

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

Enlèvement international d'enfants :
La convention de la Haye du 25 octobre 1980

Estelle Gallant

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

--FASCICULE-----

Folio 512077, Cote 01,2013,
Coll. DI 0, Mac 215, Fasc. 549-30

| | |
|--------------------|---|
| Titre fascicule | Enlèvement international d'enfants : la convention de La Haye du 25 octobre 1980 |
| Sous-titre 1 | Droit général de l'enlèvement international d'enfants |

| Auteur | |
|---------|---|
| Prénom | Estelle |
| Nom | Gallant |
| Qualité | Professeure de droit privé à l'université Toulouse 1 Capitole |

--POINTS-CLÉS-----

1. - La convention de La Haye de 1980 met en place un mécanisme de retour immédiat de l'enfant déplacé illicitement, ayant pour objectif de **faire cesser la voie de fait issue du déplacement illicite** (*V. n° 7 et 57 à 77*).
2. - Ce mécanisme interdit dès lors que les juridictions de l'État de refuge de l'enfant puissent rendre une **décision sur le fond** du droit de garde tant que la question du déplacement illicite n'est pas résolue (*V. n° 62 à 66*).
3. - Afin de préserver l'efficacité du mécanisme, la convention de La Haye organise un **retour automatique** de l'enfant déplacé illicitement (*V. n° 57 à 77*).
4. - Ce retour est ordonné dès lors que le déplacement illicite est constaté par les autorités de l'État de refuge, c'est-à-dire lorsqu'il a eu lieu en **violation d'un droit de garde** (*V. n° 21 à 41*).
5. - Toutefois, certaines exceptions au retour sont admises dans le but de compenser l'automaticité d'un retour qui pourrait placer l'enfant dans une situation de **danger grave, ou dans une situation intolérable**. Les exceptions au retour doivent être interprétées strictement (*V. n° 78 à 97*).

--SOMMAIRE GÉNÉRÉ-----

--INDEX ALPHABÉTIQUE-----

Accord parental
sur le droit de garde, 29
sur la résidence habituelle, 30, 34, 49
V. *Acquiescement au déplacement*
Acquiescement au déplacement, 84
Audition de l'enfant
V. *Opposition au retour*

Autorités centrales, 10, 58 à 64
Convention européenne des droits de l'homme, 99
 Convention de La Haye du 25 octobre 1980
 Art. 3, 20 à 41
 Art. 5, 25 à 30
 Art. 12, 75 à 81
 Art. 13, 79 à 96
 Art. 16 et 17, 70 à 74
 Champ d'application, 7 à 19
 États contractants, 14
 V. *Cour européenne des droits de l'homme*
Convention internationale des droits de l'enfant, 2, 100
Cour européenne des droits de l'homme
 Droits fondamentaux-Conv. La Haye, art. 20, 97
 Exceptions au retour, 96
 Exécution des décisions de retour, 77
 Intérêt de l'enfant, 103
 Opposition au retour, 96
 Procédure de retour, 68
 Secte, 89
Danger, 85 à 96
Délais
 V. *Procédure*
Déplacement illicite
 Auteurs du déplacement, 25 à 30
 Qualification, 20 à 56
Double enlèvement, 38
Droit de garde
 Définition, 21 à 30
 Exercice effectif, 39 à 41
 Violation, 21 à 41
Droit de visite, 8 à 10, 17, 26, 28, 29, 68, 91
Droits de l'enfant, 103
Exceptions au retour, 78 à 96
Exécution
 forcée, 77
 provisoire, 75
Intégration de l'enfant, 79, 90
Intérêt de l'enfant, 103
Opposition au retour, 94 à 96
Procédure, 51 à 68
 Délais, 60, 61, 70, 71
 Diligence, 66, 79, 80
 V. *Exécution ; Retour immédiat*
Règlement Bruxelles II bis, 4
Règlement Bruxelles II ter, 4
Résidence habituelle
 Définition (Absence), 50
 Double résidence, 55, 56
 Éléments constitutifs, 46
 Résidence temporaire, 51 à 54
Retour immédiat, 57 à 108
 V. *Exceptions au retour ; Procédure*
Veto d'un parent
 V. *Accord parental*

--COMMENTAIRES-----

Introduction

1. -

Legal kidnapping, rapt ou enlèvement d'enfants, déplacement sans droit, déplacement illicite, soustraction internationale, sont autant de termes qui ont pu être utilisés par la pratique ou la doctrine pour qualifier la situation d'un enfant que l'un de ses parents aurait décidé de soustraire à l'autre parent, par-delà une frontière. Toutefois, après plusieurs années de réglementation de ce phénomène, les termes de rapt ou de kidnapping ont été écartés comme non spécifiquement réservés aux enlèvements parentaux. C'est ainsi que les textes utilisent généralement la terminologie de l'enlèvement (déjà très forte) ou du déplacement illicite d'enfant pour caractériser la situation **d'un enlèvement d'enfant « intra-familial »**.

2. -

Les conflits familiaux, et plus particulièrement les conflits parentaux, sont malheureusement bien souvent exacerbés par l'existence d'une frontière : les séparations sont rendues plus difficiles du fait de l'éloignement et du coût qui en résulte, des différences de langue et de culture. À l'égard des enfants piégés par ces tourmentes familiales, les **distances** et le **temps** écoulé constituent de véritables ennemis, consacrant une rupture avec un parent et une branche entière de leur famille, les privant parfois ainsi définitivement de toute possibilité de renouer un jour le contact. Secondé par les **droits fondamentaux de l'enfant** (*Conv. internationale des droits de l'enfant*, art. 3 et 9. – *Conv. européenne des droits de l'homme*, art. 8. – *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, art. 24), le droit international privé cherche depuis plusieurs décennies à lutter efficacement contre les déplacements illicites d'enfants et à combler les lacunes des mécanismes traditionnels de reconnaissance et d'exécution des décisions.

3. -

La question de la lutte contre les déplacements illicites d'enfants par le biais de la **prévention** se pose de manière récurrente, sans qu'elle ait abouti pour l'instant à une quelconque harmonisation entre États. La conférence de La Haye travaille pourtant en ce sens (*V. les différents Guides de bonnes pratiques consacrés à la prévention des déplacements illicites : Les mesures préventives*, 2005 ; *La médiation*, 2012 : www.hcch.net. – Adde E. Gallant, *La prévention des déplacements illicites*, in *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 nov. 2003 : Bruylant, 2004, p. 427. – Ph. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs* : Dalloz, 2^e éd., 2014, spéc. n° 653 et s. – Th. Garé, *Réflexions sur l'efficacité de la convention de La Haye du 25 octobre 1980 relative aux aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, Mélanges Mouly : Litec, 1998, vol. 1, p. 299, spéc. p. 301).

En droit commun, la loi du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein du couple et aux incidences de ces dernières sur les enfants modifie le système mis en place par la loi de 2002 relative à l'autorité parentale et renouvelle le mécanisme d'**interdiction de sortie de l'enfant du territoire** (*V. A. Gouttenoire, La prise en compte des violences dans le cadre de l'autorité parentale : AJ fam.* 2010, p. 518. – L. Talarico, *L'interdiction de sortie du territoire de l'enfant sans l'accord des deux parents : exigence légale ou pouvoir du juge ? : Dr. famille* 2011, étude 11) : le juge aux affaires familiales, afin « de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents », « peut notamment ordonner l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français sans

l'autorisation des deux parents ». Cette interdiction, sans limitation de durée, est « inscrite au fichier des personnes recherchées par le procureur de la République » (C. civ., art. 373-2-6, al. 2 et 3. – Pour des illustrations, V. L. Briand, *Prévenir l'enlèvement international : les pratiques juridictionnelles après la loi du 9 juillet 2010* : *AJ fam.* 2011, p. 416. – Cass. 1^{re} civ., 3 mars 2010, n° 08-21.059, inédit : *JurisData* n° 2010-001248. – Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2011, n° 10-30.856, inédit : *www.legifrance.gouv.fr*. – Cass. 1^{re} civ., 18 nov. 2015, n° 14-26.974, où les attaches que le père, de nationalité espagnole, conserve avec l'Argentine, sont prises en compte pour évaluer le risque à l'égard de la continuité et l'effectivité des liens de l'enfant avec ses deux parents. – Pour un refus fondé sur l'absence de preuve du risque d'enlèvement, *CA Riom*, 22 janv. 2019, n° 17/02808 : *JurisData* n° 2019-000446 ; *RJPF* avr. 2019, p. 39). La Cour de cassation a récemment jugé qu'une telle interdiction de sortie du territoire n'est pas contraire au principe de libre circulation des personnes, dès lors qu'elle est nécessaire à la prévention des déplacements illicites, proportionnée car non absolue en ce qu'il est possible que l'autre parent autorise le déplacement, et enfin, justifiée par l'existence d'un risque de déplacement eu égard à la situation familiale (Cass. 1^{re} civ., 8 mars 2017, n° 15-26.664 : *JurisData* n° 2017-003892 ; *D.* 2017, p. 1727, Ph. Bonfils et A. Gouttenoire ; *D.* 2018, p. 641, obs. M. Douchy-Oudot ; *D.* 2018, p. 966, S. Clavel et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2017, p. 243, obs. M. Saulié ; *RTD civ.* 2017, p. 370, obs. J. Hauser ; *RJPF* mai 2017, p. 38, note M.-C. Meyzeaud-Garaud ; *LPA* 2017, n° 199, p. 8, obs. J.-M. Hisquin ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 25, p. 70, I. Rein-Lescastereyres et N. Assuied ; *JCP G* 2017, 808, obs. V. Larribau-Terneyre ; *Procédures* 2017, comm. 42, obs. M. Douchy-Oudot).

Le droit commun organise également la possibilité d'une médiation internationale par le biais du bureau d'Aide à la médiation internationale pour les familles, rattaché au bureau de l'entraide civile et commerciale internationale auprès de la direction des Affaires civiles et du sceaun du ministère de la Justice (V. *CA Lyon*, 17 janv. 2008, *The European Legal Forum*, janv.-févr. 2008, II. 26).

4. -

Plusieurs textes de valeur et de nature inégales concernent les déplacements illicites d'enfants.

La convention de Luxembourg du 20 mai 1980, conclue sous l'égide du Conseil de l'Europe sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants (laquelle appréhendait les déplacements illicites sous l'angle de la reconnaissance des jugements relatifs à la garde qui auraient pu être rendus après un déplacement illicite et sous l'angle de l'organisation du retour de l'enfant qui aurait été déplacé illicitement) a été totalement absorbée par l'effet combiné de textes plus efficaces et plus récents (*E. Gallant, La convention de 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 de l'université Jean Moulin, Lyon 3, 20 et 21 nov. 2003 : Bruylant, p. 123. – S. Godechot-Patris et Y. Lequette : Rép. intern. Dalloz, v° Mineur, spéc. n°285).*

La convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants (*Conv. La Haye, 19 oct. 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 vigueur en France depuis le 1^{er} février 2011) concerne un domaine voisin du déplacement illicite et ne contient que très peu de dispositions relatives au déplacement illicite lui-même. Elle n'a pas pour ambition de le résoudre et renvoie alors à la convention de La Haye de 1980 pour les questions qui y sont soumises. Elle contient des règles de compétence juridictionnelle ou des règles de conflit de lois, en matière de protection des enfants et d'autorité

parentale, mais elle ne méconnaît pas pour autant totalement le déplacement illicite, puisqu'elle prend soin de préciser le critère de compétence juridictionnelle lorsque l'enfant a été déplacé illicitement. Aussi est-ce la résidence licite de l'enfant qui est prise en compte pour déterminer la compétence juridictionnelle, et non la résidence issue du déplacement illicite.

Le règlement Bruxelles II bis (Cons. UE, règl. (CE) n° 2201/2003, 27 nov. 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 (règlement dit *Bruxelles II bis*) en vigueur depuis le 1er mars 2005 : JOUE n° L 338, 23 déc. 2003, p. 1), tout en se référant principalement à la convention de La Haye de 1980, y ajoute des dispositions afin d'en compléter le mécanisme pour des hypothèses de déplacement illicite entrant géographiquement dans son champ d'application. Ce règlement est destiné à être remplacé, à court terme, par le règlement dit **Bruxelles II ter** qui vient d'être adopté par l'Union européenne (Règlement (UE) 2019/1111 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (refonte) : JOUE n° L 178, 2 juill. 2019, p. 1). Il entrera en application le 1^{er} août 2022. Le nouveau règlement, dans la même ligne que le texte qu'il révisé, renforce encore le mécanisme de retour immédiat mis en place par la convention de La Haye (sur ce texte, V. E. Gallant, *Le nouveau règlement Bruxelles II ter* : *AJ fam. juill.* 2019. 401).

En plus de ces instruments multilatéraux, la France a conclu plusieurs **conventions bilatérales** qui ne traitent toutefois pas exclusivement du déplacement illicite. Quoi qu'il en soit, certaines de ces conventions mettent en place un mécanisme similaire à celui de la convention de la Haye de 1980, permettant d'organiser le retour de l'enfant, tandis que d'autres se bornent à affirmer une simple possibilité de coopération entre autorités, à propos des difficultés occasionnées par un éventuel déplacement d'enfant. S'agissant des conventions bilatérales qui organisent le retour de l'enfant déplacé illicitement entre la France et certains pays non signataires de la convention de La Haye, on peut notamment citer la convention franco-égyptienne de 1982, l'accord France-Djibouti de 1986, la convention franco-algérienne de 1988 ou encore la convention France-Liban de 2000 (V. la liste sur le site du ministère de la Justice : <http://www.justice.gouv.fr/justice-civile>).

5. -

Pour faire face à la situation dans laquelle l'un des parents de l'enfant décide de le soustraire à l'autre parent, la conférence de La Haye de droit international privé a imaginé au tout début des années 80, un mécanisme de remise immédiate de l'enfant visant à faire **cesser la voie de fait**, emprunté à la philosophie du droit des biens : l'objectif est de mettre fin au trouble, à l'image d'une action possessoire, sans que le fond ne soit abordé à ce stade. Face au vide juridique auquel se trouvaient confrontées les autorités des différents États à qui l'on demandait de faire revenir un enfant déplacé de la sorte, la conférence de La Haye a alors proposé un système qui permet aux autorités de l'État d'origine de l'enfant de ne plus dépendre du seul bon vouloir des autorités de l'État de refuge et des relations diplomatiques existant entre elles. Il s'agit d'institutionnaliser une coopération entre autorités dans le but de ramener l'enfant déplacé, en dehors des mécanismes traditionnels et inefficaces du droit international privé. C'est ainsi qu'a vu le jour la **convention de La Haye du 25 octobre 1980** sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (*JO 1er déc. 1983, p. 3466*).

6. -

Le système, certes encore perfectible (*H. 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, Lyon, 20 et 21 nov. 2003 : Bruylant, 2004, p. 371. – A. Bucher, *L'intérêt de l'enfant pénètre la convention sur l'enlèvement*, mélanges H. Gaudemet-Tallon : Dalloz, 2008, p. 683, spéc. p. 687 et s.) a rendu et continue à **rendre d'innombrables services**, ce qui est attesté par la difficulté de ramener l'enfant lorsque le déplacement a lieu dans un État qui n'est pas partie à la convention ni à aucun autre instrument international de ce type, laissant alors le sort de l'enfant déplacé à la merci des seules relations diplomatiques entre États. Afin d'en optimiser le fonctionnement, la conférence de La Haye organise périodiquement des **commissions spéciales** réunissant les experts des États contractants afin d'émettre des conclusions et recommandations utiles dans la mise en œuvre du texte (*V. concl. et recomm. de la 7e réunion de la Commission spéciale, établies par le Bureau permanent, oct. 2017, www.hcch.net*) et éditte également des guides de bonnes pratiques. Sur le plan diplomatique, la France cherche également à promouvoir le texte auprès de pays qui ne l'ont pas encore ratifié (*V. Rép. min. n° 17250, 17 févr. 2011 : Rev. crit. DIP 2011, p. 489*). La convention de La Haye du 25 octobre 1980 est le texte le plus abouti et le plus complet du droit positif en matière de lutte contre les déplacements illicites d'enfants. En vigueur dans cent États (et depuis le 1er décembre 1983 en France), elle représente l'un des instruments les plus ratifiés issus de la conférence de La Haye de droit international privé et bénéficie par conséquent d'un champ d'application géographique extrêmement étendu (*V. état des ratifications des conventions de La Haye, http://www.hcch.net*).

Une fois résolue la question de son applicabilité (I), l'ensemble de son mécanisme de retour immédiat (III) repose sur la qualification préalable indispensable du caractère illicite du déplacement (II).

I. - Applicabilité de la convention de La Haye de 1980

A. - Champ d'application matériel

7. - Aspects civils de l'enlèvement

Comme son titre l'indique, la convention s'applique aux aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. Elle exclut donc d'emblée la prise en compte pénale du phénomène d'enlèvement international d'enfants, ce qui n'est guère étonnant tant les deux questions sont par essence différentes (il n'en reste pas moins que parfois, le parent ravisseur fait l'objet de mesures pénales parallèlement à une demande de retour fondée sur la convention, et notamment dans les cas où il refuse de remettre les enfants à l'autre parent alors que le retour a été ordonné. *V. par ex. CEDH, 4 sept. 2007, n° 4065/04, Paradis et a. c/ Allemagne*).

Globalement, il s'agit de « protéger l'enfant [...] contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicite » international et de mettre en place des procédures ayant pour but « de garantir le retour immédiat de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle » (*art. 1er*). L'économie du texte postule qu'il est dans l'intérêt de l'enfant, d'importance primordiale, de le protéger contre un déplacement illicite.

À cet effet, la convention met en place une procédure de retour immédiat de l'enfant, indépendante du fond, qui vise à faire cesser la situation issue de la décision unilatérale d'un parent de franchir une frontière et de priver, par là même, l'enfant de ses relations personnelles avec l'autre parent, dans le but fréquent d'obtenir des autorités de ce pays que l'enfant lui soit confié (*E. Pérez-Vera, Rapport explicatif sur la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants, Actes et documents de la 14e session, t. 3, p. 426, n° 11 à 15*). La situation à laquelle la convention cherche à mettre fin comporte « une

charge juridique élevée », avoisinant la fraude, l'abus de droit, ou encore la voie de fait (B. Ancel, *La réaction du droit international privé français à l'enlèvement international d'enfant : Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores* : Tolède, 26 et 27 janv. 1990, spéc. p. 2). Le mécanisme de lutte contre les déplacements illicites repose tout entier sur la qualification de tels déplacements, lesquels englobent une assez large palette de situations (V. n° 20 à 56).

La convention vise également, mais uniquement de façon générale, les mesures préventives qui permettraient d'éviter un déplacement illicite. Sans traiter la question en profondeur, la convention dispose en effet que l'un de ses objectifs est le respect dans les États contractants des droits de garde et de visite (art. 1er b) et elle invite ensuite les États parties à prendre toutes mesures appropriées à la réalisation de cet objectif (art. 2).

8. - Déplacement et rétention illicites

Bien que le vocable « enlèvement » soit presque toujours utilisé, les réalités visées répondent à deux situations de fait différentes : ou bien l'enfant est déplacé de l'État de sa résidence habituelle vers un autre, ou bien il est retenu dans un autre État, à l'issue d'une période licite de séjour comme un droit de visite et d'hébergement ou des vacances. Qu'il s'agisse du déplacement ou de la rétention, le mécanisme de retour appliqué sera le même, la voie de fait pratiquée par le parent en violation du droit de garde étant de même nature (V. n° 58 à 108).

9. - Droit de visite

Le titre de la convention est un peu réducteur, puisqu'elle n'englobe pas seulement les enlèvements d'enfants, mais aussi et de façon autonome, la protection du droit de visite (V. préambule et art. 1er). La notoriété du texte reposant toutefois sur le mécanisme de retour immédiat de l'enfant déplacé illicitement, il est fréquent que les dispositions intéressant le droit de visite soient méconnues. Or, elles peuvent être d'une grande utilité (art. 21), même si elles sont largement moins développées que celles qui concernent le retour immédiat (V. E. Pérez-Vera, *Rapport explicatif*, n° 16 et s. – CA Lyon, 17 janv. 2008 : *The European Legal Forum*, II. 26).

10. - Coopération entre autorités

La convention de La Haye de 1980 ne porte ni sur la loi applicable, ni sur la compétence judiciaire, ni sur la reconnaissance et l'exécution des décisions : l'incidence du temps sur les conflits relatifs aux déplacements illicites a conduit les rédacteurs à choisir une tout autre voie et à élaborer un mécanisme de coopération entre autorités (V. E. Pérez-Vera, *Rapport explicatif*, n° 36). La mise en place d'Autorités centrales au sein de chaque État contractant constitue l'un des rouages de la convention de La Haye. Ces Autorités centrales ont, parmi leurs nombreuses attributions, pour mission de recueillir les demandes concernant un enlèvement ou un droit de visite, de les transmettre à leur homologue dans l'État de refuge, de promouvoir la collaboration entre les différentes autorités compétentes de leur État, d'échanger des informations sur la situation de l'enfant, ou encore le cas échéant de localiser l'enfant (art. 7). Elles jouent un rôle prépondérant dans l'introduction judiciaire de la demande de retour, puisqu'elles jouent le rôle d'intermédiaire entre le demandeur et l'autorité judiciaire ou administrative compétente de l'État de refuge de l'enfant (sur la procédure de retour immédiat, V. n° 58 à 108).

11. - Compétence judiciaire

Bien que la convention de La Haye de 1980 n'ait pas pour objet l'unification des règles de compétence judiciaire, il n'est pas tout à fait exact de dire qu'elle ne comporte aucune règle de compétence judiciaire. Une telle règle découle en effet indirectement du système mis en place

Mis en forme : Non Surlignage

Mis en forme : Police :12 pt, Italique

Mis en forme : Non Surlignage

Mis en forme : Non Surlignage

par la convention en matière de retour immédiat de l'enfant déplacé illicitement, lequel exige que les Autorités centrales introduisent elles-mêmes ou favorisent la procédure judiciaire de retour immédiat de l'enfant. Bien que ce ne soit spécifié nulle part, il résulte clairement de l'ensemble des dispositions et de la logique du texte que ce sont les autorités de l'État de refuge de l'enfant qui seront compétentes pour statuer sur la demande de retour immédiat (en ce sens, *V. E. Pérez-Vera, Rapport explicatif*, n° 95. – *E. Gallant : Rép. intern. Dalloz*, v° *Règlement Bruxelles II bis (matières matrimoniales et de responsabilité parentale)*, spéc. n° 171). De même, il n'est pas inexact de dire que l'une des conséquences indirectes de la convention réside, pour statuer sur le fond du droit de garde, dans l'attribution de la compétence aux autorités de l'État d'origine de l'enfant, État dans lequel il résidait immédiatement avant son déplacement illicite, (*V. E. Pérez-Vera, Rapport explicatif*, n° 16). Cette distinction entre le contentieux du retour immédiat de l'enfant et celui du fond relatif à l'autorité parentale étant posée (*V. n° 69 à 74*), la convention de La Haye de 1980 propose de réglementer les seuls aspects liés au retour immédiat de l'enfant.

B. - Champ d'application personnel

12. - Enfants

La convention de La Haye de 1980 ne s'applique qu'aux enfants de moins de 16 ans (*art. 4. - V. Cass. Ire civ., 24 sept. 2014, n° 13-17.553*). Tous les enfants sont concernés, quelle que soit la situation du couple parental : marié, en concubinage ou en partenariat enregistré, divorcé, séparé, de fait ou de corps, ou non encore séparé, homosexuel ou hétérosexuel.

13. - Âge

La limite d'âge fixée par la convention suscite bien souvent la curiosité, notamment parce que l'ensemble des instruments internationaux récents fixent l'âge de 18 ans pour désigner le seuil au-delà duquel la protection n'est plus accordée (*CIDE, art. 1er. – Conv. La Haye, 29 mai 1993, sur l'adoption, art. 3. – Conv. La Haye, 19 oct. 1996, sur la protection des enfants, art. 2. – Conv. Conseil de l'Europe, 15 mai 2003, sur les relations personnelles des enfants, art. 2 c).* – *Règl. Bruxelles II ter, art. 2, § 2-6*) *E. Gallant, Le nouveau règlement « Bruxelles II ter », AJ Fam. 2019. 401*), qui vient sur ce point modifier le règlement Bruxelles II bis (*Règl. n° 2201/2003, préc. n° 4*) qui ne contient aucune définition matérielle de l'enfant (*E. Gallant : Rép. intern. Dalloz*, v° *Bruxelles II bis (matières matrimoniales et de responsabilité parentale)*, n° 66. – *JCl. Droit international, fasc. 549-20, N. Joubert, Autorité parentale, Conflits de juridictions*). Les rédacteurs de la convention de La Haye de 1980 ont eu à cœur d'élaborer un instrument pratique et il semblerait que les règles de retour immédiat soient inutiles s'agissant de déplacements illicites concernant de « grands » enfants. La raison principale en est que les enfants de plus de seize ans sont en situation de donner leur avis aux parents ou à toute autorité judiciaire ou administrative qui serait saisie, ce qui rend le mécanisme de retour immédiat peu utile (*V. E. Pérez-Vera, Rapport explicatif*, n° 77) ; de fait, pour cette même raison, les contentieux relatifs aux « grands » enfants sont plutôt rares (pour une critique de cette limite d'âge jugée trop stricte, *V. Th. Garé, Réflexions sur l'efficacité de la convention de La Haye du 25 octobre 1980 relative aux aspects civils de l'enlèvement d'enfants, Mélanges Mouly : Litec, 1998, vol. 1, p. 299, spéc. p. 302*).

S'agissant à l'inverse de la question de savoir si un enfant peut être déplacé illicitement *in utero*, la Cour de cassation a adopté une position qui peut susciter l'étonnement, mais qui trouve néanmoins des justifications (*Cass. Ire civ., 26 oct. 2011, n° 10-19.905 : JurisData n° 2011-023344 ; JDI 2012, comm. 13, p. 939, note Ch. Chalas ; Gaz. Pal. 6 janv. 2012, n° 6-7, p. 42, note A. Devers ; Rev. crit. DIP 2012, p. 599, note E. Gallant. – Confirmé par Cass. I^{re} civ., 20 mars 2013, n° 12-19.382 : D. 2013, 1520, note A. Boiché ; RJPF juin 2013, p. 30*).

Mis en forme : Non Surlignage

Mis en forme : Non Surlignage

obs. F. Eudier). Elle a ainsi admis qu'un enfant, non encore né au moment du déplacement de sa mère, puisse faire l'objet d'une remise immédiate dans l'État que la mère avait quitté et dans lequel elle avait décidé unilatéralement de ne pas rentrer. Poussant jusqu'au bout la logique du texte et de la remise immédiate d'enfant, la solution sera peut-être l'occasion de réfléchir aux excès du système actuellement en place. Elle a toutefois été remise en cause par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre d'un déplacement illicite intra-européen au regard de l'application du règlement Bruxelles II bis (sur ce point, *V. n° 44*).

Mis en forme : Non Surlignage

C. - Champ d'application géographique

14. - États contractants

Au 1^{er} juillet 2019, la convention est applicable dans les cent États suivants (ou régions administratives) :

- Afrique du Sud ;
- Albanie ;
- Allemagne ;
- Andorre ;
- Argentine ;
- Arménie ;
- Australie ;
- Autriche ;
- Bahamas ;
- Bélarus ;
- Belgique ;
- Belize ;
- Bolivie ;
- Bosnie-Herzégovine ;
- Brésil ;
- Bulgarie ;
- Burkina Faso ;
- Canada ;
- Chili ;
- Chypre ;
- Colombie ;
- Corée ;
- Costa Rica ;
- Croatie ;

- Cuba ;
- Danemark ;
- El Salvador ;
- Équateur ;
- Espagne ;
- Estonie ;
- États-Unis ;
- Fidji ;
- Finlande ;
- France ;
- Gabon ;
- Géorgie ;
- Grèce ;
- Guatemala ;
- Guyane ;
- Honduras ;
- Hongrie ;
- Iraq ;
- Irlande ;
- Islande ;
- Israël ;
- Italie ;
- Jamaïque ;
- Japon ;
- Kazakhstan ;
- Lesotho ;
- Lettonie ;
- Lituanie ;
- Luxembourg ;
- Macédoine (ex-République yougoslave) ;
- Malte ;
- Maroc ;
- Maurice ;
- Mexique ;

- Monaco ;
- Monténégro ;
- Nicaragua ;
- Norvège ;
- Nouvelle-Zélande ;
- Ouzbékistan ;
- Pakistan ;
- Panama ;
- Paraguay ;
- Pays-Bas ;
- Pérou ;
- Philippines ;
- Pologne ;
- Portugal ;
- République de Guinée ;
- République de Moldova ;
- République dominicaine ;
- République populaire de Chine (Hong Kong et Macao) ;
- République tchèque ;
- Roumanie ;
- Royaume-Uni ;
- Russie ;
- Serbie ;
- Singapour ;
- Slovaquie ;
- Slovénie ;
- Sri Lanka ;
- Saint-Kitts-et-Nevis ;
- Saint-Marin ;
- Seychelles ;
- Suède ;
- Suisse ;
- Thaïlande ;
- Trinité et Tobago ;

- Tunisie ;
- Turkménistan ;
- Turquie ;
- Ukraine ;
- Uruguay ;
- Venezuela ;
- Zambie ;
- Zimbabwe.

