

**Il faut NOMMER l'intérêt supérieur de l'enfant :
La Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de
l'enlèvement international d'enfants :
un exemple d'intérêt supérieur de l'enfant.**

Par Alain CORNEC
Avocat, Docteur en droit
VILLARD CORNEC & ASSOCIES Paris

Nommer un objet, c'est savoir s'en servir
(Paul Valéry)

Les termes « *l'intérêt supérieur de l'enfant* » trouvent une illustration concrète dans un instrument juridique international qui ne les contient pas : la Convention de la Haye XXVIII du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants ¹ Il est regrettable que cet intérêt supérieur réel soit aujourd'hui remis en question par la Cour Européenne des droits de l'Homme.

1 Une expression agaçante... mais qui fait partie du droit positif.

1.1. ... agaçante pour le juriste

Parler d' « *intérêt de l'enfant* » est peu satisfaisant pour le juriste. Mme le Professeur Rubellin Devichi écrivait naguère :

« donner au juge le droit de se déterminer en fonction de l'intérêt de l'enfant, c'est lui donner le droit de ne pas appliquer le droit »

Pour Bill Hilton, le tout premier spécialiste américain de la Convention de la Haye :

« l'intérêt de l'enfant, c'est un morceau de caoutchouc ;
le juge tire dessus pour lui donner la forme qu'il souhaite »

1.2. ... agaçante pour le traducteur

Alors l'intérêt « **supérieur** » ??? ² Cette traduction approximative de l'anglais « *best interests* » agace le traducteur.³ L'art 3 de la CDE / CRC dit dans sa version anglaise :

¹ http://hcch.e-vision.nl/index_fr.php?act=conventions.text&cid=24

² La première utilisation de cette expression dans une Convention de la Haye est dans l'exposé des motifs celle de 1993 sur l'adoption : Convaincus de la nécessité de prévoir des mesures pour garantir que les adoptions internationales aient lieu dans **l'intérêt supérieur de l'enfant** et le respect de ses droits fondamentaux, ainsi que pour prévenir l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants,

3.1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the **best interests of the child** shall be a primary consideration.

D'où le texte français. Pourtant « *best interests of the child* » n'a jamais voulu dire "intérêt supérieur de l'enfant" mais « *intérêt de l'enfant* ». Certains mots peuvent être creux, et c'est ici le cas de « *best* ».

Quand un mari anglais présente sa femme, il dit « *my better half* » (la meilleure moitié de moi-même) là où le français dit « *ma moitié* ». Ce qui ne rend pas nécessairement supérieure la femme du premier. Simplement l'anglais (l'homme ou la femme) pratique une forme de flatterie sociale. De même, le témoin du marié est le « *best man* » ce qui nous semble curieux. Le français voit une obligation de « *moyens* » là où l'anglais parle de « *best efforts* ».

Exemple pratique de l'emploi des termes en contexte anglais, qui montre la synonymie des termes « *interests* » et « *best interests* » et finalement le contresens de traduire « *best interests* » par « intérêt supérieur ». L'American Academy of Matrimonial Lawyers (AAML) qui regroupe des centaines d'avocats spécialisés en droit de la famille (aux lois légèrement différentes dans ce domaine dans chacun des 50 états) édite le « Divorce manual : a client handbook ». Voici ce que dit l'édition de novembre 2010 p 31 et 32 :

The lawyer-client relationship ... C - What you cannot expect from your lawyer :

La relation avocat-client Ce que vous ne pouvez pas attendre de votre avocat :

...

4 -Your lawyer may be reluctant to act against the *best interests* of your children.

4 - Votre avocat peut être réticent à agir contre l'intérêt de vos enfants

A lawyer's first duty is to look out for the client's *best interests*.

Le premier devoir d'un avocat est de préserver les intérêts de son client. [pas « supérieurs »]

Yet divorce lawyers are also concerned about the *welfare* of the children,

Pourtant les avocats de divorce prennent aussi en compte le bien être des enfants

and some ethical guidelines encourage lawyers

et certains guides de conduite éthique encouragent les avocats

to keep *the children's interests* in mind [pas "best"]

à prendre en compte l'intérêt des enfants.

Ce texte pratique emploie indifféremment « *interests* », « *best interests* » et « *welfare* ». Et il emploie à deux lignes d'écart "*best interests of the client*" / "*best interests of the children*". Il rappelle même que le "premier devoir de l'avocat" est envers son client. Personne ne voit de principe supérieur là dedans !! ni d'intérêt supérieur de l'enfant.

