

2007

Rapport sur les bonnes pratiques en matière de droit de visite au titre de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants



Rapport sur les bonnes pratiques en matière de droit de visite Au titre de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants

Un rapport du

Professeur Nigel Lowe

DIRECTEUR

Centre for International Family Law Studies (Centre d'études du droit international de la famille),
Cardiff Law School (Faculté de droit), Université de Cardiff
Pays de Galles, Royaume-Uni

Katarina Horosova

ANCIENNE ASSISTANTE DE RECHERCHES

Centre for International Family Law Studies (Centre d'études du droit international de la famille),
Cardiff Law School (Faculté de droit), Université de Cardiff
Pays de Galles, Royaume-Uni

2007

Copyright © 2007 National Center for Missing & Exploited Children. Tous droits réservés.

National Center for Missing & Exploited Children® est une marque de service déposée du
National Center for Missing & Exploited Children.

Ce projet a été financé par le don n° 2007-MC-CX-K001 accordé par l'Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, Office of Justice Programs, Département américain de la Justice. Les points de vue et les opinions exprimés dans ce document sont ceux des auteurs et ne reflètent pas nécessairement la position officielle ou les politiques du Département américain de la Justice.

La loi citée dans ce document est valide depuis le 30 novembre 2006.

Remerciements

Nous tenons avant tout à remercier le National Center for Missing & Exploited Children pour son généreux appui financier et son assistance. Nos remerciements vont également aux anciens membres de l'équipe de recherche de Cardiff, à savoir **Samantha Patterson**, aujourd'hui juriste principale au service du procureur général d'Australie et **Emily Atkinson**, aujourd'hui avocate stagiaire chez Burges Salmon (Royaume-Uni), ainsi que les personnes suivantes :

Julia Alanen, ancienne directrice, International Missing Children's Division, National Center for Missing And Exploited Children (États-Unis) ;

Sarah Armstrong, ancienne juriste, Conférence de La Haye de droit international privé (Pays-Bas) ;

Leila Ben Debba, responsable pour l'Europe, International Centre for Missing & Exploited Children (États-Unis) ;

Denise Carter, directrice, Reunite International Child Abduction Centre, (Royaume-Uni) ;

Nancy Dube, vice-présidente et directrice de l'exploitation, International Centre for Missing And Exploited Children (États-Unis) ;

Anatol Dutta, Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law (Allemagne) ;

Catherine Meyer, fondatrice de Parents & Abducted Children Together (Pact, Royaume-Uni) ;

Christina Portz, coordinatrice de programme, International Centre for Missing & Exploited Children (États-Unis) ;

Susan Rohol, directrice, International Missing Children's Division, National Center for Missing & Exploited Children (États-Unis) ;

Geeske Ruitenberg, Vrije Universiteit Amsterdam, faculté de droit, Amsterdam Center for Child Studies (Pays-Bas) ;

Jessica Sarra, directrice administrative, International Centre for Missing & Exploited Children (États-Unis) ;

Jens Scherpe, Trinity College (Royaume-Uni).

Sommaire

I. Introduction

Le National Center for Missing & Exploited Children basé aux États-Unis a financé ces recherches portant sur les bonnes pratiques en matière de traitement des demandes de visite conformément à la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants conclue à La Haye le 25 octobre 1980 (ci-après la « Convention de La Haye de 1980 »). Ce rapport s'inspire d'enquêtes réalisées antérieurement sur les systèmes et les procédures mis en place par 13 États contractants de la Convention de La Haye de 1980, à savoir l'Australie, le Canada, la France, l'Allemagne, l'Irlande, Israël, l'Italie, le Mexique, les Pays-Bas, la Nouvelle-Zélande, l'Espagne, le Royaume-Uni et les États-Unis d'Amérique, ainsi que de rapports complémentaires portant principalement sur l'exécution dans les 8 États contractants suivants : l'Australie, l'Angleterre et le Pays de Galles, la France, l'Allemagne, les Pays-Bas, la Roumanie, la Slovaquie et la Suède. Nous avons également tenu compte du rapport sur le droit de visite transfrontalier et le droit d'entretenir un contact transfrontalier, ainsi que de la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants conclue à La Haye le 25 octobre 1980 (ci-après le « rapport Duncan »)¹, ainsi que des réponses fournies par certains États contractants sélectionnés au questionnaire portant sur l'exécution des ordonnances de retour dans le cadre de la Convention de La Haye de 1980 et des ordonnances concernant la visite ou le contact émises par le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé (ci-après le « Bureau Permanent »). Ce rapport suggère des réformes pour améliorer l'examen des demandes de visite dans les États contractants.

II. Principes généraux

1. **Communication** : il existe un besoin de communication claire et efficace entre les Autorités centrales,² surtout lorsqu'il s'agit de cas individuels.
2. **Coopération** : en vertu des exigences de coopération de l'article 7, les Autorités centrales devraient échanger des idées concernant les bonnes pratiques.
3. **Transparence** : les États contractants devraient rendre disponibles les renseignements concernant leurs procédures judiciaires et administratives pour que celles-ci soient facilement accessibles aux Autorités centrales, ainsi qu'aux parties aux procédures judiciaires.
4. **Diligence (procédures d'urgence)** : étant donné qu'une longue interruption des contacts peut entraîner la perte d'affection de l'enfant pour le parent qui n'en a pas la garde, il existe un besoin urgent de résolution rapide des litiges concernant le droit de contact.

III. Obligations des Autorités centrales

L'article 7(f) doit être amendé afin d'indiquer clairement que, le cas échéant, les Autorités centrales sont obligées d'ouvrir des procédures, elles-mêmes ou par le biais d'un intermédiaire reconnu, afin de protéger le droit de visite devant une Autorité judiciaire ou administrative.

IV. Article 21

Dans l'idéal, l'article 21 devrait être amendé pour énoncer clairement que :

1. l'obligation de protéger le droit de visite incombe autant aux tribunaux qu'aux Autorités centrales ;
2. le « droit de garde » devrait être interprété comme incluant le « droit de visite » ;
3. les parties demandresses disposant de droits de visite non limités devraient pouvoir invoquer l'article 21 pour établir et protéger un droit de visite défini.

¹ Rapport final, Document préliminaire n° 5 de juillet 2002 destiné à la Commission spéciale de septembre/octobre 2002. Ce rapport a été soumis à la Commission spéciale de la Conférence de La Haye sur le Droit international privé tenue en septembre/octobre 2002 dans lequel l'auteur a analysé la position de la visite en vertu de la Convention de La Haye 1980 dans l'ensemble des États contractants.

² Guide de la bonne pratique en vertu de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 relative aux Aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, Partie I – Pratique de l'Autorité centrale, p. 11 (ci-après « Guide de bonne pratique de l'Autorité centrale »).

Dans tous les cas, lorsqu'une demande de visite est examinée en vertu de la loi nationale, il est recommandé :

- lorsqu'il existe des tribunaux à compétence spéciale pour l'examen des cas fondés sur la Convention de La Haye de 1980, que les demandes de visite soient également examinées par ces tribunaux ;
- Lorsqu'il n'existe pas de tribunaux à compétence concentrée dans l'État contractant, que les demandes de visite soient examinées par des tribunaux familiarisés avec la Convention de La Haye de 1980 qui seront mieux à même d'examiner les cas relevant du droit de la famille comportant un élément d'extranéité ;
- Les demandes de visite devraient être examinées d'urgence et recevoir priorité par rapport aux cas nationaux ;

Lorsque la visite est considérée comme une demande fondée sur la Convention de La Haye de 1980 ;

- La partie demanderesse devrait pouvoir bénéficier d'une disposition lui accordant généreusement l'aide judiciaire ;
- Les audiences judiciaires devraient être minimales car les coûts associés aux procédures comportant un élément d'extranéité sont considérables, surtout pour la partie demanderesse qui pourrait devoir entreprendre un long voyage pour être présente aux audiences ;
- La demande de visite devrait être examinée d'urgence, ce qui signifie dans un délai de trois à six mois.

V. Examen initial des demandes

- Les demandes devraient être examinées avec la plus grande rapidité.
- Les Autorités centrales devraient répondre à toutes les communications dans les délais les plus courts et accuser réception de toutes les demandes sans délai.
- Les Autorités centrales devraient utiliser des formulaires standard pour les aider à examiner les demandes plus rapidement.³
- Le cas échéant, des exemplaires de la législation nationale relative au droit de visite de l'État contractant requérant devraient être fournis. Le cas échéant, cette législation devrait être traduite dans la langue de l'État contractant requis.
- La résolution amiable des litiges concernant le droit de visite devrait être encouragée par des mécanismes tels que la médiation. Les négociations devraient être limitées dans le temps (un mois) afin d'éviter que la partie défenderesse ne prolonge la procédure.

VI. Examen judiciaire des demandes

- Les États contractants devraient utiliser les procédures judiciaires disponibles les plus rapides.
- Les Autorités centrales devraient disposer d'un système de suivi pour vérifier la célérité et les résultats dans chaque cas.
- Un nombre limité de juristes experts devraient être invités à traiter les cas de demande de visite fondés sur la Convention de La Haye de 1980, de manière à développer la spécialisation. Les Autorités centrales devraient établir et maintenir à jour la liste de ces juristes.
- Les juges, tant au niveau de l'instance que de l'appel, devraient fermement gérer la progression des procédures concernant le droit de visite.
- Lorsque ceci est souhaitable (par exemple, lorsqu'il existe une distance géographique considérable entre les États contractants requérant et requis et/ou lorsque les parties n'ont que des moyens financiers limités), la possibilité d'entretenir un droit de contact par téléphone ou par courrier électronique devrait aussi être envisagée.

³ Ibid en 19.

- Lorsque la sécurité de l'enfant est en jeu, un tribunal devrait avoir la compétence discrétionnaire d'ordonner des mesures préventives telles que la supervision des visites ou la remise du passeport de l'enfant et de la partie défenderesse.
- Lorsque la sécurité de l'enfant n'est pas en cause et si cela paraît pratique, le tribunal devrait avoir le pouvoir discrétionnaire de permettre que le droit de visite soit exercé à l'étranger.
- Lorsque ceci est possible, les consultations juridiques et la représentation par avocat devraient être gratuites pour les parties demanderesse et, dans tous les cas, des frais judiciaires ne devraient être imposés.
- En l'absence d'un système d'aide judiciaire, l'État contractant devrait établir un réseau d'avocats acceptant d'offrir, tant aux parties demanderesse qu'aux parties défenderesse, des consultations et une représentation à tarifs d'honoraires réduits ou gratuites.
- Les tribunaux, tant au niveau de l'instance que de l'appel et, au niveau de l'exécution (si l'application de cette dernière s'avère différente), devraient établir et respecter des délais assurant la disposition diligente des demandes de visite.
- Les systèmes nationaux devraient assurer que les appels ne peuvent pas être utilisés pour retarder l'exécution des ordonnances de visite.
- Les États contractants devraient disposer d'un mécanisme efficace pour faire exécuter sans délais les ordonnances accordant le droit de visite.
- L'usage de la force physique contre l'enfant pour exécuter une ordonnance accordant le droit de visite devrait être évité si possible. Il est préférable d'avoir recours, initialement à des techniques plus nuancées telles que l'assistance psychologique pour l'enfant avant l'exercice du droit de visite.
- Des services d'assistance psychologique tant pour l'enfant que pour la partie défenderesse devraient être rendus disponibles pour surmonter, le cas échéant, les dissensions relatives au droit de visite.
- Les tribunaux devraient être investis de compétence, surtout dans le cas des enfants plus âgés, pour demander un rapport établi par le psychologue ou le conseiller de l'enfant afin que le juge puisse correctement tenir compte des souhaits et des sentiments de l'enfant.

1. Signification du droit de visite

La Convention internationale relative aux droits de l'enfant adoptée en 1989 par les Nations Unies garantit aux enfants le droit de maintenir des contacts avec les deux parents. L'article 9(3) précise :

« Les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ».

Correspondant au droit d'un enfant séparé d'un de ses parents de rester en contact avec lui est le droit de visite accordé au parent qui n'a pas la garde de l'enfant. La Convention de La Haye de 1980 définit le droit de visite comme le « droit d'emmener l'enfant pour une période limitée dans un autre lieu que celui de sa résidence habituelle ». ⁴ Le droit de visite comprend le droit pour le parent qui n'a pas la garde de l'enfant de maintenir une communication avec l'enfant, en dépit des souhaits de l'autre parent. Cette communication se traduit normalement par un contact physique avec l'enfant dans l'État contractant requérant ou requis. La fréquence et la durée de ces rencontres varient en fonction des arrangements individuels (exemple : une fois par semaine, une fois par mois, pendant les vacances, etc.). La communication n'est toutefois pas limitée au seul contact physique. Elle peut prendre d'autres formes (contacts téléphoniques, vidéoconférence, courrier électronique ou sms).

