famille* n°4, Avril 2011, Étude 11.

TAVERNIER P., « L'ONU et l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme », *RTDH*, 1997, P. 383.

TCHEN V., « Recherche sur les droits fondamentaux de l'étranger », *Petites affiches*, 22 mai 1995, n°61, P.4.

TRAVADE-LANNOY S., « Audition de l'enfant : le point sur les obligations du juge », *Gazette du Palais*, 23 juin 2015, n°174, P.7.

TROISVALETS S., « L'autorité parentale dans les familles recomposées », *Petites affiches*, 11 mai 2000, n° 94, P. 12.

VAUVILLÉ F., « Du principe de coparentalité », *Petites affiches*, 18 octobre 2002, n° 209, P. 4.

WENGLER W., « Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits », *Rev. crit.*, 1952, PP. 595-622 ; *Rev. crit.*, 1953, PP. 37-60.

YALAZ H., « Dossier Conventions bilatérales » : Les déplacements illicites d'enfants et les conventions bilatérales franco-algérienne et franco-tunisienne, *AJ Famille*, 2014, P. 351.

ZARLOWSKI C., « L'audition du mineur victime », *AJ Pénal*, 2014, P. 13.

V. COMPTES-RENDUS, RAPPORTS, ÉTUDES

A- France

AMNESTY INTERNATIONAL France, *La protection et la défense des droits des victimes de la traite des êtres humains*. Préoccupations et recommandations d'Amnesty International France, 3 décembre 2008.

ASSOCIATION NATIONALE D'ASSISTANCE AUX FRONTIÈRES POUR LES ÉTRANGERS (ANAFÉ),

La roulette russe de l'asile à la frontière, zone d'attente : qui détourne la procédure ? Rapport sur la procédure d'admission sur le territoire au titre de l'asile, Anafé, Novembre 2003.

Résolution du 30 juin 2005 sur les enfants isolés étrangers qui se présentent aux frontières.

Inhumanité en zone d'attente – Bilan 2008. Observations et interventions de l'Anafé en zone d'attente de Roissy, Mai 2009.

Pour une application du droit commun dans la prise en charge des mineurs isolés étrangers en quête d'asile et de protection, Document inter-associatif, septembre 2009

CASTAGNOS-SEN A., *Les conditions d'exercice du droit d'asile en France*, Les études de la CNCDH, La Documentation Française, Paris, 2006.

DEBRÉ I., *Les mineurs isolés étrangers en France*, Ministère de la justice et des libertés, La Documentation française, mai 2010.

DYER A.,

Rapport sur l'enlèvement international d'un enfant par l'un de ses parents (« Kidnapping légal »), DP n°1, août 1978, « Actes et documents de la XIV^{ème} session ».

Rapport sur la révision de la Convention de La Haye de 1961 en matière de protection des mineurs, DP n°1, avril 1994, « Actes et documents de la XVIII^{ème} session ».

ÉTIEMBLE A., *Les mineurs isolés étrangers en France*, Rapport de recherche pour la D.P.M, Rennes, 2002. (Rapport Etienneble).

LÉONETTI J., *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers*, Rapport, 2009.

TUOT T., *La grande nation pour une société inclusive*, Rapport au Premier ministre sur la refondation des politiques d'intégration, 1^{er} février 2013.

B- INTERNATIONAL

- CONFERENCE DE LA HAYE

DE STEIGER W., « Rapport explicatif sur la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs », in *Actes et documents de la neuvième session*, Tome IV « Protection des mineurs », Conférence de La Haye de droit international privé, 1961.

GOSSELAIN C., *Enlèvement d'enfants et droit de visite transfrontière : conventions bilatérales et États de tradition islamique - Rapport de recherche établi pour le Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé*, 2002.

LAGARDE P., « Rapport explicatif sur la Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants », in *Actes et documents de la dix-huitième session*, Tome II « Protection des enfants », Conférence de La Haye de droit international privé, 1996.

PARRA-ARANGUREN G., « Rapport explicatif de la convention du 25 octobre 1993 sur les aspects civils de l'enlèvement international », in *Actes et documents de la dix-septième session*, Tome II « Adoption, Coopération », Conférence de La Haye de droit international privé, 1994.

PÉREZ-VERA E., « Rapport explicatif de la quatorzième session de la Conférence de La Haye du 25 octobre 1980 », in *Actes et documents de la quatorzième session*, Tome III, « Enlèvements d'enfants », Conférence de La Haye de droit international privé, 1980.

WATERS, D.W.M., « Rapport explicatif de la seizième session de la Conférence de La Haye », in *Actes et documents de la XVI^{ème} session*, Tome II, « Succession – loi applicable », 1988.

- HUMAN RIGHTS WATCH

TROLLER S., « Pris dans le piège de la migration. Les enfants migrants non accompagnés en Europe », Chapitre extrait du *Rapport mondial 2010 de Human Rights Watch*.

<http://www.hrw.org/fr/world-report-2010/pris-dans-le-pi-ge-de-la-migration-les-enfants-migrants-non-accompagn-s-en-europe>

- SERVICE SOCIAL INTERNATIONAL

Document d'information Numéro 4 – *Résumé : Haïti : « accélérer » les adoptions internationales suite à une catastrophe naturelle*, in Documents relatifs à la Commission spéciale de 2010. Conférence de La Haye de droit international privé : <http://www.hcch.net>.

Document d'information Numéro 6 – *Les zones grises de l'adoption internationale*, in Documents relatifs à la Commission spéciale de 2010. Conférence de La Haye de droit international privé : <http://www.hcch.net>.

UNICEF, *Exploitation des enfants qui travaillent et des enfants des rues*, 1986, E/ICEF/1986/CR P.3, PP. 3-4.

VI. ARTICLES DE PRESSE

ARNAUD R., *Japon : le drame des enfants « confisqués »*.

<http://www.lefigaro.fr/international/2010/11/24/01003-20101124ARTFIG00723-japon-le-drame-des-enfants-confisques.php>

BARRAUD É., *Les multiples usages sociaux de la kafala en situation de migration : protection et non protection des mineurs recueillis*, e-migrinter n°2, 2008. PP. 133-142.

http://www.mshs.univ-poitiers.fr/migrinter/e-migrinter/200802/emigrinter2008_02_133.pdf

BECKER F., *Universalité des droits de l'homme, diversité des religions et des cultures*.
<http://www.fede.org/files/Europe/UDH/13-BECKER.pdf>

CRÉOFF M., « Qu'est-ce qu'un enfant en danger ? », *Plein droit, La revue du GISTI*, n°52, mars 2002.

DELBOS L., « Les missions d'administrateur ad hoc pour mineurs isolés étrangers », in *Dossier thématique de l'ONED*, 2008.

FAVIER Y., « Les échecs de l'adoption, le paradoxe de l'adoption plénière », in *Informations sociales* 2/2008, n° 146.

FETZE KANDEM I., *Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique*.

http://www.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/17965_kamdem.pdf

FINE A., « Regards anthropologiques et historiques sur l'adoption : des sociétés lointaines aux formes contemporaines », in *Informations sociales* 2/2008, n° 146, PP.8-19.

GALAN C., *La question des droits de l'enfant au Japon : regards croisés*.

[http://www.reseau-asie.com/userfiles/file/I01_galan_droit_enfant_japon\(3\).pdf](http://www.reseau-asie.com/userfiles/file/I01_galan_droit_enfant_japon(3).pdf)

GRANET F., *Les préoccupations dominantes dans les législations européennes actuelles en matière d'autorité parentale*, sept. 2004, site du CDPF : <http://www-cdpf.u-strasbg.fr>.

HELFTER C., « Parrainer un enfant en France », in *Informations sociales* 2/2008, n° 146, PP.97-98.

KESSLER C., BIELKA J., *Le drame des pères français au Japon*.

<http://blog.mondediplo.net/2011-01-12-Le-drame-des-peres-francais-au-Japon>

LEROY-BEAULIEU A., « La papauté, le socialisme et la démocratie (15 décembre 1891 et 15 janvier 1892) », *La Revue des Deux Mondes*, mai 1991.

LÜCKER-BABEL M.F., « Adoption internationale : comprendre les nouvelles normes. Principes et mécanisme de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 », *Les cahiers des droits de l'enfant*, vol. 4.

MEYER-BISCH P., *L'universalité des droits de l'homme, développée par les droits culturels*. <http://www.unifr.ch/iiedh/assets/files/DS/DS16-universalite.pdf>

MURAT P., « Les transformations de la famille : quels impacts sur les finalités de l'adoption ? » in *Informations sociales* 2/2008, n° 146.

RABATEL B., *Les « magistrats de liaison » : leur rôle dans la coopération judiciaire internationale et dans le domaine du droit comparé*, Décembre 2003. <http://www.ambafrance-uk.org/Justice-Les-Magistrats-de-liaison.html>

RUBELLIN-DEVICHI J., « Réflexions sur le devenir de l'adoption internationale », in *Informations sociales* 2/2008, n° 146.

SANTUNE L., *Ni juge, ni diplomate : magistrat de liaison - La coopération judiciaire interétatique et l'exemple franco-espagnol*-. <http://scprentes.hypotheses.org/95>

TUCCI I., « Immigration, intégration et diversité en France et en Allemagne », in *Informations sociales*, 2011-1, n°163, PP. 116-123.

VILLENEUVE-GOKALP C., « L'adoption en France, en chiffres et selon le pays », in *Informations sociales* 2/2008, n° 146.

VII. DÉCISIONS, NOTES, OBSERVATIONS, CONCLUSIONS

A- France

ABADIE L., Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, « Contestation de la demande de retour des enfants dans l'État de leur résidence habituelle et interprétation stricte des dispositions du règlement Bruxelles II bis et de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants », *Droit de la famille* n°10, octobre 2010, comm. 159.

ABRAHAM R., Conclusions sur Conseil d'État, 22 septembre 1997, Mlle Cinar, « L'effet direct de certaines stipulations de la Convention internationale sur les droits de l'enfant », *RFDA* n°3, mai-juin 1998, P. 562.

ALOUANE A., À propos de Cass. Civ. 1^{ère}, 24 juin 2015, « La violation du droit de garde par le gardien ravisseur », *Rev. crit.*, 2016, P.165.

ANCEL B.,

Note sous Cass. Civ, 1^{ère}, 16 avril 1991, « Du droit de visite transfrontière d'un enfant franco-algérien », *Rev. crit.*, 1992, P. 328.

Note sous TGI Périgueux 17 mars 1992, TGI Paris, 8 février 1993, Civ. 1^{ère}, 16 juillet 1993, « De l'action en retour dans l'enlèvement international d'enfant », *Rev. crit.*, 1993, P. 650.

AUBIN E., Obs. sur Conseil d'État, 30 janvier 2015, « Département des Hauts-de-Seine, Le retour de la prise en charge des mineurs isolés étrangers devant le juge administratif, une circulaire de trop ? » *AJCT*, 2015 P. 343.

AUDIT B., Versailles, 12 novembre 1992 et Civ. 1^{ère}, 16 décembre 1992, « Appréciation souveraine des juges du fond quant à l'exercice d'un risque grave présenté par le retour à l'étranger d'un enfant retenu illicitement en France », *Dalloz*, 1993, P. 352.

AUROY N., CRETON C., Note sous Cass. Civ, 1^{ère}, 20 janvier 2010, « Enlèvement international d'enfant ; l'ordonnance du JAF statuant sur une demande aux fins d'obtenir le retour n'est pas exécutoire de droit à titre provisoire, Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *Dalloz*, 2010, P. 552.

AVENA-ROBARDET V., À propos de TGI Nantes, 13 mai 2015, « GPA : à Nantes, le parquet résiste ! » *AJ Famille*, 2015, P. 307.

BARRIÈRE-BROUSSE I.,

Note sous CE, 22 septembre 1997, Cinar, *Chunet*, 1998, PP. 721 et s.

Note sous Reims, 29 octobre 2010, *Chunet*, 2012, P.10.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 12 janvier 2011, *Chunet*, 2011, P.15.

BATTIFOL H.,

Note sous Civ. 1^{ère}, 17 avril 1953, Rivière, *Rev. crit.*, 1953, P. 412.

Note sous Civ. 1^{ère}, 7 janvier 1964, Münzer, *Rev. Crit.*, 1964, P. 344.

BENHAMOU Y., Note sous CE, 10 mars 1995, Dermipence, *Dalloz* 1995, P.617.

BERLAUD C., À propos de Cass. Civ. 1^{ère}, 7 décembre 2016, n° 16-21.760, « Condition d'application de la Convention de La Haye sur l'enlèvement international d'enfants », *Gaz. Pal.*, n°2, P.35.

BINET J.-R., Note sous Rennes, 28 septembre 2015, *Droit de la famille*, 2015, P.201.

BLOQUEL B., À propos de Civ. 1^{ère}, 2 décembre 2015, « Enlèvement international d'enfant : précisions sur la notion de droit de garde au sens de la convention de La Haye du 25 octobre 1980 », *Gaz.Pal.*, 19 avril 2016, n°15, P.78.

BOICHÉ A.,

Obs. sous Civ. 1^{ère}, 3 décembre 2008, M Gard c. M. Milstain, *AJ Famille*, 2009, P. 78.

Commentaire de plusieurs décisions : CJUE, 5 octobre 2010, Cour Suprême des États-Unis, 17 mai 2010, CEDH, 6 juillet 2010, Cour de cassation, Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010 et CJUE, 1^{er} juillet 2010, « Enlèvement illicite d'enfants : actualité jurisprudentielle de la convention de La Haye », *AJ Famille*, 2010, P. 482.