³ Jean Zermatten « L'intérêt supérieur de l'enfant » page 14 : http://www.dei-france.org/lettres_divers/2009/interet_superieur_enfant.pdf

L'hyperbole creuse ⁴ existe aussi en français. Quand un superlatif est inopérant, l'ajouter n'apporte rien de tangible. Exemple concret : un confrère avocat me communique des pièces. C'est normal (art 132 CPC)

Il m'y joint une lettre d'envoi m'en souhaitant « *bonne réception* ». Ca n'ajoute rien de concret à l'exécution de son devoir procédural, mais c'est aimable. ⁵

Certains m'en souhaitent « *excellente réception* », ce qui est par contre absurde : ou je reçois les pièces (donc implicitement « *bien* ») ou je ne les reçois pas du tout. Je ne peux pas les recevoir « *médiocrement* » ni « à moitié ». Et si d'aventure des confrères italiens me souhaitent que la réception des pièces soit « *excellantissime* » cela n'apporte toujours rien de plus.

L'intérêt « supérieur » de l'enfant paraît bien être du même ordre rhétorique.

1.3. ... agaçante pour le grammairien

On s'excuse par avance d'un rappel technique un peu pédant. On distingue classiquement les formes suivantes des adjectifs :

- le **positif**, forme de base non marquée : *haut*
- le **comparatif** qui établit une hiérarchie entre deux éléments:
 - le *comparatif de supériorité* : *plus haut*
 - le *comparatif d'égalité* : *aussi haut*
 - le *comparatif d'infériorité* : *moins haut*
- le **superlatif** qui exprime le plus haut degré d'une qualité, (en *supériorité* ou en infériorité). Selon qu'il fait ou non référence à une classe d'éléments, on distingue :
 - *superlatif relatif* : *le plus haut* (supériorité), *le moins haut* (infériorité)
 - *superlatif absolu* : *très haut* (supériorité), *très peu haut* (infériorité).

« *Supérieur* » est donc le superlatif ⁶ de « haut », déguisé en adjectif positif. Mais il n'est pas clair qu'il soit relatif ou absolu.

Où se place donc l'intérêt *supérieur* de l'enfant?

Est-ce un superlatif absolu ? l'intérêt de l'enfant est très important, nous en sommes tous d'accord. Mais est-ce d'une importance de pure forme comme pour les pièces *excellemment* communiquées ?

Ou un superlatif relatif ?? supérieur à *quoi* ? à *qui* ??

A quoi ? un premier élément de réponse relève du jugement de Salomon : face aux règlements de l'Etat, l'enfant est supérieur. C'est en substance la jurisprudence du Conseil d'Etat.

A qui ? Aux parents ? la question semble rester entière.

⁴ procédé rhétorique consistant à exagérer pour mieux frapper l'esprit

⁵ On ne verra pas dans le fait que la communication de pièce doit être « *spontanée* » une meilleure qualité psychologique, mais un impératif simple procédural chronologique...

⁶On ne peut pas envisager « plus supérieur » etc...

1.4. -... mais le Code civil nous lie.

Puisque le droit positif adopte l'expression d'« intérêt *supérieur* de l'enfant » (qu'on ne trouve pourtant nulle part dans le code civil), l'article 1157 du code civil nous ligote :

« Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun »

Puisqu'il semble y avoir deux sortes d'« intérêt de l'enfant » (l'ordinaire et le supérieur) il faut donc faire produire du sens à tout prix à cette différence, et l'arrêt du 18 mai 2005⁷ amène apparemment à invoquer la formule de façon incantatoire, sous peine de cassation disciplinaire.

Même sans certitude de trouver « l'intérêt supérieur de l'enfant » il est donc rassurant de trouver au moins une illustration concrète d'un « intérêt supérieur de l'enfant » :

2 La Convention de la Haye du 25 octobre 1980, exemple d'un intérêt « simple » et d'un intérêt « supérieur » de l'enfant⁸

2.1 Présentation rapide de la Convention de la Haye

La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 (éventuellement ci après « CH ») est entrée en vigueur en France en 1983 et aujourd'hui dans plus de 80 pays. Elle est remplacée dans le cadre européen par le Règlement dit « Bruxelles II bis » R 2203/2001.

Elle vise à rétablir la situation antérieure au déplacement illicite, interdisant toute décision judiciaire sur la « garde » par un autre juge que celui du lieu de résidence habituelle. Seul ce dernier peut statuer en fonction de l'intérêt du mineur.