⁴ Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les Aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, Article 5.

2. Contexte

Le langage vague de la Convention de La Haye de 1980 donne lieu à des écarts inadmissibles dans les pratiques des États contractants en ce qui concerne le droit de visite. Les problèmes liés à la Convention de La Haye de 1980 ont été synthétisés dans le rapport Duncan⁵ et concernent les domaines suivants :

1. Le manque de règles uniformes qui déterminent la juridiction des Autorités pour prendre ou modifier des ordonnances de contact ou pour adopter les dispositions adéquates pour la reconnaissance et l'exécution des ordonnances étrangères accordant le droit de visite.
2. L'absence d'accord entre les États contractants sur la nature et le niveau d'assistance à offrir aux personnes qui souhaitent obtenir un droit de visite dans un pays étranger. Cet aspect porte, entre autres, sur les informations et les conseils, y compris les conseils juridiques, l'assistance facilitant l'accès au système judiciaire, les moyens pour promouvoir les accords conclus, ainsi que l'assistance physique ou financière qui sont parfois nécessaires pour permettre l'exécution du droit de visite obtenu à l'amiable ou par le biais d'une ordonnance.
3. L'existence, dans certains États contractants, de procédures, aussi bien avant le jugement qu'au moment de l'exécution, qui ne tiennent pas suffisamment compte des caractéristiques particulières et des besoins des cas internationaux et qui sont à l'origine de délais et de dépenses inutiles.
4. Un niveau de coopération internationale inadéquat aussi bien au niveau administratif qu'au niveau judiciaire.

Étant donné l'incertitude des règles de fond, on est en droit de se demander comment la Convention de La Haye de 1980 fonctionne en pratique.

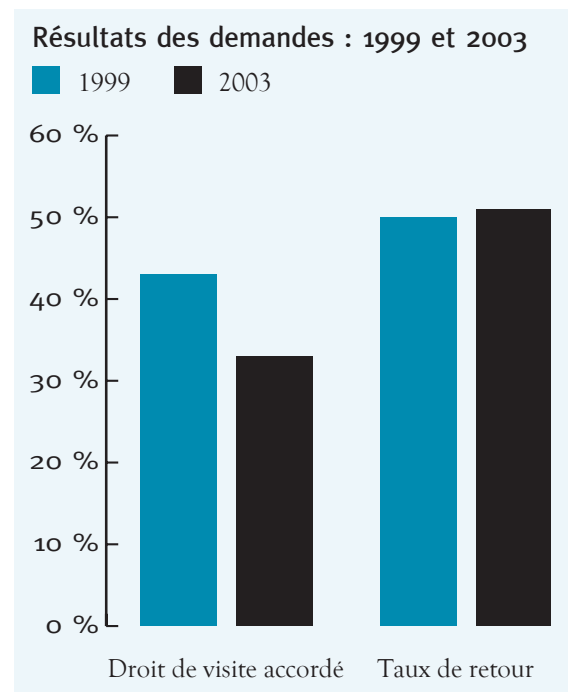
2.1 Proportion des demandes de visite

Les études statistiques de 1999⁶ et de 2003⁷ réalisées toutes deux par le Centre for International Family Law Studies de l'université de Cardiff en coopération avec le Bureau Permanent montrent que seul un faible pourcentage des demandes fondées sur la Convention de La Haye de 1980 concerne les visites. En effet, le pourcentage de demandes de visite par rapport aux demandes de retour était de 17 % contre 83 % en 1999. En 2003, ce pourcentage était encore plus réduit, 16 % contre 84 %. On estime qu'en 1999, le nombre maximum de demandes de visite présentées mondialement dans le cadre de la Convention de La Haye de 1980 était de 220. En 2003, ce nombre était passé à 250. Sur la base de ces chiffres, nous pouvons affirmer que « la protection du droit de visite est l'objectif secondaire de la Convention de La Haye de 1980 ».⁸ Toutefois, il ne faut pas oublier que certaines des demandes de retour visent en fait à obtenir un droit de visite et, comme l'indique l'étude statistique de 2003, 3 % des demandes de retour ont débouché sur l'octroi d'un droit de visite suite à une résolution amiable ou une ordonnance judiciaire.

2.2. Issues des demandes de visites

Comme le montre le schéma no 1, 43 % des demandes de visite présentées en 1999 ont débouché sur l'octroi du droit de visite après un accord amiable ou suite à une ordonnance judiciaire. Par

Schéma 1



5 Op. cit., n° 1.

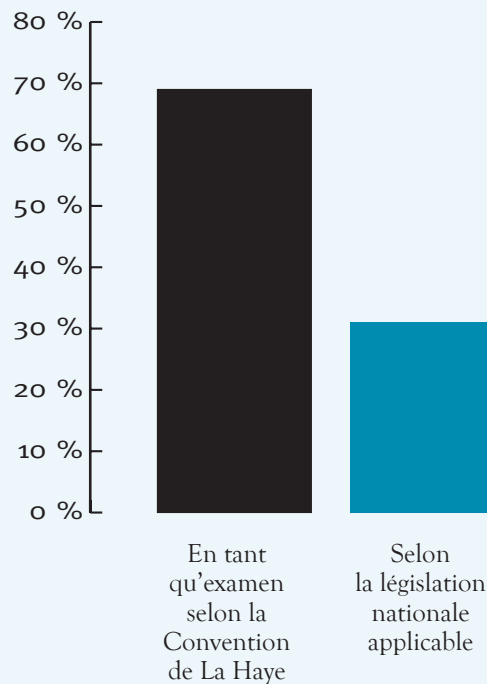
6 Voir Lowe, Armstrong et Mathias, « Analyse statistique des requêtes soumises en 1999 en vertu de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 relative aux aspects civils de l'enlèvement international d'enfants », Document préliminaire n° 3 (Version révisée, novembre 2001), disponible à www.hcch.net.

7 Viz. Lowe, Armstrong et Mathias, « Analyse statistique des requêtes soumises en 2003 en vertu de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 relative aux aspects civils de l'enlèvement international d'enfants », Document préliminaire n° 3 (2003), disponible à www.hcch.net.

8 Lowe, « Regulating Cross-Border Access to Children », in *Perspektiven des Familienrechts – Festschrift für Dieter Schwab* (Éd. Hofer, Klippel et Walter, Gieseking 2005) 1153 - 11 3.

Schéma 2

Droit de visite accordé ou refusé par un tribunal : 2003



comparaison, 50 % des demandes de retour ont débouché sur un retour après un accord amiable ou une ordonnance judiciaire. Bien que ces résultats puissent laisser penser que les demandes de visite fonctionnent bien, les chiffres obtenus dans l'étude de 2003 sont plus déconcertants : seuls 33 % des demandes de visite ont débouché sur l'octroi du droit de visite suite à un accord amiable ou une ordonnance, alors que 51 % des demandes de retour ont donné lieu à un retour suite à un accord amiable ou une ordonnance. En d'autres termes, les résultats globaux des demandes de visite se détériorent.

L'étude de 1999 a mis en évidence un paradoxe intéressant : sur l'ensemble des demandes de visite présentées devant un tribunal, 74 % ont obtenu gain de cause, ce qui est à peu près la même proportion que pour les demandes de retour. L'étude de 2003 sur les demandes de visite traitées par les tribunaux montre que 87 % ont obtenu gain de cause (nous ne sommes néanmoins pas en mesure de dire s'il y a eu des problèmes au niveau de l'exécution).

Comme le montre le schéma no 2, sur les 55 ordonnances⁹ qui n'ont pas fait l'objet d'un pourvoi en appel enregistrées dans l'étude de 2003, 38 (69 %) ont été examinées selon la Convention de La Haye de 1980 et 17 (31 %) ont été examinées selon la législation nationale pertinente. Ceci traduit les différences au niveau de l'interprétation de l'article 21 (cf. ci-après).

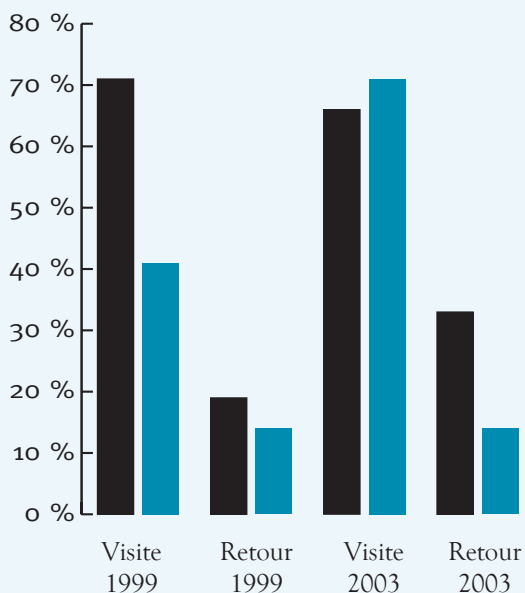
2.3. Célérité des demandes de visite

Comme le montre le schéma no 3, l'étude de 1999 a clairement démontré que la résolution des demandes de visite prend bien plus de temps que la résolution des demandes de retour. 71 % des demandes de visite résolues¹⁰ par décision judiciaire ont pris plus de 6 mois contre 19 % pour les demandes de retour, tandis que 41 % des demandes de visite résolues à l'amiable ont pris plus de 6 mois contre 14 % des demandes de retour. La lenteur relative des demandes de visite est une fois de plus mise en évidence par l'étude de 2003 : 66 % des demandes résolues par décision judiciaire et 71 % des demandes réglées à l'amiable ont duré plus de 6 mois contre 33 % et 14 % respectivement pour les demandes de retour. Nous avons également recueilli des éléments qui prouvent que les demandes de visite prennent plus de temps à résoudre lorsqu'elles sont traitées selon la législation nationale et non selon la Convention de La Haye de 1980 (exemple : en 2003, il fallait compter environ 102 jours en moyenne en Autriche pour l'obtention d'une décision sur une demande de visite traitée selon la législation nationale contre une moyenne de 91 jours lorsque la demande était traitée selon la Convention de La Haye de 1980).¹¹

Schéma 3

Demandes prenant plus de 6 mois

■ Demandes réglées par voie judiciaire
■ Demandes réglées à l'amiable



⁹ Dans cinq autres cas, le droit de visite avait été accordé en l'attente d'une audience.

¹⁰ 13 % des demandes de droit de visite étaient également encore en souffrance à la date butoir contre 9 % de requêtes en retour.

¹¹ Cependant, ce résultat n'est pas vrai par rapport à la Suisse où la solution d'une demande de visite entendue suivant la loi nationale a pris six jours, alors que les requêtes de visite étudiées fondées sur la Convention de La Haye de 1980 demandaient en moyenne 239 jours.

2.4. Conclusions

- Seule une faible minorité des demandes (16 %) concerne le droit de visite.
- Un maximum d'environ 250 demandes de visite sont présentées mondialement dans le cadre de la Convention de La Haye de 1980.
- Moins de 100 d'entre elles finissent devant un tribunal.
- Environ 2/3 de ces 100 demandes sont résolues selon la Convention de La Haye de 1980 et environ un tiers selon la législation nationale.
- La résolution des demandes de visite prend plus de temps que celle des demandes de retour. En général, plus de la moitié d'entre elles seront résolues, à l'amiable ou suivant une ordonnance, après plus de 6 mois.

3. Principes généraux

Les principes clés dans le domaine du droit de visite sont la communication, la coopération, la transparence et la célérité.

3.1. Communication

Une bonne communication peut renforcer la coopération. Il existe par conséquent un besoin de communication claire et efficace entre les Autorités centrales,¹² surtout lorsqu'il s'agit de cas individuels. Dans ce contexte, la possibilité de communiquer avec le personnel de l'Autorité centrale dans sa langue ne doit pas être sous-estimée en tant qu'élément contribuant à une bonne coopération.