Note sous Civ. 1^{ère}, 20 octobre 2010, « Décision de retour dans le cadre du règlement Bruxelles II bis », *AJ Famille*, 2010 P. 546.

Obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 14 mars 2012, « Précisions sur la définition du déplacement illicite », *AJ Famille*, 2012, P. 350.

Note sous Civ. 1^{ère}, 13 février 2013, « Enlèvement international : la Cour de cassation refuse de suivre la jurisprudence Neulinger de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJ Famille*, 2013, P. 185.

Note sous Civ. 1^{ère}, 20 mars 2013, « Pourquoi la jurisprudence Neulinger ne peut pas être appliquée par les juridictions françaises dans les procédures de retour », *Recueil Dalloz*, 2013, P. 1520.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 5 mars 2014, « Enlèvement illicite d'enfant et contre-enlèvement, juridiction compétente dans le cadre du Règlement Bruxelles II bis », *AJ Famille*, 2014, P. 319.

Obs. sous Civ. 1^{ère}, 19 novembre 2014, « Exceptions strictes au non retour de l'enfant », *AJ Famille*, 2014, n°12, P. 703.

Obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 4 mars 2015, « Précisions sur la définition de la résidence habituelle de l'enfant en droit européen », *AJ Famille*, 2015, n°5, P. 283.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 1^{er} avril 2015, « Le jugement d'adoption prononcé suivant les règles de la Convention de La Haye doit être transcrit », *AJ Famille*, 2015, n°6, P. 339.

BOSSE-PLATIERE H., « Enlèvements d'enfants et adoption internationale : la nécessité d'un contrôle juridictionnel des décisions des Autorités centrales. À propos de l'arrêt rendu par la Cour administrative d'appel de Paris du 11 juillet 1997 », *RFDA*, 1999, PP.414-421.

BOTTIAU A.,

Note sous Toulouse, 27 juin 2000, « Le déménagement brutal à l'étranger justifie-t-il le transfert de résidence chez l'autre parent ? » *Dalloz*, 2001, P. 2866.

Note sous Paris, 7 février 2002, « Retour de l'enfant en cas de déplacement illicite à l'étranger », *Dalloz*, 2003, P. 658.

BOULANGER F.,

Note sous Cass. Crim. 4 novembre 1992, « La loi applicable aux mesures de protection de l'enfance en danger est celle de la résidence habituelle du mineur », *Dalloz*, 1994, P.11.

Note sous CE, section, 30 juin 1999, « L'absence de contradiction entre les engagements internationaux de la France et le droit positif sur l'attribution de l'autorité parentale », *Dalloz*, 2000, P. 1.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 6 février 2001, « Enfant Rabah Adam, La détermination de la loi applicable pour l'organisation de la tutelle d'un mineur résidant en France », *Dalloz*, 2001, P. 2440.

Note sous Civ. 1^{ère}, 25 janvier 2005, « La Cour de cassation et les enlèvements internationaux d'enfants : retour à une interprétation orthodoxe de la Convention de La Haye de 1980 », *Dalloz*, 2005, P. 2790.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 17 janvier et 4 juillet 2006, « Le droit de visite et d'hébergement au regard de l'intérêt de l'enfant », *JCP*, 2006. II. 10177.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 17 octobre 2007, « L'exception au retour d'un enfant mineur dans son pays d'origine justifiée au regard des textes internationaux de protection de l'enfance », *JCP*, 2008, II, 10001.

BRIÈRE C., Note sous Cass. Civ, 1^{ère}, 10 octobre 2006, (2 arrêts), *Clunet*, 2007, P. 11.

BRUGGEMAN M., Note sous Civ. 25 mars 2009, « Zone d'attente et assistance éducative : vers une protection accrue des mineurs étranger isolés ? » *RDSS*, 2009, P. 550.

BRUNET L., Note sous Civ. 1^{ère}, 17 décembre 2008, « Un arrêt en trompe-l'œil sur la gestation pour autrui : retour du droit ou recul de la raison juridique ? » *Recueil Dalloz*, 2009, P. 340.

C. G., Note sous TGI Périgueux, 17 mars 1992, « La Convention de La Haye relative aux déplacements internationaux d'enfants vise à protéger les droits de garde et ne saurait interdire la liberté d'expatriation du titulaire du droit de garde », *Dalloz*, 1992, P. 315.

CABINET BWG ASSOCIÉS, Note sous Cass. Civ. 10 juillet 2007, « Déplacement de l'enfant à l'étranger », *Gaz. Pal.*, 2008, P. 34.

CASHIN-RITAINE E., Note sous Cass. Civ. 19 mars 2002, « Il est loisible à l'un des parents de solliciter pendant son droit de visite une nouvelle décision judiciaire sur le droit de garde de l'enfant pour ne pas tomber sous le coup d'un déplacement illicite d'enfant », *JCP*, n°40, 1^{er} octobre 2003, II.0155.

CASTELLA, C., Note sous Crim., 18 mars 2008, n° 07-83.342, « Sur une mise en lumière inédite du droit pénal de l'adoption », *RDSS*, 2008, P. 740.

CHABERT C., Note sous Cass. Civ., 18 mai 2005, « Acceptation judiciaire de l'applicabilité directe de la Convention New-York », *JCP*, 2005.II. 10115.

CHALAS C.,

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 3 décembre 2008, *Clunet*, 2009, P.15.

Commentaire à propos de Cass. Civ. 1^{ère}, 15 décembre 2010, *Clunet*, 2011, P. 10.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 26 octobre 2011, Enfants Arthur et Emma, *Clunet*, 2012, P.13.

CHENEDÉE,

Note sous CE, 27 juin 2008, *AJ Famille*, 2008, P. 342.

Note sous Civ. 1^{ère}, 4 décembre 2013, « Confirmation de la non reconnaissance des gestations pour autrui réalisées frauduleusement à l'étranger », *AJ Famille*, 2014, P.144.

CHEVALIER P., À propos de Civ., 1^{ère}, 24 septembre 2014, « Refus de transcription directe d'un jugement brésilien », *Rev. crit.*, 2015, P.165.

CHEVALLIER J.-Y., Note sous Rennes, ch. corr., 18 février 1993, *JCP*, 1994.II.22210.

CHOAIN C.,

Note sous Douai, 16 mars 1992, « Légitimation d'un enfant naturel dans le but de permettre à son père de nationalité algérienne d'exercer un droit de visite transfrontière en application de la Convention franco-algérienne du 21 juin 1988 », *Dalloz*, 1993, P.124.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 26 janvier 1994, « La Convention franco-algérienne relative aux enfants issus de couples mixtes concerne les seuls enfants légitimes. Refus du droit de visite et d'hébergement à un père algérien pour des motifs graves », *Dalloz*, 1995, P. 226.

CORNELOUP S., Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 14 avril 2010, *Clunet*, 2010, P. 10.

CORPART I.,

Analyse à propos de TGI Nantes, 13 mai 2015, « Encore un pas en avant en matière de transcription d'actes de naissance d'enfants nés à l'étranger par gestation pour autrui », *RJPF*, 2015, n°6, P. 17.

Note sous Rennes, 7 mars 2016, *RJPF*, 2016-5/10.

À propos de Civ. 1^{ère}, 16 décembre 2015, « L'audition de l'enfant n'est pas de droit lorsqu'elle est réclamée par un parent », *RJPF*, n°3, 1^{er} mars 2016.

COUARD J., Conseil d'État, 12 décembre 2014, *Dr. Famille*, 2015, alerte 13.

COURBE S.,

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 18 mai 1994, *Dalloz*, 1995, P. 20.

Note sous Civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, « L'application directe de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant », *Dalloz*, 2006, P. 1487.

COURMONT-JAMET M., Note sous Civ. 1^{ère}, 15 avril 2015, « Adoption internationale : lorsque le parquet de Nantes fait du zèle... », *Gazette du Palais*, 23 juin 2015, n° 174, P.34.

COUSTET T., À propos de Dijon, 24 mars 2016, « GPA : l'adoption par le parent d'intention n'est pas simple », *Dalloz actualité*, 5 avril 2016.

DARGENT L., Obs. sur Civ. 1^{ère}, 20 janvier 2010, « Déplacement illicite de l'enfant et décision de retour : pas d'exécution provisoire de droit », *Dalloz actualité*, 28 janvier 2010.

DEHARO G., Note sous Civ. 1^{ère}, 19 mars 2014, « Gestation pour autrui et fraude à la loi : confirmation du refus de transcription des actes de naissance et réintégration des intérêts de l'enfant », *Gaz. Pal.*, 10 avril 2014, n°100, P. 12.

DELAPORTE-CARRÉ P.,

Obs. sous Civ. 1^{ère}, 12 décembre 2006, « Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants : risque grave s'opposant au retour et choix religieux du parent », *Dalloz actualité*, 5 janvier 2007.

Obs. sous Civ. 1^{ère}, 22 mai 2007, « Convention franco-marocaine du 10 août 1981 et déplacement illicite de l'enfant », *Dalloz actualité*, 6 juin 2007.

Obs. sous Civ. 1^{ère}, 10 juillet 2007, « Déplacement illicite de l'enfant au sens de l'article 3 de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants », *Dalloz actualité*, 29 août 2007.

DENIS-LINTON M., Conclusions sur CE, 29 juillet 1994, *M. Préfet de la Seine-Maritime c/. M. et Mme Abdelmoula*, *AJDA*, 1994, P. 841.

DESOLNEUX M.,

À propos de Civ. 1^{ère}, 4 novembre 2015, « Certification d'un droit de visite et office du juge », *Lamy Droit civil*, n°133, 1^{er} janvier 2016.

À propos de Civ. 1^{ère}, 16 décembre 2015, « Un conflit familial peut justifier le refus de la demande d'audition de l'enfant », *Lamy Droit civil*, n°135, 1^{er} mars 2016.

DEVERS A.,

Veille à propos de Cass. Civ. 1^{ère}, 9 juillet 2008, « L'enlèvement de l'enfant ne fait pas obstacle à la procédure introduite en France », *JCP*, n°31, 30 juillet 2008.

Note sous Civ. 1^{ère}, 20 janvier 2010, « L'exécution provisoire de l'ordonnance de retour de l'enfant », *JCP*, 2010, P. 381.

Veille, Cass. Civ. 1^{ère}, 20 octobre 2010, « Appréciation du risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger », *JCP*, 2010, P. 1109.

DIONISI-PEYRUSSE, A.,

Note sous Civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, « La reconnaissance en France des situations créées à l'étranger, Maternité pour autrui, adoption et mariage homosexuels, polygamie et répudiation », *AJ Famille*, 2011, P.250.

À propos de Cass, Ass. Plén., 3 juillet 2015, *AJ Famille*, 2015, P. 364.

Obs. sous Rennes, 28 septembre 2015, *AJ Famille*, 2015, P. 567.

DOUVILLE, T., Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 5 mars 2014, « Juridiction en cas d'enlèvement illicite d'un enfant suivi d'un retour forcé », *Dalloz actualité*, 26 mars 2014.

DOURIS, M., Obs. à propos de Paris, 15 février 2011, « L'adoption d'un enfant recueilli en kafala et le recours à la nationalité française : mode d'emploi », *AJ Famille*, 2011, P. 320.

ÉGÉA V.,

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 9 juillet 2008, *Dalloz*, 2008, P. 2144.

Obs. sous Civ. 1^{ère}, 17 décembre 2008, « La modification unilatérale de la résidence d'un enfant constitue un déplacement illicite au sens de l'article 2, 11° du règlement Bruxelles II bis », *Dalloz actualité*, 13 janvier 2009.

EPPLER M.,

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 9 juillet 2008, « Rappel sur l'objectif visé par la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants », *Gaz. Pal.*, 2009, P. 24.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 17 décembre 2008, *Gaz. Pal.*, 2009, P. 25.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 17 juin 2009, « Nouveau refus de la Cour de cassation d'appliquer l'article 13 b) de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 », *Gaz. Pal.*, 2009, P.31.

ERSTEIN L., Note sous Conseil d'État, 30 janvier 2015, Département des Hauts-de-Seine, *JCP A*, 2015, act. 126.

FABRE-MAGNAN M., Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 13 septembre 2013, *Dalloz*, 2013, P. 2384.

FARGE M.,

Commentaire à propos de Cass. Civ. 1^{ère}, 12 janvier 2001, « Quel effet produit un jugement adoption-protection de droit malien déclaré exécutoire en France ? » *Droit de la famille*, n° 3, mars 2001, comm. 46.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 25 janvier 2005, « Enlèvement international d'enfant : la Cour de cassation assure l'efficacité de l'action en remise immédiate », *Droit de la famille*, n° 9, Septembre 2005, P. 201.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 13 juillet 2005, « Retour perplexe sur l'application directe de la Convention de New York : la référence à « l'intérêt supérieur de l'enfant » est-elle opportune ? » *Droit de la famille*, n° 2, Février 2006, comm. 42.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 22 mai 2007, « Constat de faillite de la coopération franco-marocaine : le droit à entretenir des relations personnelles avec chacun de ses parents est invoqué pour consolider un enlèvement illicite ! » *Droit de la famille*, n° 7, Juillet 2007, P. 155.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 22 mai 2007, « Une double illustration des dispositions de la Convention franco-marocaine en matière de protection des mineurs », *AJ Famille*, 2007, P. 356.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 10 octobre 2006, « Pas de passerelle entre la Kafala et l'adoption », *JCP*, 2007.II.0072 ; *Droit de la famille* n° 4, Avril 2007, comm. 96.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 9 juillet 2008, *Droit de la famille*, 2008, comm. 133.

