



EUROMED  
JUSTICE

A programme funded by  
the European Union

# EUROMED JUSTICE

## Étude comparative sur l'application par les juges nationaux religieux et civils des normes internationales relatives à l'intérêt supérieur de l'enfant

ALGÉRIE  
ÉGYPTE  
ISRAËL  
JORDANIE  
LIBAN  
MAROC  
PALESTINE  
TUNISIE



Experts EuroMed Justice: Mme Juliane Hirsch (Allemagne),  
Dr Roberta Ribeiro Oertel (EIPA Luxembourg), M. Ahmed Bakry (Égypte)  
et Dr Dolly Hamad (Liban-Tunisie)

Lead Firm /Chef de file



**AUTEUR(S):**

Ce Manuel a été écrit par Mme Juliane Hirsch (Allemagne), Dr Roberta Ribeiro Oertel (EIPA Luxembourg), M. Ahmed Bakry (Égypte) et Dr Dolly Hamad (Liban-Tunisie).

**EDITEUR ET COORDINATEUR:**

Virgil Ivan-Cucu, Expert principal EuroMed Justice, conférencier à EIPA Luxembourg.

**VERSIONS LINGUISTIQUES**

Originale : EN

Manuscrit finalisé en mars 2019

**CLAUSE DE NON-RESPONSABILITÉ**

Les informations contenues dans cette étude comparative reposent sur les recherches et informations fournies par les experts assignés, ainsi que les représentants des Pays Partenaires du Voisinage Sud, dans le contexte des travaux réalisés dans le cadre des sessions du Groupe de travail Enfant du Projet Euromed Justice sur 'l'application par les juges nationaux religieux et civils des normes internationales relatives à l'intérêt supérieur de l'enfant', à l'exception du Liban. Conformément au droit libanais, aucun juge ou représentant libanais n'a contribué à ce travail de quelque façon. Le Consortium chargé de la mise en œuvre du Projet ne peut être tenu responsable de leur exactitude, de leur actualité ou de leur exhaustivité, ni rendu responsable des erreurs ou omissions éventuelles contenues dans ce document.

Cette publication a été réalisée avec le soutien de la Commission européenne. Le contenu de cette publication ne peut en aucun cas être interprété comme reflétant le point de vue de la Commission européenne.

**COPYRIGHT**

La reproduction et la traduction à des fins non-commerciales est autorisée, dès lors que la source est mentionnée et assortie de la mention suivante : « EuroMed Justice est projet de l'UE encourageant la coopération judiciaire internationale dans l'espace euro-méditerranéen ». Prière de bien vouloir en informer EuroMed Justice et d'envoyer une copie à l'adresse suivante : [info@euromed-justice.eu](mailto:info@euromed-justice.eu).

[www.euromed-justice.eu](http://www.euromed-justice.eu)



# Table des matières

REMERCIEMENTS .....	8
LISTE D'ABRÉVIATIONS DES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX, RÉGIONAUX ET BILATÉRAUX CITÉS DANS LA PRÉSENTE ÉTUDE COMPARATIVE.....	9
INTRODUCTION .....	13
TERMINOLOGIE .....	15
<b>PARTIE I. LE CONTEXTE JURIDIQUE INTERNATIONAL. SOLUTIONS AUX CONFLITS FAMILIAUX TRANSFRONTALIERS DANS LES RÉGIONS EUROPÉENNES ET DU SUD DE LA MÉDITERRANÉE – INTERPRÉTATION DES DROITS DE L'ENFANT - JURISPRUDENCE, Roberta Ribeiro Oertel et Juliane Hirsch .....</b>	<b>21</b>
<b>A. L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT DANS LES INSTRUMENTS DE PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME ET DANS LA CNUDE - ROBERTA RIBEIRO OERTEL.....</b>	<b>23</b>
1. Évolution des droits de l'enfant dans les instruments de protection des droits de l'homme au niveau européen .....	23
a) Les Conventions du Conseil de l'Europe .....	24
i) <i>La Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants.</i> .....	25
ii) <i>La Convention sur les relations personnelles concernant l'enfant.</i> .....	26
b) La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.....	27
2. Évolution des droits de l'enfant dans les instruments de protection des droits de l'homme touchant les pays partenaires de l'IEV Sud .....	28
a) La protection de l'enfant dans les instruments propres au continent africain .....	28
b) La protection des droits de l'enfant dans le cadre de la Ligue des États Arabes .....	30
3. La portée et la mise en œuvre du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la CNUDE ..	31
a) Le rôle du Comité international des droits de l'enfant .....	33
b) L'émergence de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la CNUDE.....	34
i) <i>La fonction du concept d'intérêt supérieur de l'enfant</i> .....	35
ii) <i>La prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes les décisions.</i> .....	36
<b>B. COMMENT LES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX, RÉGIONAUX ET BILATÉRAUX DE RÉSOLUTION DES CONFLITS FAMILIAUX TRANSFRONTALIERS CONTRIBUENT À PROTÉGER L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT, Juliane Hirsch .....</b>	<b>38</b>
1. Les instruments internationaux de résolution des conflits familiaux transfrontaliers .....	38
a) La Convention de La Haye de 1980 relative à l'enlèvement d'enfants et la Convention de La Haye de 1996 relative à la protection des enfants. ....	38

i) La Convention de La Haye de 1980 relative à l'enlèvement d'enfants . . . . .	38
ii) La Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants . . . . .	42
b) La Convention de La Haye de 2007 sur les aliments et le Protocole de La Haye de 2007 . . . . .	44
i) La Convention de La Haye de 2007 sur les aliments destinés aux enfants . . . . .	44
ii) Le Protocole de La Haye de 2007 . . . . .	45
2. Instruments régionaux . . . . .	45
a) Instruments de l'Union européenne. . . . .	45
i) Règlement européen Bruxelles II bis . . . . .	45
ii) Le règlement de l'UE sur les obligations alimentaires . . . . .	47
b) Instruments du Conseil de l'Europe - Convention du Conseil de l'Europe de 1980 sur la garde . . . . .	47
c) Instruments régionaux approuvés par la Conférence arabe des ministres de la Justice – La Convention arabe de Riyad relative à l'entraide judiciaire. . . . .	48
3. Conventions bilatérales . . . . .	49
<b>C. RÉGION EUROPÉENNE - JURISPRUDENCE DE LA COUEDH ET DE LA CJUE, Juliane Hirsch. . . . .</b>	<b>51</b>
1. Aperçu des compétences de la CouEDH et de la CJUE en matière de droits de l'enfant. . . . .	51
a) La CouEDH. . . . .	51
b) La CJUE . . . . .	52
2. La jurisprudence de la CouEDH. . . . .	53
3. Jurisprudence de la CJUE. . . . .	58
<b>D. EXEMPLES POUR LES ÉTATS EUROPÉENS CONCERNANT L'APPLICATION DE L'ARTICLE 3 DE LA CNUDE . . . . .</b>	<b>61</b>
1. Allemagne - Juliane Hirsch. . . . .	61
2. France - Roberta Ribeiro Oertel . . . . .	63
a) L'application de la CNUDE en France. . . . .	63
b) Intérêt supérieur de l'enfant et droit de l'enfant d'être entendu . . . . .	64
c) Intérêt supérieur de l'enfant et retour immédiat de l'enfant. . . . .	65
<b>PARTIE II. ANALYSE COMPARATIVE - PAYS PARTENAIRES DU SUD</b>	
<b>A. ANALYSE COMPARATIVE EGYPTTE, ISRAËL, JORDANIE ET PALESTINE, Ahmed Bakry. . . . .</b>	<b>68</b>
Méthodologie : . . . . .	68
1. Les juridictions compétentes dans les affaires familiales transfrontalières en rapport avec les enfants . . . . .	69

a) Juridictions compétentes, juges spécialistes, tribunaux spécialisés et concentration de compétence (questions : A.1-A.4 et A.6-A.9) . . . . .	69
b) Impact de la nationalité et de la religion sur la détermination de la juridiction compétente (question A.5) . . . . .	73
i) <i>Impact de la nationalité</i> . . . . .	73
ii) <i>Impact de la religion</i> . . . . .	73
c) Les conflits de juridiction . . . . .	74
i) <i>Conflit interne de juridiction/compétence (question A.10)</i> . . . . .	74
ii) <i>Conflit international de juridiction/compétence (question A.11)</i> . . . . .	76
2. L'application des articles 3, 9, 10 et 12 de la CNUDE . . . . .	77
a) L'application du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et les aspects particuliers de droit de procédure . . . . .	77
i) <i>La mise en œuvre du principe de l'article 3 de la CNUDE et son application en droit interne (question B.3)</i> . . . . .	77
ii) <i>Les facteurs pris en compte pour l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les affaires concernant la garde et le contact</i> . . . . .	81
b) L'application de l'article 12 . . . . .	87
i) <i>La consécration des principes énoncés à l'article 12 de la CNUDE et leur application en droit interne (question C.1)</i> . . . . .	87
ii) <i>A partir de quel âge les enfants sont-ils entendus (question C.2)</i> . . . . .	89
iii) <i>La personne en charge d'entendre l'enfant (question C.3)</i> . . . . .	92
iv) <i>La prise en compte de l'opinion de l'enfant dans la détermination de son intérêt supérieur (question C.4)</i> . . . . .	93
c) Le Comité des droits de l'enfant - observations générales et finales (questions B.1-B.2) . . . . .	94
3. La résolution des conflits à l'amiable . . . . .	95
a) La mise en œuvre des accords parentaux en matière de garde et de contact (question D.1) . . . . .	95
b) La possibilité de désigner un point de contact central pour la médiation familiale internationale (question D.2) . . . . .	98
4. Le déplacement et le non-retour illicites transfrontaliers . . . . .	98
a) Les recours disponibles/mécanismes applicables (questions E.1-E.2) . . . . .	98
b) Les procédures . . . . .	102
i) <i>Le délai (questions E.4-E.6)</i> . . . . .	102
ii) <i>La garantie de contact entre parent et enfant (question E.7)</i> . . . . .	102
iii) <i>L'audition de l'enfant (question E.8)</i> . . . . .	103
iv) <i>La possibilité de nomination d'un représentant légal (question E.9)</i> . . . . .	103
5. L'exécution des décisions étrangères en matière de garde et de contact . . . . .	104
a) La juridiction ou l'autorité compétente de l'exequatur (question F.1) . . . . .	104
b) Les mécanismes de garantie de l'exécution d'une décision étrangère . . . . .	105
i) <i>Les mécanismes existants (question F.2)</i> . . . . .	105

ii) Le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant (question F.3) . . . . .	107
iii) La possibilité de communication avec les points de contact centraux (question F.4) . . . . .	107
<b>B. ANALYSE COMPARATIVE ALGÉRIE, LIBAN, MAROC ET TUNISIE, Dolly Hamad . . . . .</b>	<b>109</b>
1. Les juridictions compétentes dans les affaires familiales transfrontalières . . . . .	110
a) Juridiction compétente, juges spécialistes, tribunaux spécialisés et concentration de compétence (questions : A.1-A.4, A.6-A.9) . . . . .	111
b) Impact de la nationalité et de la religion sur la détermination de la juridiction compétente (question A.5) . . . . .	115
i) Impact de la nationalité . . . . .	115
ii) Impact de la religion . . . . .	116
c) Les conflits de juridiction . . . . .	117
i) Conflit interne de compétence/de juridiction (question A.10) . . . . .	117
ii) Conflit international de compétence/de juridiction (question A.11) . . . . .	118
2. L'application des articles 3, 9, 10 et 12 de la CNUDE . . . . .	119
a) L'application du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant . . . . .	120
i) La mise en œuvre du principe de l'article 3(1) de la CNUDE et son application en droit interne (question B.3) . . . . .	120
ii) Les facteurs pris en compte pour l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans des affaires concernant la garde et le contact . . . . .	121
iii) Le délai pour obtenir une décision concernant la garde (question B.10) . . . . .	128
b) L'application de l'article 12 . . . . .	129
i) L'introduction des principes de l'article 12 de la CNUDE en droit interne (question C.1) . . . . .	129
ii) A partir de quel âge les enfants sont-ils entendus ? (question C.2) . . . . .	130
iii) La personne en charge d'entendre l'enfant (question C.3) . . . . .	132
iv) La prise en compte de l'opinion de l'enfant dans la détermination de son intérêt supérieur (question C.4) . . . . .	133
c) Le Comité des droits de l'enfant - observations générales et finales (questions B.1-B.2) . . . . .	135
3. La résolution des conflits à l'amiable . . . . .	137
a) La mise en œuvre des accords parentaux en matière de garde et de contact et l'intérêt supérieur de l'enfant (question D.1) . . . . .	137
b) La possibilité de désigner un point de contact central pour la médiation familiale internationale (question D.2) . . . . .	139
4. Le déplacement et le non-retour illicites transfrontaliers . . . . .	140
a) Les recours disponibles / mécanismes applicables (questions E.1-E.2) . . . . .	140
b) Les procédures . . . . .	145
i) Le délai (questions E.4-E.6) . . . . .	145
ii) La garantie de contact entre parent et enfant (question E.7) . . . . .	146
iii) L'audition de l'enfant (question E.8) . . . . .	148
iv) La possibilité de nomination d'un représentant légal (question E.9) . . . . .	148

# EUROMED JUSTICE

---

5. L'exécution des décisions étrangères en matière de garde et de contact. ....	149
a) La juridiction ou l'autorité compétente de l'exequatur (question F.1).....	149
b) Les mécanismes de garantie de l'exécution d'une décision étrangère.....	151
i) <i>Les mécanismes existants (question F.2)</i> .....	151
ii) <i>Le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant (question F.3)</i> .....	153
iii) <i>La possibilité de communication avec les points de contact centraux (question F.4)</i> .....	154
6. Observations finales.....	154
<b>RECOMMANDATIONS</b> .....	<b>156</b>
<b>ANNEXE – QUESTIONNAIRE</b> .....	<b>158</b>

## Remerciements

1. C'est avec beaucoup de plaisir que les experts court-terme senior présentent les résultats de la première Étude comparative sur l'application par les juges religieux et séculiers des normes internationales relatives à l'intérêt supérieur de l'enfant dans la région sud de l'IEV visant, en particulier, à offrir une vision réaliste de la manière dans laquelle les différentes juridictions de la région appliquent le concept de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les litiges familiaux transfrontaliers. Les résultats de cet effort sont collectifs, et chaque personne ayant rendu ce travail possible devrait être remerciée à part entière.
2. Les premiers remerciements s'adressent aux juges séculiers et religieux des PPVS de l'IEV ayant participé au moins à l'une des réunions du Groupe de travail et dont la sagesse et expérience, en plus de leur engagement dans le projet EuroMed Justice, ont été essentiels pour la réalisation de cette Étude comparative. Par le partage de leur expérience professionnelle et de leurs connaissances lors des discussions du Groupe de travail, ainsi que les réponses approfondies au questionnaire, les juges participants ont aidé les experts court-terme à mieux saisir la façon dont les juges religieux et séculiers nationaux appliquent les normes internationales relatives à l'intérêt supérieur de l'enfant.
3. En outre, il convient de mentionner spécialement le soutien continu de la Conférence de la Haye de droit international privé au travail d'EuroMed Justice. La Conférence de la Haye a déjà, lors des projets précédents, EuroMed I, II et III, dans toute la mesure du possible, partagé son expertise dans le domaine du droit international de la famille et favorisé, par tous les moyens possibles, les synergies entre le travail de l'organisation et celui d'EuroMed Justice, en encourageant notamment les liens avec le processus de Malta engagé par la Conférence de La Haye. Des remerciements tout particuliers sont adressés au Secrétaire général de la Conférence de La Haye, Christophe BERNASCONI, au Premier Secrétaire de la Conférence de La Haye, Philippe LORTIE, au collaborateur juridique de la Conférence de La Haye, Frédéric BREGER et à la collaboratrice juridique senior de la Conférence de La Haye, Maja GROFF, pour leur soutien au projet EuroMed IV.
4. Nous tenons à étendre nos remerciements à l'équipe du projet EuroMed : Victoria PALAU, cheffe d'équipe ; Virgil IVAN-CUCU, Renforcement des capacités ; Dania SAMOUL, Coordinatrice ; et les responsables de l'organisation logistique, Diana GALISTEO DEL POZO et Valérie BERNAL QESNEL. Ils doivent être félicités pour avoir fait, par leur professionnalisme et engagement personnel colossal, de chaque réunion du Groupe de travail un succès.

Juliane Hirsch,  
Roberta Ribeiro Oertel,  
Dolly Hamad,  
Ahmed Bakry El Sayed,

**Experts court terme senior**

## Liste d'abréviations des instruments internationaux, régionaux et bilatéraux cités dans la présente étude comparative

INSTRUMENTS INTERNATIONAUX	
CNUDE	<i>Convention des Nations unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant<sup>1</sup></i>
Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants	<i>Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants<sup>2</sup></i>
Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants	<i>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<sup>3</sup></i>
Convention de La Haye de 2007 sur les aliments	<i>Convention du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille<sup>4</sup></i>
Protocole de La Haye de 2007	<i>Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires<sup>5</sup></i>

INSTRUMENTS RÉGIONAUX	
Instrument de la région africaine	
Charte africaine des droits de l'homme	<i>Charte africaine des droits de l'homme et des peuples<sup>6</sup></i>
Charte africaine des droits de l'enfant	<i>Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant<sup>7</sup></i>

1. Voir le texte de la Convention et des informations supplémentaires sur le site internet des Nations unies < <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018). Tous les pays partenaires de l'IEV Sud tout comme les États membres de l'Union européenne (EU) ont signé et ratifié cette Convention.