15. - **Situations internationales**

Bien que la convention ne le mentionne pas expressément, il découle de l'ensemble du texte qu'il ne s'applique qu'aux situations internationales. Les seules situations internes échappent au dispositif de la convention de La Haye, bien qu'en certaines hypothèses, de grandes similitudes pourraient être relevées. Pour que la situation entre ainsi dans le champ d'application de la convention, il n'est pas nécessaire qu'elle soit internationale *ab initio*. Une situation purement interne dans un premier temps peut devenir internationale par le phénomène du déplacement illicite lui-même et ainsi nécessiter le prononcé d'un retour immédiat ou la mise en place d'un droit de visite (*E. Pérez-Vera, Rapport explicatif, n° 56*).

Les éléments d'extranéité fondés sur la nationalité ne sont pas opérants pour déclencher la mise en œuvre de la convention. Selon les cas, il est en effet nécessaire ou bien que l'enfant fasse l'objet d'un déplacement transfrontière, ou bien que le droit de visite doive être exercé dans un autre État.

16. - **Critère d'applicabilité géographique**

S'agissant du critère d'applicabilité géographique du texte, il faut distinguer deux situations, selon que les États concernés sont tous deux ou non contractants de la convention de La Haye.

17. - **Mécanisme de retour et États contractants**

S'agissant de l'enlèvement, la lecture du seul article 1er aurait pu faire penser que le mécanisme de retour immédiat destiné à lutter contre le déplacement illicite pouvait être mis en œuvre dès lors que l'enfant se trouvait déplacé dans un État contractant, peu important son État d'origine (la convention a pour objet « *d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout État contractant* »).

Néanmoins, ce texte doit nécessairement être combiné avec l'article 4 selon lequel la convention s'applique dès lors que l'enfant « *avait sa résidence habituelle dans un État contractant immédiatement avant l'atteinte aux droits de garde ou de visite* ». **Ainsi, les règles relatives au déplacement illicite s'appliqueront si l'enlèvement a eu lieu d'un pays contractant vers un autre État contractant** (en ce sens, *V. Cass. 1re civ., 17 janv. 2019, n° 18-23.849 : JurisData n° 2019-000418 ; D. 2019, p. 1016, S. Clavel et F. Jault-Seseke*, à propos d'un déplacement concernant la France et le Congo, qui a censuré les juges du fond pour avoir fondé leur décision sur la convention de La Haye et sur le règlement Bruxelles II bis, alors qu'ils n'étaient ni l'un ni l'autre applicables). La solution repose sur une logique pratique imparable : comment mettre en œuvre un tel mécanisme de coopération entre autorités de deux États différents, si ce mécanisme ne fait pas partie du droit positif de chacun de ces États ?

S'agissant du droit de visite, la combinaison des mêmes articles conduit à admettre que les règles de la convention s'appliqueront dans un État contractant pour faire respecter un droit de visite existant dans un autre État contractant.

18. - **L'un des États n'est pas partie à la convention**

Dans les hypothèses où l'un des États n'est pas partie à la convention de La Haye ou à aucune convention bilatérale existante, seuls les mécanismes de droit pénal et/ou de coopération entre autorités permettront éventuellement d'organiser un retour de l'enfant (pour un exemple fort médiatisé où l'enfant avait été déplacé de France vers la Russie, *CA Aix-en-Provence*, 21 oct. 2009 : *JCP G* 2010, p. 460, obs. A. Gabriel. La Russie a, depuis lors, ratifié la convention de 1980 : celle-ci y est en vigueur depuis le 1er octobre 2011). Les mécanismes visant à mettre en œuvre la responsabilité de l'État sont généralement impuissants à donner satisfaction au parent qui a été privé de l'enfant, d'une part parce qu'ils ne permettent pas, en tout état de cause, de restituer l'enfant déplacé et, d'autre part, parce que les conditions de la responsabilité ne sont jamais remplies. Il en va ainsi aussi bien lorsqu'il s'agit de mettre en cause l'exercice par le juge de sa fonction juridictionnelle (*Cass. I^{re} civ.*, 5 mars 2014, n° 12-24.780 : *JurisData* n° 2014-003932 ; *JDI* 2014, 870, note E. Gallant ; *Rev. crit. DIP* 2014, p. 614, note S. Corneloup ; *D.* 2015, p. 1056, pan. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke), que le fonctionnement des Autorités centrales (*V. CAA Paris*, 11 juill. 1997, Guichard : *RFDA* sept.-oct. 1998, concl. J.-P. Paître, p. 1035 ; *RFDA* mars-avr. 1999, p. 414, étude H. Bosse-Platière. – *CE*, sect., 30 juin 1999 : *JDI* 2000, p. 725, note I. Barrière-Brousse ; *D.* 2000, p. 1, note F. Boulanger. – *Dr. & patr.* 2000, p. 92, obs. F. Monéger ; *RFDA* 1999, p. 899 ; S. Grataloup, *Le recours contre la décision d'une autorité centrale en matière d'enlèvement international d'enfant* : *Dr. famille* 2000, chron. 15).

19. - **Politique de lutte contre les déplacements illicites**

L'article 2 de la convention dispose que « les États contractants prennent toutes mesures appropriées pour assurer [...] la réalisation des objectifs de la convention ». Il s'agit d'une « obligation générale de comportement » (*E. Pérez-Vera, Rapport explicatif*, n° 62), incitant les États contractants à prendre un certain nombre de mesures destinées à favoriser la mise en œuvre des objectifs de la convention. Combinée à l'article 1er selon lequel l'un de ces objectifs est « d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout État contractant », cette obligation devrait aboutir à ce que les États contractants, qui seraient des lieux de refuge d'enfants déplacés ou retenus illicitement provenant d'un pays non partie à la convention, luttent contre de tels déplacements, alors même que le mécanisme de la convention serait dans ce cas inapplicable (*E. Pérez-Vera, Rapport explicatif*, n° 59 et 62).

II. - Qualification du déplacement et du non-retour illicites

20. - **Article 3 de la convention**

L'ensemble du mécanisme conventionnel de retour immédiat de l'enfant repose sur la qualification de déplacement ou de non-retour illicite, dont les éléments figurent à l'article 3 de la convention :

--Citation--

Le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite :

- a) lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement, par le droit de l'État dans

lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour ; et

- b) que ce droit était exercé de façon effective seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus.

Le droit de garde visé en a) 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.

--Fin de Citation--

La qualification de déplacement illicite requiert en vertu de l'article 3 la réunion d'un élément juridique, la violation du droit de garde et d'un élément géographique, le franchissement d'une frontière.

A. - Violation du droit de garde

21. - Définition

La clé de la qualification de déplacement ou non-retour illicite réside dans la violation du droit de garde. À peine énoncée, cette phrase indique immédiatement que la difficulté à résoudre pour caractériser le déplacement illicite réside dans la définition du droit de garde, tant du point de vue de son contenu que de sa source.

1° Contenu du droit de garde

22. - Difficultés

En vertu de l'article 3, le déplacement ou le non-retour est illicite lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde. La difficulté majeure de cette référence au droit de garde est qu'elle peut faire l'objet d'une compréhension distincte selon les diverses législations nationales des États parties à la convention. Au regard du droit français, la notion de garde retenue par la convention nécessite d'être explicitée afin d'éviter toute confusion malheureusement encore fréquente (sur cette question, *V. E. Gallant, note ss Cass. 1re civ., 14 déc. 2005 : Rev. crit. DIP 2006, p. 621. – Cass. 1re civ., 24 juin 2015, n° 14-14.909 : JurisData n° 2015-015403 ; JCP G 2015, note E. Gallant ; Rev. crit. DIP 2016, p. 165, note A. Alouane ; D. 2015, p. 1783, I. Guyon-Renard*).

a) Droit interne

23. - Disparition du droit de garde

En droit français les termes de « garde » ou de « droit de garde » ont disparu du vocabulaire législatif en matière d'autorité parentale depuis 1987 (*L. n° 87-570, 22 juill. 1987, V. F. Dekeuwer-Defossez et F. Vauvillé, Droits de l'homme et droits de l'enfant (Commentaire de la loi « Malhuret » du 22 juillet 1987) : D. 1988, chron. p. 137*).

Il apparaît néanmoins que la pratique et le langage courant en usent encore pour désigner une réalité bien particulière : la « garde » est souvent employée pour indiquer la personne chez qui réside l'enfant, le parent « gardien » étant alors celui qui héberge l'enfant à titre principal.

Pendant de nombreuses années, ce même parent « gardien » était également celui qui exerçait l'autorité parentale à titre exclusif, l'autre parent ne bénéficiant le cas échéant que d'un droit de visite et d'hébergement. Finalement, « garde » et autorité parentale se confondaient (*J. Hauser et D. Huet-Weiller, La famille – Fondation et vie de la famille : LGDJ, 2e éd., 1993, n° 1180 et s.*).

Depuis que la législation a évolué vers un exercice conjoint de l'autorité parentale par les parents divorcés ou séparés (d'abord *L. n° 70-459 relative à l'autorité parentale du 4 juin 1970 pour les parents mariés* : JO 5 juin 1970, puis *L. n° 93-22 relative à l'état civil, la famille et les droits de l'enfant, le juge aux affaires familiales du 8 janvier 1993* : JO 9 janv. 1993, p. 495. – Et enfin *L. n° 2002-305 relative à l'autorité parentale du 4 mars 2002 pour les parents non mariés* : JO 5 mars 2002, p. 4161), la résidence de l'enfant chez un parent ne désigne plus ce dernier comme le titulaire exclusif de l'exercice de l'autorité parentale. Le principe est en effet que les parents exercent conjointement l'autorité parentale, quelle que soit leur situation de couple (*C. civ., art. 372*), l'exercice unilatéral de cette autorité parentale n'étant qu'exceptionnellement prévu par la loi (*C. civ., art. 372, al. 2*). La coïncidence entre « garde » et autorité parentale n'est dès lors plus parfaite, car si le « gardien » exerce nécessairement l'autorité parentale, le non « gardien » n'en est pas pour autant exclu.

La suppression de la garde du vocabulaire législatif du droit interne (y compris en matière de responsabilité civile des père et mère du fait de leurs enfants, *V. C. civ., art. 1242, al. 4, depuis la loi du 4 mars 2002, préc.*) apporte ainsi une simplification certaine en ne laissant subsister que l'autorité parentale.

b) Notion de droit de garde dans la convention de La Haye de 1980

24. - Attention

À la différence du droit interne, la convention de La Haye de 1980 utilise la notion de droit de garde. La conception qu'elle en retient pour asseoir sa définition du déplacement illicite d'enfants diffère notablement de celle que la pratique et le langage courants pourraient laisser imaginer.

25. - Garde et autorité parentale

D'une part, en vertu de l'article 3, le déplacement ou le non-retour est illicite « *lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement* ». D'autre part, en vertu de l'article 5, « *le droit de garde comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence* ». Il ressort de l'ensemble de ces dispositions, ainsi que des travaux préparatoires et du rapport explicatif, que les rédacteurs de la convention ont entendu assimiler la garde à l'autorité parentale, et non à la résidence de l'enfant, ou à une simple garde « physique » de l'enfant (*E. Perez-Vera, Rapport explicatif, n° 65, 71 et 84. - V. Cass. I^{re} civ., 13 déc. 2017, n° 17-10.727 : AJ fam. 2018, p. 49, obs. C. Roth ; Rev. crit. DIP 2019, p. 111, chron. C. Chalas*, arrêt de cassation qui exprime très clairement cette solution : « un parent peut disposer d'un droit de garde au sens de la convention même si la résidence n'a pas été fixée à son domicile »). Le gardien au sens de la convention de La Haye est celui qui exerce l'autorité parentale, conjointement ou unilatéralement, peu important le lieu de résidence de l'enfant. Or bien souvent, les auteurs d'enlèvement se fondent sur une conception erronée de la garde (« interniste ») et cherchent à faire consacrer par les tribunaux une assimilation de la garde avec la résidence de l'enfant, ce que la Cour de cassation refuse, conformément aux dispositions conventionnelles (*V. not. Cass. I^{re} civ., 14 déc. 2005 : Rev. crit. DIP 2006, p. 619, note E. Gallant. - Cass. I^{re} civ., 24 juin 2015, préc. n° 22*). La violation du droit de garde est caractérisée, et ainsi le déplacement illicite, chaque fois qu'un parent décide unilatéralement de déplacer l'enfant dans un pays étranger alors que l'autre parent ou un tiers exerce conjointement l'autorité parentale (*V. n° 27*).

Mis en forme : Non Surlignage

Mis en forme : Non Surlignage

26. - Droit de garde unilatéral

Le texte de la convention vise d'abord la violation du droit de garde confié à une personne seule. Dans cette hypothèse (par exemple en droit français lorsque le père d'un enfant le reconnaît plus d'un an après sa naissance et alors que sa filiation maternelle est établie, *V. C. civ., art. 372, al. 2*), l'autre parent bénéficie bien souvent d'un droit de visite et d'hébergement et peut être l'auteur d'un déplacement ou d'un non-retour illicite (*CA Versailles, 12 nov. 1992 : JDI 1994, p. 133, note H. Gaudemet-Tallon ; D. 1993, p. 352, 2e esp., obs. B. Audit. – Cass. crim., 29 sept. 2004, n° 03-86.437 : JurisData n° 2004-025417*).

La réciprocité n'est pas vraie en revanche, puisqu'en cas de déplacement décidé unilatéralement par le parent exerçant l'autorité parentale, il n'y aurait pas de violation de droit de garde du parent ne disposant pas de l'autorité parentale (*V. CAA Paris, 11 juill. 1997, aff. Guichard, préc. n° 18. – CE, sect., 30 juin 1999, préc. n° 18. – CEDH, 2 sept. 2003, n° 56838/00, Guichard c/ France : Dr. famille 2004, comm. 98, note A. Gouttenoire. – Sur le rôle des autorités centrales en matière de qualification des déplacements illicites, V. n° 62 à 64*). Rigoureuse à l'égard du parent titulaire d'un droit de visite « simple » et peu conforme au souhait pourtant affirmé par la convention de garantir et protéger le droit de visite (*V. Préambule et art. 21*), cette solution est cependant justifiée par le Rapport explicatif comme la volonté d'éviter de mettre sur un pied d'égalité droits de garde et de visite, la convention ne pouvant être l'instrument permettant de substituer l'un à l'autre (*E. Pérez-Vera, Rapport explicatif, n° 65*). Il faut néanmoins souligner que grâce à l'utilisation qui a été faite par les juridictions nationales de l'article 5, la rigueur de cette situation se trouve notablement et heureusement atténuée (*V. n° 28*).

En droit comparé, il n'est pas rare de trouver des législations qui n'accordent en cas de séparation des parents qu'un droit de garde exclusif à la mère de l'enfant. À cet égard, ni la Cour européenne des droits de l'homme ni la Cour de Justice de l'Union européenne ne constatent de violation des droits fondamentaux en l'absence d'attribution automatique de la garde conjointe aux deux parents, tant que le parent non titulaire conserve la possibilité de saisir les juridictions pour obtenir ce droit de garde (*CJUE, 5 oct. 2010, aff. C-400/10 PPU : JCP G 2010, 1327, note F. Boulanger ; Dr. famille 2011, comm. 50, note M. Farge ; Europe 2010, comm. 447, note L. Idot ; Procédures 2010, comm. 405, obs. C. Nourissat ; AJ fam. 2010, p. 482, obs. A. Boiché. – CEDH, 2 sept. 2003, n° 56838/00, Guichard c/ France, préc.*). En revanche, si l'octroi du droit de garde n'est subordonné qu'à l'accord de la mère, sans autre possibilité pour le père de se le voir attribuer, la CEDH admet la violation de l'article 14 de la Convention EDH (*CEDH, 3 déc. 2009, n° 22028/04, Zaunegger c/ Allemagne*).

27. - Droit de garde conjoint

Quelle que soit la situation du couple parental, le droit de garde conjoint, entendu comme l'autorité parentale conjointe, provenant d'une source autorisée par la convention de La Haye (sur cette source, *V. n° 31 à 33*) rendra l'auteur du déplacement réalisé sans le consentement de l'autre coupable de déplacement illicite. Les juridictions doivent donc systématiquement rechercher si le demandeur au retour était gardien au sens de la convention (*Cass. 1re civ., 29 févr. 2012, n° 11-15.613 : JurisData n° 2012-003345*, où les juges du fond se voient censurés pour avoir ordonné le retour immédiat de l'enfant sans avoir recherché si celui qui réclamait le retour était gardien au sens de l'article 3 de la convention. – V. également *Cass. 1re civ., 8 juill. 2010, n° 09-65.505, inédit*, où le retour est refusé faute pour le demandeur d'établir la violation du droit de garde).

Chacun des parents peut dès lors être à l'origine de la violation du droit de garde de l'autre (*H. Muir Watt, note ss Cass. 1re civ., 22 avr. 1997 : Rev. crit. DIP 1997, p. 746, spéc. n° 13. – E. Pérez-Vera, Rapport explicatif, n° 71 et 84*).

Mis en forme : Non Surlignage

Une telle solution nécessite de **lutter contre l'idée extrêmement répandue** selon laquelle dès lors que l'enfant réside chez un parent, celui-ci a le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant, et donc de le déplacer sans l'accord de l'autre parent. L'auteur de l'enlèvement invoque bien souvent en effet son « droit de garde » pour justifier son droit ou son pouvoir de déplacer unilatéralement l'enfant. À cette fin, il n'est pas rare que l'article 5 de la convention, définissant le droit de garde comme le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant, soit même utilisé par le parent auteur de l'enlèvement pour justifier le déplacement.

28. - **Interprétation de l'article 5**

Or, le raisonnement est tronqué : l'article 5 ne signifie en aucun cas que celui chez qui réside l'enfant dispose d'un droit exclusif de décider du lieu de résidence de l'enfant, privant l'autre parent de la possibilité de ne pas consentir au déplacement de l'enfant. Précisément parce que le droit de garde est conjoint, il ne peut conférer aucun droit exclusif. Un déplacement décidé unilatéralement contrevient ainsi nécessairement au droit de garde de l'autre, ce qui constitue l'élément caractéristique de la qualification du déplacement illicite. Le nier reviendrait purement et simplement à priver d'effet le mécanisme mis en place par la convention. Hormis de rares exceptions (*TGI Thonon, 19 juin 1987 : Gaz. Pal. 1988, p. 106, note J. P.*), la jurisprudence est en ce sens et refuse de considérer que l'un des gardiens dispose d'un droit exclusif de décider du lieu de résidence de l'enfant, dès lors que l'autorité parentale est conjointe (*Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 2005, n° 05-12.934 : JurisData n° 2005-031274 ; Rev. crit. DIP 2006, p. 619, note E. Gallant. – Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2006, n° 05-15.692 : JurisData n° 2006-035878 ; RJPF mars 2007, p. 25, obs. F. Eudier. – Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 2007, n° 07-10.190 : JurisData n° 2007-040101 ; Gaz. Pal. 2008, somm. p. 454, obs. J. Massip ; p. 3198, obs. Cabinet BWG ; RLDC oct. 2007, n° 42, p. 45. – Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 2008, n° 07-15.393 : JurisData n° 2008-046273 ; Gaz. Pal. 10 juin 2009, p. 25, obs. M. Eppler ; RJPF mars 2009, p. 28, obs. F. Eudier*).

Il en résulte que lorsque l'un des parents, lesquels ne sont pas encore séparés mais soumis à un exercice conjoint de l'autorité parentale, emmène l'enfant dans un autre État sans le consentement de l'autre, il réalise un déplacement illicite (*TGI Toulouse, 20 mars 1987 : Gaz. Pal. 1987, jurispr. p. 609 ; Rev. crit. DIP 1988, p. 67, note P. Monin-Hersant et B. Sturlèse. – Dans la même affaire, Cass. 1^{re} civ., 23 oct. 1990 : D. 1991, p. 233, note J. Massip ; Defrénois 1991, art. 34980, n° 9, obs. J. Massip ; Rev. crit. DIP 1991, p. 407, note Y. Lequette. – Pour une rétention, V. Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 1992 : Defrénois 1993, art. 35572, p. 721, n° 50, obs. J. Massip ; D. 1993, somm. p. 352, B. Audit. – Cass. 1^{re} civ., 15 juin 1994 : Rev. crit. DIP 1995, p. 96, note H. Muir Watt. – CA Rennes, 4 août 1998 : Bull. inf. C. cass. 1^{er} mai 1999, p. 39. – Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 2005, préc. – Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 2013, n° 13-14.562. – Cass. 1^{re} civ., 13 févr. 2013, n° 11-28.424 : JurisData n° 2013-002118 ; AJ fam. 2013/3, 185, note A. Boiché ; RJPF juin 2013, p. 30, obs. F. Eudier ; D. 2013, p. 498, obs. I. Gallmeister. – Cass. 1^{re} civ., 4 mars 2015, n° 14-13.984*).

Il en va également ainsi en cas de séparation, alors que la résidence de l'enfant est confiée à l'un des parents et un droit de visite à l'autre, par une décision ou sur simple pratique des parents, que les parents vivent dans le même pays ou dans des pays différents (*TGI Paris, 8 févr. 1993 : JDI 1994, p. 133, note H. Gaudemet-Tallon ; Rev. crit. DIP 1993, p. 650, note B. Ancel. – CA Paris, 7 févr. 2002 : D. 2003, p. 658, obs. A. Bottiau. – Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2006, préc. – Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 2007, préc. – Cass. 1^{re} civ., 24 juin 2015, n° 14-14.909, préc. n° 22. – Cass. 1^{re} civ., 2 déc. 2015, n° 14-25.015 : Gaz. Pal. 2016, n° 15, p. 78, obs. B. Bloquel. – Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 2017, n° 17-10.727, préc. n° 25*).

Mis en forme : Anglais (Royaume-Uni)

29. - Droit de garde conjoint et restriction territoriale

Comme vu précédemment (V. n° 26), dans les hypothèses où l'exercice de l'autorité parentale n'est pas dévolu conjointement aux parents, le parent qui ne réside pas avec l'enfant mais qui peut néanmoins bénéficier d'un droit de visite n'est pas considéré comme titulaire du droit de garde au sens de la convention et ne pourra donc pas en principe s'opposer à une décision unilatérale de déplacer l'enfant de la part du parent gardien qui réside avec l'enfant. La sévérité de cette prise de position se trouve toutefois amoindrie grâce à une interprétation intéressante de l'article 5 de la convention.

Définissant le droit de garde comme le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant, ce texte autorise à admettre l'existence d'un droit de garde du titulaire du droit de visite « simple », dès lors que le déplacement de l'enfant par le titulaire de l'exercice de l'autorité parentale se trouve assujéti à une restriction territoriale et donc à une autorisation judiciaire de déplacement de l'enfant ou bien au consentement de l'autre parent. Ainsi, celui qui dispose d'un droit de *veto* sur la mobilité de l'enfant peut dès lors invoquer une violation de son droit de garde, même si aucune loi, décision ou accord valablement conclu ne lui octroyait l'exercice conjoint de l'autorité parentale *ab initio*. Le gardien initial peut ainsi se trouver en position d'enlever l'enfant, puisque la garde est finalement considérée comme conjointe (V. *CA Aix-en-Provence*, 23 mars 1989 : *Rev. crit. DIP* 1990, p. 529, note Y. Lequette : « en attribuant à la mère le droit d'accepter ou de refuser le déplacement de la résidence des enfants hors d'une certaine région, [la décision] a organisé un exercice conjoint du droit de garde au sens de la convention de La Haye ». - Contra, *TGI Périgueux*, 17 mars 1992 : *Gaz. Pal.* 1992, 2, 678, note G.C. ; *JDI* 1993, p. 938, note H. Gaudemet-Tallon ; *JCP G* 1993, I, 3688, *chron.* H. Fulchiron ; *JCP G* 1993, II, 22104, note T. Clay ; *LPA* 3 sept. 1993, note T. Clay ; *Rev. crit. DIP* 1993, p. 650, note B. Ancel. Ce jugement considère, à tort, que la convention ne permet que de protéger le droit de garde contre le parent non-gardien et refuse de qualifier d'illicite le déplacement réalisé par la mère au mépris d'une restriction géographique judiciairement ordonnée).

Dans le même esprit, l'article 5 a pu être utilisé alors que le droit de garde bafoué relevait du tribunal qui avait imposé la restriction géographique et qui était le seul à pouvoir lever cette restriction et autoriser le déplacement : c'est le tribunal qui a été considéré comme bénéficiant d'un droit de garde conjoint par le biais de l'article 5 (*Cour suprême du Canada*, 26 janv. 1994 : *Rev. crit. DIP* 1995, p. 342, note B. Ancel et H. Muir Watt).

D'abord sans mentionner explicitement l'article 5 de la convention, certains arrêts aboutissent à une solution similaire, que la restriction territoriale soit issue d'un accord parental (*Cass. 1^{re} civ.*, 22 avr. 1997 : *D.* 1998, p. 289, note J. Massip ; *Defrénois* 1997, p. 1336, *obs.* J. Massip ; *Rev. crit. DIP* 1997, p. 746, note H. Muir Watt), d'une décision de justice (*Cass. 1^{re} civ.*, 16 juill. 1993 : *JDI* 1994, p. 133, note H. Gaudemet-Tallon ; *Rev. crit. DIP* 1993, p. 650, note B. Ancel), ou encore directement de la loi (*Cass. 1^{re} civ.*, 14 mars 2012, n° A : *JurisData* n° 2012-004578 ; *Rev. crit. DIP* 2012, p. 886, note Ch. Chalas ; *Lexbase Hebdo-Édition privée générale*, 12 avr. 2012, n° 481, *obs.* A. Gouttenoire).

La Cour de cassation a franchi un pas supplémentaire en cassant une décision des juges du fond au visa des articles 3 et 5 indiquant ainsi que le déplacement d'un enfant au mépris d'une restriction géographique constitue bien une violation du droit de garde, entendue comme la violation du droit de l'autre parent de décider du lieu de résidence de l'enfant (*Cass. 1^{re} civ.*, 24 juin 2015, n° 14-14.909, *préc.* n° 22). La Cour de cassation rejoint ainsi une position également défendue à l'étranger (V. *Cour supr. Canada*, *préc.* et *Cour supr. États-Unis*, 17 mai 2010 : *Rev. crit. DIP* 2010, p. 519, note H. Muir Watt ; *AJ fam.* 2010, p. 482, *obs.* A. Boiché), pour laquelle la conférence de La Haye a marqué sa sympathie (*Commission*

spéciale 2011-2012 sur le fonctionnement pratique de la convention de 1980 sur l'enlèvement d'enfants et de la convention de 1996 sur la protection des enfants, www.hccch.net, ann. 4, spéc. n° 45).

30. - **Droit de fixer la résidence de l'enfant**

L'article 5 de la convention autorise également à admettre que celui qui bénéficie d'un droit de décision sur le lieu de résidence de l'enfant exerce conjointement la garde en vertu de la convention, quand bien même l'exercice conjoint ne lui aurait pas été attribué en tant que tel.

Cette solution fonctionne même en l'absence de toute restriction géographique, dès lors que le parent qui ne réside pas avec l'enfant dispose du droit de consentir à tout changement de résidence de l'enfant (*Cass. 1re civ., 4 mai 2017, n° 17-11.031 : JurisData n° 2017-008254 ; Dr. famille 2017, comm. 160, note H. Fulchiron ; RJPF juill. 2017, p. 43, note S. Godechot-Patris ; AJ fam. 2017, p. 490, obs. A. Boiché ; D. 2018, p. 966, S. Clavel et F. Jault-Seseke ; JCP G 2017, 951, chron. Droit de la famille ; Gaz. Pal. 2017, n° 33, p. 72, obs. C. Anger. - Cass. 1re civ., 13 juill. 2017, n° 17-11.927 : JurisData n° 2017-014003 ; JCP G 2017, 1084, note E. Gallant ; AJ fam. 2017, p. 492, obs. A. Boiché ; D. 2018, p. 966, S. Clavel et F. Jault-Seseke ; RLDC 2017, n° 152, p. 3, J. Mestre ; LPA oct. 2017, p. 6, J.-M. Hesquin ; JCP G 2017, p. 1951, chron. Droit de la famille*). Le droit de fixer le lieu de résidence de l'enfant, simplement déduit d'un droit d'opposition sur le lieu de résidence, se voit ainsi consacré comme un élément central de la qualification du déplacement illicite. Cette conception extensive du droit de garde a été reprise par le règlement Bruxelles II bis (art. 2, § 9 et § 11. – Sur l'ensemble du mécanisme mis en place par le règlement Bruxelles II bis, V. E. Gallant, *Rép. internat. Dalloz*, v° *Règlement Bruxelles II bis (matières matrimoniales et de responsabilité parentale)* et le règlement Bruxelles II ter (préc. n°4, sur lequel E. Gallant, *AJ Fam. juill. 2019. 401*)).