3.2. Coopération

L'article 7 de la Convention de La Haye de 1980 requiert la coopération des Autorités centrales afin de permettre l'exécution effective du droit de visite. Toutefois, la Convention de La Haye de 1980 n'indique pas clairement les modalités et l'étendue de cette coopération. Par conséquent, il est vivement conseillé d'organiser des réunions entre les Autorités centrales pour faciliter l'échange d'idées sur les bonnes pratiques, ainsi que des séminaires internationaux et des conférences juridiques afin d'améliorer la coopération.¹³

3.3. Transparence

Les informations, l'assistance et les services offerts aux parties demanderesse varient énormément d'un État à l'autre. Les États contractants doivent dès lors rendre accessibles les informations sur leurs procédures administratives et juridiques. Ces informations doivent être mises à la disponibilité des Autorités centrales et parties aux procédures judiciaires. La meilleure manière d'offrir un accès aisé et sans limite à ces informations est de les publier sur Internet.

3.4. Célérité (procédures d'urgence)

Bien que la célérité soit moins pressante pour les visites que pour les retours, une absence de contacts prolongée peut entraîner la perte d'affection de l'enfant pour le parent qui n'en a pas la garde (partie demanderesse). Il existe donc un besoin urgent de résolution rapide des litiges concernant le droit de visite.

¹² Op. cit., n° 2.

¹³ Ibid, p. 10.

4. Obligations des Autorités centrales

4. Obligations des Autorités centrales

Les Autorités centrales sont tenues, en vertu des obligations générales de coopération, d'« assurer l'exercice paisible du droit de visite et la satisfaction de toute condition à laquelle l'exercice de ce droit serait soumis ». ¹⁴ Plus particulièrement, elles doivent, « soit directement, soit par des intermédiaires », prendre des mesures pour « introduire ou favoriser l'ouverture d'une procédure judiciaire ou administrative, afin d'obtenir le retour de l'enfant et, le cas échéant, de permettre l'organisation ou l'exercice effectif du droit de visite ». ¹⁵

Il est évident que l'étendue des obligations des Autorités centrales n'est pas précisée et la Convention de La Haye de 1980, en particulier l'article 7(f), laisse aux États contractants de larges pouvoirs discrétionnaires. Par conséquent, les pratiques dans ce domaine varient énormément.

Différents points de vue sont adoptés lorsqu'il s'agit de l'obligation de l'Autorité centrale, au terme de l'article 7, de prendre les mesures pour, entre autres, entamer les procédures judiciaires. Le point de vue le plus restrictif est peut-être celui adopté par l'Angleterre et le Pays de Galles ¹⁶ où on estime que l'Autorité centrale doit uniquement prendre les dispositions pour fournir un avocat qui agira au nom de la partie demanderesse et qu'il ne lui revient pas d'émettre une citation à comparaître. Une pratique identique est présente dans d'autres pays adeptes du droit commun comme Israël, ¹⁷ les États-Unis ¹⁸ et la majorité des provinces du Canada ¹⁹ où le rôle de l'Autorité centrale vis-à-vis des demandes de visite se limite à fournir des informations sur la représentation juridique. Mais ce point de vue est loin d'être partagé par tous les pays où le droit commun est adopté. Par exemple, en Australie et en Nouvelle-Zélande, les Autorités centrales peuvent et en effet entamer des procédures de visite. ²⁰ Les approches adoptées par les systèmes fonctionnant sous le régime du droit civil varient également. En Allemagne, ²¹ en Italie, ²² au Mexique, ²³ aux Pays-Bas, ²⁴ en Roumanie, ²⁵ en Slovaquie ²⁶ et en Espagne ²⁷ par exemple, l'Autorité centrale peut entamer les procédures tandis qu'en France ²⁸ et en Suède ²⁹, ce n'est pas le cas.

Recommandations en matière de bonnes pratiques :

L'article 7(f) doit être amendé afin d'indiquer clairement que, le cas échéant, les Autorités centrales sont obligées d'ouvrir des procédures, elles-mêmes ou via un intermédiaire reconnu, afin de protéger le droit de visite devant une Autorité judiciaire ou administrative.

Les Autorités centrales sont également soumises à des obligations au terme de l'article 21. Nous les aborderons dans un contexte plus large dans la rubrique suivante.

¹⁴ Article 21(2).

¹⁵ Article 7(f).

¹⁶ Cf. Re T (Minors) (Hague Convention: Access) [1993] 2 FLR 17. Mais en soutenant la plainte présentée par Lady Meyer, le membre de la Commission parlementaire a reproché à l'Unité anglaise d'enlèvement d'enfant de ne pas lui avoir dit qu'elle avait la possibilité de déposer une requête fondée sur l'Article 21 en Allemagne. Cette décision implique que l'Article 7 confère des tâches proactives à l'Autorité centrale. Voir le Rapport par le membre de la Commission parlementaire pour l'Administration (le Médiateur) au Rt Hon Sir John Stanley MP sur les résultats d'une investigation relative à une plainte déposée par Lady Catherine Meyer (2005, C 280/04).

¹⁷ Cf. Lowe et Schuz, « Country Report: Israel », (NCMEC 2005) 4.1/4.2.

¹⁸ Cf. Lowe, Armstrong et Mathias, « Country Report: United States », (NCMEC 2002) 4.1.

¹⁹ Cf. Lowe, Armstrong et Mathias, « Country Report: Canada », (NCMEC 2002) 4.1. L'unique province canadienne où l'Autorité centrale apporte son aide à une procédure judiciaire est le Nouveau-Brunswick.

²⁰ Cf. Lowe, Armstrong et Mathias, « Country Report: Australia », (NCMEC 2002) 4.1. (ci-après 'Australia Country Report') et Lowe et Hollingsworth, « Country Report: New Zealand », (NCMEC 2005) 4.1 (ci-après 'New Zealand Country Report').

²¹ Voir Dutta et Scherpe, « La Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et son exécution – rapport sur l'exécution nationale en Allemagne ».

²² Cf. Lowe et Di Dachsenhausen, « Country Report: Italy », (NCMEC 2005) 4.1/4.2.

²³ Cf. Lowe, Armstrong et Mathias, « Country Report: Mexico », (NCMEC 2002) 4.

²⁴ Cf. Lowe et Ruitenbergh, « Country Report: Netherlands », (NCMEC 2005) 4.2.

²⁵ Voir Dutta et Scherpe, « La Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et son exécution – rapport sur l'exécution nationale en Roumanie ».

²⁶ Voir Horosova, « La Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et son exécution – rapport sur l'exécution nationale en Slovaquie ».

²⁷ Voir Lowe et Gonzales-Beilfuss, « Country Report: Spain », (NCMEC 2005) 4.1/4.2.

²⁸ Voir Lowe, Armstrong, Mathias et Navarro, « Country Report: France », (NCMEC 2002) 4.1/4.2.

²⁹ Voir Nilsson, « La Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et son exécution – rapport sur l'exécution nationale en Suède ».

5. Article 21

L'article 21 de la Convention de La Haye de 1980 est une des principales dispositions en matière de visite. Cet article stipule que :

« Une demande visant l'organisation ou la protection de l'exercice effectif d'un droit de visite peut être adressée à l'Autorité centrale d'un État contractant selon les mêmes modalités qu'une demande visant au retour de l'enfant. »

Les Autorités centrales sont tenues, en vertu des obligations générales de coopération définies dans l'article 7, d'assurer l'exercice paisible du droit de visite et la satisfaction de toute condition à laquelle l'exercice de ce droit serait soumis. Les Autorités centrales doivent prendre des dispositions pour éliminer, dans la mesure du possible, les obstacles à l'exercice de ce droit. Les Autorités centrales, soit directement, soit par des intermédiaires, peuvent initier ou promouvoir une procédure légale en vue d'organiser ou de protéger le droit de visite et de s'assurer de la satisfaction des conditions auxquelles l'exercice de ce droit pourrait être soumis.

Bien que l'article 21 fournisse une structure de base, son efficacité est affaiblie en raison de son manque de précision et de détail, ce qui a débouché sur des interprétations qui divergent énormément. Plus particulièrement, il n'existe aucun point de vue uniforme sur les questions suivantes :

1. L'article 21 constitue-t-il une base permettant un recours en justice dans le but de protéger un droit de visite ?
2. Au cas où il constituerait la base pour des procédures judiciaires, quelles en sont les limites et quelles sont les procédures disponibles ?
3. Quels sont les critères de fond dont il faut tenir compte lors de la résolution de demandes de visite conformément à l'article 21 ; ces critères doivent-ils être les mêmes que ceux utilisés pour les demandes nationales de visite ?

Toutefois, que l'article 21 représente un fondement pour les procédures judiciaires ou non, il n'introduit clairement aucune obligation de reconnaître au sens strict, ou d'exécuter, une ordonnance étrangère accordant un droit de visite.

5.1. Les diverses interprétations de l'article 21

5.1.1. JURIDICTIONS DE DROIT COMMUN

(i) Approche étroite

a. Angleterre et Pays de Galles

Dans le cas de *Re G (mineur) (exécution du droit de visite à l'étranger)*,³⁰ le tribunal a statué que l'article 21 ne confère aucune juridiction aux tribunaux pour la prise de décisions relatives au droit de visite ou pour reconnaître et exécuter des ordonnances étrangères accordant un droit de visite. Selon cette conception, l'article 21 est destiné non pas aux tribunaux, mais à l'Autorité centrale qui peut aider une partie demanderesse en lui présentant un avocat. Les demandes de visite sont ensuite traitées selon la législation nationale.

Dans le cas *Hunter contre Murrow (enlèvement : droits de garde)*,³¹ le juge Thorpe LJ a indiqué que l'ordonnance émise dans *Re G* devra peut-être être revue. Selon son raisonnement, la Convention de La Haye de 1980 est un instrument vivant mais, étant donné que les révisions du texte « ne sont tout simplement pas pratiques, les évolutions nécessaires pour suivre les tendances sociales ou autres doivent provenir des évolutions dans l'interprétation ». Il affirme que cela est possible en vertu de l'article 31(3)(b) de la Convention de Vienne sur le droit des traités conclue en 1969 qui admet une interprétation qui tienne compte « de toute pratique ultérieurement adoptée dans l'application du traité qui établit l'accord des parties à l'égard

³⁰ [1993] Fam 21.

³¹ [2005] EWCA Civ 976, [2005] 2 FLR 1119, par. [30] - [31].

de l'interprétation du traité ». Selon le juge Thorpe LJ, au cours des 12 années qui se sont écoulées depuis le cas *Re G*, « la majorité des États contractants fonctionnant selon le droit commun a adopté une approche plus positive qui étend l'utilité de la Convention de La Haye de 1980. À mon avis, lorsque ce point sera à nouveau soumis à la considération du tribunal, celui-ci pourra reconsidérer la question à la lumière de la jurisprudence internationale. Étant donné que cette question doit être résolue conformément à la Convention de La Haye de 1980, ce tribunal n'est pas tenu indéfiniment par la décision prise de façon adéquate il y a plus de 12 ans dans le contexte de jurisprudence internationale qui prévalait à l'époque ».

Cependant, il reste à voir si une cour d'appel à l'avenir ne se sentirait pas tenue par le précédent de *Re G*, même s'il semble que les commentaires du juge Thorpe LJ ont depuis lors été repris par la baronne Hale qui, dans *Re D (enfant) (enlèvement : droit de garde)*,³² dans ses commentaires après avoir fait référence à *Hunter et Murrow*, déclarait « qu'il ne serait pas inconcevable de mettre en place une procédure dans laquelle la facilitation du droit de visite dans ce pays conformément à l'article 21 serait envisagée en même temps que le retour de l'enfant conformément à l'article 12 ». Outre la question de savoir si un tribunal de droit commun peut, lorsqu'il interprète les conventions, abandonner des décisions antérieures, l'affirmation du juge Thorpe LJ selon laquelle la majorité des juridictions de droit commun interprète l'article 21 comme une source d'obligation pour les tribunaux est douteuse.

b. *Israël*

L'attitude adoptée par les tribunaux³³ israéliens s'aligne sur le droit jurisprudentiel anglais et gallois. Il est ainsi admis que l'article 21 de la Convention de La Haye de 1980 associé aux dispositions pertinentes du code civil israélien donne à la partie demanderesse des avantages procéduriers pour obtenir l'exécution d'une ordonnance étrangère octroyant un droit de visite, mais ils ne confèrent eux-mêmes aucun droit pour l'exécution de l'ordonnance. La demande sera par exemple exempte de la nécessité de fournir une garantie pour les coûts. Elle bénéficiera également d'autres délais et d'un assouplissement des règles pour prouver le droit étranger et reconnaître les jugements étrangers. Toutefois, comme nous l'avons déjà indiqué³⁴, les réglementations des procédures civiles israéliennes ne prévoient aucun mécanisme pour formuler ou exécuter des ordonnances octroyant un droit de visite.

c. *États-Unis d'Amérique*

Dans *Bromley contre Bromley*,³⁵ un tribunal fédéral de première instance a statué qu'il n'avait aucune juridiction selon les termes de l'article 21 pour examiner une plainte de violation du droit de visite. L'article 21 prévoit seulement que la partie demanderesse peut se tourner vers l'Autorité centrale pour obtenir de l'aide. La Convention de La Haye de 1980 ne prévoit aucun recours judiciaire en cas de violation du droit de visite. De la même manière, dans *Tejeiro Fernandez contre Yeagar*,³⁶ le tribunal a statué que l'article 21 ne confère aucune Autorité indépendante au tribunal pour exécuter le droit de visite concernant les enfants. Cette conception fut appliquée à la décision prise dans *Cantor contre Cohen*³⁷ lorsque que le tribunal fédéral de première instance a rejeté la pétition de la partie demanderesse pour l'exercice effectif de son droit de visite en concluant que les tribunaux fédéraux n'ont aucune juridiction pour se prononcer dans un tel cas car la Convention de La Haye de 1980 « ne prévoit aucun... recours aux Autorités judiciaires » pour les demandes portant

32 [2006] UKHL 51, [2006] 3 WLR 989, par. [67].