2. Voir le texte de la Convention, l'état des ratifications et des informations supplémentaires sur le site internet de la Conférence de La Haye < <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=24> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018). La Convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants est ouverte à la signature de tous les États et est en vigueur dans 98 États (état de ratification du 1<sup>er</sup> avril 2018). Tous les États membres de l'UE ont ratifié cette Convention, et parmi les Pays partenaires du sud participant à l'IEV, Israël, le Maroc et la Tunisie sont des États parties.

3. Voir le texte de la Convention, l'état des ratifications et des informations supplémentaires sur le site internet de la Conférence de la Haye < <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=70> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018). La Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants est ouverte à la signature de tous les États et est en vigueur dans 47 États (état de ratification du 1<sup>er</sup> avril 2018). Tous les États membres de l'UE ont ratifié cette Convention, et parmi les Pays partenaires du sud participant à l'IEV le Maroc est le seul État partie.

4. Voir le texte de la Convention, l'état des ratifications et des informations supplémentaires sur le site internet de la Conférence de la Haye < <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=131> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018). La Convention de La Haye de 2007 sur les aliments est ouverte à la signature de tous les États et est en vigueur dans 38 États (état de ratification du 1<sup>er</sup> avril 2018). Tous les États membres de l'UE ont ratifié cette Convention, sauf le Danemark. Aucun Pays partenaire du sud participant à l'IEV est signataire de cette Convention.

5. Voir le texte du Protocole, l'état de ratifications et des informations supplémentaires sur le site internet de la Conférence de la Haye < <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=133> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018). Le Protocole est en vigueur dans 29 États.

6. La Charte africaine est également dénommée la « Charte de Banjul ». Voir le texte de la Charte et l'état des ratifications dans le site internet de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples < <http://www.achpr.org/instruments/achpr/> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018). La Charte a été ratifiée par 53 pays (état de ratification le 1<sup>er</sup> avril 2018) dont l'Algérie et l'Égypte.

7. Adoptée par l'Organisation de l'Union africaine le 1<sup>er</sup> juillet 1990. Le texte de la Charte et l'état actuel de cette dernière sont disponibles sur le site internet de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples < <http://www.achpr.org/fr/instruments/> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

## INSTRUMENTS DES ÉTATS ARABES

Convention de Riyad relative à l'entraide judiciaire	<i>Convention arabe de Riyad relative à l'entraide judiciaire</i> <sup>8</sup>
Charte arabe des droits de l'homme	<i>Charte arabe des droits de l'homme du 22 mai 2004</i> <sup>9</sup>
Pacte de l'enfant arabe	<i>Pacte de droits de l'enfant arabe</i> <sup>10</sup>

## INSTRUMENTS DE L'UNION EUROPÉENNE

Charte des droits fondamentaux de l'UE	<i>Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2010/C 83/02)</i> <sup>11</sup>
Règlement européen Bruxelles II bis	<i>Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale</i> <sup>12</sup>
Règlement européen sur les obligations alimentaires	<i>Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires</i> <sup>13</sup>

## INSTRUMENTS DE LA RÉGION EUROPÉENNE AU SENS PLUS LARGE

Convention européenne des droits de l'homme	<i>Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950</i> <sup>14</sup>
Convention européenne sur la garde	<i>Convention européenne du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants</i> <sup>15</sup>
Convention du Conseil de l'Europe sur l'exercice des droits des enfants	<i>Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants du 25 janvier 1996 du Conseil de l'Europe</i> <sup>16</sup>
Convention du Conseil de l'Europe sur les relations personnelles	<i>Convention sur les relations personnelles concernant les enfants du 15 mai 2003 du Conseil de l'Europe</i> <sup>17</sup>

8. Approuvée par la Conférence arabe des ministres de la Justice le 6 avril 1983. Disponible en français en ligne à l'adresse suivante < [https://www.mjjustice.dz/html/conventions\\_judic\\_fr/conv\\_ar-ryad\\_entraid\\_jud.pdf](https://www.mjjustice.dz/html/conventions_judic_fr/conv_ar-ryad_entraid_jud.pdf) > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

9. Disponible en français en ligne à l'adresse suivante < <https://www.unige.ch/formcont/dh/dhBiblio/CharteArDH.pdf> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

10. Le Pacte des droits de l'enfant arabe de 1983 est disponible sur internet en langue arabe < <http://www.lasportal.org/ar/Pages/default.aspx> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

11. Le texte de la Charte est disponible à l'adresse suivante : < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:FR:PDF> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

12. Le texte du règlement est disponible à l'adresse suivante : < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:338:0001:0029:FR:PDF> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

13. Le texte du règlement est disponible à l'adresse suivante : < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:007:0001:0079:FR:PDF> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

14. Le texte de la convention est disponible à l'adresse suivante < <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018). Tous les 47 États membres du Conseil de l'Europe, y compris tous les États membres de l'UE ont signé et ratifié cette Convention.

15. Le texte de la convention est disponible à l'adresse suivante < <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/105> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018). Actuellement, 37 États ont ratifié cette Convention (état des ratifications le 1<sup>er</sup> avril 2018), y compris tous les États membres de l'UE, à l'exception de la Slovaquie.

16. Le texte de la convention est disponible à l'adresse suivante : < <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/160> >. Actuellement, 20 États ont ratifié cette Convention (état des ratifications le 1<sup>er</sup> avril 2018), y compris les États membres de l'UE tels que : l'Autriche, Chypre, la République Tchèque, la Finlande, la France, l'Allemagne, la Grèce, l'Italie, Lettonie, Malte, la Pologne, le Portugal, le Slovaquie et l'Espagne.

17. Le texte de la convention est disponible à l'adresse suivante : < <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/192> >. Actuellement, 9 États ont ratifié cette Convention (état des ratifications le 1<sup>er</sup> avril 2018), y compris les États membres de l'UE tels que : la République Tchèque, Malte et la Roumanie.

## INSTRUMENTS BILATÉRAUX

Convention bilatérale Algérie-France	<i>Convention entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire relative aux enfants issus de couples mixtes séparés franco-algériens, Alger, 21 juin 1988<sup>18</sup></i>
Convention bilatérale Égypte-Australie	<i>Accord entre l'Australie et la République arabe d'Égypte concernant la coopération relative à la protection des enfants, Le Caire, 22 octobre 2000<sup>19</sup></i>
Convention bilatérale Égypte-Canada	<i>Accord entre le Canada et la République arabe d'Égypte concernant la coopération relative aux aspects consulaires des affaires d'ordre familial, 23 juillet 1997<sup>20</sup></i>
Convention bilatérale Égypte-France	<i>Convention entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République arabe d'Égypte sur la coopération judiciaire en matière civile, y compris le statut personnel, et en matière sociale, commerciale et administrative, Paris, le 15 mars 1982<sup>21</sup></i>
Convention bilatérale Égypte-Suède	<i>Convention judiciaire entre le Royaume de Suède et la République arabe d'Égypte sur la coopération judiciaire en matière civile et de statut personnel, Stockholm, 23 août 1996<sup>22</sup></i>
Convention bilatérale Égypte-États-Unis d'Amérique	<i>Protocole d'accord entre les États-Unis d'Amérique et la République arabe d'Égypte concernant le droit de visite parental des enfants, 22 octobre 2003<sup>23</sup></i>
Convention bilatérale Liban-Canada	<i>Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République libanaise concernant la coopération en certaines matières consulaires à caractère humanitaire, 2000<sup>24</sup></i>

18. Texte en français disponible à l'adresse suivante < <http://www.hcch.net/upload/2fr-alg.pdf> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

19. Texte en anglais disponible à l'adresse suivante < <http://www.hcch.net/upload/2au-eg.pdf> >, texte en arabe disponible à l'adresse suivante < [http://www.hcch.net/upload/2au-eg\\_a.pdf](http://www.hcch.net/upload/2au-eg_a.pdf) > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

20. Texte en anglais disponible à l'adresse suivante < [http://www.hcch.net/upload/2ca-eg\\_e.pdf](http://www.hcch.net/upload/2ca-eg_e.pdf) >, texte en français disponible à l'adresse suivante < [http://www.hcch.net/upload/2ca-eg\\_f.pdf](http://www.hcch.net/upload/2ca-eg_f.pdf) >, texte en arabe disponible à l'adresse suivante < [http://www.hcch.net/upload/2ca-eg\\_a.pdf](http://www.hcch.net/upload/2ca-eg_a.pdf) > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

21. Texte en français disponible à l'adresse suivante < [http://www.hcch.net/upload/2fr-eg\\_f.pdf](http://www.hcch.net/upload/2fr-eg_f.pdf) >, texte en arabe disponible à l'adresse suivante < [http://www.hcch.net/upload/2fr-eg\\_a.pdf](http://www.hcch.net/upload/2fr-eg_a.pdf) > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

22. Texte en anglais disponible à l'adresse suivante < <http://www.hcch.net/upload/2se-eg.pdf> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

23. Texte en anglais disponible à l'adresse suivante < <http://www.hcch.net/upload/2se-eg.pdf> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

24. Transcription en anglais du texte disponible à l'adresse suivante < [http://www.hcch.net/upload/2ca-leb\\_e.pdf](http://www.hcch.net/upload/2ca-leb_e.pdf) >, transcription en français du texte disponible à l'adresse suivante < [http://www.hcch.net/upload/2ca-leb\\_f.pdf](http://www.hcch.net/upload/2ca-leb_f.pdf) > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

INSTRUMENTS BILATÉRAUX	
Convention bilatérale Liban-France	<i>Accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République libanaise concernant la coopération en certaines matières familiales, 2000<sup>25</sup></i>
Convention bilatérale Liban-Suisse	<i>Accord du 31 octobre 2005 entre la Confédération suisse et la République libanaise concernant la coopération en certaines matières familiales<sup>26</sup></i>
Convention bilatérale Maroc-Belgique	<i>Protocole d'accord instituant une commission consultative belgo-marocaine en matière civile, Rabat, 1981<sup>27</sup></i>
Convention bilatérale Maroc-France	<i>Convention entre le gouvernement de la République française et le Royaume du Maroc relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, Rabat, 10 août 1981<sup>28</sup></i>
Convention bilatérale Maroc-Espagne	<i>Convention entre le Royaume du Maroc et le Royaume d'Espagne relative à l'entraide judiciaire, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions judiciaires en matière de droit de garde et de droit de visite et au retour des enfants, Madrid, 30 mai 1997<sup>29</sup></i>
Convention bilatérale Tunisie-Belgique	<i>Protocole d'accord instituant une commission consultative tuniso-belge en matière civile, 1989<sup>30</sup></i>
Convention bilatérale Tunisie-France	<i>Convention entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République tunisienne relative à l'entraide judiciaire en matière de droit de garde des enfants, de droit de visite et d'obligations alimentaires, Paris, 18 mars 1982<sup>31</sup></i>
Convention bilatérale Tunisie-Suède	<i>Protocole d'accord instituant une commission consultative tuniso-suédoise en matière civile, 1994<sup>32</sup></i>

25. Transcription en français du texte disponible à l'adresse suivante <[http://www.hcch.net/upload/2fr-leb\\_f.pdf](http://www.hcch.net/upload/2fr-leb_f.pdf)> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

26. Texte en français disponible à l'adresse suivante <<http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20052040/index.html>>, texte en arabe disponible à l'adresse suivante <[http://www.hcch.net/upload/2ch-leb\\_a.pdf](http://www.hcch.net/upload/2ch-leb_a.pdf)> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

27. Transcription en français du texte disponible à l'adresse suivante <<http://www.hcch.net/upload/2ma-be.pdf>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

28. Texte en français disponible à l'adresse suivante <<http://www.justice.gouv.fr/justice-civile-11861/enlèvement-parental-12063/source-les-conventions-applicables-conventions-bilaterales-21128.html#maroc>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

29. Texte français disponible sur le site Internet du ministère de la Justice marocain, à l'adresse suivante <<http://adala.justice.gov.ma/FR/Conventions/ConventionsPays.asp>> sous la rubrique « Espagne »> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

30. Transcription en français du texte disponible à l'adresse suivante <<http://www.hcch.net/upload/2tu-be.pdf>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

31. Transcription en français du texte disponible à l'adresse suivante <[http://www.hcch.net/upload/2fr-tu\\_f.pdf](http://www.hcch.net/upload/2fr-tu_f.pdf)> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

32. Transcription en français du texte disponible à l'adresse suivante <[http://www.hcch.net/upload/2fr-tu\\_f.pdf](http://www.hcch.net/upload/2fr-tu_f.pdf)> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

## Introduction

5. Reconnaissant l'importance d'étendre davantage et d'améliorer la coopération dans le domaine du droit international de la famille dans la région euro-méditerranéenne, la Composante « Enfant » du Projet EuroMed IV a été créée dans le but d'élaborer une Étude comparative sur l'application par les juges religieux et séculiers des normes internationales relatives à l'intérêt supérieur de l'enfant dans la région euro-méditerranéenne.
6. L'Étude comparative vise à faciliter la compréhension la façon dont les systèmes juridiques de la région européenne et méditerranéenne sauvegardent l'intérêt supérieur de l'enfant et autres droits des enfants y afférant consacrés dans la CNUDE. L'étude se concentre particulièrement sur l'application du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les affaires familiales transfrontalières.
7. Un Groupe de travail composé d'experts des Pays partenaires du voisinage sud de l'IEV suivants a été créé :
  - La République démocratique populaire d'Algérie,
  - la République arabe d'Égypte,
  - Israël,
  - le Royaume hachémite de Jordanie,
  - le Liban,
  - le Royaume du Maroc,
  - la Palestine, et
  - la République tunisienne.
8. Le Groupe de travail a tenu deux réunions, la première du 4 au 6 juillet 2017 au Luxembourg et la deuxième, du 12 au 14 décembre à La Haye. En outre, les experts ont répondu à un questionnaire (voir l'ANNEXE), qui a été élaboré lors de la première réunion du Groupe de travail.
9. Capitalisant sur les avancées des projets prédécesseurs – le **Projet EuroMed Justice I** (2004-2007), le **Projet EuroMed Justice II** (2008-2011) et le **Projet EuroMed Justice III** (2012-2014) – le travail sur l'Étude comparative a bénéficié notamment des recherches entreprises pour le *Manuel de bonnes pratiques dans le cadre des conflits transfrontaliers en matière familiale*<sup>33</sup> et le rapport de recherche *Vue d'ensemble de la situation actuelle dans la région du voisinage sud et étude comparée des expériences nationales dans le domaine de la résolution des conflits transfrontaliers en matière familiale*<sup>34</sup>.

33. J. Hirsch, *Manuel de bonnes pratiques dans le cadre des conflits transfrontaliers en matière familiale, et plus particulièrement des conflits familiaux transfrontaliers relatifs à la responsabilité parentale*, 2012, disponible sur internet <[http://www.euromed-justice-iii.eu/fr/system/files/A-FR%20-%20Hirsch%20-%201%20Para%20imprimer%20FINAL%20Hirsh.%20FR.%20JFE%20ASA.%2026%206%202014%20\\_0.pdf](http://www.euromed-justice-iii.eu/fr/system/files/A-FR%20-%20Hirsch%20-%201%20Para%20imprimer%20FINAL%20Hirsh.%20FR.%20JFE%20ASA.%2026%206%202014%20_0.pdf)> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018)

34. G. Parolin, *Rapport de recherche, Vue d'ensemble de la situation actuelle dans la région du voisinage sud et étude comparée des expériences nationales dans le domaine de la résolution des conflits transfrontaliers en matière familiale, Projet EUROMED Justice III, Composante II Résolution des conflits transfrontaliers en matière familiale*, 2011, disponible sur internet <<http://www.euromed-justice-iii.eu/fr/system/files/B%20RR2%20FR.pdf>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

10. Il convient de souligner les synergies entre les projets EuroMed Justice dans le domaine du droit international de la famille et ce que l'on appelle le « **Processus de Malte** »<sup>35</sup>, engagé par la Conférence de La Haye de droit international privé. Le « Processus de Malte » est un dialogue entre hauts magistrats et hauts fonctionnaires des États contractants aux Conventions de 1980 et de 1996<sup>5</sup> et des États non-contractants dont la tradition juridique est influencée par le droit islamique, en vue d'améliorer la protection transfrontière des droits de contact entre les parents et leurs enfants, et de trouver des solutions aux problèmes posés par le déplacement illicite ou le non-retour des enfants lorsque le cadre juridique international pertinent n'est pas applicable.
11. À l'instar des projets EuroMed Justice dans le cadre du droit international de la famille, le Processus de Malte est fondé sur le respect de la diversité des systèmes, cultures et traditions juridiques, et il est animé par l'engagement envers un objectif commun, qui est celui de protéger les enfants des effets néfastes des conflits transfrontaliers en matière familiale. Ainsi, participer à la sauvegarde de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les litiges internationaux se trouve à l'essence même des projets EuroMed Justice et du Processus de Malte.
12. Enfin, une initiative dérivant du Processus de Malte visant à soutenir la promotion de la résolution amiable des conflits familiaux transfrontaliers doit être mentionnée. Les « **Principes pour la mise en œuvre de structures de médiation dans le cadre du Processus de Malte** »<sup>36</sup> demandent la mise en place d'un « Point de contact central pour la médiation familiale internationale »<sup>37</sup> dans chaque pays chargé de faciliter la fourniture d'information sur les services de médiation familiale disponibles, l'accès à la médiation et autres informations s'y rapportant, y compris des informations relatives à l'accès à la justice. En outre, les Principes établissent des standards concernant l'identification des services de médiation internationale ainsi que certains standards concernant le processus de médiation et la mise en œuvre des résultats de la médiation. Il est important de souligner que chaque pays est libre d'adopter et de mettre en œuvre ces principes.