Réciproquement, celui chez qui ne réside pas l'enfant mais qui a consenti au lieu de résidence ne peut déplacer l'enfant sans que ce déplacement soit considéré comme illicite : l'accord parental sur le lieu de résidence équivaut à une garde conjointe amiable (V. n° 35, 49 et 51).

2° Source du droit de garde

31. - **Texte**

L'article 3 de la convention de 1980 dispose que le droit de garde dont la violation caractérise le déplacement illicite est attribué par « le droit de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour » et qu'il peut résulter notamment « d'une attribution de plein droit, d'une décision judiciaire ou administrative, ou d'un accord en vigueur selon le droit de cet État ».

a) « Droit » de l'État de la résidence habituelle

32. - **Droit interne ou droit international privé**

L'article 3 de la convention indique que le droit de garde faisant l'objet d'une violation caractéristique d'un déplacement illicite est attribué par le droit de l'État de la résidence habituelle de l'enfant, immédiatement avant son déplacement ou non-retour. La convention prend le parti de s'écarter de la formulation traditionnellement retenue par les conventions de La Haye en matière de loi applicable : celles-ci se réfèrent en effet généralement à « la loi interne » des États, afin d'éviter que la désignation de la loi applicable se fasse par l'intermédiaire d'un renvoi (par la règle de conflit de lois de l'ordre juridique désigné par la règle de conflit conventionnelle, V. E. Pérez-Vera, *Rapport explicatif*, n° 66). La convention de 1980 retient une formule plus large qui admet que le droit de garde dont la violation est

Mis en forme : Non Surlignage

invoquée provient du droit interne de l'État de résidence habituelle de l'enfant, mais aussi du droit interne d'un autre État qui serait désigné par le droit international privé de l'État de résidence habituelle (*TGI Niort*, 9 janv. 1995 : *JDI* 1995, p. 361, note H. Gaudemet-Tallon), ou encore d'une décision rendue à l'étranger et reconnue dans l'État de la résidence habituelle (*Adde Conv.*, art. 14. – Pour une illustration en matière de résidence alternée, *V. n° 55 et 56*). On comprend que la convention ait choisi une formule souple permettant d'englober largement les situations de garde.

En tout état de cause, le droit international privé de l'État de refuge n'a pas à être consulté, ni même au travers de son ordre public. Le juge saisi d'une demande de retour immédiat doit donc se borner à rechercher si, dans le droit de l'État de résidence habituelle, le parent avait le droit de modifier seul le lieu de résidence de l'enfant. En présence d'une législation consacrant une inégalité parentale, il ne peut recourir à son exception d'ordre public pour évincer la loi applicable et la remplacer par la loi du for. La Cour de cassation a ainsi censuré une décision qui avait ordonné le retour de l'enfant au Maroc, alors que selon le droit marocain, la mère était seule investie du droit de garde. Les juges du fond avaient en effet évincé la loi marocaine au nom de l'ordre public et de l'inégalité parentale, pour considérer que le père resté au Maroc exerçait selon la loi française la garde conjointe, et avaient en conséquence ordonné le retour immédiat (*Cass. 1re civ.*, 7 déc. 2016, n° 16-21.760 : *JurisData* n° 2016-025701 ; *D.* 2017, p. 1015, H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *D.* 2017, p. 599, *chron.* I. Guyon-Renard ; *AJ fam.* 2017, p. 73, obs. A. Boiché ; *RJPF* févr. 2017, p. 38, obs. M.-C. Meyzeaud-Garaud ; *JCP G* 2017, 250, note M. Farge ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 25, p. 74, obs. N. Assuied ; *LPA* 2017, n° 289, p. 6, obs. V. Legrand).

33. - **Loi, décision ou accord**

La formule retenue par la convention de 1980 est suffisamment large pour englober tout type de source du droit de garde, peu important que la règle soit écrite, jurisprudentielle ou coutumière (*V. E. Pérez-Vera, Rapport explicatif*, n° 66). La volonté de ne pas cantonner la source du droit de garde aux sources judiciaires est un élément très important puisque dans bien des cas, les enlèvements se produisent alors qu'aucune séparation des parents n'a été judiciairement organisée et ne fait encore l'objet d'aucune décision. La solution contraire aurait considérablement et malheureusement réduit le champ d'action de la convention (comp. avec les conventions bilatérales existantes qui requièrent souvent qu'une décision ait été prise). L'utilisation de l'adverbe « notamment » indique la volonté des rédacteurs de ne pas enfermer le droit de garde dans l'une des trois sources citées et qu'une figure autre pourrait tout à fait être admise (par exemple un engagement pris devant le juge de ne pas déplacer l'enfant à l'étranger).

Le droit de garde dont la violation est invoquée par le demandeur au retour de l'enfant peut ainsi résulter aussi bien d'une décision (par ex., *Cass. 1re civ.*, 7 juin 1995 : *D.* 1996, p. 393, note J. Massip ; *Defrénois* 1996, art. 36272, p. 336, obs. J. Massip), d'une attribution de plein droit (not. *Cass. 1re civ.*, 12 déc. 1992 : *Defrénois* 1993, p. 721, obs. J. Massip. – *Cass. 1re civ.*, 17 déc. 2008, n° 07-15.393, *préc.* n° 28), que d'un accord homologué par le juge (*CA Versailles*, 12 nov. 1992 : *JDI* 1994, p. 133 (*1re esp.*), note H. Gaudemet-Tallon ; *D.* 1993, *somm.* p. 352, obs. B. Audit. – *Cass. 1re civ.*, 14 déc. 2005 : *Rev. crit. DIP* 2006, p. 619, note E. Gallant ; *RJPF* mars 2006, p. 52, obs. F. Eudier), ou d'un accord purement privé, même tacite (pour un accord résultant de la simple inaction du père suivant les mois qui ont suivi la séparation des parents et leur installation dans des États différents, *Cass. 1re civ.*, 14 nov. 2006, *préc.* n° 28).

34. - **Teneur de l'accord**

Souvent, la teneur de cet accord porte directement sur l'exercice conjoint de l'autorité parentale (*V. Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 2005, préc. n° 22*) ; la jurisprudence a cependant admis qu'un accord sur le lieu de résidence de l'enfant emportait accord sur la garde (*V. Versailles, 12 nov. 1992, préc. n° 26. – Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2006, préc. n° 28*). Il s'agit d'hypothèses où, lors de leur séparation, les parents s'installent dans des pays différents et se mettent d'accord sur le lieu de résidence des enfants, soit tacitement, soit devant un juge. Si l'un des parents décide ensuite de les déplacer ou de les retenir, le déplacement est considéré comme illicite en vertu de cet accord, qui d'une certaine manière est assimilé à la reconnaissance du droit de garde de l'autre (*V. interprétation de l'article 5, n° 28*). On pourrait alors se demander si cette situation doit être distinguée de celle où les parents, non encore séparés, décident d'aller s'installer temporairement dans un autre pays. À l'origine de ce départ, il existe bien un accord, dont il faut déterminer s'il constitue également un accord sur le transfert de résidence de la famille.

35. - **Attention**

Ces cas particuliers soulignent la diversité des accords parentaux parmi lesquels il faut distinguer entre les accords préventifs et les accords postérieurs au déplacement.

Préventivement, les parents peuvent conclure :

- un accord sur la garde conjointe, permettant de qualifier la violation du droit de garde ;
- un accord sur la résidence habituelle de l'enfant, assimilé à une garde conjointe, qui permet également de qualifier l'aspect géographique du déplacement illicite et qui peut aussi prendre la forme d'un accord sur la résidence alternée (*Cass. 1^{re} civ., 13 févr. 2013, n° 11-28.424, préc. n° 28. – Sur de tels accords, V. n° 51 à 53*).

Il faut ajouter à ces accords celui qui est contemporain ou postérieur au déplacement et qui constitue un acquiescement à ce déplacement, de sorte qu'il se trouve privé ou purgé de son caractère illicite (*V. n° 84*).

36. - **Accord en vigueur**

En tout état de cause, le droit de garde dont la violation est alléguée doit être « en vigueur » dans l'État de résidence habituelle de l'enfant (*CA Toulouse, 28 nov. 2006 : www.legifrance.gouv.fr*). Cette formulation retenue par l'article 3 de la convention indique que l'accord doit être valable au sein de l'État de la résidence habituelle de l'enfant antérieure au déplacement. Cette dernière condition n'est cependant pas toujours vérifiée, car parfois les juges constatent l'existence d'un accord amiable, sans rechercher à en établir la validité (*V. Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2006 et note de F. Eudier, préc. n° 28*). Or, si cet accord en tant que convention attributive d'un droit de garde conjoint n'est pas validé par le droit de la résidence habituelle de l'enfant, le déplacement ne devrait pas être considéré comme illicite.

b) Droit de l'État de la « résidence habituelle » immédiatement avant le déplacement

37. - **Précision géographique**

L'article 3 indique que le droit de garde doit être attribué par le droit de l'État de résidence habituelle de l'enfant immédiatement avant le déplacement de la résidence habituelle. Cette précision géographique est éminemment utile puisqu'elle évite bien entendu que le parent auteur de l'enlèvement ne se prévale du droit de l'État dans lequel il a emmené l'enfant, et notamment d'une décision qu'il aurait pu obtenir à son arrivée (sur l'inopposabilité d'une décision sur le fond obtenue dans l'État de refuge de l'enfant, *V. n° 70*). La détermination de la

résidence habituelle est ainsi au cœur du dispositif puisque c'est à partir de cette résidence habituelle que le droit de garde pourra être déterminé (sur l'identification de la résidence habituelle de l'enfant, *V. n° 46 à 56*. – Pour une définition matérielle du droit de garde affranchie de toute référence à la loi de la résidence habituelle, *E. Gallant, Réflexions sur la résidence habituelle des enfants de couples désunis*, in *Mélanges P. Mayer : LGDJ, 2015, p. 238, spéc. p. 242*. – *E. Gallant, La résidence de l'enfant déplacé, Dossier Enlèvement international : AJ fam. 2018, p. 526*).

38. - Précision temporelle

L'évidence veut que la résidence habituelle soit appréciée avant le déplacement considéré comme illicite, et même « immédiatement » avant, afin d'éviter que les déplacements successifs ne brouillent les cartes. Il arrive en effet malheureusement que le parent à qui a été enlevé l'enfant riposte à son tour par un autre enlèvement et que ce soit lui qui se retrouve en position de défendeur à une action en retour, faute d'avoir lui-même saisi à temps les autorités compétentes d'une demande de retour de l'enfant (pour une hypothèse où le même parent a enlevé deux fois de suite son enfant, *Cass. 1^{re} civ., 25 sept. 2013, n° 12-22.651*).

Cette hypothèse de « double enlèvement » (*Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1993 : JDI 1994, p. 133, note H. Gaudemet-Tallon ; Rev. crit. DIP 1993, p. 650, note B. Ancel. - Cass. 1^{re} civ., 26 sept. 2012, n° 11-17.034 : Gaz. Pal., 5 janv. 2013, n° 5, p. 31, note M. Eppler*) doit être appréciée au regard du seul enlèvement initial sans considération pour le second enlèvement (*H. Gaudemet-Tallon, note préc., p. 146*), ni pour les décisions rendues sur le fond postérieurement. Il en résulte que si le premier enlèvement n'affecte pas la compétence du juge de l'État d'origine de statuer au fond, cette compétence reste acquise même en cas de contre-enlèvement (*Cass. 1^{re} civ., 5 mars 2014 : JDI 2014, comm. 11, p. 870, note E. Gallant ; Gaz. Pal. 13 avr. 2014, n° 103-105, p. 32, obs. M. Eppler*). Le second enlèvement pourra éventuellement être pris en considération après que la question du retour aura été réglée, lorsqu'il s'agira pour le juge compétent pour statuer sur le fond de prendre une décision sur l'exercice de l'autorité parentale (*V. n° 73*).

Toutefois, pour que cette logique de neutralité du second enlèvement puisse fonctionner, encore faut-il que le premier déplacement n'ait pas perdu son caractère illicite. Ainsi, dans l'hypothèse où dans le cadre de l'enlèvement initial, le retour de l'enfant a été refusé par les autorités compétentes, la décision de refus de retour fait perdre au déplacement son caractère illicite. Si un second déplacement est ensuite opéré, il doit être considéré isolément et non en contemplation du premier déplacement qui n'est plus illicite. Ce second enlèvement se départit ainsi de sa neutralité et produit toutes les conséquences d'un déplacement illicite. La perte du caractère illicite du premier déplacement permettra de faire acquérir à l'enfant sa résidence habituelle dans l'État de refuge, dont les autorités se verront transférer la compétence pour statuer au fond. Lors du second déplacement, la garde devra dès lors être appréciée en vertu du droit de la résidence habituelle acquise postérieurement au premier déplacement devenu licite. Cette solution est la seule qui soit à même de respecter le mécanisme de coopération instauré par la convention de La Haye de 1980. Or, dans un arrêt - critiquable - du 13 mai 2015 (*Cass. 1^{re} civ., 13 mai 2015, n° 14-24.511 : Rev. crit. DIP 2016, p. 146, note S. Laval ; RJPF sept. 2016, p. 46*), la Cour de cassation n'a pas retenu ce raisonnement, faisant ainsi totalement abstraction de la décision de non-retour intervenue dans l'État où l'enfant avait été déplacé initialement. Elle a tenu compte du droit de garde exclusif accordé au père par les juridictions françaises pour considérer que le déplacement opéré par ce dernier n'était pas illicite, alors qu'elle aurait dû apprécier la violation du droit de garde en vertu de la loi de la résidence habituelle de l'enfant, acquise dans l'État de refuge postérieurement à la clôture de la première procédure de retour immédiat en raison du refus du retour.

3° Exercice effectif du droit de garde

39. - Légitimité de fait

L'article 3 de la convention ajoute à sa définition du déplacement illicite un critère de fait d'importance égale à celle du critère juridique : elle exige que le droit de garde, dont la violation emporte la qualification du déplacement illicite, soit « exercé de façon effective [...] au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus ». Il s'agit ici de conférer une légitimité supplémentaire à ce droit de garde sur lequel repose la totalité du mécanisme de retour immédiat et qui pourtant provient d'une source autorisée. Il est en effet logique d'admettre que si le parent à qui a été confié l'enfant par la loi, le juge ou par un accord parental s'en désintéresse en fait, il devient difficile de reprocher à l'autre parent de vouloir rétablir les choses en prenant en charge l'enfant et en l'emmenant avec lui. Le demandeur au retour devrait en principe assumer la charge de la preuve de cet exercice effectif ; il semblerait cependant qu'il n'ait à fournir que des indices, l'article 8 ne mentionnant en effet, au titre des indications à produire à l'appui de sa demande de retour, que les motifs de cette demande. C'est finalement l'auteur de l'enlèvement qui cherchera à disqualifier le déplacement illicite en établissant le caractère non effectif du droit de garde. Reste à savoir comment interpréter cette exigence du texte, laquelle peut très clairement faire échec à la qualification de déplacement illicite et ainsi ne pas permettre de déclencher le mécanisme de retour immédiat. La jurisprudence est rare à ce sujet (*CA Versailles*, 12 nov. 1992, *préc. n° 26* : où le père, auteur de l'enlèvement, n'avait jamais réclamé l'exécution de la décision lui attribuant la garde des enfants et avait ensuite accepté par le biais d'une transaction que les enfants restassent chez leur mère. - *Cass. Ire civ.*, 14 juin 2017, n° 17-10.980 : *JurisData* n° 2017-018204 ; *AJ fam.* 2017, p. 495, obs. C. Roth ; *D.* 2018, p. 966, S. Clavel et F. Jault-Seseke ; *RJPF* nov. 2017, p. 38, note S. Godechot-Patris, qui rejette le pourvoi au motif que l'absence d'effectivité n'a pas été alléguée devant les juges du fond. - *Cass. Ire civ.*, 14 mars 2018, n° 18-10.438 : *Gaz. Pal.* 3 juill. 2018, p. 74, obs. V. Darmois ; *D.* 2018, p. 1664, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *Rev. crit. DIP* 2019, p. 111, *chron.* C. Chalas, qui retient que l'absence d'effectivité du droit de garde par la mère - demanderesse au retour - n'est pas démontrée).

40. - Titulaires du droit de garde

Compte tenu des développements précédents, les personnes concernées par ce droit de garde, que l'on se place sous l'angle de celles qui le détiennent ou de celles qui le bafouent, doivent être identifiées plus précisément.

Afin de qualifier la violation du droit de garde, et ainsi le déplacement illicite, la convention de La Haye vise le droit de garde confié « à une personne, une institution ou tout autre organisme » par le droit de la résidence habituelle avant l'enlèvement. Le droit de garde n'est donc pas restreint à celui exercé par une personne physique ou même par les seuls parents de l'enfant (pour un droit de garde confié à la grand-mère de l'enfant, *Cass. Ire civ.*, 7 juin 1995 : *D.* 1996, p. 393, note J. Massip ; *Defrénois* 1996, art. 36272, p. 336, obs. J. Massip. - Pour une hypothèse où la garde de l'enfant avait été confiée à des tiers mais où leur qualité de gardien n'a pas été discutée, le refus du retour ayant été ordonné sur le fondement de l'article 13, *V. Cass. Ire civ.*, 17 oct. 2007, n° 07-11.449 : *JurisData* n° 2007-040862 ; *JCP G* 2008, II, 10001, note F. Boulanger ; *Dr. famille* 2007, *comm.* 204, note P. Murat ; *Gaz. Pal.* 2008, *somm.* p. 4266, obs. J. Euzenot ; *JCP G* 2008, I, 102, n° 6, obs. C. Bideau ; *RJPF janv.* 2008, p. 26, obs. F. Eudier, *V. n° 96*).

Mis en forme : Français (France)

41. - Auteurs de l'enlèvement

D'après le texte de la convention de La Haye, *a priori* peu importe la personne qui enlève l'enfant puisque la violation du droit de garde n'est envisagée que du point de vue de celui qui en est « victime ».

L'auteur de l'enlèvement peut ainsi être aussi bien l'autre parent, ce qui correspond de loin à l'hypothèse la plus fréquente, qu'un grand-parent, un membre de la famille, quelqu'un à qui a été confié à un moment ou à un autre l'enfant, ou même les deux parents lorsque l'enfant avait été confié à un tiers (*Cass. 1re civ., 17 oct. 2007, préc. n° 40*). Il s'agit généralement de quelqu'un qui appartient « au cercle familial de l'enfant, au sens large du terme » (*Rapport explicatif, n° 13*). Par ailleurs, il peut très bien s'agir de personnes parfaitement étrangères à la famille mais qui ont été mandatées par l'autre parent pour accomplir la tâche, parfois rude et même violente, de soustraire l'enfant à son milieu (*V. par exemple, CA Aix-en-Provence, 21 oct. 2009, préc. n° 18, où le père avait été agressé par deux individus*). Le critère déterminant est que l'auteur de l'enlèvement ou son instigateur cherche à obtenir, à l'issue de cette voie de fait, la garde de l'enfant.

En revanche, dans l'hypothèse où l'enlèvement serait réalisé par un tiers, en dehors de tout contexte familial et pour des raisons parfaitement étrangères au contentieux familial, il est évident que le mécanisme de retour immédiat de la convention de La Haye ne serait pas adapté. On imagine mal en effet qu'un rapt d'enfant contre rançon par exemple soit ensuite l'objet d'une procédure de retour immédiat de la convention de La Haye. C'est d'ailleurs pour cette raison que la convention ne s'applique qu'aux aspects civils de l'enlèvement d'enfants (*V. n° 7*).

B. - Résidence habituelle d'origine et franchissement d'une frontière

42. - Double fonction de la résidence habituelle

Le rôle essentiel de la résidence habituelle de l'enfant dans le mécanisme de retour immédiat est de permettre la qualification du déplacement illicite, qualification qui est elle-même nécessaire pour déclencher le mécanisme de retour immédiat de l'enfant. Le déplacement illicite est caractérisé par la réunion de deux éléments : **un élément géographique** (c'est le déplacement en lui-même) et **un élément juridique** (c'est le fait que le déplacement ait été réalisé en violation du droit de garde). La résidence habituelle de l'enfant revêt une utilité pour qualifier le déplacement illicite dans ces deux composantes.

S'agissant de l'aspect géographique d'abord, pour qu'il y ait déplacement, il faut un franchissement de frontière, il faut que l'enfant ait été déplacé au-delà d'une frontière, d'un État contractant vers un autre État contractant ou retenu au-delà de cette frontière (*Conv., art. 4*). Mais cela ne suffit pas, car, pour qu'il y ait déplacement illicite, il faut que l'enfant ait été arraché à son milieu naturel et donc au lieu de sa résidence habituelle. La résidence habituelle « d'origine » doit par conséquent être caractérisée, pour qu'on puisse dire le déplacement est ou non illicite.

Il faut ensuite ajouter à cette première condition un second élément, car, pour être illicite, le déplacement doit avoir eu lieu en violation du droit de garde : c'est l'élément juridique. Plus précisément, ce droit de garde est celui qui découle du « *droit de la résidence habituelle de l'enfant immédiatement avant son déplacement* » (*art. 3. - V. n° 29*). La convention le rappelle également dans son préambule, il s'agit d'assurer le retour de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle. Ce qui est illicite, c'est de soustraire l'enfant de

« son milieu naturel », de « son environnement familial et social dans lequel sa vie se déroulait jusqu'alors » (*E. Pérez-Vera, Rapport explicatif, préc., n° 12*).

L'applicabilité de la convention a pu être discutée dans le cas d'un déplacement juste de l'autre côté de la frontière, à seulement 7 km de la résidence habituelle d'origine. La Cour EDH a tout de même considéré que la convention était applicable et que le déplacement était illicite dans la mesure où ce déplacement « était susceptible d'avoir des conséquences non négligeables pour l'avenir des enfants, notamment leur scolarisation dans le système suisse et leur développement personnel dans un environnement culturel et social différent de celui qui était le leur en France » (*CEDH, 22 juill. 2014, n° 3592/08, Rouiller c/ Suisse : RJPF oct. 2014, p. 27, note S. Godechot-Patris ; D. 2015, p. 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; AJ fam. 2014, p. 507, obs. E. Viganotti*).

La première fonction de la résidence habituelle est donc de délimiter géographiquement le déplacement illicite. Par ailleurs, comme vu précédemment, la résidence habituelle assume également le rôle de critère permettant de déterminer l'existence d'un droit de garde : si le droit de garde, tel que déterminé par le droit de la résidence habituelle a été violé, le déplacement est illicite (*V. n° 34*). Il est donc absolument nécessaire d'identifier le lieu de cette résidence habituelle pour pouvoir qualifier le déplacement illicite, dans ses deux dimensions géographique et juridique (*E. Gallant, Réflexions sur la résidence habituelle des enfants de couples désunis, préc. n° 37. – E. Gallant, La résidence de l'enfant déplacé, Dossier Enlèvement international : AJ fam. 2018, p. 526*).

1° Constatation de la résidence habituelle

43. - Enjeux

Cette constatation est éminemment importante puisqu'elle va permettre de qualifier le déplacement illicite par le biais de la violation du droit de garde accordé par le droit de cet État. La détermination de la résidence habituelle est donc le premier élément à établir pour ensuite rechercher si selon le droit de cet État il y a bien eu une violation du droit de garde (*V. par exemple, Cass. 1re civ., 17 déc. 2008 : Gaz. Pal. 10 juin 2009, p. 25, obs. M. Eppler ; RJPF mars 2009, p. 28, obs. F. Eudier. – V. n° 29*).

Une violation de droit de garde sans franchissement de frontière n'emporterait pas la mise en œuvre du mécanisme conventionnel : ce serait une situation purement interne non soumise à la convention, malgré la grande distance qui peut parfois séparer les domiciles parentaux (*V. par exemple, Cass. 1re civ., 4 juill. 2006 : Dr. famille 2006, p. 25, obs. P. Murat ; RTD civ. 2006, p. 751, obs. J. Hauser*). Un franchissement de frontière sans violation du droit de garde n'emporterait pas non plus le jeu de la convention de La Haye (c'est l'exemple d'un parent non gardien à qui l'on soustrait l'enfant et qui ne bénéficie d'aucun droit de veto, *V. n° 25*).

44. - Déplacement de l'enfant *in utero*

Il peut exister toutefois et paradoxalement des situations intermédiaires : c'est le cas d'un enfant qui, au moment du franchissement de frontière, se trouve encore *in utero* pour naître ensuite dans un État où sa mère décide unilatéralement de rester. La Cour de cassation a considéré qu'il y avait bien dans ce cas un déplacement illicite (ou plutôt une forme de rétention illicite) et a ordonné le retour immédiat de l'enfant dans l'État d'origine de sa mère (*Cass. 1re civ., 26 oct. 2011 : Rev. crit. DIP 2012, p. 599, note E. Gallant ; JDI 2012, comm. 13, p. 939, note Ch. Chalas ; AJ fam. 2011, p. 616, obs. A. Boiché. – Adde, Cass. 1re civ., 7 déc. 2016, n° 16-20.858 : JurisData n° 2016-025989 ; D. 2017, p. 1011, H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; RJPF mai 2017, p. 47, note S. Godechot-Patris ; JCP G 2017, 327, chron.*

Mis en forme : Anglais (Royaume-Uni)

Droit de la famille ; Rev. Dr. int. d'Assas, 2018, p. 629, où le déplacement avait eu lieu *in utero* mais où la Cour de cassation n'a pas été appelée à se prononcer sur la caractérisation du déplacement et a donc statué comme s'il s'agissait d'un déplacement illicite).

Discutable sur le plan textuel (comment ordonner le retour dans un pays où techniquement l'enfant n'est jamais allé ?), la solution aurait pu se justifier par une analyse téléologique des textes, car la décision unilatérale de la mère prive bien le père de son droit de garde. Dans le contexte d'un enlèvement intra-européen, la Cour de justice n'a laissé aucune chance à cette analyse et ne retient pas l'hypothèse d'un déplacement illicite dès lors que l'enfant n'a jamais vécu dans l'État d'origine de ses parents (CJUE, 8 juin 2017, aff. C-111/17 PPU : RJPF oct. 2017, p. 41, note S. Godechot-Patris ; D. 2017, p. 1250 ; AJ fam. 2017, p. 493, obs. A. Boiché ; D. 2018, p. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; Rev. crit. DIP 2018, p. 115, note C. Chalas ; RTD eur. 2017, p. 849, obs. V. Égée ; Dr. famille 2017, comm. 219, obs. A. Devers ; RJPF oct. 2017, p. 41, note S. Godechot-Patris ; JCP G 2017, 43, chron. p. 1951-1957 ; Europe 2017, comm. 336, obs. L. Idot ; Procédures 2017, comm. 192, obs. C. Nourissat. – CJUE, 17 oct. 2018, aff. C-393/18 PPU : AJ fam. 2018, p. 680, obs. C. Roth). Il est probable que la solution européenne aura un impact sur l'interprétation que retiendra dorénavant la Cour de cassation de la convention de La Haye.

Mis en forme : Anglais (Royaume-Uni)

45. - **Conséquences**

Dès lors que la résidence habituelle est identifiée, elle emporte deux conséquences.

Au plan géographique, l'établissement de la résidence habituelle dans un État donné impliquera que le lieu de refuge de l'enfant ne pourra pas être considéré comme le lieu de sa nouvelle résidence habituelle, mais comme celui d'une résidence illicite (*M. Farge, L'existence d'une résidence habituelle dans l'État d'origine et l'illicéité de la résidence dans l'État de refuge : la Cour de cassation française confrontée à de nouvelles difficultés dans la mise en œuvre de la convention de La Haye : Les enlèvements d'enfants à travers les frontières (ss dir. H. Fulchiron) : Bruylant, 2004, p. 193*). Il en résulte notamment que les juridictions de cet État de refuge resteront incompétentes pour statuer sur le fond, au moins aussi longtemps que le litige relatif au retour ne sera pas résolu ou que le caractère illicite du déplacement ne sera pas effacé (*V. n° 82 à 84*).

Au plan temporel, le déplacement constitue le point de départ de la procédure de retour immédiat, qui interdit non seulement aux juges de l'État de refuge de statuer au fond, mais également de considérer qu'un second déplacement à l'initiative de l'autre parent constitue un déplacement illicite (*V. n° 38*).

Dans l'hypothèse inverse d'une absence totale de résidence habituelle, ce qui correspond à des situations extrêmes où l'ancienne résidence habituelle a disparu sans qu'une nouvelle vienne la remplacer, le mécanisme de la convention de La Haye se trouverait neutralisé et il ne resterait plus qu'à exercer une action en justice sur le fond du droit de garde et sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale (*W and B v H (Child Abduction : Surrogacy) [2002] 1 FLR 1008, D v D 2002 SC 33, cité par P. McEleavy, La résidence habituelle, un critère de rattachement en quête de son identité : perspectives du common law : Travaux comité fr. DIP 2008-2010, p. 127, spéc. p. 142. – V. également les réf. citées par M. Farge art. préc., spéc. n° 21*).