Par une solution quasi-automatique de retour au « statu quo ante », de « réintégre »⁹, la Convention cherche à éviter à court terme la tentation du « kidnapping », qui permettait au parent enleveur de tirer de sa propre faute un avantage juridique ultérieur. Elle ne préjuge ni du droit applicable, ni de la compétence judiciaire, qui relèvent de la loi interne de chaque Etat, c'est-à-dire en fait la loi de l'Etat de résidence habituelle du mineur.

⁷ D 2005 p1909 n Egea et multiples autres commentaires

⁸ Alain CORNEC : Actualité du jugement de Salomon Comment ne pas trancher les enfants victimes d'un déplacement international Gaz. Pal. 6 décembre 1997

⁹ Art 1264 CPC : celui qui se fait justice lui-même en occupant le bien, immeuble d'autrui, par voie de fait doit remettre les choses en place avant de pouvoir faire juger l'affaire au fond

C'est donc un pas important pour éviter que l'un ou l'autre des parents n'ait la tentation de commettre une voie de fait : il ne sert à rien d'enlever l'enfant si celui-ci doit être renvoyé devant son « juge naturel », celui de sa résidence habituelle.

A côté du principe : (un enfant déplacé sans l'accord de ses parents ou du juge doit être renvoyé à son point de départ), de rares exceptions. Les premières ne nécessitent guère de développement.

- demande trop tardive du retour,
- refus de l'adolescent.
- L'acquiescement au déplacement ¹⁰
- Mais surtout, le retour peut être refusé s'il existe un risque grave ou une situation intolérable pouvant résulter du retour (CH article 13 b)

« Nonobstant les dispositions de l'article précédent, l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant, lorsque la personne, l'institution ou l'organisme qui s'oppose à son retour établit :

....

b) qu'il existe un **risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable.** »

Celui qui a emmené l'enfant peut donc chercher à faire échec à la Convention, dont l'application signifierait le retour de l'enfant dans son pays de résidence habituelle.

Le parent « fugitif » craint que la garde ne soit alors décidée dans un pays quitté dans de mauvaises conditions. Il craint l'absence d'objectivité des juges, et qu'ils soient a priori favorables à l'autre parent, le plus souvent national du pays. Il redoute la sanction de son départ.

Dans les années qui suivent l'entrée en vigueur de la Convention de la Haye dans un pays, les Tribunaux ont souvent cherché à ne pas appliquer la Convention, pour éviter un retour qui ne leur paraissait pas de *l'intérêt immédiat de l'enfant, apprécié dans le cadre habituel interne du divorce classique*, plutôt que dans le cadre restrictif de la Convention de La Haye. (infra 3.2)

Ainsi la Cour de Cassation approuvait-elle encore en 1999 une Cour d'appel d'avoir refusé le retour de deux enfants enlevés d'Allemagne par leur mère française, pour des motifs éloignés de l'art 13b de la Convention de la Haye . ¹¹

« Mais attendu que la cour d'appel, qui a justement retenu, par motifs propres et adoptés, que le risque de danger grave ou de création d'une situation intolérable, mentionnés par l'article 13, alinéa 1er, b, de la convention de La Haye du 25 octobre 1980 pour justifier le non-retour des enfants déplacés pouvaient résulter **d'un nouveau changement dans les conditions de vie des enfants, a souverainement décidé** que la séparation de sa mère d'un enfant de trois ans,

¹⁰ mais cassation d'un arrêt qui avait déduit l'accord pour le non-retour de pourparlers en cours de procédure, Horlander Cass. civ. 16/7/92 CP 92.676, Cf notre article « *Les enlèvements internationaux d'enfants* » GP 92 D 868 not. p. 870).

¹¹ 22 juin 1999 N° de pourvoi: 98-17902

ainsi que la rupture de la fratrie, comportaient un danger psychologique immédiat, et que le retour brutal des enfants en Allemagne les placerait, compte tenu de leur jeune âge, dans une situation intolérable » ;

Autrement dit, si l'on enlève un enfant, son simple retour est un risque grave en cas de retour au point de départ. Comme la Cour de cassation renvoie à l'appréciation souveraine du juge du fait sur ce point, tout est possible. Cette décision (T... c/L...) a amené le contre enlèvement des enfants par le père allemand, puis, après une réaction politique, une concertation entre les deux pays, une volonté commune d'appliquer réellement la CH et le net raffermissement des décisions qui appliquent désormais beaucoup plus souvent le texte et l'esprit de la Convention de la Haye.