---

35. Pour de plus amples informations sur le Processus de Malte et pour les « Déclarations de Malte » résultant des, à ce jour, quatre Conférences de Malte, veuillez consulter le site internet de la Conférence de La Haye < <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4?pid=5214> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

36. Les Principes et le mémoire explicatif l'accompagnant sont disponibles sur le site de la Conférence de La Haye < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) > sous l'onglet « Enlèvement d'enfants » suivi de « Médiation transfrontière en matière familiale » (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

37. À ce jour, dix États – l'Australie, le Brésil, la France, l'Allemagne, la Hongrie, les Pays-Bas, le Pakistan, la Fédération russe, la République slovaque, et les États-Unis d'Amérique ont mis en place un point de contact central pour la médiation familiale internationale conformément à ces principes. Voir le site de la Conférence de La Haye < <https://www.hcch.net/fr/publications-and-studies/details4?pid=5360> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

# Terminologie

13. Eu égard à la diversité juridique et culturelle de la région euro-méditerranéenne, certains termes fondamentaux utilisés au sein de la présente Étude comparative seront brièvement définis dans cette section. Les définitions utilisées ont été, dans une large mesure, empruntées au « Manuel de bonnes pratiques dans le cadre des conflits transfrontaliers en matière familiale ».

## A. Définition du terme « enfant »

14. Le terme « enfant », tel qu'utilisé dans le cadre de la présente étude, est employé conformément aux instruments pertinents ou à la législation évoquée. Au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la CNUDE, « un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans ». Il s'agit là d'un paramètre juridique très utilisé, y compris en Europe, pour définir ce qu'est un enfant.
15. Dans le droit du Conseil de l'Europe, la plupart des instruments relatifs aux enfants adoptent la définition de la CNUDE du terme enfant. L'âge de 18 ans est celle de la pleine capacité juridique dans l'ensemble des États membres du Conseil de l'Europe<sup>38</sup>. Aussi, la CEDH ne comporte pas de définition du terme enfant, mais son article 14 garantit la jouissance des droits reconnus dans la Convention « sans distinction aucune », y compris fondée sur l'âge. La CouEDH a admis des requêtes déposées par des enfants et pour le compte de ces derniers indépendamment de leur âge, et il ressort de sa jurisprudence qu'elle admet la définition de la CNUDE du terme enfant en adoptant la notion « âgé de moins de dix-huit ans »<sup>39</sup>.
16. En droit de l'UE la protection des droits de l'enfant a été expressément reconnue comme l'un des objectifs phares de l'Union, tant sur le plan interne que dans ses relations avec le reste du monde. Bien que les droits de l'enfant aient trouvé une base légale dans l'article 3 du Traité sur l'Union européenne (ci-après, le « TUE »), qui exige que l'UE promeuve la protection des droits de l'enfant, il n'existe pas de définition du terme « enfant » dans les traités, le droit dérivé ou la jurisprudence de l'UE. En fait, la définition du terme enfant peut varier considérablement en droit de l'UE, en fonction du contexte réglementaire. C'est ainsi, par exemple, que la législation de l'UE relative au droit à la liberté de circulation des ressortissants de l'UE et des membres de leurs familles définit les enfants comme étant « les descendants directs âgés de moins de 21 ans ou qui sont à charge »<sup>40</sup>, adoptant, pour l'essentiel, une notion biologique et économique au lieu d'une notion fondée sur la minorité<sup>41</sup>.

38. À ce propos, voir la résolution du Comité des ministres (72) 29 sur l'abaissement de l'âge de la pleine capacité juridique, disponible en ligne à l'adresse suivante <<https://rm.coe.int/16804faf09>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

39. *Handbook on European Law relating to the Rights of the Child*, European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2015, disponible sur le site internet <[https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook\\_rights\\_child\\_ENG.PDF](https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_rights_child_ENG.PDF)> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018), pages 18-19.

40. Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO L 158, 30 avril 2004 et JO L 158, 29 avril 2004, Art. 2 (2) (c).

41. D'autres domaines du droit de l'UE, en particulier ceux dans lesquels l'action de l'UE complète celle des États membres (tels que la sécurité sociale, l'immigration et l'éducation) se reportent au droit national pour déterminer qui est un enfant. Dans ces contextes, la définition de la CRC est généralement adoptée. Voir *Manuel de droit européen en matière de droits de l'enfant*, op. cit. note 35, page 19.

17. Dans la législation nationale de plusieurs pays partenaires du voisinage sud, un enfant est défini comme une personne âgée de moins de 18 ans<sup>42</sup>.

## B. Les droits et les obligations des parents vis-à-vis de leurs enfants

18. Concernant, en particulier, les termes utilisés pour décrire les droits et les obligations des parents vis-à-vis de leurs enfants, une définition s'avère nécessaire, dans la mesure où la terminologie employée dans les systèmes juridiques des régions européenne et sud-méditerranéenne n'est pas uniforme en la matière.

### La responsabilité parentale

19. La présente Étude comparative utilise l'expression « responsabilité parentale », telle qu'elle est définie dans la Convention de La Haye de 1996 relative à la protection des enfants. Par conséquent, l'expression « responsabilité parentale » inclut « l'autorité parentale ou tout autre rapport d'autorité analogue déterminant les droits, les pouvoirs et les obligations des parents, d'un tuteur ou autre représentant légal à l'égard de la personne ou des biens de l'enfant »<sup>43</sup>. L'expression « responsabilité parentale » utilisée dans ce sens large comprend tous les droits et les devoirs juridiques des parents, des tuteurs ou d'autres représentants légaux d'un enfant pour l'élever et assurer son développement ; il englobe ainsi les « droits de garde » et les « droits de contact ». L'expression « responsabilité parentale », telle qu'elle est employée dans cette Étude comparative et telle qu'elle est définie dans la Convention de La Haye de 1996 relative à la protection des enfants, inclut également les droits et les obligations des parents habituellement désignés par les termes « hadana » et « wilaya » dans les systèmes juridiques influencés par le droit islamique.
20. Il convient de noter qu'au cours des dernières années, la terminologie employée pour décrire la relation juridique parent-enfant a évolué dans de nombreux systèmes juridiques, passant de mettre l'accent sur les droits des parents (tels que le « droit de garde » et le « droit de visite ») à reconnaître davantage l'importance tout aussi importante des obligations parentales et des droits et du bien-être des enfants. Cette évolution se reflète dans l'utilisation accrue de l'expression « responsabilité parentale » dans les instruments juridiques internationaux, régionaux et nationaux.

### Les droits de garde

21. L'expression « droits de garde » est généralement comprise comme englobant toute une série de droits et d'obligations parentales. Néanmoins, la définition exacte de ce que recouvrent les « droits de garde » diffère d'un système juridique à l'autre. Dans de nombreux systèmes juridiques européens,

42. Voir *infra*, Partie II, B, paragraphes 413.

43. Voir l'article 1<sup>er</sup> paragraphe 2, de la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants ; voir également la définition similaire contenue à l'article 2, paragraphe 7, du Règlement Bruxelles II bis.

il est traditionnellement considéré que les droits de garde sur un enfant englobent les soins sur la personne de l'enfant, la responsabilité de l'instruction et de l'éducation de l'enfant, la responsabilité concernant les décisions importantes dans la vie de l'enfant et la responsabilité légale et financière sur ce dernier, y compris, en général, la représentation légale de l'enfant. Il convient de remarquer à ce propos que le terme du droit islamique « hadana », souvent traduit par « droit de garde », ne recouvre pas exactement le même contenu (voir ci-dessous).

22. Reconnaissant et respectant les différences quant à la définition et l'interprétation de l'expression « droits de garde » dans les différents systèmes juridiques, la Convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants de 1980 détermine que l'expression « droits de garde », aux fins de la Convention, doit être interprétée comme comprenant « le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence ». La même définition a été reproduite dans la Convention de La Haye de 1996 relative à la protection des enfants, ainsi<sup>44</sup> que dans le Règlement européen Bruxelles II bis<sup>45</sup>.
23. Sauf mention contraire, cette Étude comparative emploie l'expression « droits de garde » dans un sens large, en se rapportant aux droits et aux obligations des parents concernant les soins physiques, l'instruction et l'éducation de l'enfant, la représentation légale de l'enfant et la responsabilité concernant la prise des décisions importantes dans la vie de ce dernier, et notamment la détermination de son lieu de résidence.

## Les droits de contact

24. Dans le cadre de cette Étude comparative, l'expression « droit aux relations personnelles »<sup>46</sup> est utilisée dans un sens large, afin d'englober les différents moyens d'entretenir des relations personnelles, qu'il s'agisse d'un droit de visite périodique, par des communications à distance ou par tout autre moyen. Une importance toute particulière est accordée, dans cette Étude comparative, à la garantie du « contact parent-enfant ». Mais les « droits de contact » peuvent, en fonction du droit de la famille applicable, avoir également trait aux contacts entre l'enfant et d'autres personnes, comme les grands-parents, les beaux-parents, etc.
25. Dans la présente Étude comparative l'expression « contact direct » avec l'enfant désigne un contact face à face, alors que l'expression « contact indirect » est employée pour désigner le contact dans le cadre d'une communication à distance ou par le biais d'intermédiaires.

## Hadana et Wilaya

26. Traditionnellement, les législations de la région méditerranéenne influencées par le droit islamique opèrent une distinction, concernant les droits et les obligations des parents, entre « **hadana** » et « **wilaya** ».

44. Article 3, sous b) de la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants.

45. Article 2, paragraphe 9, du Règlement Bruxelles II bis.

46. De nos jours, l'expression « droit de visite » est de moins en moins utilisée dans de nombreux systèmes juridiques (voir, ci-dessus, concernant le changement de la terminologie afin de mettre davantage l'accent sur les droits de l'enfant, la définition de la « responsabilité parentale »).

27. Le terme « Hadana », dans la tradition islamique, a trait aux soins sur la personne de l'enfant et à l'éducation de l'enfant dans la vie de tous les jours. La notion de « hadana » est complétée par celle de « wilaya », à savoir, la responsabilité financière envers l'enfant, la responsabilité concernant les décisions importantes dans la vie de l'enfant et la représentation légale de ce dernier. Dans le cadre de cette Étude comparative, les deux expressions seront utilisées selon leur signification traditionnelle. Au sens de la tradition islamique, la « hadana » d'un enfant revient à la mère jusqu'à ce que ce dernier ait atteint un certain âge (à l'heure actuelle, cet âge diffère d'un système juridique à l'autre et peut dépendre du sexe de l'enfant). La « wilaya », selon la tradition islamique, constitue un droit naturel du père. En cas de décès du père, avéré ou présumé, un tribunal peut décider qu'une autre personne assumera les responsabilités parentales du père dans le cadre de la « wilaya ». Cette personne se verra alors accorder la « wissaya ». Remarquons que les droits de la famille fondés sur le droit islamique ou influencés par ce dernier dans les différents systèmes juridiques de la région méditerranéenne, bien qu'ils présentent des racines communes, ont évolué différemment<sup>47</sup>. Aussi, il s'avère nécessaire de vérifier le sens donné aux termes « hadana », « wilaya » et « wissaya » dans un système juridique donné. En outre, il importe de noter également que d'autres lois religieuses en vigueur dans la région utilisent les termes « hadana », « wilaya » et « wissaya », et peuvent leur donner une signification différente.
28. Quoiqu'il en soit, il importe de noter qu'en droit islamique, la notion juridique de « hadana », bien qu'elle soit souvent traduite par l'expression « droits de garde », n'est pas l'équivalent exact de la notion juridique « droits de garde » utilisée dans la tradition de nombreux systèmes juridiques européens. En effet, les « droits de garde » englobent traditionnellement la responsabilité concernant les décisions importantes dans la vie de l'enfant et la représentation légale de ce dernier, ce qui, dans la tradition islamique, fait partie intégrante de la notion juridique autonome de « wilaya », souvent traduite par la « garde ».

## C. Le déplacement ou non-retour illicite international d'un enfant

29. La présente Étude comparative utilise l'expression « déplacement ou non-retour illicite international d'un enfant » au sens de la définition de ces notions contenue dans la Convention de La Haye de 1980 relative à l'enlèvement d'enfants, dans la Convention de La Haye de 1996 relative à la protection des enfants et du Règlement européen Bruxelles II bis. Le « déplacement ou non-retour illicite d'un enfant » désigne le déplacement ou la rétention d'un enfant dans un État autre que celui dans lequel se trouve la résidence habituelle de ce dernier, en violation des droits de garde exercés. La violation des droits de garde peut être constituée par la violation d'un « *droit de garde attribué à une personne*,

47. C'est ainsi, par exemple, que le Groupe de travail a expliqué que les limites d'âge pour la « hadana » de la mère diffèrent dans plusieurs droits de la famille fondés sur la loi islamique ou influencés par cette dernière dans la région. Par ailleurs, les droits de la famille influencés par la loi islamique de certains États, comme ceux du Maroc ou de la Tunisie, définissent, actuellement, la « hadana » comme étant un droit et une obligation parentaux partagés à parts égales, pendant le mariage, entre le père et la mère. De même, concernant la « wilaya », toute une série de différences peuvent être observées. C'est ainsi, par exemple, que dans certains États, le droit de la famille islamique (comme le droit islamique libanais) prévoit que la « wilaya » doit être confiée, en cas de décès du père, au grand-père paternel et uniquement si cela s'avère impossible, le tribunal pourra envisager de confier ladite responsabilité, en tant que « wissaya » à une autre personne. Dans d'autres États, comme l'Égypte, il n'existe pas de règle en termes de priorité aussi arrêtée concernant l'assomption des responsabilités du père. Toute personne désignée par une décision de justice pour assumer lesdites responsabilités parentales disposera d'une « wissaya », de sorte que le terme « wilaya » a trait, exclusivement, aux responsabilités exercées par le père lui-même.

*une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement »<sup>48</sup>. Le droit considéré comme décisif pour déterminer si un « droit de garde » existait au moment du déplacement ou du non-retour est celui de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour. Selon l'interprétation donnée dans les instruments internationaux et régionaux susvisés, le « droit de garde » est considéré comme exercé conjointement lorsque « l'un des titulaires de la responsabilité parentale ne peut, conformément à une décision ou par attribution de plein droit, décider du lieu de résidence de l'enfant sans le consentement d'un autre titulaire de la responsabilité parentale »<sup>49</sup>.*

## D. Les mécanismes de résolution amiable des différends

30. Parmi les divers mécanismes de résolution amiable des différends évoqués dans la présente Étude comparative, les termes « médiation » et « conciliation » nécessitent d'être brièvement définis, car ils sont utilisés avec des contenus et des sens divers dans les différents systèmes juridiques. Néanmoins, il importe de souligner que les définitions ci-dessous ne visent qu'à illustrer la façon dont lesdits termes sont utilisés dans cette Étude comparative, de sorte qu'elles ne constituent ni n'ont vocation à constituer une définition commune des termes en question de leur utilisation dans la région. Précision également que lorsque nous faisons allusion, dans cette Étude comparative, aux rapports des délégations sur leurs systèmes juridiques, les termes utilisés par ces dernières doivent être compris dans le contexte du système juridique concerné, et peuvent différer des définitions ci-dessous adoptées dans le cadre de la présente Étude.

### La médiation

31. Aux fins de cette Étude comparative, le terme « médiation » doit être compris comme un processus volontaire, structuré et confidentiel par lequel un tiers impartial (le médiateur) facilite la communication entre les parties opposées en vue de trouver une solution à leur conflit<sup>50</sup>. Dans cette Étude, le terme « médiation » se rapporte exclusivement au processus dans le cadre duquel le tiers impartial (le médiateur) ne dispose pas d'un pouvoir de décision lorsque les parties font appel à lui et où ce sont les parties elles-mêmes qui sont susceptibles d'atteindre un accord, avec l'aide du médiateur dans le processus de prise de décision. Cette Étude comparative utilise le terme « médiation » pour faire allusion aussi bien aux processus de médiation extrajudiciaires qu'aux processus parajudiciaires.

48. Voir l'article 3, alinéa 1<sup>er</sup> sous a) de la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants, l'article 7, paragraphe 2, sous a), de la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants, et également l'article 2, paragraphe 11, du Règlement Bruxelles II bis.

49. Voir l'article 2, paragraphe 11, du règlement Bruxelles II bis. Voir aussi les articles 3 et 5 de la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants, ainsi que l'article 7 de la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants.