Veille à propos de Cass. Civ. 1^{ère}, 25 février 2009, « Le refus de métamorphoser une Kafala en adoption n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant recueilli », *JCP*, 2009, P. 136.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 25 mars 2009, « Être ou ne pas être sur le territoire français : le contredit judiciaire à la fiction de l'extraterritorialité des zones d'attente », *JCP*, 2009, P. 294.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 14 avril 2010, « La lutte contre les kafalas de complaisance met en exergue la dualité de finalités de l'institution étrangère en France », *Droit de la famille*, n° 10, Octobre 2010, comm. 160.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 5 mars 2014, « Contre-enlèvement dans l'espace européen : l'hommage de la Cour de Cassation à la Cour de Luxembourg », *JCP G*, n°9, 12 mai 2014, P. 555 ; *Droit de la famille* n°6, juin 2014, comm. 105.

FAVIER Y., Commentaire à propos de Paris, 7 décembre 2004 (2 arrêts), « Condition de danger et intérêt de l'enfant autorisant l'intervention du juge des enfants », *JCP G*, 2005.II.10122.

FLEURIOT C., « Prise en charge des mineurs isolés étrangers : le comité de suivi est installé », *Dalloz actualité*, 24 juillet 2013.

FONGARO É., Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 9 juillet 2008, *Clunet*, 2009, P. 2.

FRANESKAKIS Ph., Chronique à propos de Cass. Civ. 1^{ère}, 6 février 1985, *Rev. Crit.*, 1985, P. 243.

FRISON-ROCHE M.-A., À propos de Cass. Ass. Plén., 3 juillet 2015, *Petites affiches*, 8 octobre 2015, n° 201, P. 4, 6 et 14 ; « L'enlèvement de l'enfant par sa mère justifie la perte de l'exercice de l'autorité parentale », *JCP*, 2010, P. 240.

FULCHIRON H.,

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 10 octobre 2006, « Adoption sur Kafala ne vaut », *Dalloz*, 2007, Chronique. P. 816.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, « Reconnaissance en France de l'adoption de l'enfant du partenaire de même sexe prononcée à l'étranger », *JCP G*, n°48, 29 Novembre 2010, P. 1173.

FULCHIRON H., BIDAUD-GARON C., À propos de Cass. Ass. Plén., 3 juillet 2015, « Gestation pour autrui internationale : changement de cap à la Cour de cassation », *Dalloz*, 2015, P. 1819.

GABRIEL A., Note sous Aix-en-Provence, 21 octobre 1989, « L'enlèvement de l'enfant par sa mère justifie la perte de l'exercice de l'autorité parentale », *JCP*, 2010, P. 240.

GALICHET L.,

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, « Enlèvement international d'enfant, la Cour de cassation renforce la coopération au sein de l'Union en vue du retour immédiat de l'enfant », *Droit de la famille*, n° 10, octobre 2010, P. 158.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 9 juillet 2008, « Enlèvement international d'enfant », *Droit de la famille*, n° 9, Octobre 2008, comm. 134.

GALLANT E.,

Note sous Civ. 1^{ère}, 9 juillet 2002, « Du retour d'un enfant marocain chez son père malgré l'ordonnance de non-conciliation fixant sa résidence chez sa mère en France », *Rev. crit.*, 2003, P. 466.

Note sous Civ. 1^{ère}, 25 janvier 2005, « Il ne peut être décidé de la garde avant le retour de l'enfant illicitement déplacé », *Rev. crit.*, 2006, P. 127.

Note sous Civ. 1^{ère}, 14 décembre 2005, *Enfant Eloïse*, « Le déménagement à l'étranger d'un enfant suppose le consentement des deux parents », *Rev. crit.*, 2006, P. 619.

Note sous Civ. 1^{ère}, 14 février 2006, *Mme Gettlife contre M. Grant*, « De l'action en retour malgré l'opposition de l'enfant », *Rev. crit.*, 2007, P. 96.

Note sous Civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, *Enfant Laëtitia*, *Rev. crit.*, 2007, P. 603.

Note sous Civ. 1^{ère}, 3 décembre 2008, *M Gard c. M. Milstain*, « Le juge n'est pas tenu de statuer sur l'autorité parentale dans une procédure de divorce », *Rev. crit.*, 2009, P. 537.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 26 octobre 2011, « Enfants Arthur et Emma, Du déplacement illicite in utero », *Rev. crit.*, 2012, P. 599.

Commentaire à propos de Cass. Civ. 1^{ère}, 5 mars 2014, *Chunet*, n° 3, Juillet 2014, comm. 11.

GALLMEISTER I.,

Obs. sous Civ. 1^{ère}, 14 décembre 2005, « Définition de la résidence habituelle », *Recueil Dalloz*, 2006, P. 12.

Obs. sous Civ. 1^{ère}, 3 décembre 2008, *M Gard c. M. Milstain*, *Dalloz*, 2009, P. 21.

Note sous Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, « Règlement Bruxelles II bis : retour des enfants dans l'État de leur résidence habituelle », *Dalloz actualité*, 28 juillet 2010.

Obs. sous Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, *Dalloz*, 2010, P. 1787.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 28 novembre 2012 (2 espèces), *Adoption internationale : légalisation de l'acte constatant le consentement*, *Recueil Dalloz*, 2012, P. 2889.

Note sous Civ. 1^{ère}, 13 février 2013, « Enlèvement international : appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Dalloz actualité*, 25 février 2013 ; *Recueil Dalloz*, 2013, P. 498.

Obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 24 juin 2015, *Dalloz*, 2015, P. 1437.

À propos de Cass. Ass. Plén., 3 juillet 2015, « Gestation pour autrui : transcription des actes de naissance étrangers », *Dalloz*, 2015, P. 1819.

Obs. sous Dijon, 24 mars 2016, *Dalloz*, 2016, P. 783.

GARÉ T.,

Commentaire à propos de Civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 2007, « Réflexions sur une adoption impossible », *JCP G*, 1997.II.22916.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 15 décembre 2010, « Le refus de transposer la kafala en adoption n'est pas contraire aux droits fondamentaux », *JCP G*, n°11, 14 mars 2011, P. 301.

GAUDEMET-TALLON H.,

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 7 novembre 1984, Torlet, *Clunet*, 1985, P. 434.

Note sous TGI Périgueux, 17 mars 1992 et Versailles, 12 novembre 1992, *Clunet*, 1994, P.133.

Note sous Civ. 1^{ère}, 16 juillet 1993, *Clunet*, 1994, P. 146.

Note sous Civ. 25 janvier 2005, *Clunet*, 2006, P. 141.

GAUDEMET-TALLON H., JAULT-SESEKE F., Obs. sous Dijon, 24 mars 2016, *Dalloz*, 2016, P.1045.

GENEVOIS B., À propos de Conseil constitutionnel, 13 août 1993, « Un statut constitutionnel pour les étrangers », *RFDA*, 1993, P.871.

GODECHOT-PATRIS S., À propos de Civ. 1^{ère}, 22 juin 2016, « La tentation de la révision en matière d'adoption », *RJPF*, 2016, n°10, 1^{er} octobre 2016.

GODECHOT-PATRIS S., et GUILLAUME J., Commentaire à propos de Cass. Civ. 1^{ère}, 9 mars 2011, *Clunet*, 2011, P. 20.

GOLDMAN B.,

Note sous Civ. 1^{ère}, 7 janvier 1964, Münzer, *Clunet*, 1964, P. 302.

Note sous Civ. 1^{ère}, 4 octobre 1967, Bachir, *Clunet*, 1969, P. 102.

GOSSELIN-GORAND A.,

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 5 mars 2014, « Déplacement international illicite de l'enfant et compétence du juge en matière de responsabilité parentale : c'est le premier déplacement qui compte », *L'ESSENTIEL Droit de la famille et des personnes*, 15 avril 2014, n°4, P.6.

Note sous Cass. 1^{ère}, civ., 4 mars 2015, « Le déplacement illicite de l'enfant ou la délicate appréciation de sa résidence habituelle ! » *L'ESSENTIEL Droit de la famille et des personnes*, 15 mai 2015 n° 5, P. 7.

GOUTTENOIRE A.,

Note sous Civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, « La Convention internationale des droits de l'enfant a enfin, trouvé grâce aux yeux de la Cour de cassation ! » *Droit de la famille*, n° 7, Juillet 2005, comm. 156.

Note sous Civ. 1^{ère}, 22 novembre 2005 (seconde espèce), « Intérêt supérieur de l'enfant point trop n'en faut », *Droit de la famille*, Février 2006, comm. 28.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 25 mars 2009, « La fin de l'extraterritorialité supposée des zones d'attente », *L'ESSENTIEL Droit de la famille et des personnes*, 1^{er} mai 2009 n° 2, P. 3.

Commentaire à propos de Conseil d'État, 12 décembre 2014, « Le Conseil d'État améliore le sort des enfants nés de gestation pour autrui à l'étranger », *JCP G*, n°1-2, 12 janvier 2015, P. 32.

GRATALOUP S., Note sous CE, section, 30 juin 1999, Guichard, « Les recours contre une décision d'une autorité centrale en matière d'enlèvement international d'enfant », *Droit de la famille*, 2000, chron. n°15.

GRAVELEAU P., À propos de Conseil d'État, 30 mars 1999, *Gaz. Pal.*, 2000, P. 24.

GUYON-RENARD, I., Chron. A propos de Cass. Civ. 1^{ère}, 24 juin 2015, *Dalloz*, 2015, P. 1783.

HAMMJE, P., Note sous Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, « De l'exequatur d'un jugement étranger d'adoption par la compagne homosexuelle de la mère biologique », *Rev. crit.*, 2010 P.747.

HAMOU, S., Note sous Civ. 1^{ère}, 4 mars 2015, « La notion de résidence habituelle de l'enfant au sens de l'article 8 du règlement Bruxelles II bis », *Gazette du Palais*, 23 juin 2015, n° 174, P.31.

HAUSER J.,

À propos de CE, ord. réf. 4 décembre 2002, « Actes courants et actes usuels : la délivrance d'un passeport au nom de l'enfant ou vers une autorité parentale sur mesure », *RTD Civ.*, 2003, P. 59.

Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 22 novembre 2005 et 8 novembre 2005, *RTD. civ.*, 2006, P.101.

Obs. sous Civ. 1^{ère}, 17 décembre 2008, « Maternité pour autrui et état civil : la réponse attendra », *RTD civ.*, 2009, P.106.

Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, *RTD civ.*, 2010, P. 547.

À propos de Civ. 1^{ère}, 24 octobre 2012, « Procédures et audition de l'enfant », *RTD Civ.*, 2013, P.106.

À propos de CE, 12 décembre 2014, « Les enfants nés d'une gestation pour autrui opérée à l'étranger peuvent acquérir la nationalité française », *RTD Civ.*, 2015, P. 114.

À propos de Rennes, 28 septembre 2015, « État civil des enfants nés à l'étranger d'une GPA : la valse des hypocrisies continue », *RTD Civ.*, 2016, P. 78.

À propos de Dijon, 24 mars 2016, « GPA : la fin de la prétérition et de l'hypocrisie ? » *RTD Civ.*, 2016, P. 335.

HILGER G., À propos de Cass. Ass. Plén., 3 juillet 2015, « La reconnaissance de la filiation des enfants nés d'une GPA réalisée à l'étranger après les arrêts du 3 juillet 2015 de l'Assemblée plénière », *Gazette du Palais*, 17 juillet 2015 n° 142, P. 9.

HORNECKER D., À propos de Civ. 1^{ère}, 16 décembre 2015, « L'audition de l'enfant lorsqu'elle est demandée par une partie », *Gazette du Palais*, 19 avril 2016, n°15, P.77.

HUET A., Note sous Civ. 1^{ère}, 6 février 1985, Simitch, *Clunet*, 1985, P. 460.

JAULT-SESEKE F., Note sous Civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, *Clunet*, 2006.

JAULT-SESEKE F. et PIGACHE C., Note sous Civ., 1^{ère}, 13 juillet 2005, « Contribution procédurale à l'efficacité de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants », *Dalloz*, 2006, P. 1778.

KERCKHOVE E., Note à propos de Cass. civ. 1^{ère}, 10 octobre 2006 (2 arrêts), « Droits de l'enfant », Chronique d'actualité législative et jurisprudentielle n° 3, *Petites affiches*, 10 décembre 2007 n° 246, P. 6. (kafala).

KLEINER C., Note sous Reims, 28 juillet 2009, *Clunet*, 2012, P. 16.

KOUMDADJI A., Note sous Civ. 1^{ère}, 4 décembre 2013, « La kafala et les conditions d'adoption plénière de l'enfant devenu français », *Petites affiches*, 19 juin 2014, n°122, P. 11.

LAGARDE P.,

Note sous Civ. 1^{ère}, 4 octobre 1967, Bachir, *Rev. crit.*, 1968, P. 98.

Note sous Civ. 1^{ère}, 1^{er} février 1972, *Dalloz*, 1973, P. 60.

Note sous Civ. 1^{ère}, 3 février 1982, *Rev. crit.*, 1982, P. 558.

Note sous Civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, « La convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant n'est pas directement applicable en droit interne », *Rev. crit.*, 1993, P. 449.

LAVAL S., À propos de Civ. 1^{ère}, 13 mai 2015, *Le contre-enlèvement est une réponse licite à l'enlèvement illicite d'enfant*, *Rev. Crit.*, 17 septembre 2016, P. 146.