46. - **Éléments constitutifs de la résidence habituelle**

La convention, comme les autres instruments utilisant ce critère (*V. not. Règl. Bruxelles II bis. - Règl. Bruxelles II ter et Conv. La Haye de 1996 sur la protection des enfants*) ne contient pas, à dessein, de définition de la résidence habituelle. La volonté a été de laisser les juges apprécier chaque situation en fonction des éléments de l'espèce et de ne pas les enfermer dans

une définition qui, trop abstraite, soit n'aurait été d'aucune utilité, soit aurait risqué de les conduire à l'établissement d'une résidence qui aurait perdu son caractère concret pour se rapprocher plutôt d'un domicile.

En l'absence de toute définition de la résidence habituelle, il est généralement enseigné que plusieurs éléments constitutifs sont utilisés pour qualifier la résidence habituelle (*A. Richez-Pons, La résidence en droit international privé : Thèse, Lyon 3, 2004 ; La notion de « résidence » : Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale (ss dir. H. Fulchiron et C. Nourissat) : Dalloz, 2005, p. 149 ; Dr. & patr. 2005, n° 138, p. 53. – Note ss CA Aix-en-Provence, 18 nov. 2004 : JDI 2005, p. 801. – Ph. Guez, La notion de résidence habituelle au sens du règlement Bruxelles II : Gaz. Pal. janv.-févr. 2005, doct. p. 64. – C. Nourissat, obs. ss CA Aix-en-Provence, 18 nov. 2004 : D. 2005, p. 61. – M. Farge, note ss Cass. 1re civ., 14 déc. 2005 : Dr. famille 2006, étude 17. – E. Gallant, note ss CJCE, 2 avr. 2009 : Rev. crit. DIP 2009, p. 791).*

Des **éléments d'ordre quantitatif**, comme la durée de la résidence et sa régularité, peuvent être utiles à la qualification de résidence habituelle, mais bien souvent insuffisants, ils doivent être complétés par des **éléments d'ordre qualitatif**, comme les conditions du séjour (*Cass. 1re civ., 14 nov. 2006, préc. n° 28*), ou du déménagement, la scolarisation des enfants (*Cass. 1re civ., 17 juin 2009 : JCP G 2009, p. 111, obs. J. Jehl*) ou leur intégration dans un milieu social, en fonction de leur âge. Enfin, les **critères d'ordre subjectif**, en d'autres termes l'intention des intéressés, font leur apparition de façon subsidiaire, précisément dans les hypothèses où les autres critères restent insuffisants pour qualifier la résidence.

47. - **Méthode du faisceau d'indices**

Se référant à la jurisprudence de la Cour de justice concernant la responsabilité parentale dans le cadre du règlement Bruxelles II bis (*CJCE, 2 avr. 2009, aff. C-523/07 : Europe 2009, comm. 265, note L. Idot ; Gaz. Pal. nov. 2009, p. 15, note Ph. Guez ; JCP G 2009, p. 316, note F. Boulanger ; Rev. crit. DIP 2009, p. 791, note E. Gallant ; Procédures 2009, n° 8, p. 21, obs. C. Nourissat ; P. Courbe et F. Jault : D. 2010, p. 1585 ; AJ fam. 2009, p. 294, obs. A. Boiché. – CJUE, 22 déc. 2010, aff. C-497/10 PPU, Mercredi : Europe 2011, comm. 117, note L. Idot ; Procédures 2011, comm. 60, note C. Nourissat ; Dr. famille 2011, comm. 66, obs. E. Viganotti. – CJUE, 9 oct. 2014 : D. 2015, p. 1056, H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seske ; AJ fam. 2014, p. 637, obs. E. Viganotti ; Procédures 2015, comm. 15, obs. C. Nourissat ; Europe 2014, comm. 563, obs. L. Idot. – CJUE, 28 juin 2018, aff. C-512/17, H. R. c/ K. O : AJ fam. 2018, p. 465, obs. A. Boiché ; Gaz. Pal. 2018, n° 40, p. 24, obs. E. Viganotti*), la Cour de cassation utilise désormais la méthode du faisceau d'indices pour localiser la résidence habituelle de l'enfant (lieu où se trouvent les effets personnels des enfants, circonstances entourant le départ, demande de visa long séjour, demandes de cartes d'identité, inscriptions en crèches, établissements scolaires ou clubs de sport...) et en tirer les conséquences ou bien sur la compétence des juges au fond de l'affaire (*Cass. 1re civ., 13 déc. 2017, n° 17-23.673 : JurisData n° 2017-025806*), ou bien sur la qualification du déplacement illicite.

48. - **Absence de hiérarchie entre les critères**

Dans la jurisprudence de la Cour de justice, il n'existe pas de hiérarchie entre les différents critères de caractérisation de la résidence habituelle. Ainsi, s'agissant de l'intention des parents et de la durée de la résidence habituelle, toutes deux peuvent constituer des indices, mais ne sont pas des indices privilégiés (*V. CJCE, 2 avr. 2009, préc. n° 47. – CJUE, 22 déc. 2010, préc. n° 47. – CJUE, 9 oct. 2014, Aff. C-376/14, préc. – CJUE, 28 juin 2018, Aff. C-512/17 préc. n° 47*).

La Cour de cassation s'inscrit dans la logique de la jurisprudence européenne, selon laquelle l'intention des parents peut constituer un indice de transfert de résidence habituelle, si elle est exprimée par des mesures tangibles, comme l'acquisition d'un logement (*CJUE*, 9 oct. 2014, *préc.*). La Cour de cassation approuve ainsi les juges du fond d'avoir déduit de différentes circonstances de fait que ces éléments attestaient de la commune intention des parents de fixer la résidence habituelle de l'enfant en Belgique (*Cass. 1re civ.*, 17 mai 2017, n° 16-20.141). Ce sont ainsi divers éléments de fait qui viennent révéler l'existence d'une intention, mais sans de tels éléments objectifs, celle-ci ne pourrait pas à elle seule emporter la caractérisation de la résidence habituelle (*Cass. 1re civ.*, 28 févr. 2018, n° 17-17.624 : *JurisData* n° 2018-002881 ; *D.* 2018, p. 969, *S. Clavel et F. Jault-Seseke* ; *Rev. crit. DIP* 2019, p. 111, *chron. C. Chalas.* - *Cass. 1re civ.*, 28 mars 2018, n° 17-31.427 : *D.* 2019, p. 1016, *S. Clavel et F. Jault-Seseke* ; *Rev. crit. DIP* 2019, p. 111, *chron. C. Chalas*).

S'agissant de la durée, elle a indiqué que la courte durée du séjour ne pouvait à elle seule invalider un transfert de résidence habituelle de la France vers la Belgique, et que l'ensemble des circonstances de fait devait au contraire être examiné (*Cass. 1re civ.*, 4 mars 2015, n° 14-19.015 : *JurisData* n° 2015-004078 ; *Dr. famille* 2015, *comm.* 28, *note C. Neinrinck* ; *RLDC* 2015, n° 126, p. 50, *note M. Desolneux* ; *D.* 2016. 1045, *H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke*).

49. - **Accords sur la résidence habituelle**

Il arrive parfois qu'après leur séparation, les parents se mettent d'accord sur le lieu de la résidence habituelle des enfants (comme vu précédemment, n° 35). En présence d'un tel accord, il n'est alors pas possible d'effectuer une demande de retour immédiat dans le pays où la famille était auparavant installée (*Cass. 1re civ.*, 23 mars 2017, n° 16-28.730. - Sur les accords concernant l'absence de transfert de résidence en cas de résidence temporaire, *V.* n° 51 à 53).

2° Résidences habituelles « complexes »

Mis en forme : Non Surlignage

50. - **Difficultés**

Dans la majeure partie des situations d'enlèvements, la qualification de résidence habituelle, bien que souvent discutée par l'auteur de l'enlèvement, ne pose pas de réelle difficulté. Bien souvent, les parents sont établis dans un pays, depuis une certaine durée, les enfants y sont intégrés, et l'un d'entre eux décide unilatéralement de s'installer dans un autre avec les enfants ou refuse de les restituer après une période de visite ou de vacances (pour une qualification plus que discutable de la résidence habituelle en Grande-Bretagne alors que l'enfant s'y trouvait simplement en vacances d'été et que la mère a refusé de la rendre à l'issue du mois d'août, *TGI Niort*, 9 janv. 1995 : *JDI* 1995, p. 361, *note H. Gaudemet-Tallon*). Parfois, le déplacement d'un seul parent est prévu pour des raisons professionnelles, l'autre devant rester avec l'enfant dans l'État d'origine : la rétention de l'enfant dans l'État où s'est installé le parent constitue alors un enlèvement d'enfant (*V.* n° 51. - *Cass. 1re civ.*, 16 déc. 1992, *préc.* n° 28).

Dans certaines situations en revanche, la résidence habituelle est difficile à établir, précisément dans des hypothèses où la famille a déjà fait l'objet de séparations. Bien souvent, lorsque la mésentente s'installe au sein du couple, le parent qui se trouve dans un pays qui n'est pas le sien a tendance à réaliser de fréquents séjours dans son pays d'origine avec l'enfant, si bien que l'enfant en bas âge a passé autant de temps dans le pays d'origine de ce parent que dans le pays où la famille était auparavant établie. En s'installant définitivement dans son pays d'origine, le parent n'a parfois aucune conscience qu'il est en train de commettre un déplacement illicite d'enfant.

Dans d'autres cas, le déplacement d'un État à l'autre est décidé d'un commun accord, pour toute la famille, mais pour une durée provisoire (exemple d'un congé sabbatique, ou d'une mission de travail à l'étranger). Quelle place faut-il accorder à cette résidence temporaire ? (V. n° 51). Enfin, dans l'hypothèse où la résidence est suffisamment ambiguë pour qu'elle ne puisse pas être considérée comme unique, on peut se demander si le jeu de la convention est neutralisé ou s'il faut admettre éventuellement l'existence d'une double résidence habituelle. Sans prétendre à l'exhaustivité, l'on peut tenter de dresser une typologie des difficultés qui se présentent et pour lesquelles la recherche d'une solution ne va pas de soi.

a) Résidence provisoire

51. - Hypothèses

Ce cas de figure concerne les mobilités professionnelles, congés sabbatiques ou autres séjours d'agrément (sur ce thème, V. P. McEleavy, *La résidence habituelle, un critère de rattachement en quête de son identité : perspectives du common law : Travaux comité fr. DIP 2008-2010*, p. 127). La famille déménage provisoirement dans un autre État, pour une durée prédéterminée. Dans de telles hypothèses, il est souvent évident qu'un accord commun des parents est à l'origine de ce déplacement de la famille et du changement de lieu d'établissement. Cet accord porte également généralement sur la durée limitée du séjour, de sorte qu'il est prévu, à plus ou moins brève échéance, que la famille rejoigne son pays d'origine.

Toute la question réside dans le point de savoir si le caractère temporaire de cette résidence exclut ou non son caractère habituel, en d'autres termes, si le caractère temporaire empêche le transfert de résidence habituelle. On se demande ainsi si, dès lors que l'un des parents décide ensuite de mettre un terme unilatéralement à cette résidence temporaire avant l'échéance prévue et retourne dans le pays d'établissement antérieur avec les enfants, il s'agit ou non d'un déplacement illicite. À l'inverse, à l'issue de la période initialement prévue, l'un des parents décide de ne pas rentrer, mais au contraire de rester sur place avec les enfants. La résidence habituelle avait-elle été ou non transférée, même provisoirement ? La question se pose de plus en plus fréquemment. Les quelques décisions recensées, en France ou à l'étranger, montrent des divergences d'appréciation révélatrices de la difficulté.

52. - Solutions jurisprudentielles

Certaines décisions britanniques privilégient la résidence habituelle provisoire, même si elle n'a duré qu'un mois, ce qui fait que le parent qui déciderait unilatéralement de repartir avec les enfants serait l'auteur d'un enlèvement international (V. les décisions citées par P. McEleavy, *préc.* et M. Farge, *L'existence d'une résidence habituelle dans l'État d'origine et l'illicéité de la résidence dans l'État de refuge : la Cour de cassation française confrontée à de nouvelles difficultés dans la mise en œuvre de la convention de La Haye : Les enlèvements d'enfants à travers les frontières (ss dir. H. Fulchiron) : Bruylant, 2004, p. 193*).

C'est ainsi que, s'agissant d'un déplacement temporaire de toute la famille, il a été proposé en doctrine de privilégier une désignation contractuelle, préalable au déménagement temporaire, en faveur de la résidence habituelle d'origine (P. Mc Eleavy, *préc.*). L'installation temporaire de la famille dans un autre État n'emporterait ainsi pas transfert de la résidence habituelle. De telles conventions se rencontrent en effet en pratique (V. Cass. 1re civ., 16 déc. 1992, *préc. n° 28*), et l'on peut admettre en effet que, circonscrites à des hypothèses de déménagement provisoire, d'une durée assez courte, elles pourraient conduire à des résultats intéressants. Elles auraient certes pour effet de « couvrir » le parent qui décide unilatéralement de rentrer dans l'État d'origine avec les enfants, puisqu'en l'absence de changement de résidence habituelle, le mécanisme de la convention de La Haye ne se déclencherait pas ; mais elles

auraient aussi cet avantage de bénéficier au parent qui suit l'autre dans ses activités professionnelles et de ne pas le « punir » si finalement il décide de rentrer dans l'État d'origine. Surtout, cela éviterait de créer un cas d'enlèvement d'enfant dans une hypothèse où, bien que le couple soit en désaccord provisoirement sur le lieu de son séjour, il n'a peut-être aucune intention de se séparer durablement. Bien évidemment, si ce parent profitait de l'occasion pour partir s'installer dans un autre pays que celui d'origine, le déplacement illicite serait consommé et sanctionné par la convention.

53. - **Cour de cassation**

La Cour de cassation, dans ce type d'hypothèses, n'a jamais retenu le transfert de résidence vers le lieu de résidence provisoire. Cette position repose sur une motivation à la fois fondée sur l'accord des parents et sur des éléments objectifs révélateurs de cette intention.

La Cour de cassation a ainsi rejeté la qualification de déplacement illicite, dans des cas où un parent avait décidé unilatéralement de rentrer dans le pays d'origine avec les enfants après seulement quelques mois. Elle a ainsi considéré que la résidence n'avait pas été transférée du fait de l'installation temporaire de la famille en Grande-Bretagne et que le retour de la mère en France avec les enfants, décidé unilatéralement après seulement quelques mois, ne constituait pas un déplacement illicite. Elle se fonde sur la preuve de la volonté des parents de garder leur résidence habituelle en France, malgré l'installation temporaire en Grande-Bretagne (*Cass. 1^{re} civ.*, 15 mai 2002, n° 99-14.029 : *JurisData* n° 2002-014398 ; *Dr. famille* 2003, *comm.* 21, *obs. M. Farge*. - *Comp. Cass. 1^{re} civ.*, 4 mars 2015, n° 14-19.015, *préc.* n° 48). On le voit, dans les deux affaires la Cour de cassation retient l'absence de transfert de la résidence et le maintien de la résidence habituelle au lieu de résidence d'origine. Elle se fonde dans les deux cas sur la volonté des parents : sur l'intention de maintenir la résidence habituelle d'origine dans le premier cas, et sur l'absence d'accord pour transférer la résidence dans le deuxième cas. Il semblerait dès lors que ce soit le critère de l'intention qui ait permis de départager ces résidences complexes.

Dans les situations inverses où l'un des parents décide unilatéralement de rester dans le pays de résidence temporaire avec les enfants, la Cour de cassation n'a pas davantage retenu le transfert de résidence et a par conséquent validé la décision d'ordonner le retour des enfants dans le pays d'origine. Elle a dès lors considéré qu'une mère retournée seule au Canada pouvait demander le retour de l'enfant resté auprès de son père, faute pour lui d'avoir démontré l'existence d'un accord en vue de transférer la résidence de la famille en France (*Cass. 1^{re} civ.*, 16 déc. 1992, *préc.* n° 28). De même, elle retient, dans une affaire qui opposait des parents entre le Canada (pays d'origine) et la France (pays d'installation temporaire), que le séjour en France était un séjour d'agrément qui ne devait pas excéder une année, qu'il était prévu que les enfants retournent dans leur établissement scolaire et que l'installation durable en France n'était pas le fruit d'une intention commune des parents (*Cass. 1^{re} civ.*, 6 déc. 2018, n° 18-21.141 : *JurisData* n° 2018-022508 ; *D.* 2019, p. 1016, *S. Clavel et F. Jault-Seseke*).

54. - **Séjours temporaires d'un seul parent**

Dans certains cas, un seul des parents séjourne à l'étranger avec l'enfant, d'abord provisoirement, parfois à plusieurs reprises, d'accord avec l'autre parent, jusqu'à ce que le séjour se prolonge et devienne définitif, cette fois-ci sans l'accord de l'autre. De telles situations sont fréquentes, et il est difficile de voir dans ces séjours à l'étranger, qui sont bien souvent des vacances, des visites à la famille d'origine, ou des séjours justifiés par des raisons médicales (*Cass. 1^{re} civ.*, 17 juin 2009, *préc.* n° 46), l'établissement d'une véritable résidence habituelle de l'enfant (contra *TGI Niort*, 9 janv. 1995 : *JDI* 1995, p. 361, *note H. Gaudemet-*

Tallon). Il en résulte donc une rétention illicite d'enfant au sens de la convention (Cass. 1^{re} civ., 23 sept. 2015, n° 15-15.869).

Parfois il se peut que l'enfant en bas âge ait passé autant de temps dans les deux États, mais la durée ne suffit pas à elle seule à établir une résidence habituelle (V. n° 45).

Parfois enfin, il apparaît que l'un des parents cherche à fabriquer frauduleusement une résidence habituelle, ou plutôt à conforter frauduleusement une résidence habituelle qui s'effrite, dès lors qu'il s'aperçoit que le déplacement de l'enfant est imminent et alors que jusque-là il y avait consenti. De telles pratiques devraient être prises en compte par les juges afin d'éviter que le mécanisme de retour immédiat de l'enfant ne soit instrumentalisé par un parent de mauvaise foi.

b) Double résidence habituelle

55. - Hypothèses

Bien que la solution ne soit pas encore fréquente en droit positif, l'hypothèse d'une double résidence habituelle n'est pas d'école (A. Devers, *La résidence alternée en droit international privé* : Dr. famille 2008, étude 9, spéc. n° 16. – E. Gallant, *Autorité parentale, Loi applicable* : JCl. Droit international, fasc. 549-10), et la dualité de résidences ne devrait pas être de nature à disqualifier le caractère habituel de celles-ci (comp. M. Farge, *préc.*, n° 21. – A. Boiché, *La résidence alternée en droit international privé* : AJ fam. 2011, p. 585). Pour s'en convaincre, il suffit d'imaginer qu'une famille, en dehors de toute crise, partage son temps entre deux pays et deux résidences (pour l'exemple d'une famille résidant six mois en Angleterre et six mois en Grèce, Re V (*Abduction : Habitual Residence*) [1995] 2 FLR 992 citée par P. McEleavy, *préc.*). Il en ira ainsi également dans le cas d'un enfant en résidence alternée transfrontière, chaque parent étant non seulement investi de l'autorité parentale, mais également de la résidence de l'enfant, pour une durée égale, ou non (en droit interne, une différence de durée de période de résidence n'exclut pas la résidence alternée).

Dans de telles hypothèses, la question de la qualification de l'enlèvement se pose, mais n'emporte aucune difficulté insurmontable (sur les conséquences en matière de compétence judiciaire et de loi applicable, V. A. Devers, *art. préc.* – E. Gallant, *JCl. Droit international, fasc. 549-10, préc.* – A. Boiché, *art. préc.*). Sous l'angle du rôle géographique de la résidence habituelle, la réponse est simple. Sous l'angle du rôle juridique de la résidence habituelle, en ce qu'elle permet de déterminer s'il y a ou non une violation du droit de garde, la réponse est à peine plus complexe (E. Gallant, *art. préc.*, *Mélanges P. Mayer, spéc. p. 246*).

56. - Exemple

Imaginons que la garde alternée transfrontière soit le fruit d'une décision rendue en France, et qu'elle ait été reconnue en Espagne. Si l'on admet que l'enfant réside habituellement dans l'un et l'autre de ces pays, il suffira que l'un des parents retienne l'enfant à l'issue d'une période de résidence ou l'emmène dans un pays tiers sans l'accord de l'autre pour qu'il y ait une rétention ou un déplacement illicite. Toutefois, encore faut-il s'assurer qu'il y a eu une violation du droit de garde, ce qui semble évident, mais l'article 3 précise que le droit de garde dont la violation est invoquée doit résulter du droit de la résidence habituelle immédiatement avant l'enlèvement. Si l'enfant est retenu en Espagne, la rétention est illicite car elle contrevient au droit de garde attribué par la décision rendue en France. Si l'enfant est à l'inverse retenu en France, peut-on dire qu'un droit de garde existant en vertu du droit espagnol a été violé ? La réponse est assurément positive, quand bien même le droit interne espagnol n'autoriserait pas la résidence alternée, puisque la résidence alternée dont il s'agit ici est le fruit d'une décision rendue à l'étranger mais qui a été reconnue en Espagne (rappelons que l'article 3 vise le droit

de l'État de la résidence habituelle, sans distinguer qu'il s'agit du droit interne ou du droit international privé de cet État, *V. n° 32*).

Il en résulte qu'en matière de déplacement illicite d'enfant, l'existence d'une résidence alternée ne devrait pas être de nature à bloquer le système de la convention de La Haye de 1980 (*V. en ce sens, CA Lyon, 17 janv. 2011, n° 09/05813*).

III. - Retour immédiat de l'enfant

57. - Principe du retour immédiat de l'enfant

La convention de La Haye de 1980 a fait face, de façon pragmatique et avec un succès incontestable, à des situations devant lesquelles le droit international privé classique était impuissant. Elle a innové spectaculairement en mettant en place un mécanisme de retour immédiat de l'enfant déplacé ou retenu illicitement encadré par une procédure adaptée (1°). L'article 12 de la convention prévoit en effet que : « *Lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement au sens de l'article 3 [...], l'autorité saisie ordonne son retour immédiat* ». Toutefois, ce principe de retour immédiat se trouve assorti de quelques exceptions permettant de refuser le retour (2°) dont l'existence constitue à la fois un garde-fou nécessaire contre les abus de l'automatisme du retour et une menace contre l'équilibre du système mis en place. Néanmoins, l'article 18 rappelle que ces dispositions « *ne limitent pas le pouvoir de l'autorité judiciaire ou administrative d'ordonner le retour de l'enfant à tout moment* », ce qui souligne nettement que les exceptions au retour de l'enfant n'ont pas une place prépondérante dans le système de la convention.

A. - Procédure de retour immédiat

58. - Spécificité de la convention

L'originalité de la convention est d'avoir cherché à mettre en place un mécanisme permettant de résoudre rapidement un conflit résultant d'un déplacement illicite de l'enfant. L'esprit qui anime le système du retour de l'enfant est assez particulier : il s'agit, le plus rapidement possible, de faire revenir l'enfant à l'endroit où il se trouvait avant d'avoir été déplacé, et ce, indépendamment du fond de l'affaire, c'est-à-dire indépendamment de toute modification éventuelle des droits de garde et de visite. Le but de l'action en remise est clairement de rétablir la situation antérieure au déplacement, en faisant cesser une situation considérée comme illicite, une fois de plus. Les autorités saisies de la demande de retour ne doivent pas statuer sur le fond du droit de garde, tant qu'il n'est pas établi que les conditions du retour ne sont pas remplies, et leur décision sur le retour n'affecte en rien le droit de garde tel qu'il existait. L'ensemble de ces règles organisant le retour immédiat de l'enfant repose sur un système de coopération entre autorités des différents États concernés, et sur la mise en place d'Autorités centrales qui sont notamment chargées de centraliser les demandes, de faire circuler les informations relatives aux dossiers, parmi bien d'autres fonctions.

1° Rôle des autorités concernées

a) Autorités centrales

59. - Bureau de l'entraide civile et commerciale internationale

Devenue aujourd'hui une figure de proue de la coopération d'autorités en matière de droit de la famille (*V. les conventions de La Haye sur l'adoption de 1993, la protection des enfants de 1996, la protection des adultes de 2000, les obligations alimentaires de 2007 et les règlements de l'Union européenne sur la responsabilité parentale de 2003 ou sur les*

obligations alimentaires de 2009), l'institution de l'Autorité centrale existe depuis plusieurs décennies au sein de la conférence de La Haye (G. Droz, *Évolution du rôle des autorités administratives dans les conventions de droit international privé au cours du premier siècle de la Conférence de La Haye, Études offertes à P. Bellet* : Litec, 1991, p. 129. – S. et V. Corneloup, *Le contentieux de la coopération des autorités centrales dans le cadre des conventions de La Haye. Compétence administrative ou judiciaire ?* : Rev. crit. DIP 2000, p. 641). Chaque État contractant désigne ainsi son Autorité centrale (Conv., art. 6) laquelle assume un rôle majeur dans le mécanisme de coopération mis en place. L'Autorité centrale française est représentée par le Bureau du droit de l'Union, du droit international privé et de l'entraide civile, relevant de la Direction des affaires civiles et du Sceau du ministère de la Justice. Elle a principalement pour rôle d'une part de favoriser la coopération avec les Autorités centrales des autres États contractants, et d'autre part d'inciter et d'encourager la coopération entre autorités judiciaires ou administratives compétentes françaises. Plus précisément, l'Autorité centrale voit ses fonctions détaillées dans l'article 7 de la convention, lesquelles consistent à tout mettre en œuvre pour favoriser l'objectif de retour immédiat de l'enfant, en passant par la recherche de sa localisation, la fourniture d'informations à son homologue de l'État requis, voire l'étude d'une solution amiable entre les acteurs de la procédure (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, Lyon, 20 et 21 nov. 2003* : Bruylant, 2004, p. 69. – <http://www.enlevement-parental.justice.gouv.fr>).

L'Autorité centrale de l'État de refuge est particulièrement sollicitée pour œuvrer dans le sens d'une remise volontaire de l'enfant (Conv., art. 10).

60. - **Quelle Autorité centrale saisir ?**

En cas de déplacement ou de rétention illicite d'un enfant, le titulaire du droit de garde violé peut saisir l'Autorité centrale de l'État de la résidence habituelle de l'enfant d'origine ou bien celle de tout autre État contractant pouvant prêter son assistance pour que le retour de l'enfant soit assuré (Conv., art. 8). Le plus commode semble être, pour le demandeur, de saisir l'Autorité centrale de l'État de résidence habituelle de l'enfant, mais la convention ne l'impose en aucun cas (pour connaître les coordonnées des différentes autorités centrales, V. le site de la Conférence de La Haye : <http://www.hcch.net>).

Si le demandeur souhaite saisir directement les autorités judiciaires ou administratives compétentes de l'État de refuge de l'enfant, la convention le permet également (Conv., art. 29. – V. n° 66).

Lorsque l'Autorité centrale saisie a des raisons de soupçonner que l'enfant se trouve dans un autre État contractant, elle doit transmettre cette demande immédiatement à l'Autorité centrale de cet autre État (Conv., art. 9).

61. - **Documents à fournir**

Lors de la saisine de l'Autorité centrale, des documents doivent être fournis afin de préciser le mieux possible la demande. L'article 8 mentionne ainsi un certain nombre d'éléments visant à établir avec la plus grande exactitude l'identité et l'âge de l'enfant, l'identité de celui qui est soupçonné l'avoir déplacé, la localisation éventuelle de l'enfant, les personnes qui peuvent le détenir. De même le texte requiert de fournir les motifs de la demande de retour (violation du droit de garde exercé effectivement), des informations sur le droit de l'État de la résidence habituelle en matière de droit de garde (V. le modèle de formule présenté par le site de la conférence de La Haye pour les demandes de retour immédiat : <http://www.hcch.net>, Espace

enlèvement d'enfants). Ces indications ne sont évidemment pas exhaustives et toute autre information complémentaire utile au dossier est requise.

Ces documents sont fournis dans la langue de l'État d'origine, mais ils doivent être accompagnés d'une traduction (*Conv., art. 24*), dont les frais devraient être assumés par l'Autorité centrale requérante (*Conv., art. 26*).

62. - **Refus de l'Autorité centrale**

L'Autorité centrale saisie n'est pas tenue d'accepter la demande qui est formée, et notamment s'il apparaît « manifestement » (*Conv., art. 27*) que le demandeur n'est pas titulaire du droit de garde en vertu du droit de la résidence habituelle d'origine ou bien si l'exercice du droit de garde n'est pas effectif. Un recours pourra alors être formé devant les juridictions administratives (*V. CAA Paris, 11 juill. 1997, aff. Guichard, préc. n° 18. – CE, sect., 30 juin 1999, préc. n° 18. – S. Grataloup, Le recours contre la décision d'une autorité centrale en matière d'enlèvement international d'enfant, préc. n° 18. – CEDH, 2 sept. 2003, Guichard c/ France, préc. n° 26. – S. et V. Corneloup, Le contentieux de la coopération des autorités centrales dans le cadre des conventions de La Haye. Compétence administrative ou judiciaire ? : Rev. crit. DIP 2000, p. 641. – 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. DIP 2007, p. 677, spéc. p. 680, n° 4*).