50. C'est également ainsi que le terme « médiation » est défini dans le Guide de bonnes pratiques, Convention Enlèvement d'enfants - Médiation, disponible en plusieurs langues sur le site internet < <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/publications1/?dtid=3&cid=24>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

## La conciliation

32. Les termes « médiation » et « conciliation » sont parfois utilisés indistinctement, ce qui entraîne une certaine confusion. Aux fins de la présente Étude comparative, le terme « conciliation » est entendu comme un processus dans le cadre duquel un tiers impartial facilite la communication entre les parties opposées en vue de les aider à parvenir à une solution amiable du conflit. Tel qu'il est employé dans cette Étude, le terme « conciliation » désigne un mécanisme de résolution de conflit employé par les juridictions dans le cadre de certaines procédures relevant du droit de la famille. Par rapport à la « médiation », telle que nous l'avons définie ci-dessus, la « conciliation » est un processus plus directif ; elle se caractérise, en général, par une obligation de communication à la juridiction de la teneur des échanges entre les parties lors des réunions de conciliation. En revanche, la « médiation », telle que nous l'avons définie ci-dessus, est un processus absolument confidentiel, à l'issue duquel seul le fait de savoir si la médiation a ou non abouti à un accord, et éventuellement la teneur de l'accord atteint, peuvent être transmis à la juridiction prescriptrice, alors que tout ce qui a été dit et échangé lors des séances de médiation demeure confidentiel. L'autre facteur de distinction de la « conciliation », telle qu'elle est définie aux fins de cette Étude comparative, est le fait que le tiers qui intervient dans le cadre du processus de conciliation peut disposer de (certains) pouvoirs décisionnels dans l'affaire dont il est saisi et être tenu de suggérer des solutions concrètes aux parties.

**PARTIE I. LE CONTEXTE JURIDIQUE INTERNATIONAL.  
SOLUTIONS AUX CONFLITS FAMILIAUX  
TRANSFRONTALIERS DANS LES RÉGIONS EUROPÉENNES  
ET DU SUD DE LA MÉDITERRANÉE – INTERPRÉTATION  
DES DROITS DE L'ENFANT - JURISPRUDENCE**

**Roberta Ribeiro Oertel et Juliane Hirsch**

33. La Partie I de cette Étude comparative contient, dans son Chapitre A, des informations générales sur la CNUDE et le principe de « l'intérêt supérieur de l'enfant », ainsi que sur la manière dont le Comité des droits de l'enfant assure le suivi de la mise en œuvre et de l'application de ladite convention. Des liens sont établis avec le cadre juridique afférent aux droits de l'homme et aux droits de l'enfant présentant une pertinence particulière pour les régions européennes et du sud de la Méditerranée.
34. Le Chapitre B de la Partie I étudie plus en profondeur le rôle que les instruments internationaux, régionaux et bilatéraux de résolution des conflits transfrontaliers jouent dans la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.
35. Les décisions les plus importantes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CouEDH) et de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) sont résumées dans le Chapitre C de la Partie I concernant l'application du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.
36. Enfin, le Chapitre D de la Partie I contient un bref aperçu de la façon dont le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est mis en œuvre dans quelques pays européens, notamment en Allemagne et en France.

# A. L'intérêt supérieur de l'enfant dans les instruments de protection des droits de l'homme et dans la CNUDE - Roberta Ribeiro Oertel

37. Dans le cadre de cette Étude, il sera opportun de passer en revue les instruments internationaux de protection des droits de l'homme qui consacrent le droit de l'enfant comme un droit individuel et fondamental devant être garanti par la mise en œuvre du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.
38. Des instruments adoptés dans le cadre des accords conclus au niveau européen seront traités dans un premier temps (1), suivis des instruments qui intéressent les Pays partenaires du voisinage sud dans un second temps (2). Enfin, il conviendra de préciser l'importance et la mise en œuvre du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la CNUDE (3).

## 1. Évolution des droits de l'enfant dans les instruments de protection des droits de l'homme au niveau européen

39. La Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant (ci-après la « CNUDE ») a été adoptée le 20 novembre 1989 et est entrée en vigueur le 2 septembre 1990<sup>51</sup>. Il s'agit de la Convention relative aux droits de l'homme la plus largement et rapidement ratifiée dans l'histoire, avec 196 ratifications depuis 1989. La CNUDE est issue d'un processus qui avait commencé avec les préparatifs de l'Année internationale de l'enfant en 1979.
40. En réalité, la protection des enfants et de ses droits fondamentaux a été maintes fois discutée au sein de la communauté internationale. Le premier texte historique reconnaissant et affirmant pour la première fois l'existence de droits spécifiques aux enfants, mais surtout la responsabilité des adultes à leur égard, est la Déclaration de Genève adoptée par la Société des Nations en 1924 sur les droits de l'enfant<sup>52</sup>. Ensuite, un deuxième texte est adopté par les Nations unies en 1959. Il s'agit de la Déclaration des droits de l'enfant<sup>53</sup>, qui reprend l'idée selon laquelle l'humanité doit donner à l'enfant ce qu'elle a de meilleur. Le Préambule de cette Déclaration met en lumière le besoin de l'enfant à une protection et à des soins particuliers, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance. L'article 2 de la Déclaration met en exergue le besoin de respecter l'intérêt supérieur de l'enfant lors de l'adoption de lois et dans la mise en œuvre de ses droits.

51. En 54 articles sont reconnus les besoins fondamentaux de l'enfant. Le texte porte sur le bien-être de l'enfant et reconnaît son droit au développement, à l'assistance et au secours, et son droit à la protection. Voir le texte de la Convention, *supra* note 1.

52. Disponible sur le site internet < [https://www.unicef.org/vietnam/01\\_-\\_Declaration\\_of\\_Geneva\\_1924.PDF](https://www.unicef.org/vietnam/01_-_Declaration_of_Geneva_1924.PDF) [https://www.unicef.org/vietnam/01\\_-\\_Declaration\\_of\\_Geneva\\_1924.PDF](https://www.unicef.org/vietnam/01_-_Declaration_of_Geneva_1924.PDF)> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

53. Cette Déclaration a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies, à l'unanimité de ses 78 pays membres, le 20 novembre 1959 dans sa résolution n° 1387. Disponible sur le site internet <<https://www.unicef.org/malaysia/1959-Declaration-of-the-Rights-of-the-Child.pdf>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

41. Au-delà des instruments internationaux, d'autres instruments de protection des droits de l'homme au niveau européen ont également prévu des dispositions spéciales relatives aux droits de l'enfant. Il s'agit des Conventions du Conseil de l'Europe (a) et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (b).

## a) Les Conventions du Conseil de l'Europe

42. L'instrument majeur des droits de l'homme en Europe, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, communément appelée Convention européenne des droits de l'homme ou CEDH<sup>54</sup>, contient plusieurs mentions spécifiques relatives aux enfants. Les principales dispositions sont les suivantes : l'article 5, paragraphe 1<sup>er</sup>, point d) qui prévoit la détention légale d'un enfant aux fins de son éducation surveillée ; l'article 6, paragraphe 1<sup>er</sup>, qui limite le droit à une audience publique et équitable lorsque l'intérêt des mineurs l'exige ; l'article 2 du Protocole n° 1, qui prévoit le droit à l'éducation et exige des États qu'ils respectent les convictions religieuses et philosophiques des parents dans le cadre de l'éducation de leurs enfants.
43. En outre, toutes les autres dispositions générales de la CEDH sont applicables à tous, y compris aux enfants. Certaines se sont révélées présenter un intérêt particulier pour les enfants, à savoir l'article 8, qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale, et l'article 3 qui interdit la torture et les peines et traitements inhumains ou dégradants.
44. Le Conseil de l'Europe s'organise autour de la CEDH, dont l'application est surveillée par la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après, « CouEDH »). Il s'agit d'une juridiction du Conseil de l'Europe chargée de veiller au respect de la CEDH par les 47 États qui l'ont ratifiée. En recourant à des approches interprétatives mettant l'accent sur les obligations positives inhérentes à la CEDH, la CouEDH a développé une jurisprudence abondante traitant des droits de l'enfant, qui comprend de nombreuses références à la CNUDE<sup>55</sup>.
45. L'autre grand traité relatif aux droits de l'homme est la Charte sociale européenne<sup>56</sup>. Conclue sous l'égide du Conseil de l'Europe et énonçant des droits et libertés de nature sociale, elle prévoit la protection des droits sociaux, avec des dispositions spécifiques pour les droits de l'enfant. Elle contient deux dispositions qui revêtent une importance particulière pour les droits de l'enfant, à savoir : l'article 7, qui énonce l'obligation de protéger les enfants contre l'exploitation économique et l'article 17, qui exige des États qu'ils prennent toutes les mesures nécessaires et appropriées en vue d'assurer aux enfants les soins, l'assistance, l'éducation et la formation dont ils ont besoin (y compris un enseignement primaire et secondaire gratuit), de protéger les enfants et les adolescents contre la négligence, la violence ou l'exploitation et enfin d'assurer la protection des enfants privés de leur soutien familial.
46. La mise en œuvre de la Charte sociale européenne est supervisée par le Comité européen des droits sociaux, qui se compose d'experts indépendants statuant sur la conformité du droit et de la pratique

54. Voir le texte de la Convention note 14 *supra*.

55. Voir Partie I, C, *infra*.

56. La Charte sociale européenne est une convention du Conseil de l'Europe, signée le 18 octobre 1961 à Turin et révisée le 3 mai 1996 à Strasbourg. La Charte révisée est entrée en vigueur en 1999, et remplace progressivement le traité initial de 1961. Voir le Recueil de textes (7<sup>e</sup> éd.), mise à jour : 1<sup>er</sup> janvier 2015. Disponible sur le site internet <<https://rm.coe.int/168048b058>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

des États parties à la Charte sociale européenne, soit dans le cadre de la procédure des réclamations collectives, soit dans le cadre du système de rapports nationaux.

47. Enfin, le Conseil de l'Europe soutient la mise en œuvre des normes internationales dans le domaine des droits de l'enfant par tous les États membres du Conseil de l'Europe et, en particulier, de promouvoir la mise en œuvre de la CNUDE, en mettant en lumière ses principes essentiels, que sont la non-discrimination, le droit à la vie et au développement, la priorité donnée à l'intérêt supérieur de l'enfant dans la prise de décision et le droit des enfants à être entendus<sup>57</sup>.
48. C'est d'ailleurs au sujet du principe relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant que deux importants instruments ont été adoptés par le Conseil de l'Europe, le premier concernant la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants du 25 janvier 1996<sup>58</sup> (i) et, le deuxième relatif à la Convention sur les relations personnelles concernant l'enfant du 15 mars 2003<sup>59</sup> (ii). Il est important de remarquer que ces deux conventions sont ouvertes à la signature des États non membres du Conseil de l'Europe ayant participé à son élaboration ainsi qu'à ceux de l'Union européenne.

## **i) La Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants**

49. La Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants est un instrument important, bien qu'elle ne soit pas largement ratifiée, en matière de reconnaissance des droits des enfants dans les procédures familiales les intéressant<sup>60</sup>. Les enfants ne sont plus seulement l'objet de telles procédures, ils peuvent également y participer. En effet, quand bien même ceux-ci ne se voient pas reconnaître la qualité de partie à la procédure, ils peuvent toutefois exercer un certain nombre de droits. À cet égard, le droit de demander à recevoir toute information pertinente et le droit d'être entendu donnent à l'enfant concerné une possibilité effective d'exprimer son opinion. Il est en outre important que les enfants reçoivent toute information pertinente avant toute décision relative à des questions revêtant une grande importance telles que leur lieu de résidence.
50. Cette convention place l'intérêt supérieur de l'enfant comme un principe directeur afin de guider les autorités judiciaires dans les procédures intéressant un enfant de garantir que celles-ci disposent d'informations suffisantes avant de prendre toute décision. Pour cela, l'autorité judiciaire doit entendre l'enfant, à moins que cela ne soit manifestement contraire à son intérêt supérieur. Il appartient à l'autorité judiciaire de décider s'il convient d'entendre l'enfant personnellement. Dans la mesure du possible, l'autorité judiciaire recueillera elle-même l'opinion de l'enfant mais l'autorité judiciaire peut, par exemple, décider de demander à une autre personne ou à un organe approprié de déterminer l'opinion de l'enfant et de porter celle-ci à sa connaissance.

---

57. Il est important de noter qu'en 2006, le Conseil de l'Europe a lancé son programme « Construire une Europe pour et avec les enfants », un plan d'action transversal consacré aux questions portant sur les droits de l'enfant, y compris l'adoption d'instruments normatifs dans différents domaines. Sur ce point, voir le Comité des Ministres (2011), Stratégie du Conseil de l'Europe sur les droits de l'enfant (2012-2015), CM (2011)171 final, 15 février 2012, disponible sur le site internet < <https://rm.coe.int/1680471c24> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

58. Voir texte de la Convention *op. cit.* note 16. Le nombre total de signatures non suivies de ratifications s'élève à 8 et le nombre total de ratifications et adhésions s'élève à 20.

59. Voir le texte de la Convention *op. cit.* note 17. Le nombre total de signatures non suivies de ratifications s'élève à 10 et le nombre total de ratifications et adhésions s'élève à 9.

60. Voir le rapport explicatif relatif à cette convention sur le site internet <<https://rm.coe.int/16800cb629>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

51. Néanmoins, les enfants sont libres de refuser d'exprimer leur opinion. Déterminer l'opinion de l'enfant ne signifie pas seulement parler à l'enfant et lui demander d'exprimer son avis verbalement mais cela recouvre aussi « l'observation »<sup>61</sup> de l'enfant par un représentant ou, par exemple, par un expert médical. Par ailleurs, les représentants peuvent exprimer leur opinion sur les intérêts supérieurs des enfants.
52. La Convention prévoit une obligation à la charge des autorités judiciaires d'agir promptement afin d'éviter tout délai inutile lorsqu'un retard pourrait être préjudiciable au bien-être des enfants et donc contraire à leurs intérêts supérieurs. En revanche, si les autorités judiciaires ne sont pas toujours en mesure d'agir aussi promptement qu'elles le désireraient, par exemple lorsqu'elles n'ont pas reçu des informations suffisantes pour prendre une décision définitive dans l'intérêt supérieur de l'enfant, dans ce cas, il peut être opportun de prendre des mesures provisoires.
53. Enfin, la Convention impose au représentant d'un enfant d'agir de manière appropriée, notamment en lui fournissant des informations et des explications, en déterminant son opinion et en la portant à la connaissance de l'autorité judiciaire. Le représentant peut être une personne, telle qu'un avocat, nommée pour agir auprès d'une autorité judiciaire au nom d'un enfant. Les obligations liées à la représentation de l'enfant doivent être satisfaites à moins que ce ne soit manifestement contraire aux intérêts supérieurs de l'enfant<sup>62</sup>.

## ii) La Convention sur les relations personnelles concernant l'enfant

54. La Convention sur les relations personnelles concernant l'enfant vise à améliorer la mise en œuvre des droits des enfants d'entretenir des relations personnelles et des contacts directs avec les deux parents de façon régulière ainsi que d'examiner les moyens d'améliorer les mécanismes de coopération internationale dans les cas concernant la garde d'un enfant et un droit de visite transfrontière<sup>63</sup>. Elle remplace la notion de « visite » par celle de « relations personnelles » afin de souligner le fait que les enfants sont titulaires de certains droits. Il semble donc plus approprié de parler des relations personnelles concernant les enfants avec différentes personnes plutôt que simplement du droit de visite de certaines personnes auprès des enfants.
55. C'est grâce à la jurisprudence de la CouEDH que la notion des relations personnelles est devenue prépondérante au lieu de celle de droit de visite<sup>64</sup>. Ce changement terminologique permet d'englober des relations personnelles entre l'enfant et la personne chez laquelle il ne vit pas habituellement. La CEDH dispose, dans son article 8, que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale [...] »<sup>65</sup>. Cette disposition garantit, selon la jurisprudence relative à la CEDH, le droit d'un parent et de son enfant de maintenir entre eux des contacts réguliers.
56. En outre, les organes d'application de la CEDH et la CouEDH ont reconnu l'existence de ce droit dans leur jurisprudence et ont considéré que ce droit ne peut être restreint ou exclu que pour de

61. *Ibid.*, pages 5 et suivantes.

62. Voir les articles 2, 3 et 10 de la Convention.

63. Voir le rapport explicatif relatif à cette convention disponible sur le site internet <<https://rm.coe.int/16800d3845>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

64. *Ibid.*

65. Voir le texte de la CEDH, note 14 *supra*.

sérieuses raisons si cela est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant, en tant que mesure nécessaire à la protection de la morale ou de la santé de l'enfant par exemple.

## **b) La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne**

57. L'Union européenne (ci-après l'« UE ») est l'association volontaire d'États européens, dans les domaines économique et politique, afin d'assurer le maintien de la paix en Europe et de favoriser le progrès économique et social. L'UE a été créée par le Traité sur l'Union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1993. Elle est l'aboutissement du processus commencé en 1951 avec la création de la Communauté européenne du charbon et de l'acier<sup>66</sup>.
58. Dans le cadre de l'UE, actuellement composée de 28 membres<sup>67</sup>, les droits de l'enfant se sont développés de manière sectorielle pendant plusieurs années. Sous l'angle historique, la législation relative aux enfants visait, dans une large mesure, à couvrir des aspects concernant les enfants dans le cadre d'initiatives politiques et économiques plus larges, par exemple dans le domaine de la protection des consommateurs<sup>68</sup> et de la libre circulation des personnes<sup>69</sup>.
59. La Charte des droits fondamentaux (ci-après la « Charte »), a d'abord été rédigée et adoptée en 2000 ; elle est devenue un instrument juridiquement contraignant du droit de l'UE avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en 2009<sup>70</sup>. La Charte bénéficie de la même force contraignante que les traités fondateurs de l'Union européenne en vertu de l'Article 6 du TUE pour les institutions de l'UE et les États membres lorsqu'ils agissent dans le cadre du droit de l'UE. En ce sens, elle oblige l'UE et ses États membres à protéger les droits qui y sont consacrés lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'UE. Ainsi, son contrôle est fait par la Cour de justice de l'Union européenne. Il s'agit d'un texte qui regroupe l'ensemble des droits civils, politiques, économiques et sociaux contenus dans divers instruments internationaux et dont les citoyens européens peuvent se prévaloir, y compris les enfants. Ils sont regroupés sous différents thèmes : dignité, liberté, égalité, solidarité, citoyenneté et justice.
60. Le préambule de la Charte indique que cet instrument réaffirme le respect des « *droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux États membres, [...] du traité sur l'Union européenne et des traités communautaires, de la Convention européenne de*

66. La Communauté économique européenne (ci-après « CEE ») a ainsi été créée en 1958, instaurant une coopération économique de plus en plus étroite entre 6 pays : l'Allemagne, la Belgique, la France, l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas. Depuis, un immense marché unique a vu le jour, qui continue à croître et à développer tout son potentiel. À ce propos, voir le site internet < [https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief\\_en](https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief_en) > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

67. Les États membres de l'UE sont les suivants : l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, Chypre, la Croatie, le Danemark, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la République tchèque, la Roumanie, le Royaume-Uni, la Slovaquie, le Slovénie et la Suède.