33 Cf. op. cit., n° 17. Il est à noter que des cas de visite fondés sur la Convention de La Haye de 1980 ne sont arrivés devant les tribunaux d'Israël qu'à peu d'occasions (Family Application 89790/00, M.R.B v A.R – non communiquée et Family Application 3921/97 A.B. v A.B. – non communiquée).

34 Family Application 39216/97 A.B. v A.B (non communiquée).

35 30 F Supp 2d 857 (ED Pa 1998), US District Ct for the Eastern District of Pennsylvania. Remarque : Aux États-Unis, les cas fondés sur la Convention de La Haye de 1980 peuvent être entendus à deux niveaux : au fédéral ou au niveau des États. Dans ce contexte, cependant, rien ne change à ce stade de juridictions parallèles.

36 121 F Supp 2d 1118 (WD Pa 2000), US District Ct for the Western District of Michigan.

37 442 F.3d 19 (4th Cir. 2006).

sur le droit de visite. Au terme de l'article 21, le seul recours disponible pour le parent qui n'a pas la garde de l'enfant en cas de violation du droit de visite est de déposer une demande auprès de l'Autorité centrale de l'État contractant où se trouve l'enfant.

d. *Irlande*

L'Irlande traite également le droit de visite selon sa législation nationale³⁸.

(ii) **Approche intermédiaire**

a. *Nouvelle-Zélande*

Dans le cas *Ministère de la Justice contre Sigg*,³⁹ le tribunal a statué que bien que les textes de loi qui intègrent la Convention de La Haye de 1980 (section 20 du Guardianship Amendment Act 1991 devenue la section 105 du Care of Children Act 2004) et qui prévoient, en des termes similaires à l'article 7(f), que l'Autorité centrale « prendra toutes les mesures appropriées pour permettre l'organisation ou l'exercice effectif du droit de visite de la partie demanderesse », ne définissent pas le droit de déposer une demande auprès du tribunal, il n'y a toutefois aucune disposition qui empêche l'introduction d'une demande en justice. Le juge Bremner a statué que la loi doit clairement supprimer le droit de demande de visite devant un tribunal avant qu'il puisse être considéré qu'il n'existe aucun droit de ce genre. *Sigg* a été suivi depuis lors par *Gumbrell contre Jones*⁴⁰ qui a répété que la loi d'application doit être interprétée comme autorisant l'Autorité centrale à demander un ordre de visite en son nom ou au nom de la partie demanderesse.

b. *Écosse*

L'article 21 peut être utilisé pour introduire une demande devant un tribunal et les procédures accélérées sont applicables. Suite à *Donofrio contre Burrell*⁴¹ et à l'amendement de la règle 70,5(2) des Rules of the Court of Session, les demandes d'exécution « d'un droit de visite accordé par n'importe quel tribunal d'une partie contractante de la Convention de La Haye de 1980 » peuvent être introduites au tribunal « conformément à la Convention ». Mais à l'instar de l'Angleterre et du Pays de Galles, il est généralement accepté que l'article 21 ne confère pas aux personnes privées des droits ou des recours découlant de la Convention de La Haye de 1980 et qu'il n'impose aucune obligation aux Autorités judiciaires de l'État contractant requis.

(iii) **Approche élargie : Australie**

Les tribunaux australiens traitent les demandes de visite selon les réglementations d'application de la Convention de La Haye de 1980⁴² et non pas selon les dispositions de la législation nationale normale.

Il fut un temps (*Police Commissioner of South Africa contre Castell*)⁴³ où l'assistance qui pouvait être fournie par l'Autorité centrale était limitée car le droit de visite était interprété comme « un droit déjà octroyé dans un pays signataire de la Convention résultant d'une attribution de plein droit, d'une ordonnance judiciaire ou administrative ou d'un accord en vigueur selon le droit ». En conséquence, les parents ne pouvaient pas introduire de demande s'ils ne bénéficiaient pas déjà d'une ordonnance étrangère accordant un droit de visite, d'un accord ou d'un droit de visite de plein droit. La Convention de La Haye de 1980 ne pouvait pas être utilisée pour obtenir un droit de visite mais plutôt pour faire valoir un droit de visite étranger. L'Autorité centrale pouvait toujours lancer la procédure judiciaire dans les cas appropriés.

38 Cf. Lowe et Armstrong, « Country Report: Ireland » (NCMEC 2002) 4,2.

39 [1992] 10 FRNZ 164.

40 [2001] NZ FLR 593.

41 [2000] SLT 1051.

42 The Family Law (Child Abduction Convention) Regulations 1986.

43 [1997] 138 FLR 437, [1997] 21 Fam LR 643.

Les récents amendements de la législation australienne visent à dépasser cette conception restrictive du « droit de visite » utilisée dans *Castell* en modifiant le Family Law Act en 2000 (via le Family Law Amendment Act 2000) et les réglementations d'application (via les Family Law Amendment Regulations 2004). Les nouvelles réglementations autorisent le tribunal à émettre une ordonnance suivant une demande pour obtenir, protéger ou organiser l'exercice effectif du droit de visite « lorsqu'une ordonnance ou une décision a été prise conformément aux lois en vigueur dans un autre pays signataire de la Convention relatives au droit de visite de l'enfant concerné » (Réglementation 25 (8)).

La démarche adoptée actuellement par l'Australie contient plusieurs éléments de bonnes pratiques. Tout d'abord, les cas portant sur le droit de visite sont traités non pas selon la législation nationale mais bien selon la Convention de La Haye de 1980. De plus, les procédures sont entamées par l'Autorité centrale qui prend les frais à sa charge. La nécessité d'accélérer les procédures est bien comprise. Enfin, l'interprétation large du « droit de visite » permet à la partie demanderesse dont le droit de visite n'a pas été confirmé par une décision judiciaire de profiter des procédures de la Convention de La Haye de 1980.

5.1.2. JURIDICTIONS DE DROIT CIVIL

Les positions adoptées par les diverses juridictions de droit civil varient également

i. *France*

En France,⁴⁴ les procédures juridiques ne sont pas ouvertes conformément à l'article 21. Les cas de droit de visite transfrontalier sont par conséquent traités selon la législation nationale.

ii. *Norvège*

En Norvège,⁴⁵ les tribunaux ne sont pas tenus par l'Article 21 et par conséquent, les procédures ne sont pas initiées conformément à celui-ci. L'article 21 est uniquement applicable à l'Autorité centrale qui est tenue d'offrir une assistance pour les questions pratiques telles que les informations relatives aux avocats, l'assistance juridique, etc.

iii. *Pays-Bas*

Aux Pays-Bas,⁴⁶ l'Autorité centrale peut entamer une procédure judiciaire conformément à l'article 21 mais dans la pratique, les cas de visite sont traités en fonction de leur bien-fondé et les tribunaux appliquent les règles pertinentes de la législation nationale.

iv. *Suisse*

En Suisse,⁴⁷ l'Autorité centrale agit au nom de la partie demanderesse uniquement lorsque le droit de visite a déjà été accordé dans un autre État contractant par injonction ou loi. Du point de vue suisse, le but de la Convention de La Haye de 1980 est de veiller au respect des droits de visite étrangers.

v. *Allemagne*

L'Allemagne considère que les tribunaux sont tenus par l'Article 21 et « des procédures sont possibles chaque fois que la partie demanderesse poursuit un droit de fond ».⁴⁸ Les cas de visite sont traités conformément à La *Internationales Familienrechtsverfahrensgesetz*⁴⁹ qui applique la Convention de La Haye de 1980.⁵⁰

44 Cf. op. cit., n° 28.

45 Conférence de La Haye sur le Droit privé international, « Questionnaire sur l'exécution des ordres de retour en vertu de la Convention de La Haye de 1980 et des ordres de visite : réponse par la Norvège », p. 12, disponible à http://www.hcch.net/upload/abd_return_no.pdf.

46 Cf. op. cit., n° 24.

47 Courrier de l'Autorité centrale suisse à l'Autorité centrale slovaque, 23 janvier 2003.

48 Cf. op. cit., n° 1, p.15.

49 BGBl (2005) I 1.

50 Cf. op. cit., n° 21.

vi. *Italie, Mexique et Espagne*

L'Italie⁵¹, le Mexique⁵² et l'Espagne⁵³ considèrent que l'article 21 a une force obligatoire sur les tribunaux.

vii. *Slovaquie*

La Slovaquie⁵⁴ considère que l'article 21 doit être appliqué par les tribunaux lorsqu'il existe une décision qui définit un droit de visite. Si le droit de visite n'a pas été octroyé par une décision judiciaire, le cas est traité conformément à la législation nationale.

viii. *Suède*

En Suède,⁵⁵ l'article 21 n'a pas été intégré à la législation nationale et les cas de visite sont traités conformément aux dispositions pertinentes de la législation nationale.

5.2 Importance des différences d'interprétation

Outre le caractère peu souhaitable de l'absence d'une approche commune vis-à-vis des obligations découlant de la Convention de La Haye de 1980, les différentes interprétations de l'article 21 sont significatives à plus d'un titre :

- Elles peuvent décourager les parties demanderessees potentielles en raison de la complexité et des coûts éventuels des procédures ;
- Dans les juridictions où les demandes de visite sont décidées selon la législation nationale, les cas relevant de la Convention de La Haye de 1980 sont en concurrence avec les cas nationaux et les cas internationaux sont loin d'avoir la priorité. (Comme nous l'avons déjà indiqué, l'étude de 2003 semble indiquer que la résolution des demandes de visite prend plus de temps lorsqu'elles sont traitées selon la législation nationale au lieu de la Convention de La Haye de 1980). Ce point a été clairement exprimé par Lord Macfadyen en première instance et par Lord Prosser en appel dans la décision écossaise *Donofrio contre Burrell*⁵⁶ : aucun des deux ne semblait convaincu de la nécessité d'accélérer les demandes de visite internationales au détriment des demandes de visite nationales. Bien qu'il existe des arguments allant à l'encontre de ce point, à savoir la difficulté d'engager des poursuites internationales et les troubles plus importants pour les familles au centre de litiges internationaux, la situation serait plus facile pour toutes les parties concernées s'il était convenu que la nécessité d'examiner rapidement les demandes de visite était une obligation de la Convention de La Haye de 1980. Cela serait possible uniquement si l'article 21 s'appliquait aux demandes présentées devant les tribunaux ;
- Il est plus facile de convaincre les législateurs de prévoir des dispositions généreuses en matière d'assistance juridique et/ou de représentation (à l'instar de ce qui se fait pour les demandes de retour) si les demandes de visite sont traitées conformément à la Convention de La Haye de 1980 ;
- Dans ces conditions, il est difficile, voire impossible, de formuler des consignes générales sur les bonnes pratiques face à ces interprétations fondamentalement différentes de l'article 21.

5.3. Futures voies à suivre – Les options

5.3.1. NE RIEN FAIRE

Une possibilité consiste à laisser la situation telle quelle, une position adoptée au cours des quatre réunions précédentes de la commission spéciale, et plus particulièrement la deuxième.⁵⁷ Les arguments en faveur du statu quo peuvent être présentés de la manière suivante :

51 Cf. op. cit., n° 22.

52 Cf. op. cit., n° 23.

53 Cf. op. cit., n° 27.

54 Cf. op. cit., n° 26.

55 Cf. op. cit., n° 29.

56 [2000] SLT 1051.