63. - **Transmission de la demande**

Dans l'hypothèse où l'Autorité centrale de l'État d'origine a été saisie et où elle ne refuse pas la demande, elle la transmet ensuite à l'Autorité centrale de l'État requis, c'est-à-dire de l'État de refuge de l'enfant. Ces dernières ont alors la charge de saisir les autorités juridictionnelles compétentes pour statuer sur la demande de retour immédiat de l'enfant.

64. - **Coût de la procédure**

La convention fait en sorte de mettre en place un système peu coûteux à l'égard des demandeurs au retour (*Conv., art. 22 à 26*), puisqu'elle prévoit d'une part que chaque Autorité centrale supporte ses propres frais, et d'autre part un accès à l'aide juridique ou judiciaire élargi à tout demandeur au retour ressortissant ou résidant dans un État contractant de la convention. S'agissant des frais d'avocat, bien qu'ils soient en principe pris en charge par les Autorités centrales, les États contractants ont la possibilité de formuler une réserve indiquant que les frais liés à l'intervention d'un avocat ou d'un conseil ne peuvent être pris en charge qu'à hauteur de ce que prévoit l'aide juridictionnelle. La France, à l'instar de nombreux autres pays, a formulé cette réserve (*V. état des ratifications, <http://www.hcch.net>*). Enfin, l'autorité qui statue sur le retour de l'enfant peut mettre à la charge du parent qui a enlevé l'enfant le paiement des frais que le demandeur au retour a dû engager, notamment ses frais de représentation en justice, ses frais de voyage ou ceux qui ont été réalisés pour localiser l'enfant (*Conv., art. 26. – Cass. 1^{re} civ., 25 sept. 2013, n° 12-25.864 : JurisData n° 2013-020804*).

b) Ministère public

65. - **Intermédiaire**

En France, il a été prévu d'ajouter un intermédiaire entre l'Autorité centrale et les autorités judiciaires, puisque le Bureau d'entraide judiciaire ne saisit pas directement l'autorité judiciaire compétente, mais transmet le dossier au ministère public qui saisit ensuite l'autorité judiciaire compétente d'une demande de retour (*CPC, art. 1210-4*).

En outre, lorsque l'enfant a été déplacé ou retenu en France, le rôle du procureur de la République est de tout mettre en œuvre pour localiser l'enfant ou confirmer sa localisation. Il doit aussi, lorsqu'un juge a été saisi au fond, l'informer qu'une demande de retour immédiat a été formée (sur la conduite de ces deux procédures parallèles, *V. n° 69 à 74*). Le procureur de la République peut aussi prendre un certain nombre de mesures afin de chercher à favoriser la remise volontaire de l'enfant, saisir le juge compétent pour faire prendre des mesures provisoires, ou ordonner les mesures d'investigation, d'examen ou d'expertise qui lui semblent nécessaires.

La Cour de cassation rappelle régulièrement que lors de la procédure, en tant que partie principale, le ministère public doit être présent lors de l'audience des débats (*CPC, art. 431. – V. Cass. 1^{re} civ., 5 oct. 2016, n° 16-15.103. – Cass. 1^{re} civ., 21 juin 2018, n° 17-26.673 : D. 2018, p. 2039, chron. C. Roth ; D. 2019, p. 1016, S. Clavel et F. Jault-Seseke. – Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 2018, n° 18-15.441 : D. 2019, p. 1016, F. Jault-Seseke et S. Clavel*).

Lorsque l'enfant a été déplacé ou retenu à l'étranger, l'article 1210-4 du Code de procédure civile indique que le procureur de la République peut ordonner toute mesure d'investigation afin de recueillir les informations sur l'enfant et son environnement matériel, familial et social qui ont été sollicitées par l'Autorité centrale étrangère, afin de collaborer avec les autorités étrangères qui devront statuer sur le retour immédiat. Il peut aussi prendre les mesures nécessaires à la protection de l'enfant après son retour.

c) Autorités judiciaires compétentes

66. - Saisine directe

Si la convention prévoit que le demandeur au retour saisisse d'abord l'Autorité centrale, elle autorise également un autre mode de saisine et permet au demandeur au retour de saisir directement l'autorité judiciaire compétente de l'État de refuge (*Conv., art. 29*), et ce, même si l'Autorité centrale a déjà été saisie (*Cass. 1^{re} civ., 7 juin 1995, n° 94-15.860 : JurisData n° 1995-001527 ; D. 1996, p. 393, note J. Massip ; Defrénois 1996, p. 336, obs. J. Massip*). Cette possibilité est très utile pour le demandeur, notamment dans les hypothèses où pour une raison ou une autre, l'Autorité centrale ne fait pas preuve de diligence (*Th. Garé, Réflexions sur l'efficacité de la convention de La Haye du 25 octobre 1980 relative aux aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, mël. Mouly : Litec, 1998, vol. 1, p. 299, spéc. p. 311*).

En France, la procédure concernant les déplacements illicites d'enfants, aussi bien dans le cadre de la convention de La Haye de 1980 que dans le cadre du règlement Bruxelles II bis a été aménagée, depuis deux décrets de 2004 modifiés en 2017 (*D. n° 2004-211, 9 mars 2004, fixant le siège et le ressort des tribunaux de grande instance et de première instance compétents pour connaître des actions engagées sur le fondement des dispositions des instruments internationaux et communautaires relatifs au déplacement illicite international d'enfants et modifiant le Code de l'organisation judiciaire (partie réglementaire) : JO 12 mars 2004, p. 4841. – D. n° 2004-1158, 29 oct. 2004, portant réforme de la procédure en matière familiale : JO 31 oct. 2004, p. 18492. – D. n° 2017-892, 6 mai 2017 : JO 10 mai 2017, texte n° 114*). Les articles 1210-4 à 1210-12 du Code de procédure civile précisent ainsi la procédure « interne » à suivre en cas de déplacement illicite régi soit par la convention de La Haye, soit par la convention de La Haye et le règlement Bruxelles II bis (lequel sera remplacé par le règlement Bruxelles II ter à compter du 1^{er} août 2022, *V. n° 4*).

Une spécialisation des juridictions en matière d'enlèvement international est ainsi mise en place puisque le contentieux de l'enlèvement international est territorialement concentré devant le juge aux affaires familiales d'un seul tribunal de grande instance dans le ressort de chaque cour d'appel (*CPC, art. 1210-5. – COJ, art. L. 211-12*). Les demandes de retour de

l'enfant ayant été déplacé illicitement en France devront ainsi être traitées par ce JAF, dont on peut supposer, en l'absence de précision à cet égard, que la compétence territoriale est fondée sur le lieu de présence de l'enfant.

67. - **Célérité de la procédure devant les autorités judiciaires**

Conformément à l'esprit de ce mécanisme de retour immédiat, il est impératif que la procédure soit mise en œuvre rapidement. La convention l'appelle de ses vœux (V. également en ce sens *concl. et recomm. de la 7^e Commission spéciale, oct. 2017, spéc. p. 2, www.hcch.net*), mais trop d'exemples montrent que malheureusement, et notamment par le jeu des voies de recours, plusieurs années s'écoulent parfois avant que l'enfant ne soit ramené dans l'État de sa résidence habituelle d'origine.

Ainsi, dans un premier temps, la convention exige que les autorités des États contractants utilisent les procédures d'urgence (*Conv., art. 11*). En France, grâce au décret de 2004 (*D. n° 2004-1158, 29 oct. 2004, portant réforme de la procédure en matière familiale, préc. n° 66*), pris sous l'impulsion du droit européen plutôt que conventionnel mais poursuivant les mêmes objectifs, la procédure en la forme des référés est utilisée pour statuer sur une demande de retour immédiat fondée sur la convention de La Haye de 1980 (*CPC, art. 1210-6. – E. Gallant, L'impact et l'application du règlement Bruxelles II bis en France : Brussels II bis, its impact and application in the members states (dir. K. Boele-Woelki et C. Gonzalez Beilfuss) : Intersentia 2007, p. 103. – Sur les conséquences à l'égard du caractère exécutoire de la décision de retour, V. n° 75*). Le décret de 2017 (*préc. n° 66*) a également introduit un délai spécial de 15 jours pour les pourvois en cassation formés contre les décisions rendues en matière de déplacement illicite.

Dans un second temps, la convention indique que si les autorités compétentes n'ont pas statué dans les six semaines suivant leur saisine, des explications quant à ce retard pourront leur être demandées, par le demandeur ou l'une des Autorités centrales concernées. La formule est suggestive, elle manque d'impérativité, mais elle a au moins le mérite d'exister (*Comp. avec les dispositions complémentaires plus contraignantes de l'article 11 du règlement Bruxelles II bis, V. E. Gallant : Rép. internat. Dalloz, v° Règlement Bruxelles II bis (matières matrimoniales et de responsabilité parentale et celles des articles 23 et 24 du règlement Bruxelles II ter, V. E. Gallant : AJ fam. 2019, 401)*). La Cour EDH veille régulièrement à ce que ces exigences soient respectées (*V. n° 68 et 108*).

Le comportement procédural des parties n'est pas toujours de nature à favoriser cette célérité. La Cour de cassation vient d'affirmer que, sous peine de nullité, l'acte d'appel d'une décision ordonnant le retour devait indiquer clairement la véritable adresse de l'auteur de l'enlèvement. La Cour a ainsi expliqué que le refus de communiquer l'adresse du parent empêchait le juge de connaître les éléments lui permettant d'apprécier l'intérêt de l'enfant dans le cadre de sa décision (*Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 2014, n° 13-18.902 : JurisData n° 2014-028213 ; D. 2015, 1056, pan. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; D. 2015, p. 511, chron. I. Guyon-Renard ; RLDC 2015, n° 122, p. 47, note M. Desolneux*).

d) Contrôle procédural de la Cour européenne des droits de l'homme

68. - **Obligation positive des États**

Comblant le vide laissé par une juridiction internationale dont le rôle serait de veiller à l'interprétation de la convention de La Haye, la Cour EDH, qui refuse d'appliquer directement la convention de La Haye, peut néanmoins se référer à ses dispositions dès lors qu'elles intéressent le domaine de la convention EDH, par le biais du droit à un procès équitable mais aussi du respect de la vie privée et familiale (*F. Marchadier, La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme à l'efficacité des conventions de La Haye de coopération*

Mis en forme : Non Surlignage

judiciaire et administrative : Rev. crit. DIP 2007, p. 677, spéc. p. 681, n° 4. – C. Pettiti, *La jurisprudence de la CEDH et la convention de La Haye sur les enlèvements d'enfants* : AJ fam. 2006, p. 185).

Elle veille ainsi à ce que les États assurent une protection procédurale aux parties (CEDH, 3 juin 2014, n° 10280/12, *Lopez Guio c/ Slovaquie* : JCP G 2014, 832, chron. F. Sudre, spéc. n° 14). Elle garantit également régulièrement que les autorités des États contractants des deux textes prennent toutes les mesures nécessaires au retour de l'enfant déplacé illicitement, qu'il s'agisse des autorités requérantes (CEDH, 5 avr. 2005, n° 71099/01, *Monory c/ Roumanie et Hongrie*) ou des autorités requises (V. notamment CEDH, 6 déc. 2005, n° 14600/05, *Eskinazi et Chelouche c/ Turquie* : Dr. famille 2006, comm. 44, note. F. Sudre. – CEDH, 22 juin 2006, n° 7548/04, *Bianchi c/ Suisse* : Dr. famille 2008, étude 14, A. Gouttenoire. – CEDH, 17 juill. 2008, n° 58081/00 et 58411/00, *Leschiutta et Fraccaro c/ Belgique* : Dr. famille 2008, alerte 72. – A. Gouttenoire, *La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2008-2009* : Dr. famille 2010, étude 1, spéc. p. 13. – CEDH, 6 nov. 2008, C. c/ Suisse : JCP G 2009, I, 104, n° 12, obs. F. Sudre. – CEDH, 22 avr. 2010, n° 4824/06 et 15512/08, *Macready c/ République tchèque* : JCP G 2010, p. 512, C. Picheral. – CEDH, 5 nov. 2015, n° 21444/11, *Henrioud c/ France* : JurisData n° 2015-024260 ; JCP G 2015, 1333, veille A. Gouttenoire ; D. 2016, p. 1048, S. Clavel et F. Jault-Seseke), y compris pour garantir l'exercice d'un droit de visite pendant cette période (CEDH, 22 juin 2006, *Bianchi c/ Suisse*, préc.).

La passivité des autorités est jugée contraire au respect de la vie familiale en raison de la (potentielle) rupture des enfants avec le parent auquel ils ont été enlevés, lorsqu'elle induit l'écoulement d'un laps de temps trop long pour traiter la demande de retour (V. CEDH, 1er févr. 2011, n° 23205/08, *Karoussiotis c/ Portugal* : Dr. famille 2012, A. Gouttenoire, *La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, étude 6, spéc. n° 18) ou pour localiser l'enfant (V. CEDH, 1er févr. 2011, n° 775/08, *Dore c/ Portugal* : Dr. famille 2012, A. Gouttenoire, préc., spéc. n° 18). C'est ainsi qu'une durée de onze mois est jugée excessive alors que les autorités requises ne sont pas parvenues en effet à justifier la longueur de cette procédure (CEDH, 21 févr. 2012, n° 16965/10, *Karrer c/ Roumanie* : Dr. famille 2012, comm. 66, note M. Bruggeman. – CEDH, 13 janv. 2015, n° 35632/13, *Hoholm c/ Slovaquie*).

À l'inverse, la Cour EDH ne condamne pas les États dont les autorités ont pris toutes les mesures propres à assurer le retour immédiat de l'enfant (V. les décisions citées par A. Gouttenoire, *La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2008-2009* : Dr. famille 2010, étude 1, spéc. p. 13).

2° Primauté du contentieux retour sur le contentieux fond

69. - Dualité de contentieux et dualité de compétences

En matière d'enlèvement international d'enfants, deux contentieux parallèles peuvent se développer : l'un sur le retour de l'enfant, devant être porté devant les juridictions de l'État de refuge de l'enfant (État où il a été déplacé illicitement), l'autre sur le fond du droit de garde, devant être porté devant les autorités de l'État d'origine (État de la résidence habituelle avant le déplacement illicite). La convention de La Haye de 1980 prend soin de bien distinguer les deux contentieux car, tout en réglementant la procédure de retour immédiat de l'enfant devant les autorités de l'État de refuge, elle leur interdit de statuer sur le fond du droit de garde (la compétence sur le fond ne relève pas du champ d'application de la convention de La Haye et est désormais l'objet du règlement de l'Union européenne n° 2201/2003, dit Bruxelles II bis, qui sera remplacé le 1^{er} août 2022 par le règlement (UE) 2019/1111, Bruxelles II ter, *V. n° 4*).

Mis en forme : Non Surlignage

70. - Interdiction de statuer au fond pour les autorités de l'État de refuge

L'article 16 de la convention de La Haye dispose que : « 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 ».

Afin de garantir le mécanisme de retour immédiat de l'enfant, la convention prévoit que les autorités de l'État de refuge ne pourront pas statuer sur le fond du droit de garde tant que le contentieux du retour ne sera pas résolu (la solution est également présente dans les instruments relatifs à la compétence judiciaire internationale que sont le *règlement Bruxelles II bis*, art. 10, le *règlement Bruxelles II ter*, art. 9, et la *convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants*, art. 7). L'article 16 s'adresse aux autorités de l'État de refuge qui seraient saisies en vue de statuer sur le fond du droit de garde. En revanche, il n'oppose évidemment aucun empêchement aux autorités de l'État d'origine qui seraient saisies sur le fond de la question de la responsabilité parentale (*Cass. 1^{re} civ.*, 9 juill. 2008, n° 06-22.090 et n° 06-22.091 : *JurisData* n° 2008-044758 ; *D.* 2008, p. 1998, note V. Egéa ; *Dr. famille* 2008, comm. 134, note L. Galichet ; *D.* 2009, p. 1564, P. Courbe et F. Jault ; *Gaz. Pal.* 10 juin 2009, p. 24 ; *Gaz. Pal.* 25 févr. 2009, p. 30, obs. J. Massip ; *JCP G* 2008, act. 522, note A. Devers ; *Procédures* 2008, n° 10, p. 17, obs. M. Douchy-Oudot ; *RJPF* nov. 2008, p. 25, obs. M.C. Meyzeaud-Garaud), que la saisine ait eu lieu avant le déclenchement de la procédure de retour dans l'État de refuge ou après.

71. - Procédures parallèles

Fréquemment, l'interdiction de statuer au fond est méconnue par l'auteur de l'enlèvement qui cherche à parvenir à ses fins, par tous moyens, et à obtenir une décision en sa faveur des juges du fond (V. notamment *CA Poitiers*, 9 sept. 1999 : *RJPF* sept. 1999, p. 21, obs. J. Adam-Caumeil). Sauf exception (V. le regrettable arrêt, *Cass. 1^{re} civ.*, 19 mars 2002, n° 00-17.692 : *JurisData* n° 2002-013590 ; *Dr. famille* 2002, n° 137, note M. Farge, p. 31. – M.-L. Meyzeaud, *Enlèvement international d'enfants : les considérations nationalistes prendraient-elles le pas sur l'esprit de la convention de La Haye ?* : *RJPF* juin 2002, p. 20 ; *JCP G* 2003, II, 10155, note E. Cashin-Ritaine ; *LPA* 4 déc. 2002, p. 8, note C. Brière), la Cour de cassation censure cette méconnaissance des textes (*Cass. 1^{re} civ.*, 25 janv. 2005, n° 02-17.411 : *JurisData* n° 2005-026638 ; *D.* 2005, p. 2790, note F. Boulanger ; *JDI* 2006, p. 141, note H. Gaudemet-Tallon ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 127, note E. Gallant ; *Dr. & patr.* 2005, n° 136, p. 104, obs. F. Monéger. – V. également *CEDH*, 3^e sect., 27 juill. 2007, n° 7198/04, *Iosub c/ Roumanie*. – Dans le cadre du règlement Bruxelles II bis, V. *Cass. 1^{re} civ.*, 5 mars 2014, n° 12-24.780 : *JurisData* n° 2014-003932 ; *D.* 2015, p. 1056, *pan.*, H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *JCP G* 2014, 942, note M. Farge ; *JDI* 2014, comm. 11, p. 870, note E. Gallant ; *RJPF* 2014, p. 38, note S. Godechot-Patris ; *RLDC* 2014, n° 115, p. 49, note K. Ducrocq-Pauwels).

Il en résulte concrètement que lorsque les deux procédures (en retour et sur le fond) sont conduites parallèlement, le juge qui est saisi sur le fond doit surseoir à statuer en attendant l'issue de la procédure sur le déplacement illicite (*Cass. 1^{re} civ.*, 13 juill. 2005, n° 05-10.519 et 05-10.521 : *JurisData* n° 2005-029448 ; *D.* 2006, p. 1778, F. Jault et C. Pigache ; *Dr. famille* 2006, comm. 42, note M. Farge ; *JCP G* 2005, I, 199, n° 9, obs. J. Rubellin-Devichi ; *RJPF* déc. 2005, p. 22, obs. F. Eudier ; *RTD civ.* 2005, p. 763, obs. J. Hauser. – *Cass. 1^{re} civ.*, 13 janv. 2016, n° 15-13.812). Malgré la complexité de l'imbrication des procédures, la

Cour de cassation veille à ce que l'issue de la procédure de retour immédiat produise ses effets sur l'instance au fond (*Cass. 1^{re} civ.*, 13 janv. 2016, n° 15-13.812, *préc.* où la cassation de l'arrêt refusant d'ordonner le retour immédiat a conduit à l'annulation de la décision prise sur le fond).

Autre manifestation de la totale indépendance entre le fond et le retour, l'article 19 précise que si une décision de retour est prononcée, celle-ci n'affecte en rien le fond du droit de garde préexistant.

72. - **Interdiction de prendre en compte une décision rendue après le déplacement**

Il arrive également souvent que le parent à qui a été enlevé l'enfant, tout en demandant le retour immédiat, introduise une action au fond dans l'État de sa résidence habituelle afin que la garde lui soit confiée exclusivement.

L'article 17 de la convention dispose 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 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 rentreraient dans le cadre de l'application de la convention* ».

L'interdiction de l'article 16 se double d'une autre prohibition : celle de tenir compte d'une décision déjà rendue après le déplacement de l'enfant pour faire échec au retour immédiat. Dans cette hypothèse, il s'agit d'éviter qu'une décision rendue en méconnaissance de l'article 16 puisse après coup être utilisée pour contrecarrer la procédure de retour immédiat. L'article 17 s'adresse également aux autorités de l'État de refuge, mais qui sont cette fois-ci appelées à statuer sur le retour de l'enfant (*TGI Toulouse*, 20 mars 1987 : *Gaz. Pal.* 1987, 2, p. 609, *note P. Monin-Hersant et B. Sturlèse* ; *Rev. crit. DIP* 1988, p. 67. – *Comp.* dans le cadre de la convention franco-marocaine du 10 août 1981, *Cass. 1^{re} civ.*, 9 juill. 2002, n° 01-13.336, n° 01-15.423 : *JurisData* n° 2002-015147 ; *Rev. crit. DIP* 2003, p. 466, *note E. Gallant*). Il indique clairement que la décision rendue sur le fond ne peut justifier le refus du retour. Les autorités de l'État de refuge peuvent néanmoins prendre en considération les motifs de cette décision, dans le cadre de leur propre motivation du refus de retour.

Dans la situation inverse où le refus de retour avait été prononcé par une Cour d'appel et où le demandeur au retour invoquait les motifs de la décision rendue au fond pour faire ordonner le retour de l'enfant, la Cour de cassation vient de décider que les motifs de cette décision sur le fond ne peuvent pas être invoqués pour faire fléchir le juge à qui l'on demande le retour immédiat et qui le refuse (*Cass. 1^{re} civ.*, 27 juin 2019, n° 19-14.464, *JCP G* 2017, 760, *obs. I. Corpart*). Autrement dit, si le juge qui statue sur la demande de retour le refuse parce qu'il a caractérisé un risque grave de danger pour l'enfant, il n'est pas tenu par les motifs de la décision étrangère rendue sur le fond et qui a attribué la garde au parent demandeur au retour. La décision met parfaitement en œuvre la philosophie du texte qui sépare les deux contentieux du retour et du fond, et qui fait primer le contentieux retour sur celui du fond. Mais, au regard de la lettre de l'article 17, il semble que si les juges ne sont pas tenus par les motifs de la décision rendue au fond, ils *peuvent* s'y référer.

73. - **Compétence au fond des autorités de l'État d'origine**

Ces deux règles prohibitives se doublent, dans d'autres instruments, de règles de compétence judiciaire qui vont dans le même sens en imposant le maintien de la compétence, au fond, des autorités de la résidence habituelle d'origine, d'avant le déplacement illicite (*V. Règl. Bruxelles II bis*, art. 10. – *Règl. Bruxelles II ter*, art. 9. – *Rép. internat. Dalloz*, v° *Règlement*

Bruxelles II bis (matières matrimoniales et de responsabilité parentale). – Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 2008, *préc.* n° 70). Le juge du lieu où l'enfant a été déplacé n'a donc en vertu du système de la convention aucune compétence pour statuer au fond. La règle prive en principe le parent auteur de l'enlèvement de la possibilité d'obtenir de ce juge un aménagement de l'autorité parentale et notamment de la possibilité de faire fixer la résidence de l'enfant chez lui (sur l'ensemble de la question, V. 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, Lyon, 20 et 21 nov. 2003* : Bruylant, 2004, p. 33. – M. Farge, *L'existence d'une résidence habituelle dans l'État d'origine et l'illicéité de la résidence dans l'État de refuge : la Cour de cassation française confrontée à de nouvelles difficultés dans la mise en œuvre de la convention de La Haye* in *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 nov. 2003* : Bruylant, 2004, p. 193. – E. Gallant, *note ss Cass. 1^{re} civ.*, 25 janv. 2005, *préc.* n° 71. – S. Godechot-Patris et Y. Lequette : *Rép. intern. Dalloz*, v° Mineur, n° 244. – E. Pérez-Vera, *Rapport explicatif*, p. 426, *spéc. p.* 463 et s.).

Il en résulte que lorsque le juge saisi d'une demande de retour ordonne le retour immédiat de l'enfant dans son pays d'origine, il n'est pas de sa compétence de statuer sur les conditions d'accueil de l'enfant chez le parent demandeur. Peu importe de ce point de vue que le demandeur au retour ne soit pas le parent chez qui résidait l'enfant avant son déplacement, pourvu qu'il exerçât conjointement la garde. Les autorités de l'État de résidence habituelle de l'enfant devront statuer, après le retour, sur les modalités d'accueil de l'enfant (*Cass. 1^{re} civ.*, 14 juin 2017, n° 17-10.980 : *JurisData* n° 2017-018204 ; *AJ fam.* 2017, p. 495, *obs.* C. Roth ; *D.* 2018, p. 966, S. Clavel et F. Jault-Seseke ; *RJPF* nov. 2017, p. 38, *note* S. Godechot-Patris).

74. - **Limites temporelles de la prohibition**

La question de la délimitation de la période pendant laquelle la prohibition de l'article 16 s'impose aux juridictions de l'État de refuge est nécessairement liée à l'existence du caractère illicite du déplacement de l'enfant. Globalement, l'idée est que tant que le déplacement est considéré comme illicite, les autorités de l'État de refuge ne peuvent statuer sur le fond du droit de garde (*V. Note E. Gallant ss Cass. 1^{re} civ.*, 25 janv. 2005 : *Rev. crit. DIP* 2006, p. 127).

Plus précisément, l'article 16 précise en premier lieu que l'interdiction de statuer au fond court à compter du moment où les autorités « ont été informées » du déplacement ou de la rétention illicite. Cette formule est suffisamment large pour dépasser le simple cas de la saisine du juge d'une demande de retour sur le fondement de la convention et englober l'information délivrée par le défendeur dans le cadre d'une demande qui serait exercée au fond contre lui. Il se peut également que, non encore informé de la situation, le JAF rende une décision sur le fond, puis revienne sur cette décision en ayant connaissance du déplacement ou de la rétention illicite (*Cass. 1^{re} civ.*, 13 juill. 2005, *préc.* n° 71).

En second lieu, l'article 16 indique que l'interdiction de statuer au fond dure jusqu'à ce qu'il soit établi que les conditions du retour ne sont pas réunies, ou bien jusqu'à ce qu'une période raisonnable se soit écoulée sans qu'aucune demande de retour n'ait été formulée. Ainsi, soit une procédure de retour immédiat est déclenchée, et tant que le retour n'est pas refusé, les autorités de l'État de refuge ne peuvent prendre de décision au fond. *A fortiori*, dans l'hypothèse inverse où le retour serait ordonné, elles ont encore moins de titre à intervenir (*Cass. 1^{re} civ.*, 25 janv. 2005, *préc.* n° 71). Soit aucune procédure de retour n'a été mise en œuvre, et l'écoulement d'un laps de temps suffisant, « raisonnable », indiquant que le

déplacement perd son caractère illicite, permettra de transférer la compétence aux autorités de la désormais nouvelle résidence habituelle (comp. avec l'article 10 du règlement Bruxelles II bis et l'article 9 du règlement Bruxelles II ter, lesquels organisent les conditions du transfert de la compétence des autorités de l'État d'origine vers les autorités de l'État de refuge en cas de déplacement illicite, *V. E. Gallant : Rép. internat. Dalloz*, v° *Règlement Bruxelles II bis (matières matrimoniales et de responsabilité parentale)*, spéc. n°186. *E. Gallant, AJ Fam.* juill. 2019. 401- *A. Devers, Les enlèvements d'enfants et le règlement « Bruxelles II bis » : Les enlèvements d'enfants à travers les frontières (ss dir. H. Fulchiron) : Bruylant*, 2004, p. 33, spéc. p. 38. — *M. Farge, L'existence d'une résidence habituelle dans l'État d'origine et l'illicéité de la résidence dans l'État de refuge : la Cour de cassation française confrontée à de nouvelles difficultés dans la mise en œuvre de la convention de La Haye : Les enlèvements d'enfants à travers les frontières (ss dir. H. Fulchiron) : Bruylant*, 2004, p. 193, spéc. n° 26).

3° Exécution des décisions de retour

75. - Exécution provisoire

Le décret de 2004 (*D. n° 2004-1158, 29 oct. 2004, préc. n° 66*) qui a instauré dans le Code de procédure civile des règles spécifiques à l'enlèvement international, n'apporte aucune précision quant à l'exécution provisoire d'une décision de retour. À la question de savoir si elle est exécutoire de droit par provision, la Cour de cassation a répondu par la négative (*Cass. 1re civ., 20 janv. 2010, n° 08-19.267 : JurisData n° 2010-051162 ; AJ fam. 2010, n° 4, p. 181, obs. A. Boiché ; D. 2010, p. 522, chron. N. Auroy et Cl. Breton ; JCP G 2010, p. 381, note A. Devers ; Procédures 2010, comm. 77, obs. M. Douchy-Oudot ; RJPJF avr. 2010, p. 22, obs. F. Eudier*). En vertu de l'article 1210-6 du Code de procédure civile, les décisions relatives au retour de l'enfant sont prises en « la forme des référés ». Elles ne bénéficient dès lors pas de l'exécution provisoire de plein droit (visée à l'article 514, al. 2, du Code de procédure civile) et ne sont pas assimilées à des décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale, lesquelles font l'objet d'un texte spécial : l'article 1074-1 du Code de procédure civile soumet en effet les décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale à l'exécution provisoire de droit et plus largement toutes les mesures provisoires prises pendant l'instance en divorce de l'article 255 du Code civil (*V. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, Procédure civile : Droit interne et droit communautaire : Dalloz, 30e éd., 2010, spéc. n° 1345*).