68. Par exemple, la directive 2009/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 relative à la sécurité des jouets, JO 2009 L 170, qui met en œuvre des mesures de sécurité pour les jouets pour enfants. JOUE, L 170/1 du 30.6.2009.

69. Par exemple, la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, appelée souvent « Directive citoyenneté ». JOUE, L 158 du 30.4.2004.

70. Le traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009. Par conséquent, à partir de cette date, toute mention de la Communauté économique européenne doit être entendue comme l'Union européenne. Voir les versions consolidées du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JOUE, 2012/C 326/01 du 26/10/2012 p. 0001 – 0390. Disponible sur le site internet < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, des Chartes sociales adoptées par la Communauté et par le Conseil de l'Europe, ainsi que de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme »<sup>71</sup>. Ce respect des limites des compétences porte également, dit le préambule, sur les engagements antérieurement pris par les États en ce qui concerne la CEDH et les chartes sociales.

61. Eu égard à l'adhésion de tous les États membres de l'UE à la CNUDE, l'Union est également tenue de respecter les dispositions et les principes qui y sont consacrés, du moins en ce qui concerne les questions relevant de sa compétence établie par les traités. Cette obligation est renforcée notamment par la Charte des droits fondamentaux qui place l'intérêt supérieur de l'enfant énoncé à l'article 24, paragraphe 2, comme une « considération » primordiale, à l'instar des articles 3, 9 et 12 de la CNUDE<sup>72</sup>. Ainsi, l'article 24 de la Charte énonce trois principes fondamentaux des droits de l'enfant : le droit d'exprimer leur opinion librement, en fonction de leur âge et leur maturité (art. 24, para. 1<sup>er</sup>), le droit de voir leur intérêt supérieur constituer une considération primordiale dans tous les actes qui les concernent (art. 24, para. 2) et le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec leurs deux parents (art. 24, para. 3).

## 2. Évolution des droits de l'enfant dans les instruments de protection des droits de l'homme touchant les pays partenaires de l'IEV Sud

### a) La protection de l'enfant dans les instruments propres au continent africain

62. La **Charte africaine des droits de l'homme et des peuples** (ci-après la « Charte africaine des droits de l'homme ») a été adoptée en 1981 à Nairobi<sup>73</sup> par la Conférence des chefs d'État de l'Organisation de l'Unité africaine (ci-après « OUA »), qui est devenue postérieurement l'Union africaine (ci-après « UA »). Les chefs d'État et de gouvernement ont acclamé à l'unanimité le texte adopté ce qui démontre l'importance de ces droits et la nécessité de les protéger.
63. Les rédacteurs de la Charte africaine des droits de l'homme ont véritablement œuvré pour que la conceptualisation des droits de l'homme se fonde sur les circonstances et données propres aux sociétés africaines. En réalité, le domaine des droits de l'homme dans la région « suscite encore plus de questions sur le continent africain où arrestations [arbitraires], privations de liberté et non-respect des textes constitutionnels et législatifs sont régulièrement dénoncés »<sup>74</sup>. Dans ce contexte difficile, la Charte africaine des droits de l'homme joue un rôle important dans le processus de démocratisation entamé dans quelques pays du continent africain depuis le début des années 1990. Il s'agit d'un instrument

71. Voir aussi *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne un guide de lecture. A la lumière de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de la Charte sociale européenne (révisée)*, Conférence des OINGS du Conseil de l'Europe, mai 2008, disponible sur le site internet <<https://rm.coe.int/16802f5c61>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

72. Voir le *Manuel de droit européen en matière de droits de l'enfant*, op. cit. note 39.

73. Pour le texte et l'état des ratifications voir note 6 *supra*.

74. A. Badara Fall, « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : entre universalisme et régionalisme », in *La démocratie en Afrique*, 2009/2 (n° 129), pages 77-100, disponible sur le site internet <<https://www.caim.info/revue-pouvoirs-2009-2-page-77.htm>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

phare dans le développement politique et de protection des droits de l'homme dont les destinataires principaux sont les individus vivant dans les États concernés.

64. Il est important de noter que la Charte africaine des droits de l'homme est enfin complétée par un autre instrument spécifique dont l'objectif est la protection de l'enfant, à savoir, la **Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant adoptée par l'OUA le 1<sup>er</sup> juillet 1990** (ci-après « Charte africaine des droits de l'enfant »)<sup>75</sup>. Elle établit des principes fondamentaux pour la protection des droits et du bien-être des enfants. Parmi les pays partenaires participants de l'IEV Sud, l'Algérie and l'Égypte ont signé et ratifié la Charte africaine des droits de l'enfant ; la Tunisie a signé la Charte, mais elle ne l'a pas encore ratifiée.
65. Aux termes de la présente Charte africaine des droits de l'enfant, le terme « enfant » se réfère à tout être humain âgé de moins de 18 ans. Cette disposition permet d'octroyer à toute personne de moins de 18 ans la protection spéciale qui lui est due, en dépit d'une législation nationale qui fixerait plus tôt, l'âge de la majorité (art. 1<sup>er</sup>).
66. Il convient de souligner que la Charte africaine des droits de l'enfant s'inspire de la CNUDE et que les deux instruments partagent des principes fondamentaux de l'application des droits de l'enfant reconnus au plan universel, tel que le principe de non-discrimination, le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, de participation des enfants, de survie et développement de l'enfant. Ces principes entourent l'ensemble des droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels qui garantissent la protection de l'enfant. En outre, la Charte africaine des droits de l'enfant prévoit des droits de protection spécifiques à l'égard des enfants soumis à des procédures d'adoption et des enfants séparés de leurs parents.
67. Dans le cadre de l'application de la Charte africaine des droits de l'enfant, la notion d'intérêt supérieur de l'enfant occupe une place centrale selon l'article 4, paragraphe 1<sup>er</sup>, qui dispose que « *Dans toute action concernant un enfant, entreprise par une quelconque personne ou autorité, l'intérêt supérieur de l'enfant sera la considération primordiale* ». En suivant les mêmes préoccupations de la CNUDE quant à la protection de l'enfant dans les litiges relatifs aux droit de la famille, cet article prévoit que « *Dans toute procédure judiciaire ou administrative affectant un enfant qui est capable de communiquer, on fera en sorte que les vues de l'enfant puissent être entendues soit directement, soit par le truchement d'un représentant impartial qui prendra part à la procédure, et ses vues seront prises en considération par l'autorité compétente, conformément aux dispositions des lois applicables en la matière* » (art. 4, para. 2).
68. Le préambule de la Charte africaine des droits de l'enfant rappelle le contexte particulier de la situation de nombreux enfants africains en raison de facteurs culturels, sociaux, économiques, traditionnels, des conflits armés, de la faim, etc. C'est dans l'intérêt supérieur de l'enfant que les États doivent prendre les mesures nécessaires pour donner effet aux dispositions de la Charte. Pour cela, toute coutume, tradition, pratique culturelle incompatible avec les droits et devoirs énoncés doit être découragée (art. 21). C'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit être la considération primordiale (art. 4), en tenant compte notamment de son immaturité physique et mentale.

---

75. La Charte Africaine des Droits et du Bien-être de l'Enfant a été adoptée par la Vingt-Sixième Conférence de Chefs d'État et de Gouvernement de l'OUA à Addis Abéba (Éthiopie). Voir le texte de la Charte et l'état de ratifications, *supra*, note 7.

## b) La protection des droits de l'enfant dans le cadre de la Ligue des États Arabes

69. La Ligue des États Arabes (ci-après la « Ligue Arabe »)<sup>76</sup>, est une organisation régionale à statut d'observateur auprès de l'ONU. Elle fut fondée le 22 mars 1945 au Caire par 7 pays à savoir : l'Égypte, l'Arabie saoudite, l'Irak, la Jordanie, le Liban, la Syrie et le Yémen du Nord. Elle compte actuellement avec 22 États membres, dont certains pays partenaires de l'IEV Sud tels que le Maroc (1958), la Tunisie (1958), and l'Algérie (1962)<sup>77</sup>. L'association vise à affirmer l'unité de la « nation » arabe et l'indépendance de chacun de ses membres.
70. L'organisation de la Ligue arabe repose sur quatre organismes principaux : le sommet des chefs d'État, le Conseil des ministres, les comités permanents et le Secrétariat général. De plus, divers organismes ont été créés en application de traités qui complètent le pacte de 1945 et plusieurs agences spécialisées travaillent en étroite collaboration avec elle<sup>78</sup>.
71. Le 15 septembre 1994, le Conseil de la Ligue a adopté la Charte arabe des droits de l'homme qui a été modifiée postérieurement 20 ans après, puisque les États n'ont pas adhéré d'emblée au texte de la Charte, mais seulement 10 ans après son adoption. Les faiblesses de la Charte arabe étant soulignées par les organisations internationales ou nationales militant en faveur des droits de l'homme ont renforcé l'adoption d'une nouvelle **Charte arabe des droits de l'homme** le 22 mai 2004<sup>79</sup>.
72. Le préambule de la Charte arabe des droits de l'homme rappelle que les droits de l'homme sont « envisagés dans leur universalité et leur complémentarité » (para. 4) et, dans le nouvel article 1<sup>er</sup> les différents objectifs que s'assigne la Charte, tels que « placer les droits de l'homme au cœur des préoccupations nationales des États arabes ; éduquer l'être humain arabe conformément aux principes et valeurs universels et à ceux qui sont proclamés dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ; et enraciner le principe selon lequel tous les droits de l'homme sont universels, indivisibles, interdépendants et indissociables »<sup>80</sup>.
73. En matière de protection des enfants, la Charte arabe des droits de l'homme prévoit à l'article 33, paragraphe 3 que « Les États parties prennent toutes les dispositions législatives, administratives et judiciaires requises pour assurer la protection, la survie et le bien-être de l'enfant dans un climat de liberté et de dignité et pour faire en sorte que son intérêt supérieur soit, en toutes circonstances, le critère à la base de toutes les mesures le concernant qu'il s'agisse d'un enfant à risque ou d'un enfant délinquant »<sup>81</sup>.
74. Dans le domaine de la protection de l'enfant, il est important de souligner que la Ligue arabe a présenté un projet spécifique au Conseil des ministres des Affaires sociales arabes lors de leur quatrième session à Tunis du 4 au 6 décembre 1983, et ces ministres ont adopté le **Pacte des droits de l'enfant**

76. Voir le site internet de la Ligue des États Arabes disponible seulement en langue arabe <<http://www.lasportal.org/ar/Pages/default.aspx>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

77. *Ibid.*, pour un tableau complet sur l'état d'adhésion des pays arabes.

78. M. A. Al-Midani, The League of Arab States and the Arab Charter on Human Rights, disponible sur le site internet <[https://www.achil.org/articles.htm?article\\_id=6](https://www.achil.org/articles.htm?article_id=6)> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

79. Voir le texte de la Charte note 9 *supra*.

80. Voir A. Mahiou, « La Charte arabe des droits de l'homme » disponible sur internet <[https://blogavocat.fr/sites/default/files/fichiers/la\\_charte\\_arabe\\_des\\_droits\\_de\\_l\\_homme\\_-\\_a\\_ma.pdf](https://blogavocat.fr/sites/default/files/fichiers/la_charte_arabe_des_droits_de_l_homme_-_a_ma.pdf)> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

81. Voir le texte de la Charte arabe, note 9 *supra*.

**arabe** (ci-après le « Pacte de l'enfant arabe »)<sup>82</sup>, deux ans plus tard, suite au premier congrès arabe sur l'enfant arabe tenu à Tunis du 8 au 10 avril 1980. Le Pacte compte avec l'approbation de 7 États arabes, à savoir : la Palestine représentée par l'Organisation de Libération de la Palestine (1985), la Syrie (1985), l'Irak (1986), la Libye (1987), la Jordanie (1992) et l'Égypte (1994)<sup>83</sup>.

75. Il convient de noter que le Pacte se réfère aux droits de l'enfant arabe, plutôt que d'aborder les droits de tous les enfants dans des pays arabes. Le Pacte envisage la protection des droits de l'enfant et à son droit à être élevé dans une famille fondée sur la stabilité, l'affection et à disposer d'un statut digne de lui dans sa famille. Il doit avoir accès à la sécurité sociale, à un logement et à une alimentation équilibrée adaptée à chaque étape de sa croissance. En outre, la protection des droits de l'enfant doit se faire sur la base des initiatives législatives prises dans chaque État arabe, et ceci, en considération des engagements pris sur le fondement du présent Pacte, en plus d'assurer que l'intérêt de l'enfant soit prioritaire dans tous les cas.
76. Néanmoins, le Pacte de l'enfant arabe a été fortement critiqué en raison de son incohérence vis-à-vis du droit international puisqu'il ne dispose pas d'un véritable mécanisme de protection<sup>84</sup>. En effet, selon l'article 50 du Pacte, il incombe aux États membres de la Ligue arabe, pas seulement aux États parties au Pacte, de présenter, d'une part, au Secrétariat de la Ligue « des rapports sur les mesures qu'ils ont adoptées ainsi que sur les réalisations effectuées au regard de ce qui a été convenu dans le présent Pacte ». Ce même article précise, d'autre part, qu'il faut que ces rapports mentionnent également les facteurs et les obstacles « qui se répercutent sur le degré d'exécution des obligations découlant du présent Pacte ». Cependant ce dernier n'explique pas s'il y a une suite à donner à ces rapports de la part de ce Secrétariat ou de la part, par exemple, de la Commission permanente arabe des droits de l'homme<sup>85</sup>.
77. Au Sommet 2012, la Ligue arabe a adopté la Déclaration de Marrakech qui a affirmé l'engagement aux principes prévus dans le CNUDE et ses Protocoles. À ce jour, aucune proposition de révision du Pacte de l'enfant arabe n'a été engagée au sein de la Ligue arabe<sup>86</sup>.

### 3. La portée et la mise en œuvre du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la CNUDE

78. La CNUDE dispose, en son article 1<sup>er</sup>, qu'« un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans ». L'âge de l'enfant est un paramètre juridique actuellement utilisé, en Europe également, pour définir un enfant<sup>87</sup>.

82. Voir le texte relatif au Pacte de l'enfant arabe, note 10 *supra*.

83. Pour plus d'informations sur le Pacte des droits de l'enfant de 1983 et l'état d'adhésion à cet instrument, voir M. A. Al-Midani, *op. cit.* note 78 sur le site internet < [https://www.acihl.org/article.htm?article\\_id=7](https://www.acihl.org/article.htm?article_id=7) > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

84. Voir M. Rishmawi, *The League of Arab States - Human Rights Standards and Mechanisms*, disponible sur le site internet < <http://www.cihrs.org/wp-content/uploads/2015/12/league-arab-states-manual-en-20151125.pdf> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018), page 83.

85. Voir M. A. Al-Midani *op. cit.* note 78, *infra*. Voir également M. A. Al-Midani, *Les droits de l'homme et l'Islam. Textes des Organisations arabes et islamiques*, Association des Publications de la Faculté de Théologie Protestante, Université Marc Bloch, Strasbourg, 2003, pages 7 et suivantes.

86. Voir M. Rishmawi, *The League of Arab States - Human Rights Standards and Mechanisms*, *op. cit.* note 84.

87. Voir également dans la section terminologie la « définition du terme enfant » paragraphe 14 et suivants, *supra*.

79. L'objectif est de reconnaître que l'enfant, en tant que détenteur de ses propres droits, n'est pas un bénéficiaire passif des organisations caritatives, mais un acteur de son propre développement. La CNUDE définit l'enfance comme une période distincte de l'âge adulte et énonce les droits dont l'enfant doit bénéficier pour se développer pleinement, sans souffrir de la faim, de la pauvreté, de la privation de soins ou de mauvais traitements.
80. L'application de la CNUDE est fondée sur une approche basée sur les droits de l'homme aux problématiques des droits de l'enfant. Les droits de l'homme sont un ensemble de normes approuvées par la communauté internationale et juridiquement contraignantes, dont toutes les personnes, y compris les enfants, doivent pouvoir bénéficier. Ils peuvent servir de normes en matière de dignité et d'identité de l'être humain enracinées dans chaque culture, religion et tradition à travers le monde. Les droits de l'homme représentent un cadre et un plan d'action légitimes en faveur de la responsabilité mutuelle et du dialogue entre les partenaires de développement internationaux et la société civile.
81. En ce sens, la CNUDE constitue l'expression la plus complète des droits de l'enfant dans le droit international. Elle a été le premier instrument de la législation sur les droits de l'homme à rassembler en un seul document les normes juridiques liées aux droits économiques, sociaux, culturels, civils et politiques. Les États ayant ratifié la CNUDE, dont les partenaires de l'IEV Sud, prennent l'engagement juridique d'appliquer les dispositions qui s'y rattachent. À cet égard, la CNUDE est applicable en Algérie<sup>88</sup>, au Liban<sup>89</sup>, au Maroc<sup>90</sup>, en Tunisie<sup>91</sup>, en Égypte<sup>92</sup>, en Jordanie<sup>93</sup>, en Israël<sup>94</sup> et en Palestine<sup>95</sup>.
82. De ce fait, les États restent les principaux responsables chargés de respecter, de protéger et de mettre en œuvre les droits de l'enfant. Dans le but d'aider les pays à mettre en œuvre au mieux les engagements de la CNUDE, le Comité international des droits de l'enfant est chargé du suivi de la mise en œuvre de la CNUDE et de ses Protocoles facultatifs (a).
83. De plus, le Comité international des droits de l'enfant appelle les États parties à se conformer avec ses obligations de « *prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la présente Convention* »<sup>96</sup> au respect de l'intérêt supérieur de l'enfant (b).