57 Mais remarquer les Conclusions et recommandations de la Cinquième Commission spéciale, paragraphe 1.7.3., tel que discuté ci-dessous.

1. Le nombre de demandes est relativement faible, par conséquent il ne vaut pas la peine d'entreprendre une réforme couteuse qui demanderait beaucoup de temps et d'efforts ;
2. La modification de l'article 21 pose trop de problèmes. En effet, un tel amendement impliquerait la redéfinition des rapports délicats avec d'autres instruments internationaux, parmi lesquels il faut citer la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (ci-après la « Convention de La Haye de 1996 ») ;
3. Il est possible en tout cas que les différences de point de vue actuelles soient « effacées » par les Autorités judiciaires elles-mêmes comme l'a laissé entendre le juge Thorpe JL dans *Hunter contre Murrow* (cf. ci-dessus) ;
4. Les efforts de réforme ne doivent pas être déployés tant que les tentatives actuelles de mise en place d'une bonne pratique n'ont pas été mises à l'épreuve.

Les arguments avancés contre l'inaction sont les suivants :

1. Il est inacceptable qu'une disposition aussi cruciale soit sujette à des interprétations aussi diverses ;
2. Malgré les appels du juge Thorpe LJ dans *Hunter contre Murrow* en faveur d'une modification de l'interprétation de l'article 21 par les tribunaux, il est fort peu probable que l'homogénéisation découle de la voie judiciaire et ce processus sera de toute manière lent.

Quoi qu'il en soit, il est impossible d'affirmer avec certitude que l'interprétation restrictive de l'article 21 n'est ni justifiée, ni intentionnelle. À ce sujet, nous pouvons citer les commentaires du professeur Anton (président de la conférence qui a rédigé la Convention de La Haye de 1980) :⁵⁸

« La Convention de La Haye de 1980 ne contient aucune disposition obligatoire en faveur du droit de visite comparable aux dispositions qui protègent les violations du droit de garde. Cela concerne même les cas les plus extrêmes lorsqu'un enfant est emmené à l'étranger par le parent qui en a la garde dans le but délibéré de rendre l'exercice du droit de visite impossible. Les auteurs de la convention ont estimé non seulement qu'il était difficile d'élaborer des règles obligatoires dans le domaine fluide des droits de visite mais que surtout, l'exercice effectif du droit dépend, à long terme, plus de la bonne volonté, ou au moins de la modération, des parties que de règles formelles » ;

3. La différence dans l'interprétation ne peut pas être « effacée » par la bonne pratique. Au contraire, les différences qui existent actuellement vont nuire à la mise en place de guides de pratique globale.

5.3.2. SUPPRIMER LES DISPOSITIONS RELATIVES AU DROIT DE VISITE

Étant donné la relative faiblesse des dispositions et vu le nombre réduit de demandes, il serait tentant de proposer la suppression des dispositions relatives au droit de visite et de compter sur la Convention de La Haye de 1996. Un des avantages de cette stratégie serait la réduction du nombre d'instruments internationaux qui régissent le droit de visite.

Il existe toutefois de solides arguments contre cette option :

1. Elle suppose que la Convention de La Haye de 1980 n'a aucun rôle utile à jouer et qu'elle peut être simplement remplacée par la Convention de La Haye de 1996. Ces deux suppositions sont erronées. Alors que la Convention de La Haye de 1996 concerne principalement la compétence, la reconnaissance et l'exécution des ordonnances, la Convention de La Haye de 1980 se penche sur le « droit de visite » qui est un concept plus large. Et de fait, la Convention de La Haye de 1980 est le seul instrument international à traiter d'un concept aussi étendu. La révision du règlement Bruxelles II⁵⁹ aborde uniquement les décisions et les accords formels ayant force exécutoire tandis que la Convention européenne de 2003 sur les relations personnelles concernant les enfants régleme seulement, dans le contexte international, les ordonnances de contact transfrontalier.

58 « Convention de La Haye sur l'enlèvement international d'enfant » (1981) 30 ICLQ 537, 554-555. Voir aussi Pérez-Vera, Rapport d'explication sur la Convention de La Haye du 25 octobre relative aux Aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, paragraphe 125.

59 Directive du Conseil (EC) N° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relative à la juridiction, à la reconnaissance et à l'exécution des jugements dans les affaires conjugales et dans les questions de responsabilité parentale annulant la Réglementation N° 1347/2000.

Il serait faux également de croire que les dispositions relatives au droit de visite dans la Convention de La Haye de 1980 représentent un échec total. Après tout, les études réalisées en 1999 et 2003 montrent qu'un pourcentage non négligeable des demandes (43 % et 33 % respectivement) débouchent sur un accord amiable ou sur une ordonnance judiciaire accordant le droit de visite ;

2. Même si la Convention de La Haye de 1996 pouvait jouer le rôle de la Convention de La Haye de 1980, il convient de signaler que la Convention de La Haye de 1996 compte très peu d'États contractants par rapport aux 77 États contractants actuels de la Convention de La Haye de 1980.

L'abandon des dispositions relatives au droit de visite nécessiterait un accord international préalable dénonçant ces dispositions. Il serait plus judicieux de consacrer de tels efforts à l'amélioration de ces dispositions.

5.3.3. RÉFORMER L'ARTICLE 21

Considérations pratiques à part, tout semble indiquer, en principe, le besoin d'amender l'article 21⁶⁰. La question est de savoir dans quel sens l'amendement doit aller. En termes généraux, le minimum requis est de préciser que l'obligation de protéger le droit de visite incombe tant aux tribunaux qu'aux Autorités centrales. Cette démarche requiert une rédaction minutieuse, mais une méthode simple consisterait à ajouter un bref protocole à la Convention de La Haye de 1980 qui prévoirait une phrase supplémentaire à la fin de l'article 21 et qui pourrait être formulée de la manière suivante : « Toute procédure engagée de cette manière doit être considérée par les Autorités judiciaires ou administratives comme une procédure engagée en application de la Convention de La Haye de 1980. »⁶¹

Bien que la formulation puisse certainement être améliorée, il faut insister sur le fait que l'amendement proposé vise uniquement à corriger le principal défaut de l'article 21 de la manière la plus simple possible. Il ne se prononce pas à dessein sur les questions de compétence, ni sur les principes à tenir en compte dans la résolution d'un litige quelconque. Les États contractants qui considèrent déjà l'article 21 comme une base permettant d'introduire une demande de droit de visite devant un tribunal ne semblent pas se soucier des questions de compétence et dans ces mêmes États, l'absence de principes fixes permettant de prendre des décisions sur les demandes n'a pas causé de problèmes particuliers. Tout laisse croire que les juridictions (principalement de droit commun) qui ne considèrent pas l'article 21 comme une source d'obligation pour les tribunaux seraient tout aussi inventives.

Dès que le débat va au-delà de cette simple réforme, il ouvre de grandes discussions sur les règles juridictionnelles, sur les pouvoirs attribués aux tribunaux et sur les rapports entre la Convention de La Haye de 1980 et la Convention de La Haye de 1996. D'aucuns pourraient penser que ces questions doivent être traitées ouvertement mais il est plus probable que la Conférence de La Haye de droit international privé accepte un amendement aux limites strictes.

Le sens de l'expression « l'organisation ou la protection de l'exercice effectif d'un droit de visite » est un des autres aspects de l'article 21 qu'il faut aborder. Il faut d'abord se pencher sur le sens de « droit de visite » dans ce contexte, ainsi que sur le sens de « l'organisation ou la protection ».

Le « droit de visite » désigne indiscutablement le droit de visite accordé de plein droit ou suite à une ordonnance judiciaire ou administrative prise en vertu de la législation applicable de l'État contractant. Il désigne peut-être également le droit de visite octroyé par un accord ayant force de loi mais il serait préférable de le préciser expressément dans l'article. Un des problèmes rencontrés consiste à savoir si le droit de garde doit inclure automatiquement le droit de visite en cas d'absence de décision judiciaire ou d'accord sur le droit de visite. Nous estimons que cela doit être le cas.

Toutefois, les droits de visite non limités obtenus de plein droit soulèvent le deuxième problème lié à l'article 21, à savoir la signification de « l'organisation ou la protection ». Cette expression signifie-t-elle également « instaurer » un tel droit dans le sens de pouvoir recourir à l'article 21 pour obtenir une ordonnance exécutoire définie accordant un droit de visite ? Nous estimons que le texte doit indiquer clairement que l'article 21 peut être utilisé de cette manière.

60 Voir aussi les arguments de Silberman « Patching Up the Abduction Convention: A Call for a New International Protocol and a Suggestion for Amendments to ICARA » (2003) 38 Texas Int LJ 41, pages 48-50.

61 Bien que l'ajout d'un protocole exige tout d'abord l'accord des États contractants, les États ne seraient liés que s'ils le ratifiaient ou y adhéraient de façon indépendante.

Les auteurs du présent rapport se réjouissent des recommandations et des conclusions formulées par les participants à la cinquième réunion de la commission spéciale tenue à La Haye aux mois d'octobre et de novembre 2006, qui indiquent au point 1.7.3. que

« La Commission spéciale reconnaît la force des arguments en faveur d'un protocole à la Convention de 1980 qui pourrait en particulier clarifier les obligations des États parties au titre de l'article 21 et préciser la distinction entre « droit de garde » et « droit de visite » ».

Toutefois, le paragraphe se termine par

« Cependant, il est convenu que la priorité actuelle doit être accordée aux efforts de la mise en œuvre de la Convention de 1996 ».

Bien que nous comprenions cette position, nous tenons à rappeler une fois de plus que la Convention de La Haye de 1996 ne reproduit pas exactement le rôle de la Convention de La Haye de 1980.

5.4. Recommandations en matière de bonnes pratiques pour chacune des interprétations de l'article 21

À défaut d'amendement de l'article 21, nous formulons les suggestions suivantes à titre de recommandation de bonnes pratiques pour chacune des différentes interprétations.

5.4.1. DEMANDE DE DROIT DE VISITE FONDÉE SUR LA CONVENTION DE LA HAYE DE 1980 EXAMINÉE SELON LA LÉGISLATION NATIONALE

Lorsqu'une demande de droit de visite au titre de la Convention de La Haye de 1980 va être examinée selon la législation nationale, il est recommandé :

- Lorsqu'il existe des tribunaux à compétence concentrée pour l'examen des cas relevant de la Convention de La Haye de 1980, que les demandes de visite soient également examinées par ces tribunaux ;
- Lorsqu'il n'existe pas de tribunaux à compétence concentrée dans l'État contractant, que les demandes de droit de visite soient examinées par des tribunaux familiarisés avec la Convention de La Haye de 1980 qui seront mieux à même d'examiner les cas relevant du droit de la famille comportant un élément d'extranéité ;
- Les demandes de visite devraient être examinées d'urgence et recevoir la priorité par rapport aux cas nationaux.

Les principales raisons pour lesquelles les demandes de droit de visite fondées sur la Convention de La Haye de 1980 doivent avoir la priorité sur les cas nationaux sont les suivantes :

1. Les parties demanderesses sont souvent confrontées à des barrières juridiques, culturelles et linguistiques inconnues ;
2. Les parties demanderesses sont souvent au bout de leurs ressources financières et émotionnelles ;
3. Les enfants enlevés sont souvent amenés à croire que le parent victime les a abandonnés.

Quoi qu'il en soit, ces demandes devraient être examinées d'urgence, c'est-à-dire dans des délais compris entre trois à six mois (cf. ci-après).

Une objection souvent avancée contre l'octroi d'une priorité plus importante aux cas fondés sur la Convention de La Haye de 1980 par rapport aux cas nationaux est le concept de l'égalité des enfants. Bien que cet argument soit valable jusqu'à un certain point, le nombre de demandes de droit de visite fondées sur la Convention de La Haye de 1980 est encore faible (ce nombre pourrait toutefois augmenter une fois que la Convention sera améliorée) et par conséquent la nécessité de traiter en urgence les demandes internationales de droit de visite ne causerait qu'un préjudice mineur au traitement global des demandes nationales.