LEGRAND V.,

Note sous Civ. 1^{ère}, 4 décembre 2013, « Kafala et adoption : le malaise perdure... », *Petites affiches*, 14 février 2014, n°33, P. 7.

À propos de Cass. Ass. Plén., 3 juillet 2015, « Reconnaissance en France de la filiation d'un enfant né d'une GPA : le bout du tunnel ? », *Petites affiches*, 6 août 2015 n° 156, P. 6.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 24 juin 2015, « Enlèvement international d'enfants : rappel de l'application stricte de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 », *Petites affiches*, 30 septembre 2015, n° 195, P.11.

LE MAIGAT P., À propos de Cass. Ass. Plén., 3 juillet 2015, « Revirements, paradoxes et incertitudes du droit français », *Gazette du Palais*, 17 septembre 2015 n° 260, P. 9.

LEPOUTRE J., Note sous CE, 12 décembre 2014, « Nationalité par filiation et convention de mère porteuse... », *AJDA*, 2015, P. 357.

LEQUETTE Y.,

Note sous Aix-en-Provence, 23 mars 1989, « Transfert à l'étranger de la résidence de l'enfant et garde conjointe au sens de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 », *Rev. crit.*, 1990, P. 529.

Note sous Civ.1^{ère}, 23 octobre 1990, « Définition de l'enlèvement international d'enfant et du risque grave couru par l'enfant », *Rev. crit.*, 1991, P. 407.

LESSI J., À propos de Conseil d'État, 27 juillet 2016, « Mineurs isolés étrangers : étendue de la compétence de l'État », *AJDA*, 2016, P. 2215.

LHUILIER J.-M., Note sous Conseil d'État, 30 janvier 2015, « Mineurs isolés étrangers : l'annulation (très) partielle de la « circulaire Taubira » du 31 mai 2013 », *RDSS*, n°2, 2015, PP. 335 et s.

LYN F., Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 6 février 2001, Enfant Rabah Adam, « Application d'office de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 relative à la protection des mineurs », *Rev. crit.*, 2002, P.114.

MARTI G., Note sous Conseil d'État, 30 janvier 2015, « Annulation partielle de la circulaire du 31 mai 2013 relative aux mineurs isolés étrangers », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°26, 29 juin 2015, P. 2194.

MARTINI J.-F., PARROT K., À propos de Cour de cassation, 11 mai 2016, « Jeunes étrangers isolés : l'impossible preuve de la minorité », *Recueil Dalloz*, 2016, P.1545.

MASSIP J.,

Note sous Civ. 1^{ère}, 6 février 1985, *Simitch*, *Dalloz*, 1985, P. 469.

Obs. sous Civ. 1^{ère}, 31 janvier 1990, *Pistre*, *Deffrénois*, 1990, P. 961.

Note sous Civ. 1^{ère}, 23 octobre 1990, « Au sens de l'article 3 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, est illicite le non-retour d'un enfant en violation d'un droit de garde, ce droit pouvant être attribué de plein droit », *Dalloz*, 1991, P. 233 ; *Deffrénois*, 1991, P. 297.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 16 juillet et 16 décembre 1992, « Appréciation souveraine des juges du fond quant au risque grave présenté par le retour de l'enfant chez sa mère à l'étranger », *Dalloz*, 1993, P. 570 ; *Deffrénois*, 1993, P. 721.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 7 juin 1995, « Une nouvelle application de la Convention de La Haye sur l'enlèvement international d'enfants », *Dalloz*, 1996, P. 468 ; *Deffrénois*, 1996, P. 336.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 22 avril 1997, « La notion de non-retour illicite de l'enfant au sens de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 », *Dalloz*, 1998, P. 289 ; *Deffrénois*, 1997, P. 1336.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, *Deffrénois*, 2010, P. 2029.

MÉLIN F.,

À propos de Civ. 1^{ère}, 7 décembre 2016, « Conditions de l'exequatur d'un jugement étranger d'adoption », *Dalloz actualité*, 20 décembre 2016.

À propos de Cass. Civ. 1^{ère}, 7 décembre 2016, n° 16-20.858, « Enlèvement international et retour immédiat de l'enfant », *Dalloz actualité*, 1^{er} janvier 2017.

À propos de Cass. Civ. 1^{ère}, 7 décembre 2016, n° 16-21.760, « Détermination du caractère illicite du déplacement d'enfant », *Dalloz actualité*, 3 janvier 2017.

MESA R.,

À propos de Cass. Civ. 1^{ère}, 24 juin 2015, « Droit de garde et déplacement illicite d'enfant », *Dalloz actualité*, 6 juillet 2015.

À propos de Cass. Ass. Plén., 3 juillet 2015, « Revirement relatif à la retranscription des actes de naissance d'enfants nés d'une GPA », *Dalloz actualité*, 7 juillet 2015.

MIRKOVIC A.,

Note sous Cass. Civ. 13 septembre 2013, *JCP G*, 2013, P. 985.

Obs. à propos de Dijon, 24 mars 2016, *JCP G*, act. 423.

MONÉGER F.,

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 16 avril 1991, « La référence aux difficultés passées ne permet pas de caractériser les circonstances exceptionnelles exigées pour permettre l'aménagement du droit de visite par le père algérien : interdiction de sortie du territoire », *Dalloz*, 1992, P. 25.

Obs. sous Cass. Crim., 4 novembre 1992, « Déchéance d'autorité parentale à l'encontre d'un parent étranger. Placement de l'enfant auprès de l'aide sociale à l'enfance », *RDSS*, 1993, P. 531.

Note sous TGI Rennes, 13 juin 1994, Ministère Public c/ Martine Doua, *RDSS*, 1994, P. 503.

Note sous Civ. 1^{ère}, 15 juin et 12 juillet 1994, « Convention de La Haye sur les enlèvements internationaux d'enfants, du 25 octobre 1980. Mise en œuvre de l'action en remise d'enfants », *RDSS*, 1995, P. 604.

Note sous CE 29 juillet 1994, Préfet de la Seine-Maritime c/ M. et M Abdelmoula, *RDSS*, 1995, P. 167.

Note sous CE, 22 septembre 1997, Mlle Cinar, « Le Conseil d'État met en avant l'intérêt supérieur de l'enfant contenu dans la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant », *RDSS*, 1998, P.174.

Note sous Paris, 16 mai 2000, « Le juge des enfants peut-il prendre une mesure d'assistance éducative au profit d'un enfant étranger de plus de 18 ans, mineur selon sa loi nationale ? » *RDSS*, 2000, P. 609.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 6 février 2001, « Enfant Rabah Adam, La mise en place d'une tutelle pour un mineur étranger confié à l'aide sociale à l'enfance par un juge des enfants », *RDSS*, 2001, P. 360.

MONTECLER (De) M.-C.,

« Dispositif de répartition des mineurs isolés étrangers : le Conseil d'État botte en touche », *AJDA*, 2013, P. 1247.

« Mineurs isolés étrangers : le Conseil d'État botte en touche », *Dalloz actualité*, 20 juin 2013.

« Mineurs isolés étrangers : rejet du recours des départements », *Recueil Dalloz*, 2013, P.1552.

Note sous Conseil d'État, 30 janvier 2015, « Département des Hauts-de-Seine, MIE : petite victoire pour les départements », *AJDA*, 2015, P. 188.

À propos de Conseil d'État, 27 juillet 2016, « Mineurs isolés étrangers : la compétence très subsidiaire de l'État », *Dalloz actualité*, 29 juillet 2016, P. 2215 ; *AJDA*, 2016, P. 1543.

MUIR-WATT H.,

Note sous Civ. 1^{ère}, 31 janvier 1990, Pistre, *JCP*, 1991.II.21635.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 8 décembre 1993, « Des garanties des droits du père naturel lors du changement de résidence de l'enfant », *Rev. crit.*, 1994, P. 553.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 15 juin et 12 juillet 1994, « De l'appréciation du danger dans le cadre d'une action en retour d'un enfant illégalement déplacé », *Rev. crit.*, 1995, P.96.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 22 avril 1997, « Le non-respect d'un accord des parents sur la résidence de l'enfant constitue une violation du droit de garde », *Rev. crit.*, 1997, P.746.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 9 juillet 2008, « Computation du délai d'un an dans lequel le retour immédiat de l'enfant illégalement déplacé peut être ordonné », *Rev. crit.*, 2008, P. 241.

MURAT P.,

Obs. sous CE, 8 février 1999, *Dr. Fam.*, 1999, comm. n°40.

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 4 juillet 2006, « Le « principe californien » à la française ou la Cour de cassation part en guerre contre les coups de force », *Droit de la famille*, n° 10, Octobre 2006, comm. 188.

Note sous Civ. 1^{ère}, 17 octobre 2007, « L'audition de l'enfant et la décision de non-retour en matière d'enlèvement international d'enfant », *Droit de la Famille*, n° 11, Novembre 2007, comm. 204.

NEIRINCK C.,

À propos de Civ. 1^{ère}, 18 mai et 14 juin 2005, « L'application de la Convention internationale de l'enfant à la découpe : à propos d'un revirement de jurisprudence », *RDSS*, 2005, P. 814.

Note sous, Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, « *Homoparentalité et ordre public* », *RDSS*, P.1128.

Note sous Versailles, 15 décembre 2010, « Compétence territoriale et changement de résidence de l'enfant », *Droit de la famille*, n°10, Octobre 2011, comm. 151.

Commentaire à propos de Cass. Civ. 1^{ère}, 19 novembre 2014, « Enlèvement international d'enfants : les exceptions au retour immédiat doivent être appréciées avec rigueur », *Droit de la famille*, n°2, Février 2015, comm. 31.

Commentaire à propos de Conseil d'État, 12 décembre 2014, *Droit de la famille*, 2015.

Commentaire à propos de Conseil d'État, 30 janvier 2015, « Département des Hauts-de-Seine, L'annulation partielle de la circulaire relative aux modalités de prise en charge des jeunes isolés étrangers », *Droit de la famille*, n°3, Mars 2015, comm. 52.

Commentaire à de Civ. 1^{ère}, 4 mars 2015, « La résidence habituelle de l'enfant de parents séparés vivant dans des pays différents », *Droit de la famille*, n° 5, Mai 2015, comm. 95.

PAITRE J.-P., Conclusions sur Cour administrative d'appel de Paris, 11 juillet 1997, « Refus du Garde des Sceaux de prêter l'assistance prévue par la Convention de La Haye sur l'enlèvement international », *RFDA*, 1998, P. 1035.

PANNIER J., Note sous TGI Toulon, 4 juin 2007, *Gaz. Pal.*, 2007. P. 11.

PÉROZ H.,

Obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 9 mars 2011, *L'ESSENTIEL Droit de la famille et des personnes*, 20 mai 2011 n° 5, P. 7.

Obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 26 octobre 2011, *L'ESSENTIEL Droit de la famille et des personnes*, 15 décembre 2011 n° 11, P. 5.

PETIT C., Avis à propos de Civ. 1^{ère} 13 septembre 2013, *Dalloz*, 2013, P. 2377.

PLAISANT, Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 17 avril 1953, *Rivière, Clunet*, 1953, P. 860.

POISSON-DROCOURT É.,

Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 7 novembre 1984, *Torlet, Dalloz*, 1985, P. 459.

Note sous Civ. 1^{ère}, 31 janvier 1990, *Pistre, Rev. crit.*, 1990, P. 519.

Note sous TGI Paris, 4 mai 1998, *Dalloz*, 1999, P. 15.

PONSARD A., Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 19 février 1963, *Clunet*, 1963, P. 986.

POUPEAU D., À propos de CE, Ord., 9 janvier 2015, « Nouvelle précision sur l'éloignement des mineurs isolés étrangers », *AJDA*, 2015, P. 136.

REIN-LESCASTEREYRES I., WASZEK J., À propos de Rennes 7 mars 2016 et Dijon, 24 mars 2016, « Gestation pour autrui, la quête du lien juridique entre l'enfant et le parent d'intention se poursuit, pour l'heure sans succès », *Gazette du Palais*, n°26, P.70.

RIHAL H., CAVANIOL A., Note sous CE, Ord., 12 mars 2014, « Le juge des référés libertés et les mineurs isolés étrangers : de nouvelles contraintes pour le service de l'aide sociale à l'enfance », *RDSS*, 2014, P. 531.

RUBELLIN-DEVICHI J., Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, *Lejeune, JCP*, 1993.I. 3688, P. 300.

RUDULIER (Le) N., Note sous Civ. 1^{ère}, 23 mai 2012, « Adoption internationale : maintien du principe de légalisation du consentement », *Dalloz actualité*, 5 juin 2012.

SALAME G., Note sous Civ.1^{ère}, 14 juin 2005, *Gaz. Pal.*, 2005, P.6.

SALVAGE-GEREST P.,

« Adoption internationale : halte à la présomption irréfragable de vice du consentement parental - Réflexions sur l'article 370-3, alinéa 3 du Code civil après l'arrêt de la cour d'appel de Rennes du 29 janvier 2007 », *Droit de la famille*, n° 3, Mars 2007, étude 8.

Obs. à propos de Civ. 1^{ère}, 24 septembre 2014, « Refus de transcription directe d'un jugement brésilien », *AJ Famille*, 2014, P. 629.

SAVATIER, Note sous Civ., 8 novembre 1943, Fayeulle, *Dalloz*, 1944, P.65.

SIMON-DEPITRE M., Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 7 novembre 1984, Torlet, *Rev. crit.*, 1985, P. 533.