88. La CNUDE a été signée par le gouvernement de l'Algérie le 26 janvier 1990 et ratifiée le 16 avril 1993.

89. La CNUDE a été signée par le gouvernement du Liban le 26 janvier 1990 et ratifiée le 14 mai 1991.

90. La CNUDE a été signée par le gouvernement du Maroc le 26 janvier 1990 et ratifiée le 21 juin 1993.

91. La CNUDE a été signée par le gouvernement de la Tunisie le 26 février 1990 et ratifiée le 30 janvier 1992.

92. La CNUDE a été signée par le gouvernement de l'Égypte le 5 février 1990 et ratifiée le 6 juillet 1990.

93. La CNUDE a été signée par le gouvernement de la Jordanie le 29 août 1990 et ratifiée le 24 mai 1991.

94. La CNUDE a été signée par le gouvernement d'Israël le 3 juillet 1990 et ratifiée le 3 octobre 1991.

95. La CNUDE a été signée par le gouvernement de la Palestine le 3 avril 2014.

96. Article 4 de la CNUDE. Voir également le Comité des droits de l'enfant des Nations unies, Observation générale n° 5 (2003) : *Mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant*, 27 novembre 2003, CRC/GC/2003/5, disponible sur le site internet <<http://www.refworld.org/docid/4538834f1.html>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

## a) Le rôle du Comité international des droits de l'enfant

84. Le Comité international des droits de l'enfant (ci-après le « Comité ») est un organe composé de 18 experts indépendants, dont la mission est, selon l'article 43 de la CNUDE, d'examiner les progrès accomplis par les États parties dans l'exécution des obligations contractées par eux en vertu de la présente Convention.
85. Le Comité se définit lui-même comme étant le superviseur de la mise en œuvre des droits de l'enfant. Les États sont tenus de lui présenter à intervalles réguliers, dans les deux ans à compter de la date d'entrée en vigueur de la Convention puis tous les cinq ans, des rapports permettant de « *donner au Comité une idée précise de l'application de la Convention* »<sup>97</sup>. Suite à la remise de ces rapports, le Comité rédige des « observations finales »<sup>98</sup> dans lesquelles il fait part à l'État concerné de ses préoccupations et de ses recommandations.
86. Il convient de mentionner que trois protocoles facultatifs sont annexés à la CNUDE afin de renforcer les droits dans des domaines spécifiques : le Protocole concernant l'implication des enfants dans les conflits armés<sup>99</sup>, le Protocole concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants<sup>100</sup> et le Protocole établissant une procédure de présentation de communications<sup>101</sup>. La CNUDE et ses trois protocoles sont placés sous la surveillance du Comité.
87. En réalité, le Comité n'est pas une juridiction. Néanmoins, il est compétent pour examiner les communications individuelles émanant de particuliers et entamer des requêtes pour les violations graves ou systématiques aux droits énoncés dans la Convention, le Protocole facultatif à la Convention, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, ou le Protocole facultatif à la Convention, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés. Il invite l'État partie à coopérer dans l'examen de ces renseignements et, à cette fin, à présenter sans délai ses observations à leur sujet.
88. Le Comité n'a aucun pouvoir de contrainte ; il peut simplement enjoindre aux États parties de mettre en œuvre ses recommandations formulées dans les observations finales telles que : le Comité invite instamment l'État à tout mettre en œuvre pour donner suite aux recommandations antérieures, le Comité engage l'État partie à tout mettre en œuvre pour donner suite aux recommandations, le Comité demande instamment à l'État de faire tout son possible pour donner suite aux recommandations, etc. Face à cette absence de pouvoir de contrainte, il est tout à fait possible que les États ne se soumettent pas à leurs obligations de remettre un rapport dans les délais impartis ou ne mettent pas en application les recommandations précédentes du Comité.

97. Voir l'article 44, paragraphe 2 de la CNUDE.

98. Ces observations sont disponibles par pays sur le site du Haut-Commissariat aux droits de l'homme <Fehler! Linkreferenz ungültig. consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018), sous « droit de l'homme par pays », ensuite « nom du pays », ensuite, « état des rapports » ensuite « CRC - Convention relative aux droits de l'enfant ».

99. Pour le texte du Protocole, voir <<http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/OPACCRC.aspx>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

100. Pour le texte du Protocole, voir <<http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/OPSCCRC.aspx>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

101. Pour le texte du Protocole, voir <<http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/OPICCRC.aspx>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018). Il a été adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par la résolution de l'Assemblée générale A/RES/66/138 du 19 décembre 2011 et entré en vigueur le 14 avril 2014 <[www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx](http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx)> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

89. Afin de combler son manque de pouvoir de contrainte, le Comité incite vivement les États à intégrer la CNUDE dans leur législation interne de manière à permettre aux tribunaux d'en sanctionner les violations, à ratifier les conventions internationales disposant de mécanismes juridiques contraignants, ou encore, à nommer un médiateur ou un commissaire ou tout autre organe indépendant de défense des droits de l'homme doté d'un vaste mandat, de pouvoirs et de ressources nécessaires, qui serait chargé de suivre, protéger et promouvoir tous les droits énoncés dans la Convention pour tous les enfants.

## **b) L'émergence de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la CNUDE**

90. Le concept de l'« intérêt supérieur de l'enfant » est explicitement énoncé dans plusieurs instruments de protection de droits de l'homme. Il est de fait antérieur à la CNUDE et était déjà consacré dans la Déclaration des droits de l'enfant de 1959 (principe n° 2)<sup>102</sup> et dans la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (art. 5 (b)) et 16, para. 1<sup>er</sup> d))<sup>103</sup>, ainsi que dans des instruments régionaux et dans nombre de lois nationales et d'instruments internationaux<sup>104</sup>.
91. La CNUDE se distingue pour être le premier instrument international juridiquement contraignant à intégrer une gamme des droits de l'homme, y compris les droits civils, culturels, économiques, politiques et sociaux. Pour cela, elle vise l'enfant dans son intégralité, c'est-à-dire, en soulevant les aspects individuels de l'enfant et en tant que membre d'une famille et d'une communauté, avec des droits et responsabilités liées à son âge et à son stade de développement. En ce sens, l'acceptation généralisée de la CNUDE indique un engagement global envers les droits des enfants. Cela implique que les États qui ont ratifié cet instrument ont l'obligation de respecter et de faire respecter tous les droits qu'elle consacre au nom des enfants.
92. La CNUDE consacre également la protection et la promotion des droits des enfants handicapés, des enfants issus de minorités (ou d'origine autochtone) et des enfants réfugiés. Elle pose en outre quatre principes devant subordonner la mise en œuvre de l'ensemble des droits qu'elle prévoit, à savoir : la non-discrimination, le droit à la vie, à la survie et au développement, le respect de l'opinion et l'intérêt supérieur de l'enfant.
93. Le Comité a estimé que l'article 3, paragraphe 1<sup>er</sup> « *posait un des quatre principes généraux de la Convention pour l'interprétation et la mise en œuvre de tous les droits de l'enfant et il l'applique en tant que concept dynamique nécessitant une évaluation adaptée au contexte spécifique* »<sup>105</sup>. Ce concept est un critère général qui doit guider dans toutes décisions relatives aux enfants sur la base duquel « *Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de*

102. Pour le texte de la Déclaration, voir note 53 *supra*.

103. Le texte de la Convention est disponible sur le site internet <<http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

104. Pour plus d'informations sur certains instruments, voir *infra* Partie B.

105. Voir l'Observation générale n° 14 (2013) du Comité des droits de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, paragraphe 1<sup>er</sup>). Disponible sur le site internet <<http://www.refworld.org/docid/51a84b5e4.html>>, page 3 (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018). Voir aussi N. Cantwell, « La genèse de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la Convention relative aux droits de l'enfant », *Journal du droit des jeunes*, 2011/3 (N° 303), pages 22-25. DOI : 10.3917/dj.303.0022. Disponible sur le site Internet <<https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2011-3-page-22.htm>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

*protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale »<sup>106</sup>.*

94. Ainsi, la notion d'intérêt supérieur de l'enfant est un principe qui joue un rôle primordial à l'égard de toutes les actions qui affectent les enfants. Lorsque des décisions concernant leur avenir sont prises, par exemple dans les cas de divorce des parents, les enfants ont le droit d'être auditionnés et de donner leur avis de manière adaptée à leur âge et degré de maturité.
95. Dans les affaires liées à la demande de garde et au contact, l'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale à être soulevée par le juge saisi de la demande au moment de l'évaluation d'une situation individuelle concernant l'enfant afin de rendre une décision qui correspond à ses besoins. En outre, il peut également agir d'un mode d'appréciation dans des affaires portant sur la garde ou le contact lorsque les parents sont de religions différentes ou lorsque l'affaire comporte un élément international. Enfin, le concept peut encore introduire dans les systèmes juridiques nationaux des procédures accélérées dans les litiges familiaux concernant la garde ou le contact ou encore, dans les cas de déplacement et de non-retour transfrontaliers illicites d'un enfant<sup>107</sup>.
96. Dans le cadre de cette étude, il est donc opportun de vérifier le cadre d'application du concept de l'intérêt supérieur de l'enfant.

## **i) La fonction du concept d'intérêt supérieur de l'enfant**

97. La CNUDE ne précise pas où se trouve et comment se découvre l'intérêt de l'enfant, mais à vrai dire, aucune des conventions internationales concernant les mineurs, dans lesquelles la notion est pourtant omniprésente, ni le droit interne qui s'y réfère également, n'en ont jamais donné de définition.
98. La raison réside probablement dans l'idée que ce concept ne peut avoir d'effectivité que s'il est livré au juge sans sens prédéfini, dans la mesure où c'est à ce dernier de lui en donner un dans chacun des cas dont il est saisi. En effet, il semble impossible d'arrêter à l'avance ce qui doit être considéré comme conforme à l'intérêt de l'enfant dès lors que cette considération est appelée à intervenir dans une multitude de situations différentes et consiste simplement à dire qu'entre deux solutions, celle qui est la plus favorable à l'enfant, dans le sens de meilleure pour lui, doit être privilégiée.
99. Par ailleurs, le Comité indique que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant englobe trois dimensions<sup>108</sup>.
100. En premier lieu, l'intérêt supérieur de l'enfant est un « droit de fond » qui doit être pris en considération lorsque « *différents intérêts sont examinés en vue d'aboutir à une décision sur la question en cause, et la garantie que ce droit sera mis en œuvre dans toute prise de décisions concernant un enfant, un groupe d'enfants défini ou non ou les enfants en général* »<sup>109</sup>. Ainsi, le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 3 qui crée une

106. Article 3, paragraphe 1<sup>er</sup> de la CNUDE.

107. Voir P.Hammje, « L'intérêt supérieur de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé », in *Mélanges P. Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pages 365 et ss. L'auteur propose une lecture de l'intérêt supérieur de l'enfant qui dépasse la distinction classique entre intérêt abstrait et intérêt concret : l'intérêt « *conflictuel* » de l'enfant est confronté à l'intérêt « *substantiel* » de l'enfant.

108. Voir l'Observation générale n° 14 (2013), *op. cit.* note 105 paragraphe 6.

109. *Ibid.*

obligation intrinsèque pour les États, est directement applicable et peut être invoqué devant un tribunal, puisqu'il consacre plus largement un droit pour toutes les parties intéressées au processus de séparation de l'enfant et de ses parents.

101. Deuxièmement, il s'agit d'un « *principe juridique interprétatif fondamental* »<sup>110</sup> qui sert d'orientation lorsqu'une disposition juridique se prête à plusieurs interprétations. Dans ce cas, le Comité souligne qu'il convient de choisir celle qui sert le plus efficacement l'intérêt supérieur de l'enfant. Les droits consacrés dans la Convention et dans les Protocoles facultatifs s'y rapportant constituent le cadre d'interprétation.
102. Troisièmement, l'intérêt supérieur de l'enfant est une « *règle de procédure* » à la charge des États parties qui doivent justifier la manière selon laquelle une décision est prise dans l'intérêt supérieur de l'enfant, « *à savoir ce qui a été considéré comme étant dans l'intérêt supérieur de l'enfant, sur la base de quels critères et comment l'intérêt supérieur de l'enfant a été mis en balance avec d'autres considérations, qu'il s'agisse de questions de portée générale ou de cas individuels* »<sup>111</sup>.
103. Le Comité demande que des dispositions de la CNUDE reçoivent une application concrète à la lumière de l'article 3 concernant l'intérêt supérieur de l'enfant et que les gouvernements fassent de ce principe une « *considération première* »<sup>112</sup>. Il s'agit, de ce fait, d'un standard, un objectif, une ligne de conduite, une notion guide, qui doit éclairer, habiter et irriguer toutes les normes, politiques et décisions internes ainsi que les budgets relatifs aux enfants<sup>113</sup>.

## ii) La prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes les décisions

104. L'intérêt supérieur de l'enfant étant une notion éminemment subjective, sa recherche relève de l'appréciation souveraine des juges et « *sa teneur doit être déterminée au cas par cas* »<sup>114</sup>. Il s'agit d'un concept souple, qui doit être évalué et appliqué en fonction de la situation dans laquelle l'enfant se trouve. C'est pourquoi l'article 3, paragraphe 1<sup>er</sup> de la CNUDE ne prescrit d'ailleurs pas autre chose lorsqu'il fait de l'intérêt de l'enfant une considération primordiale dans la prise de décision le concernant et non la raison d'être de la décision.
105. La formulation de l'article 3, paragraphe 1<sup>er</sup> de la CNUDE selon laquelle l'intérêt supérieur de l'enfant est une considération destinée à guider le juge dans la décision qu'il prend à propos d'un enfant, ne donne pas naissance à un droit autonome mais est destiné à accompagner l'application d'une autre règle de droit, celle sur le fondement de laquelle il est demandé au juge de prendre une décision concernant l'enfant. L'intérêt de l'enfant est une directive donnée au juge sur la façon d'appliquer une autre règle de droit, voire sur la meilleure solution à adopter en application de cette règle.

110. *Ibid.*

111. *Ibid.*

112. Voir l'Observation générale n° 5 (2003) *op. cit.* note 96, paragraphe 45.

113. À ce propos, voir: A. Gouttenoire et *alii*, « Article 3 : Intérêt supérieur de l'enfant, La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après. – Commentaire article par article », *Droit de la famille* n° 11, novembre 2009, dossiers 13 et 16 : « Selon le premier alinéa de l'article 3, l'intérêt supérieur de l'enfant doit guider l'auteur de tout acte concernant un enfant ».

114. Voir l'Observation générale n° 14 (2013), *op. cit.* note 105, paragraphe 32.

106. La généralité de la formule permet d'étendre l'application de ce texte à une multitude de matières et de décisions. Par exemple, en cas de déplacement et le non-retour illicites transfrontaliers, la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants vise à protéger l'intérêt supérieur des enfants en prévoyant un mécanisme de retour immédiat au lieu de résidence habituelle. Toutefois, dans des circonstances particulières, telles que celles définies à l'article 13, b de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, une exception au retour pourrait être nécessaire pour protéger l'intérêt supérieur de l'enfant. Ces circonstances étant définies comme « *le risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière le place dans une situation intolérable* »<sup>115</sup>, il est bien évident qu'il n'est pas de l'intérêt de l'enfant d'ordonner son retour immédiat si celui-ci doit l'exposer à l'un ou l'autre de ces périls<sup>116</sup>.
107. En outre, le Comité soulève que l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant doit faire place au « *respect du droit de l'enfant d'exprimer librement son opinion et du droit à ce que cette opinion soit dûment prise en considération dans toutes les affaires concernant l'enfant* »<sup>117</sup>.
108. Il est important de noter que l'article 3, paragraphe 1<sup>er</sup> de la CNUDE vise à garantir que les mesures prises au nom de l'enfant doivent respecter son intérêt supérieur. Dans ce cas, le « *principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est similaire à un droit procédural qui oblige les États parties à intégrer à leurs processus d'action des mesures visant à garantir que l'intérêt supérieur de l'enfant est pris en considération* »<sup>118</sup>. En affirmant le rôle complémentaire entre ces deux articles, le Comité affirme l'existence des liens inextricables qui existent entre le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 3 et l'article 12 de la CNUDE. En effet, « *le premier fixe pour objectif de réaliser l'intérêt supérieur de l'enfant et le deuxième définit la méthode pour entendre l'opinion de l'enfant* »<sup>119</sup> ou des enfants et la prendre en considération dans toutes les affaires qui les concernent, y compris pour l'évaluation de leur intérêt supérieur.
109. Dans le cadre de l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant, le Comité rajoute encore que les États doivent prendre les dispositions nécessaires en matière de représentation, ainsi que de prévoir des mécanismes qui permettent à l'enfant d'être entendu, soit directement, soit indirectement (par les biais d'un représentant), dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant<sup>120</sup>.