La raison de ce refus d'assimilation des décisions de retour immédiat aux mesures citées par l'article 1074-1 du Code de procédure civile réside vraisemblablement dans le fait que dans le mécanisme de la convention de La Haye de 1980, les décisions relatives au retour sont clairement dissociées des décisions prises sur le fond de l'autorité parentale (*V. n° 62 à 66*), mais une telle argumentation est discutable. En outre, l'exécution de plein droit aurait l'avantage de mettre en valeur le mécanisme conventionnel et d'en améliorer le fonctionnement (*A. Devers, note ss Cass. 1re civ., 20 janv. 2010 : JCP G 2010, p. 381, préc.*). Le retour immédiat une fois ordonné par le juge de l'État requis ne serait ainsi pas différé par l'engagement d'une voie de recours et pourrait ainsi répondre aux exigences de célérité inhérentes à la procédure de remise immédiate (comp. avec les solutions retenues par *règl. Bruxelles II bis et règl. Bruxelles II ter*).

En l'état actuel de la jurisprudence, à défaut d'exécution de plein droit, le juge peut néanmoins décider de cette exécution provisoire en fonction des circonstances de l'espèce, soit d'office (*CA Versailles, 20 juin 2006 : www.legifrance.gouv.fr*), soit à la demande des parties (*CPC, art. 515*).

76. - Remise volontaire

Depuis le décret de 2017 ayant modifié les articles 1210-4 et suivants du Code de procédure civile, le procureur de la République peut tenter de favoriser une remise volontaire de l'enfant et d'éviter le recours à la force publique. Ainsi, dès qu'il est informé de la décision de retour, le procureur de la République chargé de son exécution peut procéder ou faire procéder à l'audition de la personne chez qui se trouve l'enfant (*CPC, art. 1210-7*).

77. - Exécution forcée

Le droit français de la procédure civile s'est doté depuis 2012 d'un système permettant au procureur de la République de requérir directement la force publique pour faire exécuter des décisions relatives à un déplacement illicite d'enfant rendues sur le fondement d'instruments internationaux ou européens (*D. n° 2012-98, 27 janv. 2012, modifiant les articles 1210-6, 1210-7 et 1210-8 du Code de procédure civile : JO 28 janv. 2012, p. 1645. – V. F. Eudier, Enlèvement international d'enfant : le procureur de la République peut requérir directement la force publique afin de faire exécuter la décision de retour : RJPF mars 2012, p. 21. – D. n° 2017-892, 6 mai 2017, modifiant les articles 1210-7 et suivants du Code de procédure civile, préc. n° 66*). Il s'agit, en l'absence d'exécution volontaire, de faire procéder le plus rapidement possible à l'exécution de la décision de retour (*CPC, art. 1210-9*) tout en s'assurant de conditions de mise en œuvre adéquates (*CPC, art. 1210-8*).

La question de l'exécution forcée d'une décision ordonnant le retour n'est pas envisagée par la convention de La Haye. Comme en droit interne, il est permis de douter du caractère approprié de l'exécution forcée en matière d'autorité parentale. Toutefois, le recours à la contrainte est parfois l'ultime solution à une voie de fait dont le juge a constaté et déclaré le caractère illicite (*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. DIP 2007, p. 677, spéc. p. 705, n° 35*). Le recours à l'exécution forcée n'est donc pas exclu par le droit international privé positif en général en matière d'autorité parentale, et en particulier en matière d'enlèvement d'enfants.

En ce sens, la Cour EDH a refusé de condamner la France pour sa procédure dans le cadre d'une affaire où l'enfant, que la mère avait déplacée illicitement et refusé de restituer après décision du juge français, avait été « recueillie » par les gendarmes à la sortie de l'école pour être remise à son père (*CEDH, 6 déc. 2007, n° 39388/05, Mamousseau et Washington c/ France : AJ fam. 2008, p. 83, obs. A. Boiché ; Dr. famille 2008, étude 14, p. 17, A. Gouttenoire ; Procédures 2008, comm. 78, note N. Fricéro. – V. également, CEDH, 8 janv. 2009, N et S c/ Suisse, cité par A. Gouttenoire : Dr. famille 2010, étude 1, p. 13*).

Toutefois, elle considère que cette obligation de recours à la coercition ne peut être que limitée. En effet, selon la Cour, l'intérêt de l'enfant s'oppose, en général, à ce qu'une mesure coercitive soit prise à son encontre. Cela n'empêche pas qu'un État puisse être condamné pour ne pas avoir pris les mesures propres à assurer le retour (préalablement ordonné) de l'enfant. Elle suggère notamment que des sanctions ou des mesures coercitives peuvent être prises à l'encontre du parent ravisseur lui-même (*CEDH, 25 janv. 2000, n° 31679/96, Ignaccolo-Zenide c/ Roumanie. – CEDH, 26 juill. 2011, n° 6457/09, Shaw c/ Hongrie : Dr. famille 2012, A. Gouttenoire, art. préc., spéc. n° 18. – CEDH, 7 mars 2013, n° 10131/11, Raw c/ France : JurisData n° 2013-004795 ; Dr. famille 2014, étude 12, A. Gouttenoire ; RJPF mai 2013, p. 38, note I. Corpart et M. Doucet ; D. 2014, p. 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; JCP G 2013, 392, obs. F. Sudre*).

B. - Exceptions au retour immédiat

78. - Distinction

Bien que l'article 12, alinéa 1er, pose en principe que le retour de l'enfant doit être ordonné immédiatement, certaines exceptions au retour sont prévues par le texte de la convention. En examinant les raisons qui permettent de faire obstacle au retour de l'enfant dans le cadre de la convention de La Haye (*Conv., art. 12, 13 et 20*), il est possible de distinguer deux séries d'exceptions, selon que la demande de retour est ou non formée dans l'année qui suit le déplacement ou la rétention illicite de l'enfant.

1° Demande tardive de retour

79. - Demande tardive et intégration de l'enfant

L'article 12, alinéa 2, de la convention prévoit que lorsque la demande de retour de l'enfant est tardive, en ce sens qu'elle a été formée plus d'un an après le déplacement ou la rétention illicite, le retour peut être refusé si la preuve de l'intégration de l'enfant dans l'État de refuge est apportée. Il est primordial de noter qu'en principe, même en cas de demande tardive, le retour doit être ordonné : « *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* ». Ce n'est que si l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu que le retour pourra être refusé. Il en résulte que la simple introduction d'une demande tardive ne suffit pas à elle seule à faire échec au retour de l'enfant (V. cependant *Cass. 1^{re} civ., 4 mars 2015, n° 14-21.797*, qui laisse entendre qu'au seul regard des dates d'enlèvement et de demande de retour, « la cour d'appel n'a pu qu'en déduire » qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner le retour de l'enfant. Une telle solution est critiquable puisqu'elle confère à la tardiveté de la demande un effet comparable à celui d'une fin de non-recevoir, ce qui est contraire à la lettre du texte). De la même manière, la seule preuve de l'intégration de l'enfant dans l'État de refuge ne saurait constituer une cause autonome de refus de retour (*Dijon, 15 juill. 2008 : <http://www.legifrance.gouv.fr>*). Les exigences de l'article 12 al. 2 doivent être cumulées pour qu'un retour puisse être refusé (*Cass. 1^{re} civ., 13 juill. 2017, n° 17-11.927 : JurisData n° 2017-014003 ; JCP G 2017, 1084, note E. Gallant ; AJ fam. 2017, p. 492, obs. A. Boiché ; D. 2018, p. 966, S. Clavel et F. Jault-Seske ; RLDC 2017, n° 152, p. 3, J. Mestre ; LPA oct. 2017, p. 6, J.-M. Hesquin ; JCP G 2017, 1951, chron. Droit de la famille*).

La logique qui préside au texte est imparable : d'une part, l'écoulement du temps joue en défaveur d'un retour, puisque plus le temps passe et plus l'enfant s'installe dans sa nouvelle résidence ; d'autre part, si ce temps écoulé est l'œuvre de l'inaction du parent dont le droit de garde a été bafoué, le juge est fondé à en tenir compte. L'exception de l'article 12, alinéa 2, se trouve finalement à mi-chemin entre l'acquiescement au déplacement illicite (V. n° 84) et la prise en compte de la situation concrète de l'enfant dans son nouveau milieu (sur l'utilisation de l'intégration de l'enfant comme créatrice d'une situation intolérable régie par l'article 13 b), V. n° 89).

Il apparaît cependant, et de façon regrettable, que dans certaines hypothèses, malgré la diligence du demandeur et une saisine des autorités centrales dans le délai requis, la demande pourra être considérée comme tardive.

80. - Termes du délai

La particularité de cette exception au retour suppose que les termes du délai au-delà duquel le juge est autorisé à tenir compte de l'intégration de l'enfant soient précisés avec exactitude. Le texte énonce que la saisine est tardive si plus d'un an s'est écoulé entre le moment de

l'enlèvement ou du non-retour et la saisine des autorités judiciaires ou administratives de l'État de refuge.

Le texte mentionne comme point de départ du délai d'un an le déplacement ou la rétention de l'enfant ; en lui-même, ce point de départ ne crée aucune difficulté. En revanche, le texte prévoit que le délai expire, si à la date de saisine des autorités judiciaires ou administratives de l'État de refuge, un an s'est déjà écoulé. Or, dans certaines hypothèses, la localisation de l'enfant n'est pas connue, ce qui posera des difficultés pour saisir les autorités compétentes. Tant que l'enfant n'est pas localisé en effet, les Autorités centrales de l'État d'origine ne peuvent pas transmettre la demande, même formulée à temps, à leur homologue de l'État de refuge, lesquelles ne pourront pas saisir les autorités judiciaires. Ainsi, dans l'hypothèse d'une dissimulation de l'enfant, même si le parent demandeur a fait preuve de diligence et a saisi l'Autorité centrale immédiatement après le déplacement, la demande de retour auprès des autorités compétentes de l'État de refuge pourra ne pas être faite dans l'année qui suit l'enlèvement de l'enfant.

Insensible à l'esprit du texte, la Cour de cassation censure les arrêts qui retiennent comme point de départ du délai d'un an la date où l'enfant a été localisé (*Cass. 1re civ.*, 9 juill. 2008, n° 07-15.402 : *JurisData* n° 2008-044762 ; *D.* 2008, p. 2078, obs. V. Egéa ; *Rev. crit. DIP* 2008, p. 841, note H. Muir Watt ; *RJPF* nov. 2008, p. 30, obs. F. Eudier ; *D.* 2009, p. 1564, pan. P. Courbe et F. Jault ; *Gaz. Pal.* 25 févr. 2009, p. 30, obs. J. Massip), et ne tient compte que de la date à laquelle les autorités judiciaires françaises ont été saisies, sans égard pour la date de saisine des Autorités centrales (*Cass. 1re civ.*, 12 déc. 2006, n° 06-13.177 : *JurisData* n° 2006-036431 ; *RJPF* mars 2007, p. 25, obs. F. Eudier ; *D.* 2007, p. 88).

Commenté [EG1]: a revoir... Ok pour une procédur sur le fond, mais pour le retour, il est logique que l'écoulement du temps prime, puisqu'il faut faire cesser la voie de fait dans l'intérêt de l'enf

En outre, en dehors de toute difficulté de localisation de l'enfant, le demandeur est tributaire de la diligence des autorités centrales. Si celles-ci font preuve d'inertie et ne transmettent la demande que tardivement, le retour pourra être refusé au motif de l'intégration de l'enfant dans son nouveau milieu.

81. - Critique

Même si la solution peut sembler justifiée puisque la convention de La Haye « opère dans le seul intérêt de l'enfant » et non « pour le confort, la consolation ou la vengeance de ses parents » (*H. Muir Watt, note ss Cass. 1re civ.*, 9 juill. 2008 : *Rev. crit. DIP* 2008, p. 843), il semble néanmoins que le résultat puisse être discuté dans les hypothèses où la saisine tardive n'est pas l'œuvre du parent demandeur, mais le résultat du comportement du parent auteur de l'enlèvement (en cas de dissimulation de l'enfant) ou des Autorités centrales (en cas d'inertie de leur part). En effet, dans ce type de situations, finalement la logique de l'exception de l'article 12, alinéa 2, se réduit à la seule intégration de l'enfant, l'idée étant qu'après un certain laps de temps, il serait contraire à l'intérêt de l'enfant d'être de nouveau déraciné et déplacé. Ce raisonnement risque malheureusement de conduire à une dérive qu'il est difficile de combattre : dans le cadre de l'article 13, alinéa 2, b), de la convention, l'intégration de l'enfant est en effet souvent invoquée pour faire échec au retour de l'enfant au motif que celui-ci le placerait dans une situation intolérable (*V. n° 90*).

La question est donc de savoir quelle place exacte accorder à cette intégration dans le cadre du texte de la convention : doit-elle être cantonnée à l'article 12, alinéa 2 et interprétée strictement dans les cas où la saisine tardive n'est pas le fruit de l'inertie du demandeur ? Doit-elle au contraire être utilisée plus largement, y compris dans le cadre de l'article 13 ? (*V. n° 89*).

En tout état de cause, il faut rappeler que si ces dispositions autorisent le juge à refuser le retour à certaines conditions, l'article 18 affirme qu'elles « ne limitent pas le pouvoir

de l'autorité judiciaire ou administrative d'ordonner le retour de l'enfant à tout moment » (*V. E. Pérez-Vera, Rapport explicatif, spéc. n° 112*), ce qui montre bien que les exceptions au retour sont d'interprétation stricte.

2° Demande de retour dans le délai d'un an

a) Perte du caractère illicite

82. - Article 13, alinéa 1er, a)

Il s'agit ici de s'opposer au retour en utilisant l'une des possibilités offertes par le texte permettant de démontrer finalement que le déplacement, illicite ou ayant les apparences de l'illicéité, a perdu ce caractère illicite ou ne l'a jamais été.

83. - Exercice non effectif du droit de garde

L'article 13, alinéa 1er, a) offre d'abord la possibilité au demandeur au retour d'établir qu'en réalité, le déplacement n'est pas illicite. On aurait pu penser que les conditions citées à l'article 3 étaient suffisantes pour permettre la discussion sur la qualification du déplacement illicite (violation d'un droit de garde exercé de façon effective dans l'État de la résidence habituelle antérieure au déplacement, *V. n° 36*) ; pourtant l'article 13, alinéa 1er, réintroduit ici la condition de l'exercice effectif du droit de garde. La mention fait clairement double emploi (*S. Godechot-Patris et Y. Lequette : Rép. intern. Dalloz, v° Mineur, spéc. n° 251*) : soit le droit de garde n'est pas effectif au moment du déplacement, et le déplacement n'est pas illicite, ce qui conduit à rejeter la demande de retour immédiat, soit le droit de garde est exercé effectivement et la demande de retour est justifiée. Certes la condition peut être appréciée par les autorités centrales elles-mêmes, lorsque l'élément est flagrant lors de leur saisine, ou bien, plus tard, par les autorités judiciaires. Mais il n'était pas nécessaire de le rappeler dans le cadre des exceptions au retour.

84. - Consentement ou acquiescement

L'article 13, alinéa 1er, a), prévoit ensuite l'hypothèse d'un déplacement auquel aurait consenti l'autre parent (*CA Rouen, 9 mars 2006 : www.legifrance.gouv.fr. – Cass. 1re civ., 9 juin 2010, n° 09-65.170 : RJPf nov. 2010, p. 27, obs. F. Eudier*), ou celle d'un déplacement illicite *ab initio*, mais qui aurait été ensuite accepté par le parent dont le droit de garde a été bafoué (*CA Toulouse, 2 déc. 2008 : http://www.legifrance.gouv.fr*). Cet acquiescement au déplacement purge en réalité le déplacement de son caractère illicite et rend inutile la procédure de retour immédiat. Il suscite cependant d'importantes difficultés d'ordre probatoire. La jurisprudence admet que l'acquiescement puisse être implicite pourvu qu'il soit certain. Cependant, il ne saurait être déduit de simples pourparlers pendant lesquels les parents ont recherché, un temps, un accord (*Cass. 1re civ., 16 juill. 1992 : Defrénois 1993, p. 721, obs. J. Massip*). Les juges peuvent par exemple déduire de l'acheminement des affaires de travail de la mère en France et de la signature d'une demande d'affiliation à la sécurité sociale le fait que le père avait nécessairement eu connaissance de la reprise par la mère d'une activité professionnelle en France et qu'il y avait consenti (*Cass. 1re civ., 9 juin 2010, préc.*).

b) Risque de danger ou de situation intolérable

85. - Article 13, alinéa 1er, b)

Le texte précise que le retour peut être refusé si le défendeur au retour 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 » (*E. Pérez-Vera, Rapport explicatif, n° 29 et 116*). Il appartient ainsi au parent qui s'oppose au retour immédiat de l'enfant d'apporter la preuve d'un tel danger ou de l'intolérabilité de la situation (*Cass. 1re*

civ., 25 sept. 2013, n° 12-25.864, *préc.* n° 64). Systématiquement utilisée pour s'opposer au retour de l'enfant, cette disposition recèle l'inconvénient d'introduire au sein du mécanisme de retour immédiat une prise en considération par l'autorité judiciaire ou administrative du fond de l'affaire. Son existence se justifie néanmoins par le souhait de contrecarrer l'automatisme du retour, laquelle pourrait se révéler fort préjudiciable à l'enfant, dans certaines situations extrêmes. L'appréciation de ce qui constitue un risque grave de danger pour l'enfant ou de situation intolérable devient alors la clé de voûte de l'exception au retour et finalement de l'ensemble du mécanisme. Une interprétation trop large conduirait à priver le mécanisme de retour immédiat de son efficacité et par conséquent, à couvrir *a posteriori* le déplacement illicite que précisément la convention a pour objectif de combattre. Une interprétation trop stricte au contraire conduirait à une « conception trop exigeante de l'automatisme recherchée par le mécanisme conventionnel » (H. Muir Watt, *note ss Cass. 1re civ.*, 15 juin et 12 juill. 1994 : *Rev. crit. DIP* 1995, p. 96, *spéc.* p. 102. – V. S. Godechot-Patris et Y. Lequette : *Rép. intern. Dalloz*, v° Mineur, n° 254). L'équilibre sur lequel repose la convention est par conséquent difficile à maintenir et le rôle de la Cour de cassation délicat. Elle veille à ce que les juges du fond examinent concrètement les éléments de fait soumis à leur appréciation et les circonstances invoquées de part et d'autre pour justifier le retour ou le non-retour (*Cass. 1re civ.*, 22 nov. 2018, n° 18-20.546 : *JurisData* n° 2018-021471 ; *Gaz. Pal.* 2019, p. 63, *obs.* R. Nato-Kalfane et N. Assuied, qui casse un arrêt pour ne pas avoir cherché, alors que cela lui était demandé, l'existence d'un éventuel danger). Mais elle joue également un rôle dans « la définition juridique de la situation génératrice du danger » visée à l'article 13, alinéa 1er, b) (*H. Muir Watt, note préc.*, *spéc.* n° 2), désormais influencée par le jeu des droits fondamentaux (V. n° 98 à 108).

86. - **Tendance jurisprudentielle**

Globalement, la tendance jurisprudentielle française est d'interpréter restrictivement l'exception liée au risque grave de danger ou de situation intolérable pour l'enfant en cas de retour. Nombre de décisions attestent de cette position en ordonnant le retour de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle, malgré un risque de danger invoqué par l'auteur de l'enlèvement (*CA Aix-en-Provence*, 23 mars 1989 : *Rev. crit. DIP* 1990, p. 529, *note Y. Lequette*. – *Cass. 1re civ.*, 23 oct. 1990, n° 87-16.873 : *JurisData* n° 1990-702900 ; *Rev. crit. DIP* 1991, p. 407, *note Y. Lequette*. – *Cass. 1re civ.*, 16 déc. 1992, *préc.* n° 28. – *Cass. 1re civ.*, 15 juin 1994, n° 93-19.058 : *Rev. crit. DIP* 1995, p. 96, *note H. Muir Watt*. – *CA Rennes*, 28 janv. 2002 : *AJ fam.* 2002, p. 324, S. Deis-Beauquesne, *L'article 13 b alinéa 1er de la convention de La Haye en question devant les juridictions françaises*. – *CA Paris*, 20 sept. 2002 : *Dr. famille* 2003, *chron.* p. 5. – *Cass. 1re civ.*, 25 janv. 2005 : *D.* 2005, p. 2790, *note F. Boulanger* ; *JDI* 2006, p. 141, *note H. Gaudemet-Tallon* ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 127, *note E. Gallant* ; *Dr. & patr.* 2005, n° 136, p. 104, *obs.* F. Monéger, *préc.* n° 71. – *Cass. 1re civ.*, 14 juin 2005 : *JCP G* 2005, II, 10115, *concl.* C. Petit et *note C. Chabert* ; *JDI* 2005, p. 1131, *note C. Chalas* ; *Rev. crit. DIP* 2005, p. 679, D. Bureau ; *Defrénois* 2005, p. 1418, *obs.* J. Massip ; *RTD civ.* 2005, p. 750, *chron.* P. Rémy-Corlay. – *Cass. 1re civ.*, 13 juill. 2005, *préc.* n° 71. – *Cass. 1re civ.*, 14 déc. 2005, *préc.* n° 22. – *Cass. 1re civ.*, 14 févr. 2006, n° 05-14.646 : *AJ fam.* 2006, p. 252, *note A. Boiché* ; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 96, *note E. Gallant*. – *Cass. 1re civ.*, 14 nov. 2006, *préc.* n° 28. – *Cass. 1re civ.*, 25 févr. 2009, n° 08-18.126 : *JurisData* n° 2009-047268. – *Cass. 1re civ.*, 17 juin 2009, *préc.* n° 46. – *Cass. 1re civ.*, 20 janv. 2010, n° 08-19.267 : *JurisData* n° 2010-051162 ; *AJ fam.* 2010, n° 4, p. 181, *obs.* A. Boiché ; *D.* 2010, p. 522, *chron.* N. Auroy et Cl. Breton ; *JCP G* 2010, p. 381, *note A. Devers* ; *Procédures* 2010, *comm.* 77, *obs.* M. Douchy-Oudot ; *RJPF* avr. 2010, p. 22, *obs.* F. Eudier. – *Cass. 1re civ.*, 20 mars 2013, n° 12-19.382 : *D.* 2013, p. 1515, *avis J.-P. Jean* et 1520, *note A. Boiché* ; *D.* 2014, p. 1059, *obs.* H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-

Seseke ; RJPJ juin 2013, p. 30, obs. F. Eudier. - Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 2013, n° 13-14.562. - Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 2014, n° 14-17.493 : D. 2015, p. 511, chron. I. Guyon-Renard ; AJ fam. 2014, p. 703, obs. A. Boiché ; RLDC 2015, n° 122, p. 47, note M. Desolneux. - Cass. 1^{re} civ., 4 mars 2015, n° 14-13.984, préc. n° 28. - Cass. 1^{re} civ., 10 févr. 2016, n° 15-19.565 : JurisData n° 2016-004391 ; D. 2017, p. 1015, S. Clavel et F. Jault-Seseke ; Dr. famille 2016, comm. 79, obs. A. Panet. - Cass. 1^{re} civ., 7 déc. 2016, n° 16-20.858 : JurisData n° 2016-025989 ; D. 2017, p. 1011, H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; RJPJ mai 2017, p. 47, note S. Godechot-Patris ; JCP G 2017, 327, chron. Droit de la famille ; Rev. Dr. int. d'Assas, 2018, p. 629. - Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2017, n° 17-11.031 : JurisData n° 2017-008254 ; Dr. famille 2017, comm. 160, note H. Fulchiron ; RJPJ juill. 2017, p. 43, note S. Godechot-Patris ; AJ fam. 2017, p. 490, obs. A. Boiché ; D. 2018, p. 966, S. Clavel et F. Jault-Seseke ; JCP G 2017, 951, chron. Droit de la famille ; Gaz. Pal. 2017, n° 33, p. 72, obs. C. Anger. - Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2017, n° 17-11.840 : JurisData n° 2017-013985 ; JCP G 2017, 1084, note E. Gallant. - Cass. 1^{re} civ., 20 mars 2019, n° 18-20.850 : JurisData n° 2019-004268).

Mis en forme : Non Surlignage

Mis en forme : Non Surlignage

Mis en forme : Non Surlignage

87. - Fluctuations

Les années 90 ont néanmoins marqué une tolérance plus importante de la part des juges dans leur appréciation du danger, les retours étant plus fréquemment refusés sur le fondement de l'article 13, alinéa 1er, b). Depuis les années 2000 la tendance s'est cependant inversée, peut-être trop radicalement dans un premier temps (V. déjà CA Aix-en-Provence, 23 mars 1989 : Rev. crit. DIP 1990, p. 529, note Y. Lequette), pour revenir vers une conception plus équilibrée de l'exception de l'article 13 (J-P. Ancel, L'application de la Convention de La Haye en France : AJ fam. 2006, p. 178).

88. - Motifs de non-retour

L'article 13, alinéa 1er, b) vise l'hypothèse où le retour de l'enfant le soumettrait à un « risque grave » de « danger psychique ou psychique » ou « de toute autre manière », le placerait « dans une situation intolérable ». Ces éléments de qualification permettent d'admettre qu'en effet, la conception que retient la convention de La Haye de cette exception au retour est stricte. Il faut un risque « grave », ce qui, tout en paraissant surabondant, ajoute à la condition de danger ou de situation intolérable.

De prime abord, le réflexe conduit à rechercher les motifs de non-retour du côté du parent à qui a été enlevé l'enfant : ses conditions de vie, sa moralité, sa santé, sa violence sont souvent des griefs invoqués pour fonder un refus du retour, via un risque grave de danger physique et/ou psychique selon les cas. Toutefois, il peut également être retenu que ce qui constituera le risque grave de danger est à rechercher au contraire du côté du parent qui a enlevé l'enfant : les liens qu'il entretient avec l'enfant peuvent être source de danger si ces liens devaient être rompus par le retour dans le pays d'origine. On aperçoit ici immédiatement le risque de dérive qu'il y a à s'engager dans cette voie.

89. - Motifs liés aux conditions de vie dans l'État d'origine

Fréquemment invoqués, les griefs liés aux conditions de vie de l'enfant dans son État d'origine font l'objet d'un examen minutieux de la part de la Cour de cassation, ce qui la conduit à vérifier que les juges du fond ont examiné concrètement dans quelles conditions l'enfant vivrait en cas de retour. S'il s'avère que ces conditions de vie l'exposeraient à un danger, elle refuse le retour de l'enfant.

Confrontée aux griefs liés à l'appartenance à une secte du parent à qui l'enfant a été enlevé ou à ses choix religieux, la Cour de cassation se refuse à considérer, *in abstracto*, que les choix religieux ou l'appartenance à une secte sont constitutifs du risque grave de danger de l'article 13 (Cass. 1^{re} civ., 15 juin 1994, n° 93-19.058 : Rev. crit. DIP 1995, p. 96, note

H. Muir Watt ; Defrénois 1995, art. 36024, p. 323, n° 9, obs. J. Massip ; JCP G 1995, I, 3903, chron. H. Bosse-Platière. – Cette jurisprudence est conforme aux exigences de la Cour EDH, CEDH, 23 juin 1993, n° 12875/87, Hoffmann c/ Autriche : D. 1994, jurispr. p. 326, note J. Hauser. – CEDH, 16 déc. 2003, n° 64927/01, Palau-Martinez c/ France : D. 2004, p. 1261, note F. Boulanger ; Dr. famille 2004, comm. 30, note B. de Lamy ; JCP G 2004, II, 10122, note A. Gouttenoire ; RJPF mai 2004, p. 21, note M.-C. Meyzeaud-Garaud).

Le refus de retour peut être justifié lorsque les juges du fond ont constaté une certaine **prodigalité du père, un manque de disponibilité** et un risque lié à la prise en charge **des soins médicaux** (Cass. 1^{re} civ., 12 déc. 2006, n° 05-22.119 : *JurisData* n° 2006-036446 ; *RJPF* mars 2007, p. 23, obs. F. Eudier ; D. 2007, p. 89). À l'inverse, si les juges constatent que l'enfant reçoit dans le pays d'origine les traitements médicaux adéquats et identiques à ceux qui ont été prescrits dans l'État de refuge, la Cour de cassation en déduit que le retour ne peut être refusé (Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2017, n° 17-11.031, *préc.* n° 86).