SIFFREIN-BLANC, C., Note sous Civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, « La gestation pour autrui heurte les principes essentiels du droit français », *Dalloz Actualité*, 14 avril 2011.

SINDRES, D., À propos de Cass. Ass. Plén., 3 juillet 2015, « Brèves remarques sur les arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015 ouvrant la voie à la reconnaissance en France de la GPA », *Dalloz*, 2015, P. 1773.

SLAMA S.,

Note sous CE, Ord., 12 mars 2014, « MIE : injonction en référé-liberté, à une conseil général d'assurer l'hébergement d'un jeune étranger reconnu mineur par le juge des enfants », *AJ Famille*, 2014, P 251.

Note sous TA Nantes 18 mars 2014, « Capacité à agir d'un mineur isolé étranger contre la légalité d'une obligation de quitter le territoire français », *AJ Famille*, 2014, P 381.

TAHRI C., À propos de Cass. Civ. 1^{ère}, 28 novembre 2012 (2 espèces), « Caractère obligatoire de la légalisation des actes étrangers de consentement à l'adoption plénière », *Dalloz actualité*, 14 décembre 2012.

THOURET S., Note sous Civ. 1^{ère}, « Audition du mineur : l'absence de discernement ne peut résulter du seul âge de l'enfant », *AJ Famille*, 2015, n°5, P. 282.

TOURNEPICHE A.-M., Note sous CE, 24 mars 2004, « Extension de possibilités du regroupement familial », *AJDA*, 2004, P. 1425.

VASSEUR F., Note sous Tribunal administratif de Lyon, 12 juin 1996, « Une étrangère ne peut être renvoyée dans son pays d'origine où ses filles risqueraient d'être excisées », *Dalloz*, 1998, P. 304.

VAUVILLÉ F., Obs. sous CE 8 février 2009, *Dalloz*, 2000, Somm. P.161.

VERDOT A., Note sous Aix-en-Provence, 24 octobre 2006, « Quand la kafala devient adoption simple... au prix du contournement de la loi », *JCP*, 2007.II.10073.

VIGANOTTI E.,

Note sous Civ. 1^{ère}, 4 décembre 2013, « Adoption et kafala : le providentiel article 21-12 du Code civil ne peut pas tout faire », *Gaz. Pal.*, 6 février 2014, n°37, P. 12.

Note sous CA Paris, 13 février 2014, « Autorité parentale : interdiction de sortie de territoire », *AJ Famille*, 2014, P. 306.

Note sous Rennes, 7 mars 2016 (2 décisions), « Filiation, mères porteuses et droits de l'homme : la difficile balance », *Gaz. Pal.*, 7 juin 2016, n°21, P. 21.

ZELCEVIC-DUHAMEL A., Commentaire à propos de Civ. 1^{ère}, 19 septembre 2007, « L'absence d'audition de l'enfant n'est pas nécessairement contraire à ses intérêts », *JCP G*, 2008, II, 10026, n°6.

B- DÉCISIONS ÉTRANGÈRES, EUROPÉENNES ET INTERNATIONALES

ANCEL.B, MUIR-WATT H., Note sous Cour suprême du Canada, 26 janvier 1994, « Application de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfant », *Rev. crit.*, 1995, P.342.

AVOU (d') L., Note à propos de CEDH, 26 juin 2014, *Dalloz*, 2014, P. 1806.

BATTEUR A., À propos de CEDH, 21 juillet 2016, « Gestation pour autrui : nouvelle condamnation de la France », *L'ESSENTIEL Droit de la famille et des personnes*, 30 novembre 2016, n° 10, P. 4.

BEDDIAR N., Note sous CEDH, 19 janvier 2012, *Popov c/ France*, *Petites affiches*, 12 août 2013 n° 160, P. 3.

BOICHÉ A.,

Note sous CEDH, 6 novembre 2008, *Carlson c/ Suisse*, « Exigence de célérité conforme à la Convention européenne des droits de l'homme », *AJ Famille*, 2009, P. 225.

Obs. sous CJUE, 23 décembre 2009, *AJ Famille*, 2010, P. 131.

Note sous CJUE, 3^{ème} ch., 5 octobre 2010, aff. C-400/10, « Enlèvement illicite d'enfants : actualité jurisprudentielle de la convention de La Haye », *AJ Famille*, 2010, P. 482.

Note sous CEDH, Grande ch., 26 novembre 2013, n°27853/09, « Enlèvement international d'enfants : la Cour européenne des droits de l'homme revient sur sa jurisprudence *Neulinger* », *AJ Famille*, 2014, P. 58.

BOLLÉE S., Note sous CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c/ France*, « Enfant conçu à l'étranger : précisions sur l'établissement de la filiation d'une gestation pour autrui », *Rev. crit.*, 2015, P.144.

BOULANGER F., Note sous CJUE, 3^{ème} ch., 5 octobre 2010, aff. C-400/10, « Les limites de l'égalité parentale dans le déplacement international d'enfants nés hors mariage », *JCP*, 2010, P. 1327.

BRIÈRE C., Note sous de CJUE, 23 décembre 2009, « Bruxelles II bis : mesure provisoire sur mesure provisoire ne vaut », *Recueil Dalloz*, 2010, P. 1055.

BRUGGEMAN M.,

Veille à propos de CJUE, communiqué, 23 décembre 2009, *Droit de la famille*, n°2, Février 2010, alerte 7.

CJUE, communiqué de presse n°71/10, « Déplacement illicite d'enfant : interprétation stricte du Règlement Bruxelles II bis », 1^{er} juillet 2010, *Droit de la famille*, n° 9, Septembre 2010, alerte 56.

Veille à propos de CEDH, communiqué du greffier, 6 juillet 2010, *Droit de la famille*, n°10, octobre 2010, alerte 65.

Veille à propos de CEDH, communiqué, 1^{er} février 2011, *Droit de la famille*, n°4, avril 2011, alerte 29.

Note sous CEDH, 4 juin 2012, M. R. et L. R. c/ Estonie, *Droit de la famille*, 2012, comm. 122.

Note sous CEDH, 10 juillet 2012, B. c/ Belgique, « Retour sur les décisions de non-retour », *Droit de la famille*, n°10, Octobre 2012, comm. 147.

BURGORGUE-LARSEN L., Chronique à propos de CEDH, 26 juin 2014, *AJDA*, 2014, P.1763.

CAIRE A.-B., Note sous CEDH, 21 juillet 2016, « Vers un réexamen des décisions civiles définitives rendues en matière d'état des personnes après une condamnation de la CEDH ? », *Dalloz*, 2016, P. 2152.

CHÉNEDÉ F., Note à propos de CEDH, 26 juin 2014, *Dalloz*, 2014, P. 1797.

COURNIL C., À propos de la décision : CEDH du 12 octobre 2006, Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique, « Aux « confins des droits » des mineurs étrangers non accompagnés, détenus et refoulés », *Rev. crit.*, 2008, P. 35.

COUSTET T.,

Observations à propos de CEDH, 26 juin 2014, *Dalloz Actualité*, 30 juin 2014.

À propos de CEDH, 21 juillet 2016, « CEDH : nouvelle condamnation de la France en matière de GPA », *Dalloz actualité*, 25 juillet 2016.

DEVERS A.,

Note sous CJCE, 11 juillet 2008, « Force exécutoire de la décision de retour ordonnée par le juge de l'État d'origine », *JCP*, 2008.II. 10207.

Note sous CJUE, 1^{er} juillet 2010, aff. C-211/10 PPU, Povse c/ Alpago, « Une nouvelle procédure préjudicielle d'urgence sur les enlèvements intra-européens d'enfants », *JCP*, 2010, P. 956.

DIONISI-PEYRUSSE A.,

Obs. à propos de CEDH, 26 juin 2014, *AJ Famille*, 2014, P. 396.

Obs. à propos de CEDH, 21 juillet 2016, *AJ Famille*, 2016, P. 407.

DOMINGO L., Commentaire à propos de Conseil d'État, 30 janvier 2015, Département des Hauts-de-Seine, *JCP A*, 2015, P.2077.

ÉGEA V., Obs. Sous CJUE, 23 décembre 2009, « Lutte contre les enlèvements internationaux d'enfants », *Dalloz actualité*, 21 janvier 2010.

FARGE. M., Commentaire à propos de CJUE, 3^{ème} ch., 5 octobre 2010, « Les déplacements illicites d'enfants et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Droit de la famille*, n° 3, mars 2011, comm. 50.

FULCHIRON H., BIDEAU-GARON C., Chronique à propos de CEDH, 26 juin 2014, *Dalloz*, 2014, P. 1376, P. 1773.

GALLANT E., Note sous CJUE, 2 avril 2009, « De la résidence habituelle au regard des règles de compétence posées par le règlement « Bruxelles II bis » », *Rev. crit.*, 2009, P.791.

GALLMEISTER I.,

Obs. à propos de CEDH, 6 juillet 2010, *Dalloz*, 2010, P. 2062.

Note sous CJUE, 5 octobre 2010, « Déplacement illicite de l'enfant, au sens du règlement Bruxelles II bis », *Dalloz*, 2010, P. 2516 ; *Dalloz actualité*, 20 octobre 2010.

Obs. à propos de CEDH, 7 mars 2013, Raw, « Inexécution d'une décision de retour : condamnation de la France », *Dalloz Actualité*, 27 mars 2013.

GOUTTENOIRE A.,

À propos de CEDH 2 septembre 2003, « La Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement d'enfants n'est applicable que si l'enlèvement est illicite », *Droit de la famille*, n° 6, Juin 2004, comm. 98.

Observations à propos de CEDH, 26 juin 2014, *JCP G*, 2014, P.1486.

GOUTTENOIRE A., BONFILS P., Obs. à propos de CEDH, 26 juin 2014, *Dalloz*, 2014, P.1788.

GOUTTENOIRE A., BRUNET L., Obs. à propos de CEDH, 22 juin 2006, Bianchi c/ Suisse, *Dalloz*, 2007.

GOUTTENOIRE A. et SALVAGE-GEREST P., Note sous CEDH, 22 juin 2004, « Droit au respect de la vie familiale et adoption internationale, une « première » déconcertante : l'arrêt de la CEDH du 22 juin 2004 », *Droit de la famille*, n° 12, Décembre 2004, étude 30.

GRANIER-LAMBRECHTS F., Observations à propos de CEDH, 26 juin 2014, *Dalloz*, 2015, P.708.

GUEZ Ph., Note sous CJCE, 2 avril 2009, « De quelques précisions essentielles sur la mise en œuvre du Règlement « Bruxelles II bis » », *Gaz. Pal.*, 2009, P.15.

GUILLAUMÉ J., Commentaire à propos de CEDH, 26 juin 2014, Mennesson c/ France, *Clunet*, n°4, Octobre 2014, P.1265.

HAFTEL B., Observations à propos de CEDH, 26 juin 2014, *AJ Famille*, 2014, P.499.

HAMMJE P., À propos de CEDH, 4 octobre 2012, Harroudj c/ France, « L'interdiction d'adoption face aux droits fondamentaux », *Recueil Dalloz*, 2012, P. 2947.

HAUSER J.,

Observations à propos de CEDH, 26 juin 2014, *RTD Civ.*, 2014, P. 616.

À propos de CEDH, 21 juillet 2016, « GPA : inscription à l'état civil », *RTD Civ.*, 2016, P. 819.

IDOT L.,

Note sous CJUE, 11 juillet 2008, « Conflit de juridictions et enlèvement d'enfant », *Europe*, n° 10, Octobre 2008, comm. 351.

Note sous CJUE, 23 décembre 2009, « Conflit de juridictions et enlèvement d'enfant », *Europe*, n° 1, Janvier 2010, comm. 57.

Note sous CJUE, 3e ch., 1^{er} juillet 2010, aff. C-211/10 PPU, Doris Povse, « Déplacement illicite et compétence de la juridiction d'origine, « Règlement Bruxelles II Bis » », *Europe*, n° 10, Octobre 2010, comm. 349.

Note sous CJUE, 3^{ème} ch., 5 octobre 2010, aff. C-400/10 PPU, J.McB, « Déplacement illicite d'enfant et droit de garde, « Règlement Bruxelles II Bis » », *Europe*, n° 12, Décembre 2010, comm. 447.

LE BOURSICOT M.-C., À propos de CEDH, 26 juin 2014, « Saga judiciaire de la gestation pour le compte d'autrui : retour à la transcription... », *RJPF*, n° 2, 1^{er} février 2016.

LE MAIGAT P., À propos de CEDH, 21 juillet 2016, « Gestation pour autrui : pour en finir avec l'article 16-7 du Code civil », *Gazette du Palais*, 6 septembre 2016, n° 30, P. 23.

MARGUÉNAUD J.P.,

À propos de CEDH, 25 janvier 2000, Ignaccolo-Zénide c/ Roumanie et 13 juillet 2000, Scozzari et Giunta c/ Italie, « L'importance grandissante des mesures de préparation des rencontres entre parents et enfants séparés », *RTD Civ.*, 2001, P. 451.

À propos de CEDH, 6 juillet 2010, Neulinger et Shuruk c/ Suisse, « L'intérêt supérieur de l'enfant, instrument d'hégémonie de la Convention EDH sur les conventions procédurales », *RTD Civ.*, 2010, P. 735.

Obs. à propos de CEDH, 26 juin 2014, *RTD Civ.*, 2° 14, P. 385.

MATIGNON É., Note sous CEDH, 5^{ème} Sect., 11 octobre 2012, C.N. et V. c. France, Req. n° 67724/09, « Regards sur la servitude humaine », *Petites affiches*, 12 décembre 2012, n° 248.