5.4.2. DEMANDE DE DROIT DE VISITE FONDÉE SUR LA CONVENTION DE LA HAYE DE 1980 EXAMINÉE COMME UNE DEMANDE SELON LA CONVENTION DE LA HAYE

Lorsqu'une demande de visite est examinée en tant que demande relevant de la Convention de La Haye, alors :

- La partie demanderesse doit pouvoir bénéficier des dispositions généreuses en matière d'assistance juridique et/ou de représentation (comparables à celles octroyées dans les procédures de retour) ;
- Les demandes de visite doivent être examinées d'urgence, c'est-à-dire dans des délais compris entre trois à six mois (cf. ci-après) ;

5.5. Recommandations en matière de bonnes pratiques globales

- Il faut convenir d'un délai pour l'examen des demandes de droit de visite. La période de six semaines indiquée dans la Convention de La Haye de 1980 semble être trop brève dans le contexte des procédures liées au droit de visite. La durée visée pour les cas de droit de visite devrait être comprise entre trois et six mois.
- Dans ce contexte de célérité, il est nécessaire de maintenir le nombre d'audiences au minimum dans la mesure où le coût des procédures intégrant un élément d'extranéité est bien supérieur (surtout pour la partie demanderesse qui doit parcourir de longues distances afin d'être présente aux audiences) à celui des procédures n'intégrant pas un tel élément.

6. Examen initial des demandes

6.1. Réception de la demande

Dès que l'Autorité centrale reçoit une demande de droit de visite, elle doit l'examiner pour confirmer qu'elle est complète et que les conditions légales minimum sont bien remplies. Dans certaines juridictions (en Roumanie, par exemple⁶²), la demande doit être accompagnée d'un document qui instaure le droit de visite de la partie demanderesse (c'est-à-dire une décision d'une Autorité judiciaire ou administrative compétente).

6.2. Négociations avec la partie défenderesse

L'étape suivante dans certains États contractants (par exemple l'Australie,⁶³ l'Allemagne,⁶⁴ l'Italie,⁶⁵ les Pays-Bas,⁶⁶ la Suède⁶⁷ et les États-Unis⁶⁸) prévoit que l'Autorité centrale contacte la partie défenderesse afin de lui signaler qu'une demande de droit de visite a été introduite et de lui demander si elle est disposée à coopérer. L'Autorité tente de trouver une solution amiable. Cette étape au cours de laquelle l'Autorité centrale joue le rôle « d'intermédiaire » entre les parents peut durer plusieurs semaines. Les négociations entre l'Autorité centrale et la partie défenderesse sont menées par téléphone ou par courrier. L'Autorité centrale slovaque a introduit une pratique intéressante : elle préfère organiser un entretien personnel entre un de ses représentants et la partie défenderesse.⁶⁹

Dans d'autres États contractants, l'Autorité centrale n'assume pas elle-même le rôle « d'intermédiaire » mais confie cette fonction à une autre Autorité. Ainsi, en Roumanie,⁷⁰ l'intermédiaire peut être un médiateur spécialisé. En Nouvelle-Zélande,⁷¹ l'Autorité centrale nomme un avocat qui peut contribuer à l'obtention d'une résolution amiable du cas. Au Canada,⁷² les pratiques varient d'une province à l'autre. Ainsi, au Manitoba, les services de conciliation et de médiation sont fournis par le service de conciliation familiale au sein du Département des services familiaux. En France,⁷³ l'Autorité centrale transmet le dossier à un procureur qui localise l'enfant (le cas échéant) et prend contact avec la partie défenderesse en vue de lui demander de respecter, volontairement, le droit de visite de la partie demanderesse. Le rôle des assistants sociaux et d'organismes tels que la *Mission d'Aide à la Médiation Internationale pour les Familles* (MAMIF) est très important à ce stade car ils peuvent être chargés de négocier avec la partie défenderesse. En Allemagne,⁷⁴ l'Autorité centrale demande à une Autorité locale des services de protection de l'enfance de fournir son assistance à la médiation.

Toutefois, dans certains États contractants (exemple : Israël,⁷⁵ le Mexique⁷⁶ et l'Espagne⁷⁷), ni l'Autorité centrale, ni aucune autre Autorité, ne tente de trouver une solution amiable. En Angleterre et au Pays de Galles, les négociations sont confiées à des personnes privées, même si pour tous les cas nationaux, il existe désormais « un rendez-vous⁷⁸ de première audience pour le règlement » au cours duquel les parties sont invitées à trouver une solution amiable.

62 Cf. op. cit., n° 25.

63 Cf. Australia Country Report, op. cit., n. 20, 4.1.

64 Cf. Lowe, Armstrong et Mathias, « Country Report: Germany », (NCMEC 2002) 4.1/4.2.

65 Cf. op. cit., n° 22.

66 Cf. op. cit., n° 24, p. 4.1.

67 Cf. op. cit., n° 29.

68 Cf. op. cit., n° 18.

69 Cf. op. cit., n° 26.

70 Cf. op. cit., n° 25.

71 Cf. New Report, op. cit., n. 20, p. 4.1.

72 Cf. op. cit., n° 19.

73 Voir Richez-Ponz, « La Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et son exécution – rapport sur l'exécution nationale en France ».

74 Cf. op. cit., n° 21.

75 Cf. op. cit., n° 17.

76 Cf. op. cit., n° 23.

77 Cf. op. cit., n° 27.

78 Voir le « Plan de droit privé » du Président (émis en novembre 2004 et publié en 2005).

6.3. Exemples de bonnes pratiques

6.3.1. ALLEMAGNE⁷⁹ ET ESPAGNE⁸⁰

Les Autorités centrales utilisent des formulaires standard qui peuvent être téléchargés depuis leur site Internet. Cette pratique vise à accélérer les procédures, principalement lors de la phase initiale.

6.3.2. ITALIE⁸¹

L'Autorité centrale offre ses services de médiation, de conciliation, de conseils et d'aide à la partie demanderesse en vue de trouver une solution entre les parties.

6.3.3. SLOVAQUIE⁸²

Partant du principe qu'une solution amiable a plus de chance de réussir, la première action prise par l'Autorité centrale dès qu'elle reçoit une demande de visite est d'organiser un entretien personnel avec la partie défenderesse en vue d'en savoir plus sur le cas et de négocier les questions de droit de visite sur la base de la proposition de la partie demanderesse.

6.4. Recommandations en matière de bonnes pratiques

- Il est vital de traiter les demandes le plus rapidement possible.
- Les Autorités centrales devraient répondre à toutes les communications dans les délais les plus courts et accuser réception de toutes les demandes sans délai.
- Les Autorités centrales devraient utiliser des formulaires standard. Elles pourront ainsi examiner les demandes plus rapidement, vérifier que toutes les informations essentielles ont été transmises et confirmer que la demande est conforme à la Convention de La Haye de 1980.⁸³
- Le cas échéant, des exemplaires de la législation nationale de l'État contractant requérant traitant du droit de visite devraient être fournis. Le cas échéant, cette législation devrait être traduite dans la langue de l'État contractant requis.
- La résolution amiable des litiges concernant le droit de visite devrait être encouragée par des mécanismes tels que la médiation menée par des médiateurs spécialisés. Pour garantir le caractère exécutoire de la décision finale, tout accord obtenu suite à la médiation devrait être traduit en ordonnance par consentement et enregistré ou reproduit dans l'État contractant requérant.
- Des mécanismes devraient être mis en place afin de permettre une entrevue avec la partie défenderesse dans le but de débattre de la question et de trouver une solution amiable.
- Les négociations devraient être limitées dans le temps afin d'éviter que la partie défenderesse ne prolonge la procédure. La période recommandée serait d'un mois.

⁷⁹ Voir le site Internet de l'Autorité centrale allemande, disponible à http://www.bundeszentralregister.de/hkue_esue/008.html.

⁸⁰ Cf. op. cit., n° 27.

⁸¹ Cf. op. cit., n° 22.

⁸² Cf. op. cit., n° 26.

⁸³ Cf. op. cit., n° 2, p. 19.

7. Examen judiciaire des demandes

7.1. Procédures judiciaires

Lorsque les négociations pour trouver une solution amiable échouent, des procédures judiciaires sont normalement intentées. Dans certains États contractants, les procédures sont engagées par l'Autorité centrale en tant que partie demanderesse (par exemple, l'Australie⁸⁴), en tant que représentant légal de la partie demanderesse (ex. : Mexique⁸⁵) ou à la fois en tant que partie demanderesse et représentant légal de la partie demanderesse (ex. : Pays-Bas⁸⁶ et Slovaquie⁸⁷). En Allemagne,⁸⁸ l'Autorité centrale engage généralement les procédures devant les tribunaux, introduit la demande de visite puis transfère le cas à un avocat local pour la suite. Néanmoins, l'Autorité centrale contrôle régulièrement l'activité de l'avocat qui doit remettre des rapports sur l'état du dossier à intervalles réguliers. Dans certains cas exceptionnels, des membres de l'Autorité centrale peuvent se présenter personnellement devant le tribunal ou envoyer des rapports au tribunal.

Dans d'autres États contractants, ce n'est pas l'Autorité centrale qui entame les procédures judiciaires. Ainsi, aux États-Unis,⁸⁹ le National Center for Missing & Exploited Children⁹⁰ identifie des avocats qui sont disposés à s'occuper du dossier gratuitement, contre paiement ou à des tarifs d'honoraires réduits. Cette pratique s'accompagne d'un risque de retard étant donné qu'il peut être difficile de trouver un avocat disposé à traiter le dossier. En Angleterre et au Pays de Galles⁹¹, l'Autorité centrale met la partie demanderesse en contact avec un des avocats membres du groupe utilisé pour les demandes de retour. Celui-ci pourra à son tour recommander un avocat local si la partie demanderesse n'habite pas à Londres. En Italie,⁹² l'Autorité centrale transmet le dossier à un procureur du tribunal de la jeunesse du district où habite l'enfant. Le procureur présentera ensuite le dossier devant le tribunal de la jeunesse. En Espagne,⁹³ l'Autorité centrale désigne un *Abogado del Estado*⁹⁴ chargé de la représenter dans la procédure judiciaire de demande de visite. Toutefois, cette pratique espagnole a été critiquée en de nombreux points : tout d'abord, les membres de cet organisme ne connaissent pas très bien en général les litiges fondés sur les questions de droit de la famille ; deuxièmement, la partie demanderesse n'a pas un contact direct avec l'*Abogado del Estado* ; et troisièmement, l'engagement de la procédure judiciaire par l'*Abogado del Estado* prend du temps. En France,⁹⁵ l'Autorité centrale fournit simplement des informations sur les services et les infrastructures disponibles pour venir en aide à la partie demanderesse. La partie demanderesse est représentée par le *Procureur* qui peut représenter la partie demanderesse ou adresser la partie demanderesse à un avocat (si la partie demanderesse peut bénéficier de l'assistance juridique). Si la partie demanderesse n'a pas droit à l'assistance juridique, le *Procureur* lui donnera les noms de trois ou quatre avocats. En Nouvelle-Zélande,⁹⁶ l'avocat nommé par l'Autorité centrale doit, le cas échéant, introduire une demande de visite. En Suède,⁹⁷ l'Autorité centrale aide la partie demanderesse à trouver un avocat qui engagera les procédures judiciaires au nom de la partie demanderesse.

7.1.1. EXEMPLES DE BONNES PRATIQUES

i. Irlande⁹⁸

Les tribunaux jouissent d'un grand pouvoir discrétionnaire lorsqu'il s'agit de protéger le droit de visite. Lorsque le risque d'enlèvement existe, ils ordonnent fréquemment la

84 Cf. Australia Country Report, op. cit., n. 20, 4.2.

85 Cf. op. cit., n° 23, p. 3.3/4.

86 Voir Ruitenbergh, « La Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et son exécution – rapport sur l'exécution nationale aux Pays-Bas ».

87 Cf. op. cit., n° 26.

88 Cf. op. cit., n° 21.

89 Cf. op. cit., n° 18.

90 Situé aux États-Unis, le Centre national pour les enfants disparus et exploités traite des cas fondés sur la Convention de La Haye de 1980 au nom du Département des Affaires de l'enfance du Département d'État des États-Unis en vertu d'un accord tripartite conclu avec le Département d'État, lequel est l'Autorité centrale américaine.

91 Cf. Lowe, Armstrong et Mathias, « Country Report: United Kingdom », (NCMEC 2002) 4.1/4.2.

92 Cf. op. cit., n° 22.

93 Cf. op. cit., n° 27.

94 L'*Abogado del Estado* est un fonctionnaire qui représente l'État et défend les intérêts de celui-ci quand il est Partie dans une action judiciaire.