Dans le cadre de l'article 13 (b), la défense du «déplaçant» consiste à présenter l'autre parent (qui demande le retour) comme odieux pour les enfants. Au parent demandeur, qui parle de «kidnapping» (ce qu'il ne ferait pas en droit interne), on répond que vivre avec lui constituerait un « risque grave », « intolérable » pour ses enfants.

On réintroduit ainsi, et même l'on majore, les comportements agressifs du divorce pour faute « à l'ancienne », avec un recul majeur : la faute invoquée n'est plus celle de l'autre époux, comme dans le divorce, mais un manquement commis contre l'enfant. Le défendeur au retour présente l'enfant comme victime de faits « *graves* » ou « *intolérables* » dont il accuse le parent demandeur. Toute partie à un tel procès doit être consciente de la dynamique délétère qui peut en résulter. Celui qui rentre dans un tel jeu tient-il vraiment compte de l'intérêt de l'enfant ?

2.2 La Convention de la Haye et les intérêts de l'enfant

La Convention de La Haye ne se penche expressément sur l'intérêt de l'enfant que dans le préambule :

Les Etats signataires de la présente Convention,
Profondément convaincus que **l'intérêt de l'enfant** ¹²est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde,
Désirant protéger l'enfant, **sur le plan international**, contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites et établir des procédures en vue de garantir le retour immédiat de l'enfant dans l'Etat de sa résidence habituelle, ainsi que d'assurer la protection du droit de visite,

C'est de l'**intérêt général abstrait** « de l'enfant » qu'il s'agit. La Convention ne porte pas sur l'intérêt de tel enfant de vivre ici ou là, avec son père ou sa mère, mais sur l'intérêt général des enfants de ne pas être déplacés par voie de fait, placé avant le choix concret du meilleur parent « gardien ».

¹² Le texte anglais parle de « interests of children »

Pourtant la notion est présente en permanence. Le rapport explicatif de la Convention de la Haye établi par Mme le Professeur Elisa Pérez Viera n° 20 et s. (reproduit en annexe) parle déjà d'intérêt supérieur de l'enfant tout en soulignant au n° 23 « la partie dispositrice de la convention ne contient **aucune allusion explicite à l'intérêt de l'enfant en tant que critère correcteur de l'objectif conventionnel** »

La Convention n'aborde l'intérêt de l'enfant qu'en creux dans l'article 13b (cité supra). Pour motiver le non-retour, le seul intérêt qui peut être pris en compte par le Tribunal est négatif : c'est le

« ...risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable.

« Grave » et « intolérable » sont des termes particulièrement lourds, dont on voit bien le caractère exceptionnel.

La Convention n'a pas pour objectif de permettre à long terme de choisir le meilleur parent à qui confier l'enfant, de maintenir les liens de l'enfant avec ses deux parents, ses deux pays, ses deux cultures. Elle forge le sabre de Salomon, qui peut trancher s'il le faut.

Le danger physique, la force majeure, constituent des soupapes de sécurité : on ne renvoie pas un enfant à Los Angeles pendant les tremblements de terre, ni à Sarajevo pendant la guerre, mais il a été jugé de nombreuses fois que la situation en Israël n'est pas un motif de non-retour. Mais au-delà de tels événements extérieurs de risque « *objectif* », jusqu'où va l'intolérable « *subjectif* » ? En clair, Papa (en France, le demandeur le plus fréquent au retour est un père étranger) est-il dangereux ?

Tous les coups sont permis pensent certains, sans prendre en compte le besoin de l'enfant de conserver des liens avec l'autre parent. C'est l'attitude de « la fausse mère » du procès du roi Salomon. Classiquement, violences conjugales et boisson sont alléguées pour motiver le refus de renvoyer l'enfant.¹³ Mais on voit aussi apparaître des accusations de violences physiques ou sexuelles sur les enfants.

Les accusations, vraies ou fausses, doivent être très lourdes, pour satisfaire le critère de « risque grave », seul suffisant pour faire obstacle au retour selon l'art. 13 (b). Des témoignages « *héroïques* » sont alors établis par les proches, qui n'auraient jamais été produits dans un divorce interne français actuel.

Certains pays considèrent que ces problèmes « subjectifs » relèvent, sauf les cas les plus extrêmes, de la décision du juge du lieu de résidence habituelle. D'autres Tribunaux se satisfont de la seule allégation d'un risque grave pour estimer ne pas

¹³ Arguments inefficaces

pouvoir «prendre le risque » d'y soumettre les enfants.