115. Voir l'art. 13, b de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, *op. cit.* note 2.

116. Voir la jurisprudence de la CouEDH soutenant la compatibilité des mécanismes offerts par la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants avec le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant de la CNUDE sous Part I, C, 2 paragraphes 177 et ss.

117. Voir l'Observation générale n° 14 (2013), *op. cit.* note 105, paragraphe 43.

118. Voir l'Observation générale n° 12 (2009) du Comité sur les droits de l'enfant d'être entendu, 20 juillet 2009, CRC/C/GC/12, disponible sur internet < <http://www.refworld.org/docid/4ae562c52.html> >, (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018), paragraphe 70.

119. Voir l'Observation générale n° 14 (2013), *op. cit.* note 105, paragraphe 74.

120. *Ibid.*, paragraphes 44 et 45.

## B. Comment les instruments internationaux, régionaux et bilatéraux de résolution des conflits familiaux transfrontaliers contribuent à protéger l'intérêt supérieur de l'enfant

Juliane Hirsch

110. Dans les sections suivantes, un bref aperçu des instruments internationaux, régionaux et bilatéraux apportant des solutions aux conflits familiaux transfrontaliers dans les régions européennes et du sud de la Méditerranée est proposé. L'étude se penche sur la façon dont ces instruments contribuent à la protection des droits essentiels de l'enfant consacrés par la CNUDE et notamment du principe énoncé au paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 3 de ladite convention, selon lequel, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

### 1. Les instruments internationaux de résolution des conflits familiaux transfrontaliers

#### a) La Convention de La Haye de 1980 relative à l'enlèvement d'enfants et la Convention de La Haye de 1996 relative à la protection des enfants

##### i) La Convention de La Haye de 1980 relative à l'enlèvement d'enfants

111. La *Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (ci-après, la Convention de 1980 relative à l'enlèvement d'enfants)*<sup>121</sup>, rédigée il y a près de 40 ans, est l'une des conventions de La Haye les plus ratifiées. À l'heure actuelle (au 1<sup>er</sup> avril 2018), elle est en vigueur dans 98 États du monde entier. Tous les États membres de l'UE en sont des États contractants, et parmi les Pays partenaires du sud participant à l'IEV, Israël, le Maroc et la Tunisie sont des États contractants.

121. Consulter le texte de la Convention et des informations additionnelles sur la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants *supra* note 2.

- I 12. Il convient de noter que cette Convention porte uniquement sur les aspects civils afférents au déplacement ou au non-retour illicites d'un enfant, et qu'elle ne régleme pas la question des conséquences pénales éventuelles de telles conduites.
- I 13. Comme l'affirme son préambule, la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants vise à « 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'État de sa résidence habituelle, ainsi que d'assurer la protection du droit de visite ».
- I 14. La Convention constitue un outil important de protection des intérêts des enfants dans le cadre des conflits transfrontaliers. Il a été souligné que les procédures expéditives prévues par la Convention constituent « un facteur critique pour la protection des intérêts de l'enfant ». Entre autres, une action expéditive dans le cas d'enlèvements internationaux d'enfants permettra de « minimiser les perturbations [du fait de l'enlèvement de l'enfant] à son environnement familial », « minimiser les préjudices subis par l'enfant du fait de sa séparation avec l'autre parent », ainsi que d'éviter « que le parent ravisseur ne tire avantage de l'écoulement du temps »<sup>122</sup>.
- I 15. Comme l'indique le Rapport explicatif sur la Convention<sup>123</sup>, ses rédacteurs ont pris le soin de créer un instrument permettant de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant dans les cas de déplacement ou de non-retour illicites en prenant en considération les circonstances individuelles de chaque cas de figure. Les dispositions de la Convention afférentes au mécanisme de retour expéditif comportent un nombre limité d'exceptions au retour, reconnaissant que dans certains cas, le déplacement d'un enfant « peut parfois être justifié par des raisons objectives touchant soit à [la] personne de l'enfant, soit à l'environnement qui [lui] était le plus proche »<sup>124</sup>.
- I 16. La Convention de 1980 est antérieure à l'entrée en vigueur de la CNUDE, mais sert, néanmoins, d'outil de mise en œuvre de toute une série de droits de l'enfant consacrés par cette dernière convention<sup>125</sup>.
- I 17. La Convention de 1980 a pour objet de faire respecter effectivement dans les autres États contractants les droits de garde et de contact existants dans un État contractant. En instaurant un cadre juridique international en matière de retour rapide des enfants illicitement déplacés ou non retournés, la Convention contribue à garantir l'existence d'une relation suivie de l'enfant avec ses deux parents (ce qui correspond aux droits consacrés à l'article 9 et à l'article 10 de la CNUDE). En outre, la Convention prévoit également des recours dans les affaires de contact transfrontalières, non liées nécessairement au déplacement ou au non-retour illicites.

122. Voir chapitre I.5.3. du Guide de bonnes pratiques, Convention-Enlèvement d'enfants de 1980 : Première Partie - Pratique des Autorités centrales, 2008, disponible en ligne en plusieurs langues sur le site Internet de la Conférence de La Haye, à l'adresse suivante < <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/publications1/?dtid=3&cid=24> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

123. Voir E. Pérez-Vera, Rapport explicatif de la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants, disponible à l'adresse suivante : < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) > dans « Publications » et « Rapports explicatifs », paragraphes 21 et suivants.

124. *Ibid.*, paragraphe 25.

125. En particulier, les articles 4, 8, 10, 11 et 35, voir la recommandation de ratification de la Convention de 1980 sur l'enlèvement d'enfants en tant que moyen de mettre en œuvre certains droits essentiels de l'enfant, *The Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, Fully Revised Third Edition, dont la rédaction a été commanditée par le Fonds des Nations unies pour l'enfance, UNICEF, Genève, 2007, article 4 – Mise en œuvre des droits de la Convention – Ratification d'autres instruments internationaux, pages 50-51 ; article 8 – Préserver l'identité de l'enfant, pages 117, 119 ; article 10 – Préserver le contact parent-enfant – page 139 ; article 11 – Déplacement et non-retours illicites d'enfants – pages 143-146, et article 35 – Empêcher l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants – page 541.

118. La Convention de 1980 prévient les décisions divergentes en matière de garde dans les affaires de déplacement ou de non-retour illicites d'un enfant en interdisant aux tribunaux de l'État sur le territoire duquel l'enfant a été illicitement déplacé (ou dans lequel l'enfant est illicitement retenu) de statuer sur le fond du droit de garde tant que la procédure de retour est en cours (voir article 16 de la Convention). Ainsi, la Convention contribue à garantir que la décision relative à la garde puisse être adoptée par une juridiction plus proche des circonstances de la vie habituelle de l'enfant, et donc mieux placée pour apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant afin de trancher<sup>126</sup>.
119. La notion selon laquelle l'enfant, eu égard à son âge et à son degré de maturité, puisse exprimer son opinion à propos du droit de garde et de visite (droit consacré à l'article 12 de la CNUDE) s'inscrit, elle aussi, dans la conception ayant influencé la rédaction de la Convention de 1980. La Convention ne s'applique qu'aux enfants de 16 ans au plus, et il en est ainsi car ses rédacteurs ont considéré qu'une « *personne de plus de seize ans a en général une volonté propre qui pourra difficilement être ignorée, soit par l'un ou l'autre de ses parents, soit par une autorité judiciaire ou administrative* »<sup>127</sup>. En outre, la Convention dispose, dans son article 13, paragraphe 2, que l'opinion de l'enfant concernant la question essentielle du retour devra être prise en considération si ce dernier a atteint un âge et une maturité suffisants<sup>128</sup>.
120. Enfin, il va sans dire que la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants constitue un outil de mise en œuvre de l'obligation incombant aux États de prendre « *des mesures pour lutter contre les déplacements et les non-retours illicites d'enfants à l'étranger* » (article 11, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la CNUDE) et contre l'enlèvement d'enfants (article 35 CNUDE).
121. Les deux exemples ci-dessous sont fournis afin d'illustrer brièvement le fonctionnement de la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants. Il est entendu que la Convention de 1980 est en vigueur entre l'État A et l'État B.

#### *Exemple de non-retour illicite :*

L'enfant (âgé de sept ans) réside habituellement avec sa mère, qui en a la garde, dans l'État A. Le père, qui a emménagé dans l'État B suite au divorce du couple, passe une partie des vacances d'été avec l'enfant dans ce dernier État. À la fin des vacances, le père refuse de retourner l'enfant dans l'État A.

126. Outre la règle de compétence négative contenue à l'article 16 de la Convention de 1980, celle-ci ne comporte pas d'autres règles afférentes à la compétence internationale en matière de décisions relatives à la garde. Voir les règles de compétence internationale contenues dans la Convention de La Haye de 1996 pour la protection des enfants ci-dessous.

127. Voir paragraphe 77 du Rapport explicatif sur la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants, *op. cit. note 123*.

128. Grâce à l'évolution du droit de l'enfant à être entendu dans le cadre des procédures judiciaires, les enfants se voient régulièrement accorder, à l'heure actuelle, l'occasion de s'exprimer lors des procédures de retour relevant de la Convention de La Haye, s'ils ont l'âge et la maturité suffisants, et cela que l'exception contenue à l'article 13, paragraphe 2, de cette dernière ait été ou non soulevée par l'une des parties. Voir, à ce propos, le point 50 des conclusions et recommandations et rapport de la première partie de la sixième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et de la Convention Protection des enfants de 1996 (1 – 10 juin 2011) : « *La Commission spéciale s'est félicitée du soutien massif exprimé pour donner aux enfants, selon leur âge et leur maturité, la possibilité d'être entendus dans le cadre d'une procédure de retour introduite en application de la Convention de La Haye de 1980, que l'exception prévue à l'article 13(2) ait été invoquée ou non. La Commission spéciale a noté que les États suivaient des approches différentes dans leur droit interne quant à la manière dont l'avis de l'enfant peut être recueilli et intégré dans la procédure. En même temps, la Commission spéciale a souligné l'importance de veiller à ce que la personne qui entend l'enfant, que ce soit le juge, un expert indépendant ou toute autre personne, soit formée à cette tâche, dans toute la mesure du possible. La Commission spéciale a également reconnu la nécessité pour l'enfant d'être informé, selon son âge et son degré de maturité, du processus en cours et des conséquences possibles* ». Voir aussi P. Lortie et F. Breger, « *The child's voice - 15 Years later Judges* » Newsletter, vol. XXII, Summer-Fall 2018, disponible sur internet <<https://www.hcch.net/de/publications-and-studies/details4?pid=6614>> (dernière consultation le 31 décembre 2018).

## *Exemple d'un déplacement illicite :*

L'enfant (âgée de 5 ans) vit avec ses parents, non mariés, dans l'État A. À l'issue de la séparation du couple, la mère décide de retourner dans son pays d'origine, l'État B, pour y vivre avec l'enfant. Elle emmène l'enfant dans l'État B sans le consentement du père de l'enfant qui, selon le droit de l'État A, dispose légalement d'un droit de garde conjoint.

122. Dans les exemples précédents, la Convention de 1980 permettrait de résoudre le différend familial transfrontalier comme suit : Le « parent privé de l'enfant » serait directement soutenu par les autorités centrales, tel que prévu dans la Convention, dans la mise en œuvre de la procédure visant le retour de l'enfant. L'autorité centrale de l'État sur le territoire duquel l'enfant a été illicitement déplacé (ou dans lequel l'enfant est illicitement retenu) fournirait son assistance, notamment, en vue de déterminer où se trouve l'enfant, afin de susciter un retour volontaire de ce dernier et déclenchant ou facilitant l'introduction de la procédure judiciaire ou administrative nécessaire en vue de l'obtention du retour de l'enfant ; elle prendrait également les dispositions nécessaires pour l'organisation ou l'exercice effectif des droits de visite (voir articles 7 et 21 de la Convention). Les États contractants doivent procéder d'urgence en vue du retour de l'enfant, et la juridiction saisie dans le cadre d'une procédure de retour relevant de la Convention de La Haye est tenue de statuer sur le retour de l'enfant dans un délai de six semaines (article 11 de la Convention)<sup>129</sup>. Ce n'est que si l'une des exceptions restrictives prévues à l'article 13 et à l'article 20 s'applique à l'affaire que le tribunal peut refuser d'ordonner le retour de l'enfant. Dans nos exemples, rien ne permet de supposer la présence de faits justifiant l'application de l'une desdites exceptions. La décision de retour rendue dans le cadre d'une procédure relevant de la Convention intervient sans préjudice des questions de fond afférentes à la garde (voir l'article 19 de la Convention de 1980).

123. Il convient de souligner que toutes les Conventions de La Haye adoptées par l'organisation intergouvernementale la Conférence de La Haye de droit international privé bénéficient des dénommés services de suivi des conventions de l'organisation. Dans ce cadre, la Conférence de La Haye invite les États contractants, ainsi que d'autres États intéressés, à se rencontrer lors de réunions de la Commission spéciale organisées régulièrement, afin d'étudier le fonctionnement pratique de la Convention. À l'issue de ces réunions, la pratique dans le cadre de la Convention est étoffée et adaptée pour répondre aux défis modernes et garantir la cohérence avec le cadre juridique international prédominant. Les pratiques recommandées concernant la Convention sur l'enlèvement d'enfants de 1980 peuvent être consultées dans les conclusions et recommandations des réunions de la Commission

129. Le délai de six semaines indiqué à l'article 11 de la Convention de La Haye n'est pas obligatoire et il n'est pas précisé s'il concerne la procédure de première instance uniquement ou la procédure à La Haye dans son ensemble, y compris l'appel. Néanmoins, les États contractants s'efforcent au mieux d'améliorer en permanence le mécanisme de retour urgent prévu par la Convention, et toute une série de systèmes juridiques parviennent, concernant une partie considérable de leurs demandes de retour, à rendre une décision définitive, incluant l'instance d'appel, dans le délai de six semaines imparti, ainsi que cela est le cas au Royaume-Uni et aux Pays de Galles. Les statistiques les plus récentes (concernant les demandes de 2015) relatives à la mise en œuvre de la Convention, commanditées par la Conférence de La Haye, indiquent que le délai moyen pour traiter jusqu'à sa conclusion une demande de retour introduite dans le cadre de la Convention dans les plus de 74 États contractants ayant participé à l'analyse statistique était de 124 jours, incluant l'appel. Parmi les systèmes juridiques mettant très peu de temps, en moyenne, pour clore les procédures relevant de la Convention, malgré le nombre élevé de demandes, on peut citer l'Écosse-Royaume-Uni (59 jours), la Norvège (69 jours), la Lettonie (70 jours), l'Angleterre et le Pays de Galles-Royaume-Uni (76 jours), le Danemark (79 jours), l'Allemagne (82 jours) et la Nouvelle-Zélande et la Suisse (tous deux 87 jours). Voir Nigel Lowe/Victoria Stephens « Première partie — Analyse statistique des demandes déposées en 2015 en application de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants – Rapport global. Doc. prélim. N° 11 A de septembre 2017, disponible en ligne à l'adresse suivante : < <https://www.hcch.net/fr/publications-and-studies/details4/?pid=6545&dtid=57> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

spéciale<sup>130</sup>. En outre, toute une série de guides de bonnes pratiques ont été développés dans le cadre de la Convention de 1980, afin de contribuer à une meilleure mise en œuvre et application de cette dernière<sup>131</sup>. En outre, afin de promouvoir l'application cohérente et uniforme des dispositions de la Convention, la Conférence de La Haye met à disposition la base de données internationale INCA-DAT ([www.incadat.com](http://www.incadat.com)) contenant les résumés des décisions judiciaires dans les affaires d'enlèvement dans le cadre de l'application de la Convention de La Haye par les États contractants.

## ii) La Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants

124. 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**<sup>132</sup> enregistre à l'heure actuelle (au 1<sup>er</sup> avril 2018) 47 États contractants. Tous les États membres de l'UE ont signé cette Convention, et parmi les pays partenaires du sud de l'IEV, seul le Maroc fait actuellement partie des États contractants<sup>133</sup>. La Convention établit des règles communes sur la compétence, le droit applicable et la reconnaissance et l'exécution dans le domaine de la responsabilité parentale. Tout comme la Convention de La Haye de 1980, la Convention de La Haye de 1996 instaure un système de coopération entre les autorités centrales, afin d'aider les personnes physiques concernées à résoudre leurs conflits familiaux transfrontaliers.
125. La Convention de 1996 a été adoptée alors que la CNUDE était déjà en vigueur. Elle accorde une attention particulière aux droits essentiels de l'enfant consacrés dans la CNUDE. Le préambule de la Convention de 1996, qui fait expressément allusion à la CNUDE, confirme explicitement le fait que « *l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ». Dans l'ensemble de la Convention, l'intérêt supérieur de l'enfant se voit accorder un rôle central<sup>134</sup>.
126. La terminologie utilisée dans la Convention de La Haye de 1996 illustre le changement intervenu dans la perception du rôle de l'enfant dans le droit international de la famille, grâce à l'influence exercée par la CNUDE. Le terme moderne « responsabilité parentale » employé par la Convention reflète la notion d'une situation de droits réciproques entre les parents et leurs enfants. Néanmoins, la Convention fait également référence aux termes, moins utilisés à l'heure actuelle, de garde et de droits de visite, afin de refléter son lien avec la Convention de 1980<sup>135</sup>.