95 Cf. op. cit., n° 28.

96 Cf. New Zealand Country Report, op. cit., n. 20, 4.1.

97 Cf. op. cit., n° 29.

98 Cf. op. cit., n° 38, 4.3.

remise des passeports. Cette pratique peut contribuer à l'exercice sûr du droit de visite tout en atténuant les inquiétudes de la partie défenderesse.

ii. Mexique⁹⁹

Le juge peut octroyer un droit de visite par téléphone ou par courrier électronique. Cette pratique s'avère utile lorsqu'une grande distance sépare l'État requérant de l'État requis. De plus, le contact par téléphone et courrier électronique est utile lorsque l'exercice du droit de visite est à la charge de la partie demanderesse (ce qui est généralement le cas) et que celle-ci possède des ressources financières limitées.

iii. Espagne¹⁰⁰

Il arrive parfois que les juges autorisent l'exercice du droit de visite à l'étranger si l'État où l'enfant va être emmené est un État contractant ou si l'ordonnance espagnole accordant le droit de garde est reconnue par cet État. Cette pratique s'avère utile lorsque la partie demanderesse ne possède pas de ressources financières suffisantes pour exercer son droit de visite dans l'État contractant requis.

7.1.2. RECOMMANDATIONS EN MATIÈRE DE BONNES PRATIQUES

- Les États contractants devraient utiliser les procédures judiciaires disponibles les plus rapides.
- Les Autorités centrales devraient disposer d'un système de suivi pour vérifier la célérité et les résultats dans chaque cas.
- Un nombre limité de juristes qualifiés devraient être invités à traiter les cas de demande de visite fondés sur la Convention de La Haye de 1980, de manière à développer la spécialisation. Les Autorités centrales devraient établir et maintenir à jour la liste de ces juristes.
- Les juges, tant au niveau de l'instance que de l'appel, devraient fermement superviser la progression des procédures de visite.
- Lorsque ceci est souhaitable (par exemple, lorsqu'il existe une distance géographique considérable entre les États contractants requérant et requis et/ou lorsque les parties n'ont que des moyens financiers limités), la possibilité d'exécution du droit de visite/contact par téléphone ou par courriel devrait aussi être envisagée.
- Lorsque la sécurité de l'enfant est en jeu, un tribunal devrait avoir le pouvoir discrétionnaire d'ordonner des mesures préventives telles que la supervision des visites ou la remise des passeports de l'enfant et de la partie défenderesse.
- Lorsque la sécurité de l'enfant n'est pas en cause et si cela paraît pratique, le tribunal devrait avoir le pouvoir discrétionnaire de permettre que le droit de visite/contact soit exercé à l'étranger.

7.2 Assistance juridique

Le niveau d'aide ou d'assistance juridique octroyée à une partie demanderesse varie énormément. Dans certains pays, l'aide juridique est proposée sur la base des mêmes critères que les demandes de retour tandis que dans d'autres, la partie demanderesse doit trouver (et se payer) une représentation privée. L'Australie¹⁰¹ constitue un exemple de bonne pratique : l'Autorité centrale dépose la demande au tribunal en son nom propre, en tant que partie demanderesse, et assume tous les frais légaux.

7.2.2. RECOMMANDATIONS EN MATIÈRE DE BONNES PRATIQUES

- Lorsque ceci est possible, les consultations juridiques et la représentation par avocat devraient être gratuites pour les parties demanderesse et, dans tous les cas, les frais de justice ne devraient pas être imposés.

⁹⁹ Cf. op. cit., n° 23.

¹⁰⁰ Cf. op. cit., n° 27.

¹⁰¹ Cf. Australia Country Report, op. cit., n° 20, 4.2.

- En l'absence d'un système global d'assistance juridique dans un État contractant, il faut tenter de mettre sur pied un réseau d'avocats disposés à représenter les parties demanderesse et les parties défenderesse ou à les conseiller gratuitement ou à des tarifs d'honoraires réduits.

7.3. Exécution des ordonnances accordant le droit de visite

En général, l'exécution des ordonnances accordant le droit de visite est plus compliquée que l'exécution des ordonnances de retour. Les mécanismes disponibles varient d'un État contractant à l'autre.

Par exemple, en Italie,¹⁰² il incombe au procureur du tribunal de la jeunesse d'assurer l'exécution des ordonnances accordant un droit de visite. Il peut demander l'aide du commissariat de police compétent et doit prévenir l'Autorité centrale de l'exécution.

En Nouvelle-Zélande,¹⁰³ le tribunal qui a décidé d'accorder un droit de visite peut délivrer un mandat selon la section 119 du Care of Children Act 2004, suite à une demande de la partie ou de sa propre initiative, qui autorise la police, un assistant social ou toute autre personne citée dans le mandat, à récupérer l'enfant et à le remettre à la personne ou à l'Autorité citée dans le mandat.

En Angleterre et au Pays de Galles,¹⁰⁴ les tribunaux peuvent imposer une amende ou une peine de prison contre la partie défenderesse qui ne respecte pas une ordonnance accordant un droit de visite. L'emprisonnement de la partie défenderesse est rare car il va à l'encontre de l'intérêt de l'enfant. Dans certains cas d'enlèvement, des bracelets électroniques ont été utilisés et un contact indirect a été offert (c'est-à-dire par téléphone ou courrier électronique).¹⁰⁵ La Children and Adoption Act 2006 (qui n'était pas en vigueur au moment de la rédaction du présent rapport) prévoit l'introduction de recommandations ou de conditions pour le contact, ainsi que des peines de travaux d'intérêt général (non rémunérés) ou le versement de compensations financières chaque fois qu'une ordonnance accordant un droit de visite n'est pas respectée.

En Écosse¹⁰⁶ et en Irlande du Nord,¹⁰⁷ les tribunaux peuvent imposer des recours civils pour outrage à la cour, y compris des amendes ou des peines d'emprisonnement. En Écosse, il est possible, théoriquement, d'exécuter physiquement l'ordonnance accordant le droit de visite. Cela se produit toutefois rarement dans la pratique. Dans toutes les juridictions du Royaume-Uni, des conditions telles que les visites sous supervision ou la remise du passeport de la partie demanderesse peuvent être associées au droit de visite afin de réduire le risque d'enlèvement.

En Irlande,¹⁰⁸ il existe des recours similaires à ceux prévus dans les juridictions du Royaume-Uni.

Aux Pays-Bas,¹⁰⁹ une ordonnance qui accorde un droit de visite peut être exécutée immédiatement, même si un appel a été interjeté. Si la partie défenderesse ne respecte pas l'ordonnance accordant le droit de visite, elle s'expose à des mesures prises selon le droit civil, notamment sous la forme du versement d'une somme (*Dwangsom*) punitive à la partie demanderesse chaque jour jusqu'à ce que le droit de visite soit respecté. La partie défenderesse est également passible d'une peine d'emprisonnement d'un an maximum pour non-respect de l'ordonnance émise par le tribunal (*Lijfswang*).

En Allemagne,¹¹⁰ la partie défenderesse qui ne respecte pas l'ordonnance accordant le droit de visite est passible d'une amende (*Ordnungsgeld*) de 25 000 euros maximum ou d'une peine d'emprisonnement (*Ordnungshaft*). Le recours à la force coercitive contre l'enfant pour exécuter l'ordonnance émise par le tribunal est possible pour l'exécution d'une ordonnance de retour, mais pas pour l'exécution d'une ordonnance accordant un droit de visite. Il est également possible de recourir à la force contre la partie défenderesse. Certains professionnels ont toutefois déclaré que l'exécution du droit de visite est en fait impossible dans la pratique.

Aux États-Unis,¹¹¹ les mécanismes disponibles pour l'exécution d'une ordonnance accordant un droit de visite varient d'un État à l'autre. Parmi les mécanismes d'exécution envisageables, il

¹⁰² Cf. op. cit., n. 22, 3.7/4.3.

¹⁰³ Cf. New Zealand Country Report, op. cit., n° 20, 3.7/4.3.

¹⁰⁴ Cf. op. cit., n° 90, 4.3.

¹⁰⁵ Cf. Re C (*Abduction: Interim Directions: Accommodation of Local Authority*) (2003) EWHC 3065 (Fam), (2004) 1 FLR 53.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Cf. op. cit., n° 38, 4.3.

¹⁰⁹ Cf. op. cit., n° 24, 4.3.

¹¹⁰ Cf. op. cit., n° 21.

¹¹¹ Cf. op. cit., n° 18, 4.3.

convient de citer l'imposition d'une amende et/ou d'une peine d'emprisonnement, l'imposition d'une obligation pécuniaire, l'ordonnance d'injonction et de recours gracieux, pour autant que le tribunal soit compétent, la modification d'un droit de garde existant, y compris l'octroi de la garde à l'autre parent, l'imposition de dommages monétaires et le recours aux peines criminelles conformément à la législation étatique et fédérale.

En France,¹¹² les parties demanderesse peuvent engager des procédures pénales si leur droit de visite a été refusé ou violé. En cas d'échec de la médiation familiale, le *Procureur* peut exiger la médiation judiciaire.

En Australie,¹¹³ lorsque la partie demanderesse dépose une demande fondée sur la Convention de La Haye de 1980, la réglementation en vigueur permet au tribunal d'émettre toutes les ordonnances qu'il estime nécessaires afin de donner force de loi à la Convention. Si le risque de non-respect de l'ordonnance accordant le droit de visite est évident, l'Autorité centrale tentera de limiter le risque par le biais des conditions de l'ordonnance. Si l'enfant risque d'être enlevé, le tribunal peut, par exemple, autoriser le contact uniquement en Australie, prévoir un contact sous supervision, interdire à l'enfant de quitter l'Australie et ajouter le nom de l'enfant aux listes de surveillance dans les aéroports. En cas de violation du droit de visite, la partie demanderesse peut alors demander l'aide de l'Autorité centrale pour garantir l'exécution. Le tribunal peut également délivrer un mandat, ce qui signifie que la police peut intervenir pour localiser l'enfant et le récupérer.

En Espagne,¹¹⁴ l'*Abogado del Estado* introduit une demande en exécution sur la base de l'ordonnance accordant le droit de visite. La partie défenderesse sera avertie de l'exécution et elle devra respecter l'ordonnance accordant le droit de visite. Il faut noter cependant que l'exécution des ordonnances accordant le droit de visite est assez difficile en général.

Israël¹¹⁵ prévoit divers recours théoriques en cas de non-respect d'une ordonnance accordant un droit de visite. Le premier recours disponible implique la notion d'outrage civil à la cour.¹¹⁶ Si le tribunal confirme que l'ordonnance accordant le droit de visite n'est pas respectée, il peut prendre une ordonnance complémentaire pour imposer la fin de la violation et prévoir la sanction lorsque la réparation n'est pas réalisée. Le but de la sanction, sous la forme d'une amende et/ou d'une peine d'emprisonnement, est d'obtenir la conformité à l'ordonnance émise par le tribunal et elle n'est pas punitive. Toutefois, la majorité des juges hésitent à appliquer ces sanctions dans la pratique et ils se contenteront de donner un avertissement au contrevenant. Deuxièmement, le tribunal peut décider de l'exécution de l'ordonnance accordant le droit de visite.¹¹⁷ Après cette décision, l'agence chargée de l'exécution des jugements veillera à l'exécution de l'ordonnance qui accorde un droit de visite au parent. Toutefois, lorsque l'auxiliaire de justice chargé d'exécuter l'ordonnance conclut que celle-ci peut être exécutée uniquement par le recours à la force contre l'enfant et que l'enfant est capable de comprendre la situation, ou s'il existe d'autres problèmes dans l'exécution de l'ordonnance,¹¹⁸ le dossier peut être renvoyé devant le tribunal en vue d'obtenir des instructions complémentaires. Le droit jurisprudentiel va plus loin et impose au directeur de l'agence chargée de l'exécution des jugements de ne pas exécuter un jugement contre la volonté de l'enfant sauf s'il est convaincu que le bien-être de l'enfant requiert l'exécution forcée du jugement ou si le tribunal a statué en ce sens.¹¹⁹ Nous n'avons trouvé aucun cas où un tribunal a autorisé l'exécution contre la volonté de l'enfant. Troisièmement, il est possible d'engager des poursuites pénales contre la partie défenderesse qui viole une ordonnance émise par le tribunal. Si la personne est reconnue coupable, elle est passible d'une peine d'emprisonnement de deux ans maximum. Toutefois, les poursuites pénales peuvent être engagées uniquement par l'État, mais c'est rarement le cas, vu que, entre autres, les poursuites peuvent nuire à l'enfant. Finalement, lorsque le chef des services sociaux estime que le refus du droit de visite cause un préjudice irréparable à l'enfant, il peut engager des poursuites selon la

112 Cf. op. cit., n° 28, 4.2.

113 Voir Patterson, « La Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et son exécution – rapport sur l'exécution nationale en Australie »

114 Cf. op. cit., n. 27, 3.7/4.3.

115 Cf. op. cit., n° 17, 4.3.

116 Article 6 de l'Ordonnance sur les outrages au tribunal.

117 Article 62 de l'Execution Law (19 7).

118 C.A. 653/72 *Yahalomi v Yahalomi* 27 P.D. (2) 434.

119 Article 287 du Code pénal (1977).

loi sur la jeunesse (soins et supervision) de 1960 et demander qu'un mineur soit déclaré comme « mineur requérant une protection ». Lorsqu'une telle ordonnance est émise, le tribunal peut délivrer une ordonnance de prise en charge ou une ordonnance de supervision. L'ordonnance de prise en charge permet de transférer la garde de l'enfant aux services sociaux qui décideront du lieu où devra rester l'enfant et du traitement qu'il devra recevoir. Toutefois, le retrait de l'enfant du parent qui en a la garde est très controversé dans ces circonstances.