Le comportement violent du parent à qui l'enfant a été enlevé ou les mauvais traitements sont également invoqués par l'auteur de l'enlèvement de façon récurrente. Ils permettent de refuser le retour immédiat de l'enfant (*CA Grenoble, 26 juin 2002 : AJ fam. 2002, p. 324, S. Deis-Beauquesne, L'article 13 b), alinéa 1er, de la convention de La Haye en question devant les juridictions françaises. – Cass. 1^{re} civ., 25 oct. 2017, n° 17-20.063 : JurisData n° 2017-021229 ; AJ fam. 2017, p. 655, obs. C. Roth. – Cass. 1^{re} civ., 14 févr. 2019, n° 18-23.916 : RJPF avr. 2019, p. 38, note I. Corpart ; D. 2019, p. 1016, S. Clavel et F. Jault-Seseke ; Rev. crit. DIP 2019/4, note E. Gallant – Cass. 1^{re} civ., 27 juin 2019, n° 19-14.464, JCP G 2019, 760, obs. I. Corpart*) sauf lorsqu'un tel comportement n'est pas avéré (Cass. 1^{re} civ., 25 janv. 2005, *préc.* n° 71. – Cass. 1^{re} civ., 14 févr. 2006, *préc.* n° 86. – Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2006, *préc.* n° 28. – Cass. 1^{re} civ., 20 mars 2013, n° 12-19.382 : D. 2013, p. 1515, avis J.-P. Jean et 1520, note A. Boiché ; D. 2014, p. 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *RJPF* juin 2013, p. 30, obs. F. Eudier. – Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2017, n° 17-11.840, *préc.* n° 86).

Les conditions de vie, les mœurs, l'alcool ou la drogue sont encore invoquées par l'auteur de l'enlèvement pour s'opposer au retour de l'enfant (Cass. 1^{re} civ., 14 févr. 2019, n° 18-23.916 : *JurisData* n° 2019-002233 *préc.*), le plus souvent en vain faute de preuves (Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2005, *préc.* n° 86. – Cass. 1^{re} civ., 16 nov. 2017, n° 17-20.635 : *JurisData* n° 2017-022993. – V. aussi pour un désaccord à propos du suivi d'un traitement médical, Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 2005, *préc.* n° 22).

S'engageant dans une voie jusqu'alors inédite, la Cour de cassation a confirmé un refus de retour prononcé par les juges du fond sur le fondement de l'article 13 b) principalement en raison de la violence du père à l'égard des enfants, en ajoutant que l'existence d'un mandat d'arrêt contre la mère ne permettrait pas à celle-ci d'assurer leur protection (Cass. 1^{re} civ., 14 févr. 2019, n° 18-23.916, *préc.*). La Cour semble ainsi indiquer que si la mère avait pu dans l'État d'origine assurer la protection des enfants, ceux-ci auraient pu, malgré le danger représenté par leur père, retourner dans leur pays d'origine. La solution n'est pas sans rappeler la logique qui préside à l'article 11, paragraphe 4, du règlement Bruxelles II bis, lequel interdit de refuser le retour en cas de danger, si les mesures de protection adéquates ont été prises par les autorités de l'État d'origine (V. E. Gallant : *Rép. internat. Dalloz, Règlement Bruxelles II bis, spéc.* n° 200). Cet article a toutefois été modifié par le règlement Bruxelles II ter, selon lequel il reviendra désormais à la partie qui demande le retour de l'enfant d'établir que la protection de l'enfant sera assurée dans l'État d'origine (art. 27-3). La proposition de la Cour de cassation s'inscrit dans une logique similaire.

90. - **Motifs liés aux conditions de vie dans l'État de refuge**

Dans un arrêt du 12 juillet 1994, la Cour de cassation a pour la première fois considéré que « le danger ou la situation intolérable résulte aussi bien du nouveau changement des conditions de vie actuelles de l'enfant déplacé que des conditions nouvelles ou retrouvées dans l'État de sa résidence habituelle » (*Cass. 1re civ., 12 juill. 1994, n° 93-15.495 : Rev. crit. DIP 1995, p. 96, note H. Muir Watt ; Defrénois 1995, art. 36024, p. 323, n° 9, obs. J. Massip ; JCP G 1995, I, 3903, chron. H. Bosse-Platière. – V. déjà CA Paris, 13 juill. 1993 : JCP G 1994, IV, 224, obs. P. Catala*).

Il en résulte que le retour est refusé, quand bien même aucun danger ne menace l'enfant en cas de retour dans son pays d'origine : il suffit que l'auteur de l'enlèvement établisse que la séparation d'avec l'enfant et la rupture occasionnée par le retour le placent dans une situation intolérable ou le menacent de façon particulièrement grave. Le temps écoulé depuis l'enlèvement joue ainsi un rôle majeur et le glissement vers l'intégration de l'enfant comme cause de refus de retour devient patent, alors qu'en principe, cette cause ne peut justifier le refus de retour qu'en cas de demande tardive (*V. n° 79*). Peu importe alors, dans cette hypothèse, que le déplacement ait eu pour origine une voie de fait. L'inconvénient de cette jurisprudence est assurément d'encourager les déplacements illicites et de compter sur l'écoulement du temps et l'intégration de l'enfant dans son nouveau milieu pour ensuite établir qu'il y aurait un danger pour lui à retourner auprès du parent dont le droit de garde a été bafoué.

L'analyse de la jurisprudence montre cependant qu'il est possible théoriquement de faire le départ entre une admission systématique de l'intégration de l'enfant comme constitutive de danger, qui détournerait l'article 13 de son véritable but, et une prise en compte mesurée de ce nouveau déracinement que constituerait le retour de l'enfant.

Dans l'arrêt du 12 juillet 1994 (*préc.*) la Cour de cassation a pris soin de souligner que les éléments retenus par les juges du fond, comme le très jeune âge de l'enfant, l'expertise psychologique indiquant que la séparation de l'enfant d'avec sa mère serait vécue comme « un véritable deuil », constitueraient un danger psychique « caractérisé » en cas de retour. On pourrait penser que dans un premier temps, la Cour de cassation a souhaité ne pas ouvrir une brèche trop grande dans le mécanisme de retour immédiat de l'enfant.

Cependant, une série d'arrêts rendus après 1994 se montre moins soucieuse de cet équilibre et admet de façon plus systématique que le jeune âge des enfants et le temps passé auprès du parent auteur de l'enlèvement suffisent à justifier le non-retour de l'enfant (*Cass. 1re civ., 21 nov. 1995, n° 93-20.140 : JurisData n° 1995-003164 ; D. 1996, p. 468, note J. Massip ; JCP G 1996, IV, 78. – Cass. 1re civ., 22 juin 1999, n° 98-17.902 : JurisData n° 1999-002631 ; RJPF oct. 1999, p. 20, note Ch. Deslances et S. Valory. – V. également dans le cadre de la convention franco-portugaise, Cass. 1re civ., 18 avr. 2000, n° 97-20.809 : JurisData n° 2000-001504 ; Rev. crit. DIP 2001, p. 341, note E. Gallant. – Sur la prise en compte de l'écoulement du temps par la CEDH, V. n° 68 et 108*).

Il semble néanmoins que cette tendance n'ait pas duré, puisque de nombreux arrêts ordonnent le retour de l'enfant malgré l'argument du jeune âge de l'enfant, de son intégration ou d'une séparation difficile en cas de retour, désormais systématiquement invoqué par l'auteur de l'enlèvement (*CA Rennes, 20 déc. 2001 : Dr. famille 2003, p. 24, note A. Bigot. – CA Rennes, 28 janv. 2002 : AJ fam. 2002, p. 324, S. Deis-Beauquesne, L'article 13 b alinéa 1er de la convention de La Haye en question devant les juridictions françaises. – CA Paris, 7 févr. 2002 : D. 2003, p. 658, obs. A. Bottiau ; Rev. crit. DIP 2004, p. 867. – Cass. 1re civ., 25 janv. 2005 : D. 2005, p. 2790, note F. Boulanger ; JDI 2006, p. 141, note H. Gaudemet-Tallon ; Rev. crit. DIP 2006, p. 127, note E. Gallant ; Dr. & patr. 2005, n° 136, p. 104, obs.*

*F. Monéger. – CA Versailles, 20 juin 2006, qui considère que le dommage subi par l'enfant doit résulter de son retour et non de sa séparation d'avec le parent qui l'a enlevé. – Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 2009, n° 08-18.126, préc. n° 86. – Cass. 1^{re} civ., 13 févr. 2013, n° 11-28.424, préc. n° 28. – Noter toutefois Cass. 1^{re} civ., 17 juin 2009, préc. n° 46, qui souligne que l'intégration de l'enfant est de qualité égale dans les deux pays concernés), et ce malgré les « quelques efforts de réadaptation » que les enfants devront fournir à leur retour (Cass. 1^{re} civ., 20 janv. 2010 : *AJ fam.* 2010, p. 181, obs. A. Boiché ; *D.* 2010, p. 522, chron. N. Auroy et Cl. Breton ; *JCP G* 2010, p. 381, note A. Devers ; *Procédures* 2010, comm. 77, obs. M. Douchy-Oudot ; *RJPF* avr. 2010, p. 22, obs. F. Eudier). La solution est heureuse car elle évite la dérive déjà dénoncée d'inverser le mécanisme de la convention de La Haye en refusant systématiquement le retour de l'enfant sur des motifs d'âge ou d'intégration de l'enfant. Il ne faut en effet pas oublier que l'objectif de la convention est de faire cesser une voie de fait et non de prendre parti sur le fond de l'autorité parentale.*

91. - **Privation des droits parentaux de l'auteur de l'enlèvement dans l'État d'origine**

Toutefois, la Cour de cassation prend désormais en compte la rupture que le retour pourrait occasionner entre l'enfant et l'un de ses parents, si dans l'État d'origine, le parent qui a enlevé l'enfant se trouve privé de ses droits parentaux. Ainsi, dans une affaire où l'enfant avait été déplacé par sa mère du Japon vers la France, la Cour de cassation a cassé l'arrêt qui ordonnait le retour immédiat au Japon, au motif que les juges du fond auraient dû rechercher si, en cas de retour, la mère n'allait pas se trouver privée de ses droits parentaux, exposant ainsi l'enfant de 3 ans, ayant toujours vécu avec elle, à un risque grave de danger psychologique (Cass. 1^{re} civ., 22 nov. 2018, n° 18-20.546 : *JurisData* n° 2018-021471 ; *Gaz. Pal.* 2019, p. 63, obs. R. Nato-Kalfane et N. Assuied. - Adde Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2007, n° 06-12.687 : *JurisData* n° 2007-038911 ; *Dr. famille* 2007, comm. 155, note M. Farge ; *RJPF* oct. 2007, p. 22, obs. M.-C. Meyzeaud-Garaud rendu dans le cadre de la convention franco-marocaine de 1981, où la Cour avait pris en compte le fait qu'avant l'enlèvement, la mère avait été privée de sa fille pendant des mois, et qu'il n'était pas dans l'intérêt de l'enfant de ne pas pouvoir entretenir des relations personnelles avec les deux parents. - V. déjà, *CA Rennes, 20 déc. 2001 : Dr. famille* 2003, p. 24, note A. Bigot, qui avait sursis à statuer en attendant des éclaircissements sur la situation de la mère en séjour irrégulier aux États-Unis, qui aurait par conséquent pu se trouver dans l'impossibilité d'exercer un droit de visite dans l'État d'origine de l'enfant. - Contra *CA Rennes, 28 janv. 2002 : AJ fam.* 2002, p. 324, S. Deis-Beauquesne, l'article 13, b, alinéa 1^{er}, de la convention de La Haye en question devant les juridictions françaises. – Sur cette question des liens de l'enfant avec ses deux parents après retour, V. A. Bucher, *L'intérêt de l'enfant pénètre la convention sur l'enlèvement*, *Mélanges H. Gaudemet-Tallon : Dalloz*, 2008, p. 683, spéc. p. 687 et s.).

La solution est éminemment intéressante, en ce qu'elle protège l'intérêt de l'enfant et son droit à entretenir des relations personnelles avec ses deux parents. Si la convention de 1980 cherche avant tout à combattre les déplacements illicites, entendus comme des décisions unilatérales parentales privant un enfant de l'un de ses parents, ce n'est pas en instituant un mécanisme de retour qui aurait pour effet précisément d'organiser la rupture entre l'enfant et l'autre parent (le parent auteur de l'enlèvement).

92. - **Causes mêlées**

Enfin, un arrêt de type différent a été rendu le 17 octobre 2007 (Cass. 1^{re} civ., 17 oct. 2007, n° 07-11.449, préc. n° 40), par lequel la Cour de cassation refuse d'ordonner le retour de l'enfant dans son État d'origine notamment en raison de son intégration dans l'État de refuge et du risque pour son équilibre en cas de retour, mais surtout parce l'enfant avait exprimé son refus de repartir. Dans cette affaire, on peut toutefois souligner que l'enfant avait été enlevé

par ses parents biologiques alors qu'il se trouvait confié à un tiers, ce qui a certainement joué un rôle dans le refus du retour (V. n° 96).

93. - **Actualité du danger**

Généralement, la Cour de cassation est attentive à tenir compte de l'actualité du danger et à ne prendre en compte que des risques de danger actuel ou futur. Bien que des éléments passés puissent évidemment être de nature à caractériser un danger futur s'ils n'ont pas cessé, leur persistance au moment où le retour est demandé doit être vérifiée (V. E. Gallant, note ss Cass. Ire civ., 14 févr. 2006 : Rev. crit. DIP 2007, p. 96, spéc. n° 6 et 7 ; AJ fam. 2006, p. 252, obs. A. Boiché). La Cour de cassation a par conséquent à plusieurs reprises rejeté les arguments invoqués malgré l'existence d'éléments caractéristiques d'un danger, au motif que de tels éléments n'existaient plus au moment de la demande de retour immédiat (Cass. Ire civ., 14 févr. 2006, préc.), qu'il s'agisse d'un passé délictuel (CA Dijon, 15 juill. 2008 : www.legifrance.gouv.fr. – Cass. Ire civ., 25 févr. 2009, n° 08-18.126, préc. n° 86), d'une condamnation pour trafic et consommation de drogue (CA Rennes, 20 déc. 2001 : Dr. famille 2003, exercice 41, note A. Bigot ; JCP G 2002, IV, 2783), de troubles psychologiques (Cass. Ire civ., 16 déc. 1992, préc. n° 28. – CA Paris, 20 sept. 2002, préc. n° 86), de violences ou d'une rétention illicite réalisée par le passé (Cass. Ire civ., 23 oct. 1990 : Rev. crit. DIP 1991, p. 407, note Y. Lequette). La solution peut être jugée excessive (S. Godechot-Patris et Y. Lequette : Rép. internat. Dalloz, v° Mineur, spéc. n° 258), mais elle est indéniablement en adéquation avec le droit de l'Union européenne qui pousse encore plus loin cette logique (Règl. Bruxelles II bis, art. 11, § 4. – V. Rép. internat. Dalloz, v° Règlement Bruxelles II bis (matières matrimoniales et de responsabilité parentale). – Régl. Bruxelles II ter, art. 27-3. – V. E. Gallant : AJ fam. 2019, 401). C'est ainsi que la Cour de cassation ordonne le retour de l'enfant dès lors que la situation de la mère, dont l'absence de logement et de ressources était invoquée pour s'opposer au retour de l'enfant, a changé sous l'influence des autorités de l'État d'origine (Cass. Ire civ., 20 mars 2013, n° 12-19.382, préc. n° 13).

c) Opposition de l'enfant

94. - **Rôle de l'opposition de l'enfant**

En cas de demande de retour immédiat, l'autorité requise peut tenir compte de l'opinion de l'enfant qui s'opposerait à son retour, si elle juge que l'enfant a atteint un âge et une maturité suffisants (art. 13, al. 2. – V. 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, Lyon, 20 et 21 nov. 2003 (ss dir. H. Fulchiron) : Bruylant, 2004, p. 349. – P. Klötgen, La portée juridique de la parole donnée à l'enfant in Les enlèvements d'enfants à travers les frontières, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille, Lyon 3, 20 et 21 nov. 2003 (ss dir. H. Fulchiron) : Bruylant, 2004, p. 337. – E. Pérez-Vera, Rapport explicatif, n° 31. – E. Gallant, note ss Cass. Ire civ., 14 févr. 2006 : Rev. crit. DIP 2007, p. 96, spéc. n° 8 et s.). Cette disposition repose indéniablement sur l'intérêt de l'enfant, l'idée étant que si celui-ci approuve son nouveau cadre de vie, il n'est pas utile d'ordonner son retour immédiat auprès de son autre parent. Il n'en reste pas moins que s'agissant des seuls rapports entre les parents, cette disposition offre sans conteste une opportunité pour le parent auteur du déplacement illicite de voir sa situation consolidée. La solution est néanmoins conforme à l'esprit de la convention : c'est le bien-être de l'enfant qui doit primer sur celui des parents.

95. - **Place de l'opposition de l'enfant**

Cela dit, la place occupée par l'opposition de l'enfant dans le mécanisme de la convention de La Haye pose question. Faut-il admettre que l'opposition de l'enfant joue un rôle autonome en tant qu'exception au retour immédiat, ou bien faut-il au contraire nécessairement la combiner avec l'article 13, alinéa 1er, b), c'est-à-dire avec l'existence d'un risque de danger ou de situation intolérable ?

La place dans le texte de l'exception, qui figure à l'alinéa 2 et fait donc suite à l'alinéa 1er, b), de l'article 13, montre que les rédacteurs n'ont pas entendu lier nécessairement l'opposition de l'enfant au risque de danger encouru. La lettre du texte indique donc que, même s'il est évident que l'opposition des enfants peut être révélatrice d'un danger dans l'État d'origine, l'opposition peut être retenue en l'absence d'un tel danger.

Dans un arrêt du 14 février 2006, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui a « nécessairement estimé que la seule opposition des enfants ne pouvait justifier le rejet de la demande de retour » (*Cass. 1re civ., 14 févr. 2006 : Rev. crit. DIP 2007, p. 96, note E. Gallant ; AJ fam. 2006, p. 252, obs. A. Boiché*). À la lecture de l'arrêt, l'ambiguïté de la formule employée par la Cour de cassation peut être balayée : il ne s'agit pas d'affirmer qu'en principe, l'opposition de l'enfant ne peut jamais à elle seule faire obstacle au retour, mais plutôt de confirmer qu'en l'espèce les juges du fond ont eu raison de ne pas tenir compte de l'opposition de l'enfant (*E. Gallant, note sous cet arrêt, préc. - Contra, A. Boiché, note sous cet arrêt préc.*). La Cour de cassation a postérieurement réaffirmé cette position de façon plus nette : « en l'état du conflit de loyauté auquel ils se trouvaient confrontés [...] la seule opposition [des enfants] ne saurait faire obstacle à leur retour dans l'État de leur résidence habituelle » (*Cass. 1re civ., 8 juill. 2010, n° 09-66.406 : JurisData n° 2010-011380 ; Dr. famille 2010, comm. 158, note L. Galichet*). La jurisprudence de la Cour EDH est aussi en ce sens qui reconnaît que l'opinion des enfants peut constituer une exception autonome de refus du retour de l'enfant (*CEDH, 1er juill. 2014, n° 54443/10, Blaga c/ Roumanie : AJ fam. 2014, p. 507, obs. E. Viganotti*).

Toutefois, il est indispensable de souligner que l'opposition manifestée par les enfants au retour dans leur État de résidence habituelle ne constitue en aucun cas une cause de refus automatique. Le juge au contraire a la possibilité de tenir compte de cette opposition dans le cadre de son appréciation de la situation de l'enfant déplacé illicitement. La Cour européenne des droits de l'homme considère ainsi que la convention de La Haye ne confère pas à l'enfant déplacé la liberté de choisir l'endroit où il veut vivre. Ainsi, « si le point de vue des enfants doit être pris en compte » par les juridictions nationales, « leur opposition ne fait pas nécessairement obstacle à leur retour » (*CEDH, 7 mars 2013, n° 10131/11, Raw c/ France, préc. n° 77, spéc. § 94. - CEDH, 1er juill. 2014, -Blaga c/ Roumanie, préc., spéc. § 78. - CEDH, 22 juill. 2014, n° 3592/08, Rouiller c/ Suisse, préc. n° 42. - CEDH, 9 sept. 2014, n° 43730/07, Gajtani c/ Suisse*). L'appréciation de la question de savoir si l'opposition de l'enfant peut ou non justifier le refus du retour relève des autorités nationales qui jouissent en ce domaine d'une certaine latitude (*CEDH, 9 sept. 2014, Gajtani c/ Suisse, préc., spéc. § 109*).

96. - **Conditions du refus du retour en cas d'opposition**

Pour que le juge puisse refuser le retour sur le fondement de l'opposition de l'enfant, le texte de la convention de La Haye impose comme seule condition que l'enfant ait « atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion ». Aucun âge seuil n'est fixé par la convention pour savoir quels sont les enfants dont l'opinion peut être prise en

compte, mais son économie postule indéniablement en faveur des « grands » enfants (*E. Pérez-Vera, Rapport explicatif*, n° 30). L'âge et la maturité sont en effet des éléments que le juge devra prendre en compte pour déterminer si l'opinion exprimée par l'enfant est vraiment la sienne, et non celle du parent chez qui il vit à ce jour et qui l'influence très certainement (la Cour de cassation a récemment approuvé des juges du fond qui avaient refusé d'auditionner des enfants âgés de neuf et six ans et demi au motif d'un discernement insuffisant, *Cass. 1re civ.*, 12 avr. 2012, n° 11-20.357, inédit : www.legifrance.gouv.fr). Il en résulte que l'opposition de l'enfant à son retour doit être dénuée de toute équivoque (*TGI Niort*, 9 janv. 1995 : *JDI* 1995, p. 361, note H. Gaudemet-Tallon. – *TGI Guingamp*, 2 sept. 1999 : *Incadat*, qui refuse de tenir compte des déclarations de l'enfant âgé de treize ans en raison de ses hésitations. – *CA St-Denis-de-la-Réunion*, 2 mai 2006 : www.legifrance.gouv.fr. – Pour une opposition claire tout de même rejetée par les juges du fond parce qu'il n'appartient pas aux enfants de choisir leur résidence, *V. CA Amiens*, 27 janv. 1999 : *JCP* 1999, IV, 2560) et exprimer un véritable refus de l'enfant, personnel, affranchi de pressions parentales (*CEDH*, 23 sept. 2003, *Sophia Gudrun Hansen c/ Turquie* : H. Fulchiron et A. Gouttenoire, *Actualité de la convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement d'enfants* : *Dr. famille* 2003, chron. 24. – *CA Bordeaux* 19 janv. 2007, n° 06-002730. – *CA Poitiers*, 16 avr. 2009 : <http://www.legifrance.gouv.fr>) et être motivée par autre chose qu'une simple préférence (*CA Grenoble*, 29 mars 2000 : *Incadat*).

L'opposition de l'enfant est rarement prise en compte, mais la Cour de cassation l'a récemment admise dans une affaire où la particularité des circonstances explique certainement en partie la solution (*Cass. 1re civ.*, 17 oct. 2007, n° 07-11.449, *préc.* n° 40). L'enfant, âgé d'une dizaine d'années, était confiée à des tiers au Portugal tandis que ses parents vivaient en France. Retenue en France à l'issue d'un droit de visite, le retour est refusé, d'une part parce qu'ayant acquis « un degré de maturité lui permettant d'exprimer ses sentiments », elle a « émis le souhait de continuer à vivre avec ses parents biologiques », d'autre part parce qu'un retour au Portugal « après plus de deux ans passés en France auprès de ses parents et de sa sœur la placerait dans une situation intolérable et dangereuse pour son équilibre ». Il semble qu'en l'espèce plusieurs bribes d'exceptions au retour se soient cumulées pour justifier le refus du retour immédiat.

La CEDH rappelle que la volonté exprimée par un enfant ayant un discernement suffisant est un élément clé à prendre en considération dans toute procédure judiciaire ou administrative le concernant (*CEDH*, 1^{er} févr. 2018, n° 51312/16, *M. K. c/ Grèce* : *JurisData* n° 2018-003711).

La question se pose nécessairement de savoir si une audition est alors nécessaire pour recueillir ce refus, et dans l'affirmative, si le juge doit procéder lui-même à cette audition (les pratiques sont très différentes d'un État à un autre, ainsi que d'une juridiction à une autre dans un même pays). En outre, rien n'est dit sur le moment auquel il convient de prendre en compte l'avis de l'enfant. On imagine clairement que plus le temps a passé entre le jour de son enlèvement et celui où il exprime son opinion, plus il existe de risques qu'il refuse de retourner vivre auprès du parent à qui il a été enlevé (pour une opposition manifestée après la décision de retour, *V. C. const. Italie*, 6 juill. 2001 : *Rev. crit. DIP* 2002, p. 346, note B. Ancel). L'ensemble de ces observations montre que le juge doit faire preuve d'une grande prudence dans la mise en œuvre de l'article 13, alinéa 2.

3° Retour contraire aux principes fondamentaux de l'État de refuge

97. - Article 20

L'article 20 de la convention prévoit que le refus du retour peut être justifié par « les principes fondamentaux de l'État requis en matière de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », ce qui est une manière de faire

intervenir la loi de l'État de refuge dans le mécanisme du retour immédiat de l'enfant (*E. Pérez-Vera, Rapport explicatif, spéc. n° 31-33 ; n° 118. – S. Godechot-Patris et Y. Lequette : Rép. intern. Dalloz, v° Mineur, spéc. n° 265*). En supposant que la France soit l'État requis, ces principes fondamentaux englobent notamment les principes issus de la Convention EDH, mais aussi ceux de la convention internationale des droits de l'enfant. Ainsi par exemple, si à cause du retour l'enfant est exposé à des maltraitances liées à la prostitution ou l'esclavage, le retour pourra être refusé et l'enfant rester en France.

Dans une affaire portée devant la Cour EDH (*CEDH, 6 déc. 2005, n° 14600/05, Eskinazi et Chelouche c/ Turquie, préc. n° 68*), celle-ci a vérifié que les principes procéduraux garantis par l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne ne risquaient pas d'être malmenés si l'enfant était renvoyé de Turquie, où il avait été déplacé illicitement par la mère, en Israël. Plus particulièrement, la Cour européenne s'est attachée à vérifier que la mère et sa fille ne risquaient pas de subir un déni de justice flagrant de la part du tribunal rabbinique auquel elles seraient soumises au retour de l'enfant. Après avoir rappelé que la Cour n'avait pas à vérifier abstraitement la compatibilité du caractère religieux d'un tribunal avec l'article 6, elle affirme en revanche qu'elle doit examiner concrètement si la procédure suivie observe les exigences imposées par l'article 6. Elle conclut en l'espèce que les autorités turques, au moment où elles ont statué, n'avaient eu aucune raison objective de ne pas ordonner le retour et que le risque de déni de justice flagrant n'était pas constitué.

Mis en forme : Non Surlignage

C. - Droits fondamentaux de l'enfant

98. - Essentiels

Les droits fondamentaux de l'enfant ne peuvent être ignorés dans le cadre d'une procédure liée à un déplacement illicite d'enfants. Ils sont au cœur de la thématique, mais provenant de sources textuelles diverses, ils doivent être combinés avec le mécanisme spécifique mis en place par la convention de La Haye (sur l'ensemble, *V. Ph. Bonfils et A. Gouttenoire, Droit des mineurs : Dalloz, 2^e éd., 2014, spéc. n° 97 et s.*).

1° Textes

99. - Convention européenne des droits de l'homme

Plusieurs textes généraux sont à la source des droits fondamentaux de l'enfant. En premier lieu la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après *Conv. EDH*) contient diverses dispositions qui peuvent intéresser la thématique des déplacements illicites d'enfants. Il s'agit de l'article 6, protégeant le droit à un procès équitable (*V. n° 68*), mais aussi et surtout de l'article 8, protégeant le droit au respect à la vie privée et familiale. Ces droits fondamentaux ne sont pas spécifiques à l'enfant et concernent l'ensemble de la procédure liée à l'enlèvement d'enfant. Ils visent par conséquent tous les acteurs d'une telle procédure, l'enfant, mais aussi ses parents, victime ou auteur de l'enlèvement. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après *CEDH*) s'appuie ainsi fréquemment sur les droits fondamentaux des parents (droit au procès équitable ou droit au respect à la vie privée et familiale), tout en prenant néanmoins largement en compte l'intérêt de l'enfant (*V. n° 103*).

100. - CIDE

La convention internationale des droits de l'enfant - convention onusienne signée à New York en 1989 et en vigueur depuis 1990 - vise spécifiquement les droits fondamentaux des enfants (à ce jour, elle est en vigueur dans 196 États, mais n'a toujours pas été ratifiée par les États-Unis). À l'inverse de la Convention EDH, la CIDE ne bénéficie pas d'un organe juridictionnel

qui lui est propre, ce sont donc les différentes juridictions nationales ou européennes qui y font référence (*V. n° 103*).

Plusieurs dispositions intéressent les déplacements illicites. À titre général, il faut mentionner l'article 11 qui fait obligation aux États parties de prendre des mesures pour lutter contre les déplacements illicites d'enfants. À cette fin, les États doivent favoriser la conclusion d'accords et l'adhésion à des accords existants. De façon plus spécifique, et au titre des droits fondamentaux de l'enfant, on trouve d'abord le droit à ce que l'intérêt de l'enfant soit une considération primordiale dans toutes les décisions le concernant (*art. 3-1*). Ensuite, étroitement lié à la question de son déplacement illicite, et pouvant d'ailleurs être intégré dans la notion d'intérêt, on retient le droit d'entretenir des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents (*art. 9-2*). On peut y ajouter enfin le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant (*art. 12*).