MAUCLAIR S., À propos de CEDH, 21 juillet 2016, « L'insoluble question de la gestation pour autrui », *RJPF*, n° 11, 1^{er} novembre 2016.

MUIR-WATT H.,

À propos de CJUE, 11 juillet 2008, Inga Rinau, « Convention de La Haye sur les enlèvements internationaux d'enfants du 25 octobre 1980. Mise en œuvre de l'action en remise d'enfants », *Rev. crit.*, 2008, P. 871.

À propos de Cour suprême des États-Unis, 17 mai 2010, Timothy Mark Cameron Abbott v. Jacquelyn Vaye Abbott, « Enlèvement international d'enfant : violation par le parent gardien d'une restriction territoriale posée par l'État de résidence », *Rev. crit.*, 2010, P. 519.

Commentaire à propos de CJUE, 1^{ère} ch., 22 décembre 2010, aff. C-497/10 PPU, Barbara Mercredi, « Enlèvement international d'enfant et ordre de retour : compétence et vie privée », *Rev. crit.*, 2012, P. 172.

MUZNY P., Commentaire à propos de la décision de la CEDH du 12 octobre 2006, Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique, « Non respect de la protection des mineurs étrangers isolés », *Dalloz*, 2007, P.771.

NATO-KALFANE R., À propos de la décision de la CEDH du 21 juillet 2016, « Gestation pour autrui devant la CEDH : après une nouvelle condamnation de la France, quelles suites pour les parties concernées ? » *Gazette du Palais*, n°1, P.80.

NEIRINCK C., Commentaire à propos de CEDH, 26 juin 2014, *Dr. Famille*, 2014.

NORD N., À propos de CEDH, 1^{er} février 2011, Dore c/ Portugal, « Inefficacité de la procédure de retour de l'enfant », *AJ Famille*, 2011, P.159

PASTRE-BELDA B.,

Note sous CEDH, 6 juillet 2010, « L'article 8 fait obstacle au retour d'un enfant déplacé illicitement », *JCP*, 2010, P.824.

Note sous CEDH, 26 juin 2014, Mennesson c/ France, « Obligation de reconnaître le lien de filiation entre un père et son enfant biologique né d'une GPA à l'étranger », *JCP G*, n°28, 14 juillet 2014, P.827.

POUPEAU D.,

À propos de CEDH, 10 juillet 2014, Mugenzi c/ France, n° 52701/09, Tanda-Muzinga c/ France, n° 2260/10, Senigo Longue et autres c/ France, n° 19113/09, « La CEDH exige de la France « souplesse et célérité » pour le regroupement familial », *AJDA*, 2014, P. 1463.

À propos de CEDH, 12 juillet 2016, « La France à nouveau condamnée pour la rétention de jeunes enfants », *AJDA*, 2016, P. 1423.

SUDRE F.,

Obs. sous CEDH, 6 novembre 2008, Carlson c/ Suisse, *JCP G*, 2009, I, 104, n°12.

Veille à propos de CEDH, 7 mars 2013, Raw, Requête 10131/11, « L'intérêt de l'enfant : pas si supérieur que ça ! » *JCP G*, n°14, 1^{er} avril 2013, P. 392.

Chronique à propos de CEDH, 26 juin 2014, *JCP G*, 2014 P. 832.

Obs. sous CEDH, 21 juillet 2016, *JCP*, 2016, P. 965.

VIGANOTTI É.,

Note sous CEDH, 10 juillet 2012, « Enlèvement international d'enfant : encore une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJ Famille*, 2012, P. 562.

Note sous CJUE, 9 octobre 2014, « Retour de l'enfant et résidence habituelle », *AJ Famille*, 2014, P. 637.

Commentaire à propos de CEDH, 5 février 2015, Requête 66775/11, MM. Phostra Efthymiou et Ribeiro Fernandes c/ Portugal, *Gazette du Palais*, 26 mars 2015, n° 85, P. 19.

VIGNES D-H., L'arrêt de la CIJ du 28 novembre 1958 (Affaire relative à la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, Pays-Bas contre Suède), in « *Annuaire français de droit international* », Vol. 4, 1958, PP. 250-256.

VIII. CONVENTIONS INTERNATIONALES

A- TEXTES MULTILATERAUX

- CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

« Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs ». Conférence de La Haye de droit international privé : <http://www.hcch.net>.

« Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants ». Conférence de La Haye de droit international privé : <http://www.hcch.net>.

« Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale ». Conférence de La Haye de droit international privé : <http://www.hcch.net>.

(Cf. Rapport de la Commission spéciale sur la mise en œuvre de cette convention, octobre 1994).

« Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants ». Conférence de La Haye de droit international privé : <http://www.hcch.net>.

- CONSEIL DE L'EUROPE

« Convention de Luxembourg du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants ».

<http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/105.htm>

« Convention relative à l'exercice des droits de l'enfant du 22 janvier 1996 ».

<http://www.droitsenfant.com/telecharge/convention-europeenne-droitsenfant-1996pdf.pdf>

« Convention sur les relations personnelles concernant les enfants du 15 mai 2003 ».

<http://conventions.coe.int>

- NATIONS-UNIES

« Convention de Genève du 28 juillet 1951 sur le statut des réfugiés ».

http://www.ofii.fr/IMG/pdf/Convention_de_Geneve.pdf

« Protocole additionnel à la convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, du 31 janvier 1967 ».

http://www2.ohchr.org/french/law/pdf/protocoltraffic_fr.pdf

« Convention de New-York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant ».

<http://www.unicef.org/morocco/french/CDE.pdf>

- UNION EUROPÉENNE

« Règlement (CE) n°2201/2003 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) n°1347/2000 », *JOUE L* 338, 23 décembre 2003, P.1 ; *Rev. crit.*, 2004, P. 209.

B- CONVENTIONS BILATÉRALES

ALGÉRIE, « Convention du 21 juin 1988 relative aux enfants issus de couples mixtes séparés franco-algériens ». Conférence de La Haye de droit international privé : <http://www.hcch.net>.

ÉGYPTE, « Convention du 15 mars 1982 relative à la coopération judiciaire en matière civile y compris le statut personnel, et en matière sociale, commerciale et administrative ». Conférence de La Haye de droit international privé : <http://www.hcch.net>.

LIBAN, « Accord du 12 juillet 1999 concernant la coopération en certaines matières familiales ». Conférence de La Haye de droit international privé : <http://www.hcch.net>.

MAROC, « Convention du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire ». Conférence de La Haye de droit international privé : <http://www.hcch.net>.

TUNISIE, « Convention du 18 mars 1982 relative à l'entraide judiciaire en matière de droit de garde des enfants, de droit de visite et d'obligations alimentaires ». Conférence de La Haye de droit international privé : <http://www.hcch.net>.

IX. SITES INTERNET

Conférence de La Haye de droit international privé : <http://www.hcch.net>

Conseil de l'Europe: <http://www.coe.fr>

La documentation française : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr>

Ministère de la Famille et de l'Enfance : <http://famille.gouv.fr>

Mission de l'adoption internationale : <http://www.diplomatie.gouv.fr/mai>

Nations-Unies: <http://www.un.org>

UNICEF : <http://www.unicef.org>

Union Européenne : <http://www.europa.org>

AUTRES :

- http://www.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/17965_kamdem.pdf

- <http://www.fede.org/files/Europe/UDH/13-BECKER.pdf>
- [http://www.reseau-asie.com/userfiles/file/I01_galan_droit_enfant_japon\(3\).pdf](http://www.reseau-asie.com/userfiles/file/I01_galan_droit_enfant_japon(3).pdf)
- <http://www-cdpf.u-strasbg.fr>.
- <http://www.unifr.ch/iiedh/assets/files/DS/DS16-universalite.pdf>
- www.philosophie-droit.asso.fr/.../169.pdf
- <http://www.droitsenfant.com/telecharge/convention-europeenne-droitsenfant-1996pdf.pdf>
- <http://abandon-adoption.hautetfort.com/archive/2008/10/21/notre-adoption-est-un-echec.html>
- <http://blog.mondediplo.net/2011-01-12-Le-drame-des-peres-francais-au-Japon>
- <http://www.petales.org>
- <http://www.la-croix.com/Actualite/France/Il-m-a-promis-qu-il-ne-me-ferait-pas-de-mal-et-je-l-ai-cru-2014-05-13-1149678>
- <http://www.rfi.fr/emission/20130619-detresse-mineurs-isoles-etrangers/>
- http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/Je_suis_etranger_et_je_reside_en_France_cle88a451-1.pdf
- Des milliers d'enfants migrants ont disparu en Europe.
<http://www.lefigaro.fr/international/2016/01/31/01003-20160131ARTFIG00123-des-milliers-d-enfants-migrants-ont-disparu-en-europe.php>.
- *Comment 10.000 enfants réfugiés peuvent disparaître des radars ?*
<http://tempsreel.nouvelobs.com/monde/migrants/20160201.OBS3811/comment-10-000-enfants-refugies-peuvent-disparaitre-des-radars.html> ;
- L'invisibilité des mineurs étrangers non accompagnés qui traversent l'Europe.
<http://tempsreel.nouvelobs.com/monde/migrants/20160201.OBS3811/comment-10-000-enfants-refugies-peuvent-disparaitre-des-radars.html> ;
- L'inquiétante disparition d'au moins 10000 enfants migrants en Europe.
<http://www.rfi.fr/europe/20160131-europol-inquietante-disparition-moins-10000-enfants-migrants-europe>.

INDEX

A

Adoption internationale

- Agrément, 274, 275, 276, 280, 305, 509, 533, 552
- Conditions, 281, 282, 552, 624, 625
- Consentement
 - à l'adoption, 270, 285, 300, 457, 541, 550, 552, 554, 670
 - de l'enfant à son adoption, 310, 624, 625, 699
 - douteux, 550, 553, 555, 697
- Conséquences de la naturalisation de l'adoption étrangère
 - Irrévocabilité en France de l'adoption plénière, 284, 285, 293, 297, 298, 299, 303, 306, 307, 309, 546, 551
 - Révocation à l'étranger de l'adoption plénière, 297, 303, 306, 308
- Échecs de l'adoption, 305, 306, 308, 309, 311, 313, 625, 648
- Effets
 - de l'adoption prononcée à l'étranger (naturalisation), 292, 298, 299, 300, 301, 307, 388, 476, 477, 486, 691
 - de l'adoption prononcée en France, 292, 293, 691
- Intervention de la loi personnelle de l'adoptant, 281, 691
- Intervention de la loi personnelle de l'adopté, 284, 286, 691
- Statut prohibitif, 288, 291, 363, 366, 459, 471, 538, 540, 543, 697
- Subsidiarité, 409, 462

Arrêt *Bachir*, 235, 236, 664, 665

Arrêt *Barbara Mercredi*, 195, 674

Arrêt *Bianchi*, 673

Arrêt *Boll*, 89, 377, 378, 448

Arrêt *Cinar*, 118, 656, 657, 667

Arrêt *Dermipence*, 118, 657

Arrêt *Dore*, 224, 675

Arrêt *Gettlife*, 622, 663

Arrêt *Guichard*, 249, 250, 664

Arrêt *Harroudj*, 547, 673

Arrêt *Ignaccolo-Zénide*, 620, 674

Arrêt *Inga Rinau*, 518, 674

Arrêt *Lejeune*, 119, 120, 669

Arrêt *Maumousseau*, 222, 229

Arrêt *Münzer*, 235, 657, 664

Arrêt *Neulinger et Shuruk*, 222, 512, 674

Arrêt *Pistre*, 284, 286, 544, 666, 668, 669

Arrêt *Popov*, 328, 671

Arrêt *Prieur*, 47
 Arrêt *Raw*, 224, 673, 675
 Arrêt *Rivière*, 162, 282, 657, 669
 Arrêt *Scheffel*, 48
 Arrêt *Scozzari et Giunta*, 620, 674
 Arrêt *Simitch*, 46, 235, 236, 665, 666
 Arrêt *Timothy Mark Cameron Abbott*, 182, 674
 Arrêt *Torlet*, 282, 284, 292, 663, 669, 670
 Arrêt *Weiss*, 45
 Asile (droit d'), 4, 314, 317, 318, 319, 321, 323, 328, 336, 341, 344, 352, 427, 429, 450, 647, 654
 Audition de l'enfant, 19, 84, 114, 115, 232, 252, 515, 606, 608, 609, 611, 612, 613, 614, 617, 622, 624, 628, 645, 648, 660, 665, 668, 671
 Autorités centrales, 94, 192, 219, 238, 243, 248, 249, 272, 287, 301, 523, 527, 552, 555, 622, 640, 647, 649, 664

B

But social des lois, 58, 73, 74, 635

C

Caractère fonctionnel / Fonctionnalisme, 54, 62, 63, 64, 74, 635, 638
 Centre d'attache et d'intégration (CAI), 4, 10, 179, 345, 411, 438, 463
 Communauté de droit, 54, 57, 64, 73, 91, 129, 381, 633
 Communauté de valeurs, 129, 133, 164, 240, 367, 381, 504, 514
 Compétence

- internationale directe, 160, 162, 376, 502, 503, 534, 630, 696
- internationale indirecte, 46, 160, 235, 534, 544, 550, 630

 Condition des étrangers, 118, 120, 315
 Conflit mobile, 10, 172, 288, 289, 292, 397, 414, 415, 417, 438, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 493, 496, 498, 638, 695
 Conflits

- de civilisations, 92, 130, 164, 433
- de souverainetés, 141
- de systèmes, 61, 448, 648