En Suède,¹²⁰ l'exécution des décisions accordant un droit de visite est régie par la section 21 de la « 1989 Act on Recognition and Enforcement of Foreign Decisions on Custody and Related Matters and on Return of Children. » Les dossiers d'exécution sont pris en charge par des tribunaux administratifs. Quand l'enfant a un besoin particulièrement marqué d'être en contact avec la partie demanderesse et que l'ordonnance accordant le droit de visite ne peut être exécutée autrement, le tribunal peut autoriser une exécution avec l'aide de la police.

7.3.1. EXEMPLE DE BONNES PRATIQUES : ALLEMAGNE¹²¹

L'approche adoptée pour l'exercice du droit de visite est sensible et individuelle. S'il est jugé préférable d'octroyer un droit de visite sous supervision ou s'il est jugé préférable de rapprocher avec prudence un enfant et un parent, les services de protection de l'enfance peuvent offrir leur aide (le cas échéant, cette aide peut également prendre la forme d'un service de soutien psychologique). L'utilisation de la force physique contre un enfant pour exécuter un droit de visite est interdite. Les méthodes non coercitives telles que le recours aux services de protection de l'enfance ou à la médiation sont préférées.

7.3.2. RECOMMANDATIONS EN MATIÈRE DE BONNES PRATIQUES

- Les tribunaux, tant au niveau de l'instance que de l'appel et, au niveau de l'exécution (si l'application de cette dernière s'avère différente), devraient établir et respecter des délais assurant la disposition diligente des demandes de visite.
- Les systèmes nationaux devraient garantir que les pourvois en appels ne peuvent pas être utilisés pour retarder l'exécution (si l'application de cette dernière s'avère différente) des décisions accordant le droit de visite.
- Les États contractants devraient disposer d'un mécanisme efficace pour faire exécuter sans délais les ordonnances de visite.
- L'usage de la force physique contre l'enfant pour faire exécuter une ordonnance de visite devrait être évité autant que possible. Il est préférable d'avoir recours initialement à des techniques plus nuancées telles que l'assistance psychologique avec l'enfant avant l'exercice du droit de visite.
- Des services d'assistance tant pour l'enfant que pour la partie défenderesse devraient être rendus disponibles pour surmonter, le cas échéant, les dissensions relatives au droit de visite.
- Les tribunaux devraient être investis de compétence, surtout dans le cas des enfants plus âgés, pour demander un rapport établi par le psychologue/conseiller de l'enfant afin que le juge puisse correctement tenir compte des souhaits et des sentiments de l'enfant.

¹²⁰ Cf. op. cit., n° 29.

¹²¹ Cf. op. cit., n° 64.

8. Synthèse des recommandations générales en matière de bonnes pratiques

8.1 Principe clé : diligence

- Il est vital de traiter les demandes le plus rapidement possible.
- Les Autorités centrales devraient répondre à toutes les communications dans les délais les plus courts et accuser réception de toutes les demandes sans délai. L'utilisation de formulaires standard permettrait d'examiner rapidement les demandes de visite.
- Il faudrait convenir de délais pour l'examen des demandes de droit de visite. La période de six semaines indiquée dans la Convention de La Haye de 1980 semble être trop brève dans le contexte des procédures liées au droit de visite. La durée visée pour les cas de droit de visite devrait être comprise entre trois et six mois.
- Le nombre d'audiences doit être maintenu au strict minimum.

8.2 Obligations des Autorités centrales

Il est suggéré d'amender l'article 7(f) afin d'indiquer clairement que, le cas échéant, les Autorités centrales sont obligées d'entamer des procédures, elles-mêmes ou via un intermédiaire reconnu, afin de protéger le droit de visite devant une Autorité judiciaire ou administrative.

8.3. Examen initial des demandes

Le cas échéant, des exemplaires de la législation nationale de l'État contractant requérant traitant du droit de visite devraient être fournis. Le cas échéant, cette législation devrait être traduite dans la langue de l'État contractant requis.

8.4. Médiation

- Dans la mesure où un droit de visite obtenu à l'amiable a plus de chance de réussir, il faut encourager les solutions amiables via des mécanismes tels que la médiation. Il faudrait par conséquent prévoir des mécanismes qui permettraient une entrevue avec la partie défenderesse afin de débattre de la situation et de trouver une solution amiable.
- L'Autorité centrale ou un intermédiaire agissant au nom de celle-ci (avocat ou médiateur) doit tenter d'obtenir une résolution volontaire dans tous les cas où cela est indiqué.
- La médiation doit être limitée dans le temps (un mois maximum) afin d'éviter que la procédure ne soit prolongée indéfiniment.
- La médiation doit être confiée à des médiateurs spécialisés qui connaissent les conventions internationales.
- Le résultat final de la médiation doit pouvoir être formellement exécuté. Par conséquent, tout accord obtenu suite à la médiation doit être traduit en une ordonnance par consentement mutuel et enregistré ou reproduit dans l'État contractant requérant.

8.5. Examen judiciaire des demandes

8.5.1. PROCÉDURES JUDICIAIRES

- Un nombre limité de juristes experts devraient être invités à traiter les demandes de visite fondées sur la Convention de La Haye de 1980, de manière à développer la spécialisation. Les Autorités centrales devraient établir et maintenir à jour la liste de ces juristes.
- Les juges, tant au niveau de l'instance que de l'appel, devraient fermement superviser la progression des procédures concernant le droit de visite.
- Lorsque ceci est souhaitable (par exemple, lorsqu'il existe une distance géographique considé-

nable entre les États contractants requérant et requis et/ou lorsque les parties n'ont que des moyens financiers limités), la possibilité d'exécution du droit de visite par téléphone ou par courriel devrait aussi être envisagée.

- Lorsque la sécurité de l'enfant est en jeu, le tribunal devrait avoir le pouvoir discrétionnaire d'ordonner des mesures préventives telles que la supervision des visites ou la remise des passeports de l'enfant et de la partie défenderesse.
- Lorsque la sécurité de l'enfant n'est pas en cause et si cela paraît pratique, le tribunal devrait avoir le pouvoir discrétionnaire de permettre l'exécution du droit de visite à l'étranger.
- Les Autorités centrales devraient disposer d'un système de suivi pour vérifier la célérité et les résultats dans chaque cas.

8.5.2. ASSISTANCE ET FRAIS JURIDIQUES

- Lorsque ceci est possible, les consultations juridiques et la représentation par avocat devraient être gratuites pour les parties demanderesses.
- Lorsque les parties demanderesses ne sont pas représentées par l'Autorité centrale et doivent trouver un avocat privé, un réseau d'avocats disposés à représenter les parties demanderesses et les parties défenderesses ou à les conseiller gratuitement ou à des tarifs d'honoraires réduits devrait être constitué.
- Le nombre d'audiences doit être maintenu au minimum dans la mesure où le coût des procédures intégrant un élément d'extranéité est bien supérieur à celui des procédures n'intégrant pas un tel élément

8.5.3. EXÉCUTION DES ORDONNANCES DE VISITE

- Les tribunaux, tant au niveau de l'instance que de l'appel et, au niveau de l'exécution (si l'application de cette dernière s'avère différente), devraient établir et respecter des délais assurant la disposition diligente des demandes de visite.
- Les systèmes nationaux devraient assurer que les appels ne peuvent pas être utilisés pour retarder l'exécution des ordonnances de visite.
- Les États contractants devraient disposer d'un mécanisme efficace pour faire exécuter sans délais les ordonnances de visite.
- L'usage de la force physique contre l'enfant pour faire exécuter une ordonnance de visite devrait être évité autant que possible. Il est préférable d'avoir recours initialement à des techniques plus nuancées telles que l'assistance psychologique à l'enfant avant l'exécution du droit de visite.
- Des services d'assistance tant pour l'enfant que pour la partie défenderesse devraient être rendus disponibles pour surmonter, le cas échéant, les dissensions relatives au droit de visite.
- Les tribunaux devraient être investis de compétence, surtout dans le cas des enfants plus âgés, pour demander un rapport établi par le psychologue/conseiller de l'enfant afin que le juge puisse correctement tenir compte des souhaits et des sentiments de l'enfant.

8.6. Article 21

8.6.1. AMENDEMENT DE L'ARTICLE 21

Les différentes interprétations de l'article 21 sont sources d'incertitude et de pratiques qui divergent fortement. Nous recommandons dès lors les amendements suivants :

- L'obligation de protéger le droit de visite doit incomber tant aux tribunaux qu'aux Autorités centrales ;
- Le « droit de visite » doit être défini comme « un droit déjà octroyé dans un autre État contractant, de plein droit, suite à une ordonnance judiciaire ou administrative ou à un accord ayant force de loi » ;

- Le « droit de garde » devrait être présenté comme incluant « le droit de visite » ;
- Les parties demandresses disposant de droits de visite non limités devraient pouvoir invoquer l'article 21 pour établir et protéger un droit de visite défini ;
- Le manque de pouvoirs d'exécution doit également être envisagé et il faudrait prévoir des dispositions qui permettraient tant au tribunal d'origine qu'au tribunal d'exécution de modifier les ordonnances de visite ;
- Enfin, la nécessité d'un examen accéléré des demandes doit être intégrée expressément dans la Convention de La Haye de 1980.

8.6.2. INTERPRÉTATION UNIFORME DE L'ARTICLE 21

En l'absence d'une réforme, l'amélioration pourrait provenir d'une interprétation uniforme de l'article 21.¹²² Dans la mesure du possible, l'interprétation uniforme de l'article 21 doit comporter les points suivants :

- Imposition d'un devoir/une obligation claire aux tribunaux d'examiner les demandes de visite. Le « droit de visite » doit être un droit déterminé par une décision judiciaire ou administrative, par un accord ayant force de loi ou de plein droit ;
- Inclusion du « droit de visite » dans le « droit de garde » ;
- Permission accordée aux parties demandresses disposant de droits de visite non limités de pouvoir invoquer l'article 21 pour établir et protéger un droit de visite défini.

L'interprétation uniforme proposée de l'article 21 devrait déboucher sur une pratique qui garantirait le même traitement pour toutes les demandes de visite fondées sur la Convention de La Haye de 1980. Les autres avantages de l'approche suggérée comprennent :

- Les parties demandresses pourront bénéficier des dispositions généreuses en matière d'assistance et/ou de représentation juridique (comparables à celles octroyées dans les procédures de retour) ;
- Les demandes de visite fondées sur la Convention de La Haye de 1980 seront examinées rapidement ;
- Il n'y aura plus de discrimination à l'encontre des parties demandresses dont le droit de visite n'a pas été établi par une ordonnance judiciaire, mais plutôt par un accord ayant force de loi ou de plein droit.

¹²² L'Australie est un exemple de juridiction où l'interprétation avancée est d'ores et déjà mise en pratique (Cf. l'Article 5 du présent rapport). À cet égard, l'Australie dispose du meilleur modèle pour la résolution de litiges relatifs au droit de visite. L'article 21 est interprété comme engageant les tribunaux australiens et les affaires portant sur le droit de visite fondées sur la Convention de La Haye de 1980 sont entendues non pas selon la législation nationale mais plutôt selon les Règlements d'application qui soulignent le besoin de procédures rapides. La large interprétation des 'droits de visite' permet également aux demandeurs dont les droits de visite n'ont pas été mis en place par un ordre judiciaire de bénéficier de la procédure de la Convention de La Haye de 1980.

Charles B. Wang International Children's Building
699 Prince Street
Alexandria, Virginie 22314-3175
États-Unis

Tél : +1 (703) 274 3900

Fax : +1 (703) 274 2222