Même si tous les pourvois l'invoquent, aucune décision récente de la Cour de cassation ne refuse le retour en considération de « l'intérêt supérieur de l'enfant »

Quand elle le mentionne expressément (seulement à deux occasions dans les décisions ci-dessous) la Cour de cassation évoque abstraitement cette notion lorsqu'elle accorde le retour, sans lui donner un contenu concret.

20 octobre 2010 N° de pourvoi: 08-21161

8 juillet 2010 N° de pourvoi: 09-66406 ¹⁴

mercredi 17 juin 2009 N° de pourvoi: 07-16427

25 février 2009 N° de pourvoi: 08-18126 ¹⁵

10 juillet 2007 N° de pourvoi: 07-10190

13 juillet 2005 N° de pourvoi: 05-10519 05-10521

14 juin 2005 N° de pourvoi: 04-16942 ¹⁶

Elle rappelle en général que cet aspect relève de *l'appréciation souveraine* des premiers juges. Puisqu'aucun arrêt de la Cour de cassation rejetant un pourvoi de refus de retour n'existe depuis 2005, le praticien reste perplexe devant une notion vide de sens concret.

On est donc surpris de la décision récente (06 juillet 2010) apparemment à contre courant, de la Grande Chambre de la CEDH Neulinger & Shuruk c. Suisse ¹⁷ qui refuse le retour d'un enfant en Israël, au nom de son intérêt supérieur, mais après une longue procédure en Suisse dans le cadre de la Convention de la Haye, puis surtout trois ans devant la CEDH et une première décision en sens contraire. Les faits étaient spécialement lourds puisque le père, demandeur au retour n'avait en Israël qu'un droit de visite supervisé. Le résumé officiel de la décision est

L'ordre de retour prononcé par le Tribunal fédéral reposait sur une base légale suffisante et avait pour but légitime de protéger les droits et libertés de l'enfant et de son père. Au vu des changements survenus dans la situation de l'enfant et de la mère et exprimés dans l'ordonnance de mesures provisionnelles du tribunal d'arrondissement de Lausanne du 29 juin 2009, la Cour estime qu'il n'est pas dans

¹⁴ Ni les « efforts de réadaptation » qui seront nécessaires lors du retour ni le « choix de la résidence » joints à « l'intérêt supérieur de l'enfant » (3-1 CDE) invoqués par le demandeur au pourvoi ne recueillent un quelconque soutien judiciaire.

¹⁵ « que, prenant en considération *l'intérêt supérieur des enfants* dont l'absence de maturité ne permettait pas l'audition, la cour d'appel a, par une *appréciation souveraine* des faits et des circonstances, estimé que le retour immédiat des enfants en Afrique du Sud devait être ordonné »

¹⁶ Attendu que, sans avoir à répondre à un simple argument, la **cour d'appel a souverainement relevé**, après l'évocation des conditions de vie de l'enfant auprès de sa mère, qu'aucune attestation ne mettait en évidence une attitude dangereuse du père à l'égard de sa fille, que la preuve était établie qu'il n'était ni alcoolique, ni drogué, que l'état psychologique de l'enfant était satisfaisant, et que son père lui offrait, aux Etats-Unis, des conditions de vie favorables, avec l'assistance d'une personne diplômée d'une école d'infirmière ; **qu'il résulte de ces énonciations que l'intérêt supérieur de l'enfant a été pris en considération par la cour d'appel**, qui en a déduit, sans encourir les griefs du moyen, qu'il convenait d'ordonner le retour immédiat de l'enfant, en application de la Convention de La Haye ;

¹⁷ Arrêt no. 41615/07, 06 juillet 2010

l'intérêt supérieur de l'enfant de retourner en Israël. En effet, un retour constituerait un danger pour lui et ne pourrait se faire qu'avec sa mère pour ne pas risquer un traumatisme important.

Cette dernière subirait quant à elle une **ingérence disproportionnée dans son droit au respect de sa vie familiale** si elle était contrainte à repartir en Israël (ch. 89 - 151).

Conclusion: violation de l'art. 8 CEDH.

N.B. Cet arrêt de la Grande Chambre infirme la décision de la 1^o chambre, qui était arrivée à une conclusion différente par arrêt du 08.01.2009.