101. - **Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne**

La Charte reprend pour l'essentiel les droits fondamentaux déjà protégés par les instruments existants : les droits généraux en ce qu'ils sont applicables à tous, tel que le droit au respect de la vie privée et familiale (*art. 7*) et le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial (*art. 47*) ; mais aussi et surtout les droits spécifiques à l'enfant : intérêt de l'enfant, droit à la parole et droit d'entretenir des relations avec ses deux parents, mais aussi droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être (*art. 24*).

102. - **Intégration des droits de l'enfant par la convention de La Haye**

La question se pose de savoir comment les textes spécifiques aux déplacements illicites (convention de La Haye mais aussi règlements Bruxelles II bis et Bruxelles II ter) relaient en leur sein les droits fondamentaux de l'enfant ou les valeurs qui les sous-tendent.

Si les règlements Bruxelles II (bis et ter) indiquent précisément dans leurs considérants qu'ils reconnaissent les droits fondamentaux et veillent à leur respect, une telle référence générale n'existe en revanche pas au sein de la convention de La Haye de 1980. La différence de propos s'explique certainement par une raison générationnelle, car plus de 20 ans séparent la rédaction de la convention de La Haye de celle du règlement Bruxelles II bis.

Cela dit, la convention de La Haye de 1980 n'a pas pour autant délaissé la protection des droits fondamentaux de l'enfant, car elle consacre les objectifs de célérité de la procédure ainsi que ceux liés à la parole de l'enfant, puisque l'opposition de l'enfant est prise en compte dans le jeu des exceptions au retour immédiat. Surtout, elle affirme dès son préambule que « *l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde* » et que l'objectif de la convention est de « *protéger l'enfant [...] contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites* ». L'intérêt de l'enfant n'est cité nulle part ailleurs dans le texte, mais l'esprit tout entier du texte repose sur l'idée qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de ne pas être enlevé, c'est-à-dire soustrait par un parent à l'autre, unilatéralement, au moins lorsque l'autorité parentale est conjointe. Il ne s'agit ni plus ni moins que de consacrer un droit de l'enfant à ne pas être déplacé, ce qui correspond aujourd'hui au droit de l'enfant d'entretenir des relations avec ses deux parents tel qu'il est consacré par la CIDE (*art. 9-2*).

Le mécanisme de retour immédiat tel qu'il est conçu par la convention, fonctionne sur le principe du retour de l'enfant sans que, pour cette décision, l'appréciation approfondie de l'intérêt de l'enfant soit déterminante. En revanche une telle appréciation serait nécessaire pour trancher la question de la garde et elle serait alors déterminante (*A. Bucher, L'intérêt de l'enfant pénètre la convention sur l'enlèvement, Mél. H. Gaudemet-Tallon : Dalloz, 2008, p. 683, spéc. p. 685*). On voit ici apparaître la dichotomie réalisée par la convention entre le retour immédiat et le contentieux du fond (le contentieux sur la garde, *V. n° 69 à 74*). Cela dit et malgré tout, il n'a pas été possible d'ignorer que dans certains cas, l'intérêt de l'enfant exigeait de ne pas être remis : ce sont les fameuses exceptions au retour de l'enfant, permises par la convention et qui d'une certaine manière, même si elles sont absolument incontournables, en fragilisent l'équilibre. C'est surtout l'exception visée par l'article 13b, concernant le danger qu'il y aurait pour l'enfant à retourner dans son État d'origine, qui nous intéresse : cette question doit nécessairement être appréciée... selon l'intérêt de l'enfant ! Mais, et c'est toute la difficulté, comment apprécier cet intérêt, sans pour autant procéder à un véritable examen du fond de l'affaire ?

2° Jurisprudence de la Cour de cassation

103. - Intérêt de l'enfant

Alors qu'elle affirmait pour la première fois le caractère directement applicable de certaines dispositions de la convention internationale des droits de l'enfant (CIDE), la Cour de cassation a utilisé l'article 3-1 relatif à l'intérêt de l'enfant en combinaison avec les dispositions de la convention de La Haye sur les déplacements illicites (*Cass. 1re civ., 14 juin 2005, préc. n° 86*). Depuis ce revirement de jurisprudence, l'article 3-1 de la CIDE a été combiné plusieurs fois avec le mécanisme de retour immédiat de l'enfant, plus particulièrement avec l'article 13, alinéa 1er, b), mais aussi avec l'article 12 (*Cass. 1re civ., 13 juill. 2017, n° 17-11.927, préc. n° 30*).

Une telle utilisation peut être de nature à inquiéter (*D. Bureau : Rev. crit. DIP 2005, p. 679, spéc. p. 695. – J. Massip, obs. ss Cass. 1re civ., 14 juin 2005 : Defrénois 2005, p. 1418, spéc. p. 1423. – M. Farge, note ss Cass. 1re civ., 13 juill. 2005, préc. n° 71. – Plus généralement, P. Hammje, L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé, mélanges P. Lagarde : Dalloz, 2005, p. 365*). On peut craindre en effet qu'opposer l'intérêt de l'enfant au retour demandé risque purement et simplement de priver d'effet le mécanisme de retour immédiat. Pourtant, une telle dérive peut être évitée (*V. note ss Cass. 1re civ., 13 juill. 2007 : Rev. crit. DIP 2007, p. 603, spéc. n° 9*). L'ensemble du texte de la convention de La Haye repose sur l'intérêt supérieur de l'enfant en partant de l'idée qu'il est dans son intérêt d'être ramené immédiatement après un déplacement illicite (*V. E. Pérez-Vera, Rapport explicatif, n° 20 et s.*). Ce postulat est d'ailleurs confirmé aussi bien par la Cour EDH (*A. Gouttenoire, La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2008-2009 : Dr. famille 2010, étude 1, spéc. p. 13 et s.*), que par la CIDE (*art. 9, § 2*) et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (*art. 24, § 3*) au nom du droit de l'enfant à maintenir des relations avec ses deux parents (pour une référence à la Charte dans le cadre d'un déplacement illicite d'enfant pour lequel le retour immédiat n'avait cependant pas été demandé au profit d'une demande en exécution de la décision sur le droit de garde, *V. CJUE, 23 déc. 2009, aff. C-403/09 PPU, Deticek : D. 2010, p. 1055, note C. Brière ; Gaz. Pal. 2010, n° 148-149, p. 47, note Ph. Guez ; AJ fam. 2010, p. 131, obs. A. Boiché ; D. 2010, p. 1585, obs. P. Courbe et F. Jault ; Dr. famille 2010, alerte 7, obs. M. Bruggemann ; Europe 2010, comm. 57, obs. L. Idot ; Procédures 2010, comm. 73, obs. C. Nourissat ; RLDC févr. 2010, n° 68, p. 42., note E. Pouliquen*). Les exceptions au retour qui ont été prévues par la convention de La Haye répondent elles aussi au souci de protéger l'intérêt de l'enfant, et

notamment celle de l'article 13, alinéa 1er, b), puisqu'il s'agit de protéger l'enfant si celui-ci se trouve en danger ou dans une situation intolérable dans l'État de sa résidence habituelle (*ibid.* n° 25 et 29. – A. Bucher, *L'intérêt de l'enfant pénètre la convention sur l'enlèvement*, *mél. H. Gaudemet-Tallon* : Dalloz, 2008, p. 683, *spéc. p.* 685. – P. Hammje, *L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé*, *mél. P. Lagarde* : Dalloz, 2005, p. 365, *spéc. p.* 377).

Précisément, ce que propose la Cour de cassation dans les arrêts rendus à propos de la convention de La Haye, c'est de confronter les intérêts de l'enfant (abstrait et concret) et d'interpréter la mise en œuvre des exceptions au retour sans court-circuiter le mécanisme de retour immédiat. On peut noter que dorénavant la Cour de cassation utilise la dialectique suivante dans la plupart des arrêts qu'elle rend à propos de la convention de La Haye : d'abord il résulte de l'article 13, alinéa 1er, b), de la convention de 1980 qu'il ne peut être fait exception au retour immédiat de l'enfant que s'il existe un risque de danger grave ou de création d'une situation intolérable. Ensuite en vertu de l'article 3-1 de la CIDE, ces circonstances doivent être appréciées en considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant.

La plupart des arrêts recensés sont des arrêts conduisant au retour de l'enfant, soit que la Cour de cassation confirme le retour immédiat de l'enfant ordonné par les juges du fond (*Cass. 1re civ.*, 14 juin 2005, *préc.* – *Cass. 1re civ.*, 13 juill. 2005, *préc.* – *Cass. 1re civ.*, 25 févr. 2009, n° 08-18.126, *préc.* n° 86. – *Cass. 1re civ.*, 4 mai 2017, n° 17-11.031, *préc.* n° 30), soit qu'elle censure les juges du fond pour s'être déterminés « par des motifs impropres à caractériser, au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, le danger grave encouru par celui-ci en cas de retour immédiat, ou la situation intolérable qu'un tel retour créerait à son égard » (*Cass. 1re civ.*, 13 févr. 2013, n° 11-28.424, *préc.* n° 28. – *Cass. 1re civ.*, 7 déc. 2016, n° 16-20.858, *préc.* n° 86. – *Cass. 1re civ.*, 16 nov. 2017, n° 17-20.635, *préc.* n° 89. – V. également *Cass. 1re civ.*, 10 juill. 2007, *préc.* n° 28. – *Cass. 1re civ.*, 19 nov. 2014, n° 14-17.493, *préc.* n° 86 qui mentionnent l'intérêt de l'enfant indépendamment de la CIDE).

Les arrêts confirmant le refus de retour sont plus rares (*Cass. 1re civ.*, 25 oct. 2017, n° 17-20.063, *préc.* n° 89).

3° Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

104. - Compétence

Les juges de la CEDH déduisent de l'article 19 de la Convention européenne leur compétence pour contrôler la conformité de l'application de la convention de La Haye aux garanties consacrées par la Convention EDH, en particulier son article 8. Pour ce faire, la Cour européenne n'hésite pas à se référer à la CIDE, mais elle refuse toutefois de s'ériger en interprète officiel des conventions de La Haye (*CEDH*, 24 oct. 2006, n° 23547/06, *Gettliffe c/ France*).

105. - Concurrence d'intérêts antagonistes

L'approche de la CEDH se caractérise par la recherche d'une conciliation entre différents intérêts : l'intérêt de l'enfant bien sûr, mais aussi l'intérêt des parents, l'ordre public ou l'intérêt de la société, même si elle convient que l'intérêt de l'enfant occupe une place prépondérante dans cette conciliation (V. par ex. not. *CEDH*, 6 juill. 2010, n° 41615/07, *Neulinger et Shuruk c/ Suisse* : *JurisData* n° 2010-030729 ; *JCP G* 2011, *Droit de la Cour européenne des droits de l'homme*, F. Sudre, p. 94 ; *JDI* 2011, *chron.* 12, p. 1281, *spéc. p.* 1338, note V. Durand ; D. 2011, p. 1374, obs. F. Jault-Seseke ; *RTD civ.* 2010, p. 735, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD eur.* 2010, p. 927, *chron.* M. Douchy-Oudot et E. Guinchard ; *AJ fam.* 2010, p. 482, obs. A. Boiché. – *CEDH*, 7 mars 2013, n° 10131/11, *Raw c/ France*, *préc.*

n° 77. - CEDH, 26 nov. 2013, n° 27853/09, X. c/ Lettonie : *JurisData* n° 2013-026544 ; *RLDC* 2014, n°111, p. 51, note K. Ducrocq-Pauwels ; *AJ fam.* 2014, p. 58, obs. A. Boiché ; *D.* 2014, p. 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *JCP G* 2014, 78, spéc. n° 17, *chron.* F. Sudre). Cette approche diffère de l'esprit de la convention de La Haye de 1980, puisque seul l'intérêt de l'enfant est pris en compte, précisément pour éviter d'avoir à arbitrer entre les intérêts parentaux et d'avoir à prendre parti sur le fond de l'affaire.

106. - Intérêt de l'enfant et point d'achoppement

La jurisprudence de la Cour EDH n'a pas toujours été rassurante dans sa mise en œuvre du critère de l'intérêt de l'enfant. Si la juridiction européenne a pu condamner des États pour des refus de retour injustifiés (*V. n° 107*), elle s'est aussi livrée à un contrôle de l'intérêt de l'enfant selon ses propres critères qui ne coïncident pas nécessairement avec l'esprit de la convention de La Haye de 1980 et qui conduisent à statuer sur des éléments de fond là où la convention de 1980 requiert de s'en abstenir. Elle a pu en déduire que le retour serait contraire à l'article 8 de la convention EDH (*CEDH*, 6 juill. 2010, n° 41615/07, *Neulinger et Shuruk c/ Suisse*, préc. n° 105. - *CEDH*, 12 juill. 2011, n° 14737/09, *Šneersone et Campanella c/ Italie* : *Rev. crit. DIP* 2012, p. 172, note H. Muir Watt ; *D.* 2012, p. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *Dr. famille* 2012, étude 6, obs. A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2012, p. 97, obs. A. Boiché. - *CEDH*, 13 déc. 2011, n° 27853/09, X c/ Lettonie : *AJ fam.* 2012, p. 97, obs. A. Boiché). Si une telle jurisprudence avait dû se maintenir, le mécanisme de remise immédiate des enfants déplacés illicitement s'en serait trouvé assurément altéré.

107. - Droit positif

Aussi, la Cour EDH semble-t-elle avoir choisi de nuancer sa position. Dans sa dernière jurisprudence (*CEDH*, 26 nov. 2013, n° 27853/09, X. c/ Lettonie, préc. n° 105. - *CEDH*, 5 févr. 2015, n° 66775/11, *Phostira Efthymiou et Ribeiro Fernandes c/ Portugal* : *JurisData* n° 2015-001727 ; *Dr. famille* 2015, *chron.* 2, A. Gouttenoire. - *V. aussi*, dans le cadre de la mise en œuvre d'une exception au retour autre que celle fondée sur le risque de danger ou de situation intolérable, *CEDH*, 1^{er} juill. 2014, *Blaga c/ Roumanie*, préc. n° 95. - *CEDH*, 22 juill. 2014, *Rouiller c/ Suisse*, préc. n° 42. - *CEDH*, 9 sept. 2014, *Gajtani c/ Suisse*, préc. n° 95. - *CEDH*, 21 mai 2019, n° 49450/17, *OCI et a. c/ Roumanie*), elle adopte une démarche différente car lorsqu'elle condamne l'État qui a ordonné le retour immédiat de l'enfant, elle le fait uniquement parce que les juges n'ont pas pris en compte, dans le processus décisionnel, les risques du retour pour l'enfant. En somme, ce que la Cour condamne, c'est une motivation insuffisante des juges nationaux quant à l'éviction des arguments du parent ravisseur au regard de l'exception au retour.

Par ailleurs, les décisions dans lesquelles elle condamne les États pour ne pas avoir appliqué correctement le mécanisme de retour se font de plus en plus nombreuses (*CEDH*, 6 déc. 2007, *Mamousseau et Washington c/ France*, préc. n° 77. - *CEDH*, 21 févr. 2012, *Karrer c/ Roumanie*, préc. n° 68. - *CEDH*, 21 juill. 2015, n° 2361/13, *GS. c/ Géorgie*. - *CEDH*, 21 juill. 2015, n° 63777/09, *R. S. c/ Pologne* : *D.* 2016, p. 1048, S. Clavel et F. Jault-Seseke. - *CEDH*, 1^{er} mars 2016, n° 30813/14, *K. J. c/ Pologne* : *D.* 2016, p. 1048, S. Clavel et F. Jault-Seseke).

De fait, la CEDH affirme fréquemment qu'elle « souscrit entièrement à la philosophie » de la convention (*V. not. CEDH*, 6 déc. 2007, *Mamousseau et Washington c/ France*, préc. - *CEDH*, 6 nov. 2008, n° 49492/06, *Carlson c/ Suisse*, spéc., § 74 : *JurisData* n° 2008-010440), et qu'elle partage avec la convention de La Haye plusieurs préoccupations communes, telles que l'harmonie entre les textes, l'intérêt supérieur de l'enfant, la célérité de la procédure, l'obligation de coopération qui pèse sur les États. Sa jurisprudence récente semble donc bien témoigner d'une recherche d'interprétation harmonieuse entre la convention de La Haye de 1980 et la Convention EDH (*V. CEDH*, *Fiche thématique* « Enlèvements internationaux

Mis en forme : Non Surlignage

d'enfants », *Unité de presse*, mai 2019 : www.echr.coe.int/Documents/FS_Child_abductions_FRA.pdf. - V. aussi à propos de la jurisprudence de la CJUE relative au règlement Bruxelles II bis, D. Porcheron, *La jurisprudence des deux Cours européennes (CEDH et CJUE) sur le déplacement illicite d'enfants : vers une relation de complémentarité ?*: JDI 2015, p. 821).

108. - **Le facteur temps**

Enfin, le temps est un élément fréquemment pris en compte par la Cour EDH en matière de déplacement illicite (*L. Deschuyteneer, Recent case law of the European Court of Human Rights on international parental child abduction. The application of Articles 6 and 8 of the European Convention on Human Rights* : Revue@dipr.be 2015/2, p. 147). Jugé crucial dans le cadre d'un déplacement illicite, la Cour sanctionne les États de deux manières : ou bien lorsque les procédures nationales ont été trop longues et que les autorités n'ont pas fait preuve de diligence pour assurer la mise en œuvre du mécanisme de retour immédiat (*V. n° 68*, au titre des articles 6 ou 8) ; ou bien au contraire pour sanctionner un retour qui a été ordonné sans tenir compte du temps qui s'était écoulé entre le moment du déplacement illicite et le moment où le retour devrait être exécuté (*CEDH*, 6 juill. 2010, *Neulinger et Shuruk c/ Suisse*, préc. n° 105. - *CEDH*, 10 juill. 2012, n° 4320/11, *B. c/ Belgique* : *AJ fam.* 2012, p. 562, obs. E. Viganotti). Ces dernières décisions prennent ainsi le parti de considérer que le temps écoulé et l'intégration de l'enfant peuvent constituer une cause de refus de retour (*CEDH*, 3 oct. 2017, n° 21267/14, *Vilenchik c/ Ukraine*).

Bien qu'apparemment contradictoires, ces décisions ont toutes pour point commun de reprocher aux États leurs procédures trop longues (*V. en dernier lieu, CEDH*, 5 févr. 2015, n° 66775/11, *Phostira Efthymiou et Ribeiro Fernandes c/ Portugal*, préc. n° 107). La question du temps qui s'est écoulé entre le moment du déplacement de l'enfant et l'exécution du retour est assurément épineuse. La convention de La Haye de 1980 n'envisage *a priori* la question de l'écoulement du temps que dans le cadre de l'exception de tardiveté de l'article 12 (*V. n° 79*). Mais il est bien évident qu'elle ressurgit au stade de l'appréciation du risque de danger ou de situation intolérable pour l'enfant en cas de retour (pour la jurisprudence interne *V. n° 90*). Comment en effet ne pas considérer que le retour de l'enfant plusieurs années après son déplacement illicite auprès d'un parent avec qui il n'a plus de lien ne risque pas de le placer dans une situation intolérable ? C'est l'immédiateté du retour qui est en cause ici, et il serait peut-être bon de s'interroger sur l'opportunité de la mise en œuvre du mécanisme de retour dès lors qu'un laps de temps important s'est écoulé. Ne serait-il pas justifié dans ce type de situation d'abandonner le processus de remise immédiate pour se placer sur le fond de l'affaire ? On le voit, l'équilibre mis en place par la convention de La Haye est parfois difficile à maintenir, car il reste délicat d'admettre que le parent ravisseur puisse obtenir satisfaction grâce à l'écoulement du temps...

--BIBLIOGRAPHIE -----

--Division biblio. - Ouvrages généraux

B. Ancel, Y. Lequette □ Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé □ Dalloz, 5^e éd., 2006

B. Audit, L. d'Avout □ Droit international privé □ LGDJ, 1^{re} éd., 2018

H. Batiffol, P. Lagarde □ Droit international privé, t. II □ LGDJ, -7^e éd., 1983

Ph. Bonfils, A. Gouttenoire □ Droit des mineurs □ Dalloz, 2^e éd., 2014

D. Bureau, H. Muir Watt □ Droit international privé, t. I et II □ PUF, 4e éd., 2017

S. Clavel □ Droit international privé □ Dalloz, coll. Hyper Cours, 5e éd., 2018

Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières □ Droit international privé □ Dalloz, 11e éd., 2013

P. Mayer, V. Heuzé □ Droit international privé □ Montchrestien, 11e éd., 2014

P. Murat □ Droit de la famille □ Dalloz, coll. Dalloz Action, 7e éd., 2016-2017

M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de La Pradelle □ Droit international privé □ LGDJ, 6e éd., 2017

F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet □ Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme □ PUF, 8e éd., 2017

Th. Vignal □ Droit international privé □ Armand Colin, coll. U, 4e éd., 2017

--Fin de div. biblio -----

--Division biblio. - Ouvrages spécialisés

A. Bigot □ L'autorité parentale dans la famille désunie en droit international privé □ PUAM, 2003

H. Fulchiron □ Les enlèvements d'enfants à travers les frontières, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille, Lyon 3, 20 et 21 nov. 2003 □ Bruylant, 2004

E. Gallant □ Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé □ Defrénois, 2004

A. Richez-Pons □ La résidence en droit international privé (conflits de juridictions et conflits de lois) □ Lyon 3, 2004

--Fin de div. biblio -----

--Division biblio. - Articles spécialisés

B. Ancel □ La réaction du droit international privé français à l'enlèvement international d'enfant : Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores □ Tolède, 26 et 27 janv. 1990

J.-P. Ancel □ L'application de la Convention de La Haye en France □ AJ fam. 2006, p. 178

H. Batiffol □ La quatorzième session de la conférence de La Haye de droit international privé □ Rev. crit. DIP 1981, p. 231

A. Boiché □ Enlèvement illicite d'enfants : actualité jurisprudentielle de la convention de La Haye □ AJ fam. 2010, p. 482 □ La résidence alternée en droit international privé □ AJ fam. 2011, p. 585

H. Bosse-Platière □ L'application par les tribunaux français des conventions visant à lutter contre les déplacements illicites d'enfants in L'enfant et les conventions internationales (ss dir. J. Rubellin-Devichi) □ PUL, 1996

A. Bucher □ L'intérêt de l'enfant pénètre la convention sur l'enlèvement, in Mélanges H. Gaudemet-Tallon □ -Dalloz, 2008, p. 683

G. Castex □ Les déplacements illicites d'enfants à l'étranger : Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales □ LGDJ, 1993, p. 161

Centre de droit de la famille (Coll.) □ Université Jean Moulin Lyon 3, Conflit familial, déplacements d'enfants et coopération judiciaire internationale en Europe □ Rapport de recherche réalisé avec le soutien de la Commission des Communautés européennes et du GIP Mission de recherche Droit et Justice (ss dir. H. Fulchiron), 2002

J. Chamberland □ La convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et les droits de l'enfant □ Mél. H. Van Loon, p. 113

L. Chatin □ Les conflits relatifs à la garde des enfants et au droit de visite en droit international privé □ Travaux comité fr. DIP 1982, p. 107 □ 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, 1er sem., doct. p. 342

F. Collienne, S. Pfeiff □ Les enlèvements internationaux d'enfants, Convention de La Haye de 1980 et règlement Bruxelles II bis, Pratique et questions de procédure □ RTD familial 2/2009, p. 351

A. Cornec □ Les enlèvements internationaux d'enfants □ Gaz. Pal. 1992, 2e sem., doct. p. 868 □ Actualité du jugement de Salomon, comment ne pas trancher les enfants victimes d'un déplacement international □ Gaz. Pal. 1997, 2e sem., doct. p. 1582

B. Deschenaux □ La convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 25 octobre 1980 □ Annuaire suisse intern. 1981, vol. 37, p. 119

L. Deschuyteneer □ Recent case law of the European Court of Human Rights on international parental child abduction. The application of Articles 6 and 8 of the European Convention on Human Rights □ Revue@dipr.be 2015/2, p. 147

A. Devers □ Les enlèvements d'enfants et le règlement « Bruxelles II bis » : Les enlèvements d'enfants à travers les frontières (ss dir. H. Fulchiron) □ Bruylant, 2004, p. 33

Dossier □ Enlèvement international d'enfants □ AJ fam. 2018, p. 499

Dossier □ Actualités 2017 en matière d'enlèvement international d'enfants □ Dr. famille 2018, dossier 5

M. Farge □ L'existence d'une résidence habituelle dans l'État d'origine et l'illicéité de la résidence dans l'État de refuge : la Cour de cassation française confrontée à de nouvelles difficultés dans la mise en œuvre de la convention de La Haye : Les enlèvements d'enfants à travers les frontières (ss dir. H. Fulchiron) □ Bruylant, 2004, p. 193

H. Fulchiron □ L'intérêt de l'enfant déplacé : les difficultés d'application de la convention de La Haye du 25 octobre 1980 □ JCP G 1993, I, 3688, IV, Enfance, p. 303 □ La lutte contre les enlèvements d'enfants : Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale (ss dir. H. Fulchiron et C. Nourissat) □ Dalloz, 2005, p. 233

E. Gallant □ La résidence de l'enfant déplacé □ AJ fam. 2018, p. 526, dossier Enlèvement international d'enfants □ Réflexions sur la résidence habituelle des enfants de couples désunis, in Mélanges P. Mayer □ LGDJ, 2015, p. 237 □ La prévention des déplacements illicites in Les enlèvements d'enfants à travers les frontières, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 nov. 2003 □ Bruylant, 2004, p. 427 □ v° Règlement Bruxelles II bis (matières matrimoniales et de responsabilité parentale) □ Rép. internat. Dalloz □ v° Compétence, reconnaissance et exécution (matières matrimoniales et de responsabilité parentale) □ Rép. communautaire Dalloz □ La convention de Luxembourg du 20 mai 1980 (bilan) in Les enlèvements d'enfants à travers les frontières (ss dir. H. Fulchiron) □ Bruylant, 2004, p. 123

Th. Garé □ Réflexions sur l'efficacité de la convention de La Haye du 25 octobre 1980 relative aux aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, Mélanges Mouly □ Litec, 1998, vol. 1, p. 299

S. Godechot-Patris et Y. Lequette □ v° Mineur □ Rép. intern. Dalloz

A. Gouttenoire □ La prise en compte des violences dans le cadre de l'autorité parentale □ AJ fam. 2010, p. 518

S. Grataloup □ L'interprétation de la convention EDH à la lumière de la convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur l'enlèvement international d'enfants □ Dr. famille 2002, p. 11

P. Hammje □ L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé, mélanges P. Lagarde □ Dalloz, 2005, p. 365

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. DIP 2007, p. 677

P. Mc Eleavy □ Past and future : the child abduction convention at the crossroads : Les enlèvements d'enfants à travers les frontières (ss dir. H. Fulchiron) □ Bruylant, 2004, p. 99 □ The new child abduction regime in the european union : symbiotic relationship or forced partnership ? □ Journal of private international law, avril 2005, p. 5 □ La résidence habituelle, un critère de rattachement en quête de son identité : perspectives du Common law □ Travaux comité fr. DIP 2008-2010, p. 127 □ -A protocol for the 1980 Hague Convention ? □ I. F. law, 2010, n° 1, p. 59

Mis en forme : Anglais (Royaume-Uni)

F. Monéger □ La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire □ Rev. crit. DIP 1984, p. 29 et 267 □ La convention relative aux enfants issus de couples mixtes franco-algériens séparés du 21 juin 1988 □ JDI 1989, p. 41 □ Les enlèvements internationaux d'enfant (ou comment permettre à un enfant de conserver des relations avec ses deux parents) □ JCP G 1992, I, 3605

P. Monin-Hersant, B. Sturlèse □ Les conflits relatifs au droit de garde et au droit de visite en droit international privé conventionnel □ DEF n° 26, 1987-1988, p. 125

C. Nourissat □ L'articulation des instruments internationaux de protection de l'enfance : Les enlèvements d'enfants à travers les frontières (ss dir. H. Fulchiron) □ Bruylant, 2004, p. 51

E. Pérez-Vera □ Rapport explicatif sur la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants □ Actes et documents de la 14e session, t. 3, p. 426

S. Pfeiff □ L'enlèvement international d'enfants dans l'Union européenne : la fin du retour immédiat ? in L. Barnich, A. Nuyts, S. Pfeiff, P. Wautelet (dir.), Le Droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins □ Bruylant, 2016, p. 149

D. Porcheron □ La jurisprudence des deux Cours européennes (CEDH et CJUE) sur le déplacement illicite d'enfants : vers une relation de complémentarité ? □ JDI 2015, p. 821

P. Rémy-Corlay □ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et déplacement illicite de l'enfant □ RTD civ. 2010, p. 748

D. Yokomizo □ La convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement d'enfants et le Japon □ Rev. crit. DIP 2012, p. 799

--Fin de div. biblio