 Coopération internationale, 9, 32, 130, 165, 169, 171, 173, 225, 245, 246, 247, 256, 268, 273, 277, 312, 437, 489, 602
 Coordination, 30, 58, 66, 67, 74, 92, 130, 138, 140, 141, 163, 165, 167, 168, 169, 171, 300, 350, 363, 373, 386, 391, 399, 439, 550, 635, 638, 687

D

Dérogations permises au rattachement de principe

- Concentration du contentieux, 240, 525, 531, 532, 533, 696
- Transfert de compétence, 415, 486, 490, 496, 525, 696

Droits de l'enfant

- Affirmation internationale, 106, 687
- Applicabilité directe, 113, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 326, 545, 608, 646, 659, 687
- Prétention à l'universalité (Acception occidentale), 123, 125, 130, 131, 132, 134, 135, 136, 146, 166, 687
- Remise en cause de leur prétention à l'universalité
 - Acception Orientale
 - Communauté asiatique, 143
 - Monde arabo-musulman, 143, 149, 151, 154, 688

E

Enfance en danger, 92, 126, 236, 322, 323, 324, 325, 328, 337, 360, 448, 455, 460, 639, 647, 658

Enlèvement international d'enfants

- Action en retour, 83, 84, 121, 178, 184, 219, 221, 222, 229, 234, 251, 252, 261, 262, 424, 503, 504, 506, 507, 508, 510, 514, 515, 516, 517, 518, 522, 569, 571, 572, 573, 574, 588, 591, 592, 598, 599, 616, 618, 621, 622, 662, 668
- Définition de la garde
 - Conception extensive, 86, 176, 688
- Effectivité de la garde, 187, 188, 505, 688
- Exceptions au retour, 84, 187, 199, 503, 504, 505, 507, 509, 510, 513, 514, 515, 516, 519, 570, 573, 622, 658, 668, 696
- Mesures préventives
 - Droit international privé commun
 - Garanties
 - Astreinte, 198
 - Exequatur préalable, 198
 - Interdiction de sortie de territoire, 197, 202, 203, 204, 205, 206, 212, 259, 670, 689
 - Droit international privé conventionnel
 - Coopération internationale, 214, 689
 - Droit de visite transfrontière, 181, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 226, 238, 243, 245, 258, 259, 262, 655, 656, 659, 689
- Origine du droit de garde, 188, 189, 192, 688, 689
- Source du droit de garde, 189, 193, 688

Équivalence, 54, 64, 245, 292, 298, 299, 300, 476, 477, 486, 537, 538, 541, 542, 543, 544, 548, 550, 576, 696, 697

Excision, 136, 427, 434, 435

Exécution forcée (des jugements étrangers), 234, 256, 261, 522, 602

F

Forum legis, 92, 93

Forum non conveniens, 525

Forum shopping, 382, 424

Fugue, 31, 315, 434, 450, 652

G

Gestation pour autrui, 225, 550, 556, 557, 558, 560, 561, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 646, 658, 659, 664, 665, 670, 671, 674, 697

Governmental interest analysis, 73, 74, 645

H

Harmonie internationale des solutions, 54, 66, 126, 138, 139, 140, 163, 164, 687

I

Inlandsbeziehung, 162

J

Juge naturel (Théorie dite du), 44, 45, 46, 47, 274

Justice

- conflictuelle, 62
- matérielle, 33, 62, 77

K

Kafala / Kafalah, 287, 289, 539, 541, 542, 543, 545, 653, 662, 666

M

Magistrats de liaison, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 643, 653, 696

Médiation familiale internationale, 249, 579, 580, 581, 583, 584, 588, 589, 590, 591, 594, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 603, 604, 628, 650, 697, 698

Mesures provisoires, 224, 248, 252, 403, 460, 464, 466, 530, 694

Mineur isolé étranger

- Prise en charge départementale, 330
- Refoulement, 319, 326, 327, 328, 672
- Repérage à la frontière, 318, 325, 326, 328, 691
- Vérification de l'âge, 334, 336, 337
- Vérification de l'identité, 336
- Victimes de l'exploitation, 20, 21, 30, 117, 225, 266, 268, 271, 316, 322, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 355, 356, 357, 358, 361, 362, 507, 638, 639, 648, 691
- Victimes de la traite, 345, 347, 348, 349, 350, 351, 356, 358, 361, 638, 646, 654
- Zone d'attente, 181, 258, 319, 320, 321, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 417, 449, 648, 654, 675

N

Neutralité, 42, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 68, 73, 98, 99, 127, 128, 685

Nullité, 320, 550, 553, 558, 568, 573, 610, 659, 697

P

Parrainage, 313, 411

Principe(s)

- de proximité, 10, 372, 379, 380, 383, 385, 393, 394, 480, 481, 482, 483, 496, 499, 695
- de souveraineté, 92, 127, 259
- généraux, 65, 66, 270, 286, 481, 654, 685

R

Raisonné, 9, 124, 131, 141, 160, 207, 373, 386, 399, 400, 415, 437, 439, 470, 545, 570, 693

Regroupement familial, 110, 118, 339, 427, 428, 429, 430, 431, 471, 647, 670, 675

Renvoi, 61, 141, 320, 323, 326, 355, 427, 448, 527, 648

S

Séparation des compétences, 90, 95, 96, 386, 632, 686

Statut de droit substantiel, 101, 103, 105, 106, 109, 126, 128, 133, 167, 687

T

Théorie des statuts, 53, 54, 55

U

Urgence, 530, 572

V

Vie privée, 146, 195, 218, 221, 342, 430, 561, 564, 566, 674

Table des matières détaillée

INTRODUCTION	16
PARTIE I : POUR UNE PROTECTION SATISFAISANTE DE L'ENFANCE DEPLACÉE PAR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.....	36
TITRE I : LA RECHERCHE D'UNE PROTECTION EFFECTIVE ET SUFFISANTE DE L'ENFANCE DEPLACÉE PAR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ	39
<i>Chapitre 1 : La contribution du droit international privé à la protection effective et suffisante de l'enfance déplacée</i>	<i>42</i>
Section 1 : La régulation, moyen de légitimer la protection de l'enfance déplacée par le droit international privé.....	43
I/ L'avènement d'une tendance privatiste du droit international privé, assise d'une conception régulatrice des conflits de juridictions	43
A. Considérations inspirant la compétence juridictionnelle	44
1. Conception historique publiciste des conflits de juridictions.....	44
2. Conception contemporaine privatiste des conflits de juridictions.....	46
B. Double fonctionnalité de la règle de conflit de juridictions.....	49
1. Fonction procédurale.....	49
a) Compétence liée à la procédure en droit interne	49
b) Particularisme de la compétence en droit international privé.....	50
2. Fonction substantielle	51
II/ L'avènement d'une tendance privatiste du droit international privé, assise d'une conception régulatrice des conflits de lois	52

A.	L'hésitation de la doctrine quant à la nature publiciste ou privatiste attribuée aux conflits de lois	52
1.	Les théories universalistes	53
a)	Friedrich Carl von SAVIGNY ou la recherche d'une localisation objective du rapport de droit.....	53
b)	Pasquale Stanislao MANCINI ou l'importance capitale attribuée à la nationalité	55
c)	Antoine PILLET ou le retour à la résolution des conflits de lois en tant que conflits de souveraineté	57
2.	Les réactions particularistes.....	58
B.	L'option de la doctrine en faveur d'une conception privatiste des conflits de lois	60
1.	Retour à l'esprit internationaliste	60
a)	Les critiques de la neutralité savignienne.....	61
b)	Le potentiel protecteur du raisonnement savignien.....	63
2.	Reconnaissance de la légitimité de la vocation protectrice du droit international privé	64
a)	La découverte des principes généraux et des intérêts.....	65
b)	La notion d'intérêt à l'épreuve de la Justice	67
	Section 2 : La régulation, moyen de réaliser la protection de l'enfance déplacée par le droit international privé.....	71
	I/ La régulation, point d'ancrage de la réalisation de l'intérêt de l'enfant déplacé	71
A.	La notion d'intérêt fondant le règlement conflictuel.....	71
1.	La possible conciliation entre Justice matérielle et Justice de droit international privé	72
2.	L'intérêt de l'État en tant que fondement de la règle de droit	74

B. La dimension de la prise en considération de l'intérêt privé par le droit international privé.....	76

1. Les liens entre intérêt de l'État et intérêt de l'enfant	76
a) Convergence en faveur de l'application de la lex fori.....	77
b) Bienfondé de la prise en considération de l'intérêt de l'État.....	77
2. La croyance des parties en l'application d'un droit.....	80

II/ Le caractère effectif et suffisant de la protection de l'enfance déplacée recherchée par le droit international privé.....	82

A. Protection effective et suffisante, et coïncidence des compétences	82

1. La justification de la recherche d'une protection effective et suffisante.....	82
a) L'opportunité de la suffisance	82
b) Les liens entre effectivité et suffisance (et lex fori)	88
2. Le caractère délibéré d'un recours nécessaire à la coïncidence des compétences..	90

B. Mise en œuvre du recours à une méthodologie coïncidente	91

1. La supériorité du conflit de juridictions.....	91
a) Rejet de la supériorité du conflit de lois.....	91
b) Admission de la supériorité du conflit de juridictions	93
2. Bienfondé du recours à une méthodologie coïncidente	95

a) La séparation des compétences juridictionnelle et législative, une simple possibilité	96

b) La coïncidence des compétences juridictionnelle et législative, une possibilité concurrente	97

<i>Chapitre 2 : La contribution des droits fondamentaux à la protection effective et suffisante de l'enfance déplacée poursuivie par le droit international privé.....</i>	<i>102</i>

Section 1 : L'universalité fondamentale au soutien de la protection de l'enfance déplacée par le droit international privé	105

I/ La contribution des droits de l'enfant à la promotion d'un statut juridique international de l'enfant (statut de droit substantiel)	106

A. L'affirmation internationale des droits de l'enfant	106
1. L'évolution de la place de l'enfant dans la société.....	106
2. La reconnaissance d'un statut de droit substantiel à l'enfant : l'affirmation de ses droits	109

B. L'internationalisation du droit interne.....	113
1. L'influence des droits de l'enfant sur les réformes internes (influence sur le législateur)	114
2. L'applicabilité directe des droits de l'enfant conventionnels (influence sur le juge)	117

II/ La justification du recours à une méthodologie dérogatoire.....	123

A. La prétention à l'universalité des droits de l'enfant.....	123

B. Le retraçage des frontières autour de la fundamentalité.....	127

Section 2 : L'universalité fondamentale à l'épreuve de la diversité culturelle.....	132

I/ La remise en cause de l'acception universaliste absolutiste des droits de l'enfant	132

A. La réalité de ce qu'entendent contester les peuples.....	133
1. Le cadre occidental de la défense du statut juridique international de l'enfant....	133
2. La contestation de l'appréhension occidentale de la protection de l'enfance ou le risque d'affrontements entre États.....	138
a) Atteinte à l'harmonie internationale des solutions.....	138
b) Atteinte à la coordination des systèmes juridiques.....	141

B. La réalité de ce qu'entendent revendiquer les peuples : une appréciation contingente de l'humain.....	143
1. La revendication des pays asiatiques	144
2. La revendication du monde arabo-musulman.....	149
II/ L'inscription de l'universalité au sein d'un cadre contingent.....	152
A. La possible conciliation entre universalité et diversité culturelle	152
1. Le caractère inévitable de la contingence.....	153
2. La distinction entre universel et uniforme.....	155
a) La distinction entre universel et uniforme en elle-même	155
b) L'illustration au moyen de l'exemple africain	158
B. Le renouvellement des contours de l'ordre public.....	160
TITRE II : LA RECHERCHE D'UNE PROTECTION EFFICACE DE L'ENFANCE DEPLACÉE PAR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE	170
<i>Chapitre 1 : La coopération interétatique, un outil de dialogue au service de l'efficacité de la protection décidée dans l'intérêt de l'enfant : l'exemple de l'enlèvement international d'enfant.....</i>	<i>174</i>
I/ La violation d'un droit de garde effectif.....	176
A. La conception extensive de la garde.....	176
1. L'« assimilation » des droits de garde et de visite.....	176
2. Les fondements de l'assimilation	182
B. La nécessaire effectivité de la garde	187
II/ La source et l'origine du droit de garde	189
A. La source du droit de garde.....	189

B. L'origine du droit de garde	192
1. L'attribution de la garde par le droit de la résidence habituelle de l'enfant.....	193
2. Le « principe » de la désignation préalable de la résidence habituelle de l'enfant (à celle du titulaire de la garde).....	194
Section 1 : La coopération interétatique au service de la prévention des déplacements non souhaitables	197
I/ Mesures préventives à l'enlèvement international d'enfant en droit international privé commun	197
A. Garanties, limitation du droit de garde et limitation du droit de visite	197
1. Garanties	198
2. Limitations des droits de garde et de visite	199
B. Interdiction de sortie de territoire	202
1. L'interdiction de sortie de territoire de l'enfant en elle-même	202
2. La question de la compatibilité des mesures préventives à l'enlèvement international d'enfant avec le principe de la liberté d'aller et venir	206
II/ Pour une meilleure prévention des risques liés à l'enlèvement international d'enfant : les solutions tirées du droit conventionnel.....	208
A. L'octroi d'un droit de visite transfrontière : une solution optimale tirée de la coopération interétatique	209
B. Le caractère dissuasif de la coopération en elle-même.....	214
1. Obligations internes découlant des initiatives conventionnelles.....	215
2. Contribution des droits de l'enfant à la bonne application des solutions concertées de droit international privé	218
Section 2 : La coopération interétatique au service de la résolution des problématiques posées par les déplacements non souhaitables : exposé des moyens	228

I/ La résolution de l'enlèvement international d'enfant par le moyen de l'efficacité en France des décisions étrangères.....	229

A. « Généralités » à propos de l'efficacité en France des décisions étrangères.230

1. Le contrôle de la régularité internationale des décisions étrangères : éléments de droit international privé conventionnel.....	230

2. Le contrôle de la régularité internationale des décisions étrangères : éléments de droit international privé commun	234

B. Droit conventionnel de l'enlèvement relatif à l'efficacité en France des décisions étrangères.....237

1. La Convention de Luxembourg du 20 mai 1980	237

2. Les Conventions bilatérales	242

II/ La résolution de l'enlèvement international d'enfant par le moyen du respect des rapports d'autorité parentale : l'action en retour	246

A. Le cheminement menant au prononcé d'une décision de retour

1. La coopération, préalable à l'action judiciaire en retour	247

2. Le particularisme de l'action judiciaire en retour	251

B. L'exécution de la décision de retour

1. Difficultés d'exécution de la décision de retour	254

2. Moyens de facilitation de l'exécution de la décision de retour	256

Chapitre 2 : La coopération interétatique, un outil de dialogue au service de la lutte contre les risques inhérents au déplacement : les exemples de l'adoption internationale et de la protection des mineurs isolés étrangers.....