La Cour souligne :

141. La Cour n'a pas pour tâche de se substituer aux autorités compétentes dans l'examen de la question de savoir si l'enfant serait confronté à un risque grave de danger psychique, au sens de l'article 13 de la Convention de La Haye, en cas de retour en Israël. **En revanche, elle est compétente pour rechercher si les tribunaux internes, dans l'application et l'interprétation des dispositions de cette convention, ont respecté les garanties de l'article 8 de la Convention, en tenant notamment compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.**

Les commentateurs de cette décision regrettent ce retour à un « intérêt de l'enfant » « à l'ancienne » qualifié de « supérieur ». Peut-être faut-il y voir la conséquence de -cinq ans depuis le départ -- dont presque trois devant la CEDH ¹⁸ -- et qu'Israël, par une sévérité particulière, peut aboutir à une peine de prison très lourde pour le parent enleveur¹⁹. En tous cas, les « intérêts supérieurs » sont hiérarchisés et identifiés, même si on peine à comprendre en quoi l'intérêt de l'enfant primerait ici.²⁰ Au contraire, il semble que cette décision ne fasse plus de l'intérêt de l'enfant qu'un intérêt supérieur parmi d'autres.

C'est d'ailleurs la position prise par la Cour de Cassation (14 juin 2005 04-16942) dans la très fameuse affaire Washington, même si en l'espèce elle a ordonné le retour de l'enfant aux USA

La Chambre des Lords décide de même depuis l'affaire Re D (Abduction : Rights of Custody) [2006] UKHL 51 ; [2007] 1 AC 619 para 51. Elle a considéré que « l'on ne voyait pas comment le retour immédiat de l'enfant en Roumanie pourrait être de l'intérêt supérieur de celui-ci » ²¹. Position désormais formalisée :

« En vertu de l'Human Rights Act 1998 il est désormais illicite pour les tribunaux anglais, d'agir de façon incompatible avec les droits accordés par la CEDH. Ceci s'applique à un litige de la convention de la Haye comme à

¹⁸ Saisie le 26 septembre 2007

¹⁹ Selon la loi 5737/1977 (code pénal), articles 369 et suivants, la sanction en cas d'enlèvement peut être de 10 ou 20 ans, même en matière familiale. La CEDH a considéré que les assurances données par les autorités israéliennes sur l'absence de suite pénale en cas de retour en Israël étaient insuffisamment rassurantes (trop de conditions).

²⁰ n° 40 page 8 n° 110 p 32 et référence à la loi pénale israélienne 5737/1977 « Se pose dès lors la question de savoir qui prendrait en charge l'enfant dans l'hypothèse où sa mère serait poursuivie puis incarcérée. » (ibid p 48) ,

²¹ Le texte français de l'arrêt Neulinger parle « d'intérêt supérieur », le texte de la décision anglaise citée mentionne seulement une fois « the interests ».

n'importe quel autre »²²

La Finlande a le même point de vue.

Enfin la loi fédérale suisse « sur l'enlèvement international d'enfants et les conventions de la Haye sur la protection des enfants et des adultes » adoptée le 21 décembre 2007 clarifie certaines notions de la CH. En particulier, dans son article 5, elle précise les critères d'intolérabilité de l'article 13 b notamment lorsque

« a) le placement auprès du parent requérant n'est manifestement pas de l'intérêt de l'enfant... ».

On est bien loin du risque grave et de la situation intolérable. On assiste donc à un retour à la case départ : « l'intérêt supérieur » de la CDE est en train de tuer l'intérêt supérieur de l'enfant à ne pas être déplacé de la Convention de la Haye de 1980, en permettant de justifier le refus de retour.

Les annotateurs « non européens » (notamment deux praticiens notoires du domaine, Jeremy Morley²³ et David Hodson²⁴) soulignent combien est regrettable cette différence entre l'Europe et le reste des 50 pays où s'applique la CH 1980 et qui ne sont pas soumis à la CEDH. Si l'Europe applique un « intérêt supérieur de l'enfant » apprécié à l'aune du pays où est faite la demande de retour, c'en est bientôt fini de la Convention de la Haye. L'intérêt de l'enfant peut-il être à deux vitesses ? Les pays anglo-saxons donnent un grand poids à la réciprocité internationale. On peut donc craindre que des demandes de retour présentées hors UE par des parents européens ne se voient beaucoup plus facilement rejetées, en particulier aux USA.

3 CONCLUSION

Comme le sabre de Salomon, la Convention de La Haye ne tranche bien le litige que si elle ne tranche pas l'enfant : dans son intérêt, elle doit rester potentielle. Comme ce sabre, la Convention de La Haye est ambiguë : pour atteindre l'unité, elle menace de diviser. **Elle écarte l'intérêt immédiat « habituel » de l'enfant dans son intérêt supérieur à long terme.**

La peur du gendarme est le premier pas. Mais si le « déplaceur » ne cède pas amiablement, le sabre peut devenir réel. Et le juge du pays de refuge hésite devant une immense responsabilité : où couper ? que couper ? La réponse est claire : il faut trancher l'angoisse. Celle de l'enfant, des parents, du juge. **Et c'est une norme supérieure qui le fait, la convention internationale, au nom d'un intérêt supérieur nommé : ici le droit de l'enfant de ne pas être victime d'une voie de fait cautionnée par le Tribunal du pays de « refuge » .**

²² Cité in Re M (Children) (Abduction : Rights of Custody)[2007] UKHL 55 [2008] 1 AC 1288; Incadat HC/E/UK 937. La baronne Hale, qui prononça la sentence au nom de l'opinion majoritaire de la Chambre des Lords refusa de suivre les allégations concernant l'article 20 CH et la CEDH. Elle estima que renvoyer les enfants contre leur gré emporterait une plus grande violation de leurs droits que le rejet de la demande de retour ne présenterait pour le père. Le calcul comparatif de la proportionnalité de l'ingérence dans les droits du père d'un côté et de la mère et les enfants de l'autre conduisait au même résultat.

²³ Qui pratique à New York Auteur de International Family Law practice.

²⁴ Qualifié en Angleterre et en Australie, auteur de A practical Guide to International Family Law

La Convention de la Haye du 25 octobre 1980 a bien posé comme principe de base l'intérêt de l'enfant (en français) ou des enfants (texte anglais). Puis elle passe à l'application sans employer ces mots, sauf une fois (préambule) .

L'intérêt « ordinaire », banal de l'enfant est sûrement d'être élevé dans le meilleur contexte possible, et surtout de ne pas être renvoyé dans l'enfer « intolérable » de l'art 13 (b). Mais l'intérêt supérieur de l'enfant, celui qui sous-tend la convention, c'est le droit de ne pas être déplacé par voie de fait, de conserver ses liens avec ses deux parents.

La Convention de la Haye de 1980 s'appuie donc bien sur un intérêt supérieur (implicite mais réel), supérieur à l'intérêt de l'enfant dans son sens habituel. (cf. art. 1157 C.Civ). Il est donc tout à fait regrettable que la CEDH revienne en arrière vers un « intérêt de l'enfant » qui, pour être qualifié de « supérieur », n'est que trop banalement « à l'ancienne ».

Et si l'on veut en droit interne que les mots aient un sens, s'il faut une hiérarchie des normes, on ne peut se contenter d'invoquer un « intérêt supérieur » abstrait et vide de sens. Il faut au moins NOMMER l'intérêt supérieur dont on parle.

Alain CORNEC
28/10/2010

Rapport explicatif de Mlle Elisa Pérez-Vera

<http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28.pdf>

C. Importance accordée à l'intérêt de l'enfant

20 Avant tout, il est nécessaire de justifier les raisons qui nous amènent à insérer l'examen de ce point dans le contexte des considérations sur l'objet de la Convention. Elles apparaissent clairement si l'on considère, d'une part que

l'intérêt de l'enfant est souvent invoqué à ce sujet, et d'autre part que l'on pourrait argumenter que l'objectif conventionnel touchant au retour de l'enfant devrait toujours être subordonné à la prise en considération de son intérêt.

21 A cet égard, il a été à juste titre mis en relief que «la norme juridique reposant sur «l'intérêt supérieur de l'enfant» est, à première vue, d'une telle imprécision qu'elle ressemble davantage à un paradigme social qu'à une norme juridique concrète. Comment étoffer cette notion pour décider quel est l'intérêt *final* de l'enfant sans faire des suppositions qui ne prennent leur source que dans le contexte moral d'une culture déterminée? En introduisant le mot «final» dans l'équation, on fait aussitôt naître de sérieux problèmes, puisque l'énoncé général de la norme ne permet pas de savoir clairement si «l'intérêt» de l'enfant qu'il faut protéger est celui qui suit immédiatement la décision, ou celui de son adolescence, de son existence de jeune adulte, de son âge mûr ou de sa vieillesse».¹²

22 D'autre part, on ne doit pas oublier que c'est en invoquant «l'intérêt supérieur de l'enfant» que souvent, dans le passé, les juridictions internes ont accordé finalement la garde en litige à la personne qui l'avait déplacé ou retenu illicitement. Il a pu se trouver que cette décision soit la plus juste; nous ne pouvons cependant pas ignorer le fait que le recours, par des autorités internes, à une telle notion implique le risque de traduire des manifestations du particularisme culturel, social, etc., d'une communauté nationale donnée et donc, au fond, de porter des jugements de valeur subjectifs sur l'autre communauté nationale d'où l'enfant vient d'être arraché.