Section 1 : L'exemple de l'adoption internationale	270

I/ Précisions du droit interne à propos des conditions requises pour permettre le prononcé d'une adoption en France	274

A. La phase administrative.....	274
B. La phase judiciaire.....	280
1. Précisions à propos de l'intervention de la loi personnelle de l'adoptant.....	281
2. Précisions à propos de l'intervention de la loi personnelle de l'adopté.....	284
II/ Précisions du droit interne à propos des effets de l'adoption.....	291
A. La distinction entre les effets de l'adoption prononcée en France et ceux de l'adoption prononcée à l'étranger.....	292
1. Précisions à propos des effets des adoptions prononcées en France.....	293
2. Précisions à propos des effets des adoptions prononcées à l'étranger	295
B. Les problèmes issus de la naturalisation des décisions d'adoption étrangères : l'exemple de la révocation à l'étranger d'une adoption plénière française.....	301
1. La question de la révocabilité de l'adoption reconnue en France	302
2. La question du sort réservé à l'intérêt de l'enfant suite à la révocation à l'étranger de son adoption.....	304
Section 2 : L'exemple de la protection des mineurs isolés étrangers.....	314
I/ La prise en charge des mineurs isolés étrangers ou le palliatif à l'absence parentale	316
A. La prise en charge des mineurs isolés étrangers repérés à la frontière	318
B. La prise en charge des mineurs isolés étrangers <i>présents</i> en France.....	329
II/ La lutte contre la traite et l'exploitation des mineurs isolés étrangers.....	344
A. La lutte contre la traite et l'exploitation (des mineurs isolés étrangers) : un objectif clairement affirmé.....	346
B. La lutte contre la traite et l'exploitation (des mineurs isolés étrangers en France) : entre évolution et défaillances	351

**PARTIE II : LE CONTENU D'UNE PROTECTION SATISFAISANTE DE L'ENFANCE DEPLACÉE
PAR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ..... 369**

**TITRE I : LA RECHERCHE D'UN CRITÈRE DE RATTACHEMENT APTE À GARANTIR À L'ENFANT
DEPLACÉ UNE PROTECTION SATISFAISANTE 371**

*Chapitre 1 : Le choix d'un critère de rattachement conforme à une conception
régulatrice du droit international privé.....373*

**Section 1 : Les caractéristiques d'un critère de rattachement conforme à une
conception régulatrice du droit international privé 374**

I/ La régulation, un concept lié aux idées de proximité et de concurrence 374

A. Les liens entre régulation et proximité 374

B. Les liens entre proximité et concurrence 379

**II/ L'adaptation de la régulation au particularisme de la protection de l'enfance
déplacée.....383**

**A. Exigences particulières de la protection de l'enfance déplacée au regard de la
pluralité du rattachement 383**

1. La désignation du *bon juge* 383

2. Les critères de rattachement susceptibles de désigner *le bon juge* 387

**B. Traduction d'un rattachement adapté aux exigences particulières de la
protection de l'enfance déplacée.....391**

1. Les hypothèses impropres à servir l'intérêt de l'enfant déplacé 391

a) Le système cumulatif..... 391

b) Le système alternatif 392

c) Le système distributif..... 393

**2. L'hypothèse prompte à satisfaire l'intérêt de l'enfant déplacé : le rattachement en
cascade 394**

a) La résidence habituelle de l'enfant en tant que compétence de principe.....	394
b) La présence de l'enfant sur le territoire en tant que compétence subsidiaire	397
Section 2 : L'inscription du critère de rattachement des règles de la protection de l'enfance déplacée dans un cadre raisonnable.....	400
I/ La résidence habituelle reflet des attaches principales de l'enfant, condition de détermination du centre d'attaches et d'intégration de l'enfant déplacé.....	401
A. La famille, point d'ancrage des attaches de l'enfant	401
1. La famille, cadre du plein épanouissement des droits de l'enfant	402
2. Le droit de l'enfant à la famille : une affirmation permise ?	406
B. La famille, guide de définition de la résidence habituelle	412
1. La résidence habituelle envisagée du point de vue du temps (aspect quantitatif).....	413
2. La résidence habituelle envisagée du point de vue des attaches (aspect qualitatif)	418
a) La détermination du centre d'attaches et d'intégration de l'enfant déplacé en cas de pluralité de résidences.....	420
b) La détermination du centre d'attaches et d'intégration de l'enfant déplacé en cas d'insuffisance, voire d'inaptitude du critère familial	422
II/ La résidence habituelle reflet de l'intégration de l'enfant, élément de confirmation du bien fondé de la détermination du centre d'attaches et d'intégration de l'enfant déplacé	425
A. La fondamentalité au service du parachèvement de l'intégration déjà amorcée	426
B. L'impact de l'intégration acquise sur la diversité culturelle	432
Chapitre 2 : Les applications d'un critère de rattachement conforme à une conception régulatrice de la protection de l'enfance déplacée par le droit international privé.....	440

Section 1 : « Principes » de rattachement	441
I/ Le rattachement des règles applicables à l'enfant déplacé <u>en situation de danger</u>	441
A. L'hypothèse de rattachement permettant le recours à une réglementation <i>temporaire</i> (compétence admise des autorités et de la loi de <i>présence</i>) : l'assistance éducative	441
1. Notion d'assistance éducative	442
a) La dualité du dispositif français de protection de l'enfance	442
b) Les mesures envisageables au titre de l'assistance éducative	444
2. Statut international de l'assistance éducative	447
a) Statut de loi de police	447
b) Domaine d'intervention spatial	449
B. Les hypothèses de rattachement justifiant le recours à une réglementation <i>durable</i> (compétence nécessairement fondée sur la résidence habituelle de l'enfant déplacé)	452
1. Le retrait de l'autorité parentale	452
2. Les autres mesures	455
II/ Le rattachement des règles applicables à l'enfant déplacé <u>hors situation de danger</u>)	460
A. Les hypothèses de rattachement justifiant le recours à une réglementation <i>temporaire</i> (compétence admise des autorités et de la loi de <i>présence</i>)	460
1. L'hypothèse particulière de l'absence de résidence habituelle de l'enfant	461
2. L'urgence et les mesures provisoires	464

B. Les hypothèses de rattachement justifiant le recours à une réglementation durable (compétence nécessairement fondée sur la résidence habituelle de l'enfant déplacé) 467

Section 2 : Volonté d'assurer la continuité de la protection indépendamment du déplacement de l'enfant à l'étranger : le conflit mobile 474

I/ Méthode de résolution générale du conflit mobile 475

A. Les solutions « classiques » 476

1. La priorité accordée au *facteur temps* 476

2. La priorité accordée au *facteur espace* 477

B. La proposition renouvelée de Mathilde SOULEAU-BERTRAND 480

1. La résolution du conflit mobile en considération du fondement de la règle de conflit
481

2. L'application du principe de solution proposé : le principe de proximité 483

II/ Résolution du conflit mobile dans l'hypothèse particulière du déplacement du centre d'attaches et d'intégration de l'enfant : le changement de résidence habituelle 485

A. Transfert de compétence en faveur des autorités et de la loi de la nouvelle résidence habituelle 486

B. Précisions à propos de la compétence accordées aux autorités et à la loi de la nouvelle résidence habituelle 490

1. Mesures de protection 491

2. Rapports d'autorité *ex lege* 492

TITRE II : LA MISE EN ŒUVRE DES REGLES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE DESTINEES A GARANTIR A L'ENFANT DEPLACE UNE PROTECTION SATISFAISANTE 500

Chapitre 1 : Le rôle du juge dans la mise en œuvre des règles de droit international privé destinées à garantir à l'enfant déplacé une protection satisfaisante 502

Section 1 : La contribution du juge à la souplesse des règles de compétence internationale directe	503
I/ L'interprétation des juges au service de la souplesse des règles de protection adoptées : l'exemple des exceptions au retour de l'enfant illicitement déplacé.....	504
A. Les exceptions au retour immédiat : exposé des hypothèses envisagées au sein de la <i>Convention de La Haye de 1980</i>	504
1. L'exercice non effectif du droit de garde, le consentement au déplacement de l'enfant, la nécessité de consacrer l'intégration acquise et la contrariété aux principes fondamentaux de l'État requis sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales	505
2. La considération du danger encouru par l'enfant.....	507
B. Les exceptions au retour immédiat : exposé des précisions du Règlement Bruxelles II bis.....	515
II/ La collaboration des juges au service de la souplesse des solutions protectrices adoptées	519
A. La collaboration des juges au service de leur information réciproque : l'exemple du rôle des magistrats de liaison.....	520
B. La collaboration au service des dérogations permises au rattachement de principe : transfert de compétence et concentration du contentieux.....	525
1. Transfert de compétence	525
2. Concentration du contentieux.....	529
Section 2 : La contribution du juge au bon fonctionnement de la réception en France de la protection décidée à l'étranger.....	535
I/ L'insertion de la décision étrangère dans la vie juridique française : l'exemple du sort réservé à la <i>kafala</i>	537
A. La <i>kafala</i> face à la recherche d'équivalence	538

1. La <i>kafala</i> en tant que réponse à l'interdiction de l'adoption de l'enfant de statut prohibitif	538
2. La <i>kafala</i> en tant que limite à l'universalité de l'adoption.....	540
B. La <i>kafala</i> face à la nécessité de protéger l'enfant.....	543
1. Le refus d'assimiler la <i>kafala</i> à l'adoption confronté à l'intérêt de l'enfant.....	543
2. Les limites de l'équivalence	548
II/ Les sanctions du non respect des règles de droit international privé	550
A. La non retranscription : les exemples de l'adoption et de la gestation pour autrui	550
1. L'exemple du consentement douteux en matière d'adoption internationale	550
2. L'exemple de la gestation pour autrui.....	556
B. La non reconnaissance : l'exemple des décisions statuant sur le fond du droit de garde en matière d'enlèvement international d'enfant.....	568
1. Non reconnaissance de la décision rendue par les autorités de l'État vers lequel l'enfant a été déplacé	569
2. Légitimité exceptionnelle de la décision rendue par les autorités de l'État vers lequel l'enfant a été déplacé.....	573
<i>Chapitre 2 : La possible contribution des « parties » à la mise en œuvre des règles de droit international privé destinée à garantir à l'enfant déplacé une protection satisfaisante</i>	579
Section 1 : L'implication des parents dans la mise en œuvre des règles de la protection de l'enfance déplacée : l'exemple de la médiation familiale internationale.....	580
I/ L'opportunité du recours à la médiation familiale internationale.....	580
A. La médiation familiale internationale : une incitation au dialogue « interparental »	581

B. La médiation familiale internationale : une réponse aux insuffisances des solutions juridiques/judiciaires	588
1. Une réponse palliative.....	588
2. Une réponse complémentaire	591
II/ L'organisation et le fonctionnement de la médiation familiale internationale....	594
A. L'organisation de la médiation familiale internationale.....	594
1. Le processus visant l'accord	595
2. Le moment de l'intervention du processus visant l'accord.....	598
B. Le fonctionnement de la médiation familiale internationale.....	600
1. Le (possible) refus d'implication des parents ou de l'un d'entre eux.....	600
2. Le caractère potentiellement obligatoire de l'accord « interparental »	602
Section 2 : L'implication de l'enfant déplacé dans la mise en œuvre des règles relatives à sa protection : l'exemple de son audition.....	606
I/ Le principe du droit de l'enfant à être entendu dans les procédures le concernant	607
A. La consécration du droit de l'enfant à être entendu	607
1. La reconnaissance internationale du droit de l'enfant à être entendu	607
2. La mise en œuvre nationale du droit de l'enfant à être entendu.....	610
B. L'encadrement du droit de l'enfant à être entendu	615
1. La capacité de l'enfant à être entendu	615
2. La juste traduction de la parole de l'enfant.....	616
II/ La portée du droit de l'enfant à être entendu.....	620
A. La parole de l'enfant non partie à la procédure.....	620

B. La parole de l'enfant « partie à la procédure » : l'exemple du consentement de l'enfant à son adoption	624
CONCLUSION GENERALE	632
BIBLIOGRAPHIE.....	634
INDEX	680