23 Pour les motifs invoqués, parmi d'autres, la partie positive de la Convention ne contient aucune allusion explicite à l'intérêt de l'enfant en tant que critère correcteur de l'objectif conventionnel qui vise à assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement. Cependant, il ne faudrait pas déduire de ce silence que la Convention ignore le paradigme social qui proclame la nécessité de prendre en considération l'intérêt des enfants pour régler tous les problèmes les concernant. Bien au contraire, dès le préambule, les Etats signataires déclarent être «profondément convaincus que l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde»; c'est précisément dans cette conviction qu'ils ont élaboré la Convention, «désirant protéger l'enfant, sur le plan international, contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites».

24 Ces deux paragraphes du préambule reflètent assez clairement quelle a été la philosophie de la Convention à cet égard, philosophie que l'on pourrait définir comme suit: la lutte contre la multiplication des enlèvements internationaux d'enfants doit toujours être inspirée par le désir de protéger les enfants, en se faisant l'interprète de leur véritable intérêt. Or, parmi les manifestations les plus objectives de ce qui constitue l'intérêt de l'enfant figure le droit de ne pas être déplacé ou retenu au nom de droits plus ou moins discutables sur sa personne. En ce sens, il est souhaitable de rappeler la Recommandation 874 (1979) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dont le premier principe général dit que «les enfants ne doivent plus être considérés comme la propriété de leurs parents, mais être reconnus comme des individus avec leurs droits et leurs besoins propres».¹³

En effet, comme l'a souligné M. Dyer, dans la littérature consacrée à l'étude de ce problème, «l'opinion qu'on y trouve le plus souvent exprimée est que la véritable victime d'un «enlèvement d'enfant» est l'enfant lui-même. C'est lui qui pâtit de perdre brusquement son équilibre, c'est lui qui subit le traumatisme d'être séparé du parent qu'il avait toujours vu à ses côtés, c'est lui qui ressent les incertitudes et les frustrations qui découlent de la nécessité de s'adapter à une langue étrangère, à des conditions culturelles qui ne lui sont pas familières, à de nouveaux professeurs et à une famille inconnue». ¹⁴

25 Il est donc légitime de soutenir que les deux objectifs de la Convention — l'un préventif, l'autre visant la réintégration immédiate de l'enfant dans son milieu de vie habituel — répondent dans leur ensemble à une conception déterminée de «l'intérêt supérieur de l'enfant». Cependant, même dans l'optique choisie, il fallait admettre que le déplacement d'un enfant peut parfois être justifié par des raisons objectives touchant soit à sa personne, soit à l'environnement qui lui était le plus proche. De sorte que la Convention reconnaît certaines exceptions à l'obligation générale assumée par les Etats d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement. Pour la plupart, ces exceptions ne sont que des manifestations concrètes du principe trop imprécis qui proclame que l'intérêt de l'enfant est le critère vecteur en la matière.

26 D'ailleurs, la réglementation du droit de visite répond aussi au souci de fournir aux enfants des rapports familiaux aussi complets que possible, afin de favoriser un développement équilibré de leur personnalité. Pourtant, ici encore les avis ne sont pas unanimes, ce qui met une fois de plus en relief le caractère ambigu du principe de l'intérêt de l'enfant. En effet, à l'encontre du critère admis par la Convention, certaines tendances soutiennent qu'il est préférable pour l'enfant de ne pas avoir de contacts avec ses deux parents quand le couple est séparé *de jure* ou *de facto*. A cet égard, la Conférence a été consciente du fait qu'une telle solution peut parfois s'avérer la plus souhaitable. Tout en sauvegardant la marge d'appréciation des circonstances concrètes inhérente à la fonction judiciaire, la Conférence a néanmoins préféré l'autre option et la Convention fait prévaloir sans équivoque l'idée que le droit de visite est la contrepartie naturelle du droit de garde; contrepartie qui, par conséquent, doit en principe être reconnue à celui des parents qui n'a pas la garde de l'enfant.