130. Voir les Conclusions et les Recommandations des réunions de la Commission spéciale concernant l'étude du fonctionnement en pratique de la Convention de 1980, ainsi que d'autres documents y étant associés sur le site Internet de la Conférence de La Haye, à l'adresse suivante : < <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/publications/1/?dtid=57&cid=24> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

131. Elles incluent notamment le Guide de bonnes pratiques, Convention-Enlèvement d'enfants : Première Partie - Pratique des Autorités centrales, le Guide de bonnes pratiques, Convention-Enlèvement d'enfants : Troisième Partie - Mesures préventives, le Guide de bonnes pratiques, Convention-Enlèvement d'enfants : Quatrième partie - Exécution et le Guide de bonnes pratiques, Convention Enlèvement d'enfants - Médiation, ainsi que le document intitulé Contacts transfrontières relatifs aux enfants / Principes généraux et Guide de bonnes pratiques, lequel comporte également les Bonnes pratiques relatives à la Convention de La Haye de 1996 pour la protection des enfants. Tous ces Guides sont disponibles en ligne en plusieurs langues, voir le site Internet de la Conférence de La Haye à l'adresse suivante : < <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/publications/1/?dtid=3&cid=24> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

132. Consulter le texte de la Convention de La Haye de 1996 *supra* note 3.

133. *Ibid.*

134. Voir, par exemple, les articles 8, 9, 10, 22, 28 et 33 de la Convention de La Haye de 1996 ; voir également, pour plus de précisions sur ce point, P. Lagarde, « Rapport explicatif sur la Convention-protection des enfants de 1996 », dans *Actes et documents de la Dix-huitième session (1996)*, tome II, *Protection des enfants*, La Haye, SDU, 1998.

135. Rapport explicatif de la Convention de La Haye de 1996, *op. cit.* note 134, *paragraphe 20* : *Précisant que les expressions droits de garde et droits de visite sur les enfants reprennent les formulations que l'on trouve dans la Convention de 1980. « La notion même de "droit" des parents en matière de garde ou de visite a été contestée dans le contexte nouveau de responsabilité parentale instauré par la Convention relative aux droits de l'enfant. Le terme*

127. La Convention de La Haye de 1996, qui s'applique aux enfants âgés de jusqu'à 18 ans (article 2), contribue à la protection de ces derniers dans le cadre des conflits familiaux transfrontaliers et d'autres situations transfrontalières (par exemple, les enfants non accompagnés ou séparés, les enfants fugueurs, et cela par le biais de toute une série de mécanismes très efficaces.
128. La Convention centralise la compétence sur les questions de responsabilité parentale auprès des tribunaux/autorités du pays de la résidence habituelle de l'enfant (voir article 5, l. e). C'est ainsi qu'en général, seules les juridictions/autorités d'un pays peuvent être compétentes en matière de responsabilité parentale. Cela évite les procédures parallèles et les décisions divergentes. Dans le même temps, le fait de centraliser la compétence dans l'État de résidence contribue à garantir que l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre de la procédure afférente à la garde ou au droit de visite soit réalisée par une juridiction/autorité proche de la vie quotidienne de l'enfant concerné.
129. Face à un déplacement ou à un non-retour illicite d'un enfant, la Convention de 1996 vient renforcer la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants et maintient la compétence sur le fond des questions de garde de l'État dans lequel l'enfant résidait habituellement avant le déplacement ou le non-retour (voir article 7 de la Convention de 1996).
130. En outre, la Convention prévoit un système efficace de reconnaissance et d'exécution des mesures de protection, y compris des décisions relatives à la responsabilité parentale (voir article 23 et suivants)<sup>136</sup>. Une décision rendue dans un État contractant fondée sur les règles de compétence est reconnue, de plein droit, dans tous les autres États contractants et peut, après avoir été déclarée exécutoire conformément aux règles de la Convention, être mise en œuvre.
131. Il convient de noter que 50 États de différentes régions du monde et aux traditions juridiques très diverses, y compris les pays de tradition juridique fondée sur le droit islamique, ont participé aux négociations relatives à la Convention de 1996<sup>137</sup>. Le texte de la Convention et le Rapport explicatif de cette dernière reflètent la volonté de créer un instrument international de respect mutuel entre les différents systèmes juridiques dans le domaine de la protection de l'enfant. La Convention ne vise pas à harmoniser les droits de la famille nationaux. Bien au contraire, la Convention prévoit un système efficace de reconnaissance et d'exécution des mesures de protection de l'enfant, adoptées sur la base de la *lex fori* de la juridiction ou de l'autorité compétente au sens de la Convention<sup>138</sup>. L'article 3 de la Convention de 1996, qui contient une liste des mesures de protection de l'enfant tombant sous le coup de la Convention, fait expressément allusion à l'institution du droit islamique de la « kafala »<sup>139</sup>, démontrant ainsi la possibilité d'appliquer ce texte dans le cadre de traditions juridiques du droit de la famille très diverses.

---

a cependant été conservé, à la fois par commodité et pour tenir compte des législations encore nombreuses qui continuent à concevoir la responsabilité parentale comme un rapport d'autorité ».

136. Voir la règle générale de compétence contenue à l'article 5 de la Convention de 1996, ainsi que la règle générale relative au droit applicable contenue à l'article 15, paragraphe 1<sup>er</sup> du même texte.

137. Voir Rapport explicatif de la Convention de La Haye 1996, *op. cit.* note 134, paragraphe 1<sup>er</sup>.

138. Voir la règle générale de compétence contenue à l'article 5 de la Convention de 1996, ainsi que la règle générale relative au droit applicable contenue à l'article 15, paragraphe 1<sup>er</sup>, du même texte.

139. Voir l'article 3, sous e), de la Convention de 1996. Voir également le Rapport explicatif de la Convention de La Haye 1996, *op. cit.* note 134 paragraphe 23, qui indique que la « kafala » avait été incluse dans la Convention suite à une présentation de cette institution par la délégation marocaine.

132. Il convient également de signaler que la Convention de 1996 accorde une importance particulière au droit de l'enfant à être entendu. Dans son article 23, paragraphe 2, sous b), elle dispose que la reconnaissance d'une mesure étrangère de protection de l'enfant peut être refusée si celle-ci a été prise « hors le cas d'urgence, dans le cadre d'une procédure judiciaire ou administrative, sans qu'ait été donnée à l'enfant la possibilité d'être entendu, en violation des principes fondamentaux de procédure de l'État requis ».

## **b) La Convention de La Haye de 2007 sur les aliments et le Protocole de La Haye de 2007**

### **i) La Convention de La Haye de 2007 sur les aliments destinés aux enfants**

133. La **Convention du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille**<sup>140</sup> est un instrument international relativement récent, actuellement en vigueur (au 1<sup>er</sup> avril 2018) dans 38 États. Au sein de l'UE, la Convention est en vigueur dans l'ensemble des États membres, à l'exception du Danemark. Elle n'est pas encore en vigueur dans les Pays partenaires du sud de l'IEVI 41. 70 États de toutes les régions du monde, ayant des traditions juridiques diverses, ont participé aux négociations afférentes à la Convention<sup>142</sup>.

134. La Convention de 2007 simplifie et accélère le recouvrement transfrontalier des pensions alimentaires, en introduisant des procédures « **accessibles, rapides, efficaces, économiques, équitables et adaptées** »<sup>143</sup>. *Elle devrait se substituer sous peu aux instruments antérieurs relatifs au recouvrement transfrontalier des pensions alimentaires et notamment à la très largement ratifiée Convention des Nations unies sur le recouvrement des aliments à l'étranger du 20 juin 1956, dont les problèmes de mise en œuvre ont été à l'origine de l'adoption de la nouvelle Convention de La Haye*<sup>144</sup>. La Convention de 2007 instaure un système de coopération des autorités centrales qui aident les personnes physiques impliquées dans des affaires transfrontalières en matière de recouvrement de pensions alimentaires, en leur apportant une assistance étendue, dont une assistance juridique gratuite concernant les demandes d'aliments pour les enfants.

135. Dans son préambule, la Convention de La Haye de 2007 fait directement allusion à l'article 3 de la CNUDE, rappelant que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les décisions concernant les enfants. Facilitant le recouvrement des pensions alimentaires pour les enfants au niveau transfrontalier, la Convention de 2007 contribue à la mise en œuvre des droits consacrés par l'article 27 de la CNUDE, notamment : « *tout enfant a droit à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social* », « *il incombe au premier chef aux parents ou autres personnes ayant la charge de l'enfant d'assurer, dans la limite de leurs possibilités et de leurs moyens financiers, les conditions de vie nécessaires au développement de l'enfant* » et « *les États parties devraient prendre toutes les mesures appropriées, notamment la conclusion d'accords* ».

140. Consulter le texte de la Convention et des informations additionnelles sur la Convention de La Haye de 2007 sur les aliments *supra* note 4.

141. *Ibid.*

142. A. Borrás et J. Degeling, avec l'assistance de W. Duncan et P. Lortie, « Rapport explicatif sur la Convention de La Haye de 2007 sur les aliments destinés aux enfants », La Haye, 2013. Disponible sur internet <www.hcch.net> sous « Publications » puis « Rapport explicatif », paragraphe 11.

143. Voir le préambule de la Convention.

144. Voir Rapport explicatif concernant la Convention de La Haye de 2007 sur les aliments, *op. cit.* note 142, paragraphe 2.

*internationaux, en vue d'assurer le recouvrement des aliments destinés aux enfants auprès de leurs parents ou d'autres personnes ayant une responsabilité à leur égard, en particulier lorsque ces personnes vivent dans un État autre que celui de l'enfant »<sup>145</sup>.*

## ii) Le Protocole de La Haye de 2007

136. Le **Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires**<sup>146</sup> a été rédigé en même temps que la Convention de La Haye de 2007 sur les aliments. Le Protocole de La Haye de 2007 fixe des règles uniformes concernant le droit applicable aux affaires internationales en matière d'aliments. Il se substitue aux Conventions de La Haye existantes de 1956 et 1973<sup>147</sup> relatives au droit applicable aux obligations d'aliments. Actuellement, il est en vigueur (au 1<sup>er</sup> avril 2018) dans 29 États, lesquels peuvent y adhérer qu'ils aient ratifié ou non la Convention de La Haye de 2007.
137. Les règles uniformes concernant la loi applicable contenues dans le Protocole contribuent à éviter les décisions divergentes en matière d'aliments, contribuant ainsi à atteindre les objectifs de la Convention de 2007. Au sens de la règle de base énoncée à l'article 3 du Protocole de La Haye de 2007, c'est la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier qui régit les obligations alimentaires, à savoir, en général, la loi applicable dans le cadre des affaires relatives aux aliments des enfants est celle de la résidence habituelle de l'enfant. Néanmoins, si dans une affaire concernant les aliments dus à un enfant le débiteur est assigné dans l'État du lieu de sa résidence habituelle, la loi applicable sera celle de ce dernier État (article 4).

## 2. Instruments régionaux

### a) Instruments de l'Union européenne

#### i) Règlement européen Bruxelles II bis

138. Le **règlement (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale**<sup>148</sup> ne s'applique qu'aux rapports entre les États membres de l'UE (à l'exception du Danemark). Il harmonise les règles en matière de compétence, de reconnaissance et d'exécution des décisions relatives à la responsabilité parentale au sein de l'UE, en instaurant, à l'instar des Conventions de La Haye susvisées, un système de coopération entre les autorités centrales. En outre, le règlement européen Bruxelles II bis porte également sur la compétence et la reconnaissance en matière matrimoniale.

145. Voir la référence expresse à l'article 27 de la CDE contenue au préambule de la Convention de La Haye de 2007.

146. Consulter le texte du Protocole et des informations additionnelles sur la Convention de La Haye de 2007 sur les aliments, *supra* note 5.

147. Pour la *Convention de La Haye du 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants*, le texte de la Convention est consultable à l'adresse suivante : < <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=37> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018) et pour la *Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires*, son texte est consultable à l'adresse : < <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=86> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

148. Voir le texte du règlement Bruxelles II bis *supra* note 12.

139. Pour ce qui est de la responsabilité parentale, le contenu du règlement européen Bruxelles II bis est assez similaire à celui de la Convention de La Haye de 1996, à l'exception qu'il ne comporte pas de règle de droit applicable. Les règles juridictionnelles générales contenues dans les deux instruments sont quasiment identiques, ainsi que celles qui concernent la coopération des autorités centrales. Les règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution présentent elles aussi des similitudes. Néanmoins, le règlement européen Bruxelles II bis abolit l'exequatur concernant certaines décisions accompagnées d'un certificat conforme au règlement (voir articles 41 et 42 du règlement).
140. Pour ce qui est de l'interrelation entre le règlement européen Bruxelles II bis, la Convention de La Haye de 1996 et la Convention de La Haye de 1980, elle peut être résumée comme suit : La Convention de 1980 et celle de 1996 s'appliquent à l'échelon international et conjointement. Au sein de l'UE, le règlement européen Bruxelles II bis prévaut entre les États membres, mais uniquement concernant les questions régies par la Convention. La Convention de La Haye de 1980 est pleinement applicable au sein de l'UE, mais à titre supplétif sur disposition du règlement<sup>149</sup>. La Convention de La Haye de 1996 est largement remplacée par les dispositions très similaires du règlement. Les règles en matière de droit applicable contenues dans la Convention de La Haye de 1996 demeurent applicables au sein de l'UE, car le règlement européen Bruxelles II bis ne règlemente pas cette question<sup>150</sup>.
141. Tout comme la Convention de La Haye de 1996, le règlement européen Bruxelles II bis contribue à protéger les enfants dans le cadre des conflits familiaux transfrontaliers.
142. Comme le souligne le point 12 des considérations préliminaires, les règles de compétence de ce texte « sont conçues en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant et en particulier du critère de proximité ». Tout écart par rapport aux règles générales de compétence des autorités du lieu de la résidence habituelle de l'enfant doit donc être compatible avec l'intérêt supérieur de ce dernier (voir articles 12 et 15 du règlement).
143. Le règlement européen Bruxelles II bis va plus loin que la Convention de La Haye de 1996 dans la mise en avant du droit de l'enfant à être entendu. L'article 11 du règlement contient des règles additionnelles applicables, au sein de l'UE, aux cas d'enlèvement international d'enfants, par rapport à la Convention de La Haye de 1980, et indique, à ce propos, qu'il « [...] y a lieu de veiller à ce que l'enfant ait la possibilité d'être entendu au cours de la procédure, à moins que cela n'apparaisse inapproprié eu égard à son âge ou à son degré de maturité »<sup>151</sup>. En outre, pour l'émission des certificats exigés pour la reconnaissance sans exequatur de certaines décisions, il y a lieu de s'assurer que « l'enfant a eu la possibilité d'être entendu, à moins qu'une audition n'ait été jugée inappropriée eu égard à son âge ou à son degré de maturité » (voir l'article 41, paragraphe 2, sous c), et l'article 42, paragraphe 2, sous a), du règlement). Par ailleurs, à l'instar de la Convention de La Haye de 1996, le règlement prévoit, en tant

149. Concernant la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants, l'article 61 du Règlement dispose que ce dernier l'emporte : « (a) lorsque l'enfant concerné a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État membre ; (b) en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution d'une décision rendue par la juridiction compétente d'un État membre sur le territoire d'un autre État membre, même si l'enfant concerné a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État non membre qui est partie contractante à ladite convention ». Néanmoins, dans la mesure où le Règlement Bruxelles II bis ne contient pas de règles en matière de droit applicable, les règles relatives au droit applicable de la Convention de La Haye de 1996 s'appliquent également entre les États membres de l'UE, même si l'enfant concerné a sa résidence habituelle dans l'un de ces derniers.

150. S'agissant des relations avec la Convention de 1980, l'article 60, sous e), du Règlement dispose que ce dernier « prévaut sur les conventions suivantes dans la mesure où elles concernent des matières réglées par le présent règlement ». Néanmoins, le considérant 17 du Règlement précise qu'en « [...] cas de déplacement ou de non-retour illicite d'un enfant, son retour devrait être obtenu sans délai et à ces fins la convention de La Haye du 25 octobre 1980 devrait continuer à s'appliquer telle que complétée par les dispositions de ce règlement et en particulier de l'article 11 ».

151. Voir l'article 11, paragraphe 2, du Règlement européen Bruxelles II bis.

que motif de refus de la reconnaissance d'une décision étrangère en matière de responsabilité parentale, le fait que ladite décision « *sauf en cas d'urgence* », ait « *été rendue sans que l'enfant, en violation des règles fondamentales de procédure de l'État membre requis, ait eu la possibilité d'être entendu* » (article 23, sous b), du règlement).

## ii) Le règlement de l'UE sur les obligations alimentaires

144. Le **règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires**<sup>152</sup> ne s'applique qu'entre les États membres de l'UE<sup>153</sup>. Tout comme la Convention de La Haye de 2007, le règlement européen sur les obligations alimentaires constitue un outil de mise en œuvre de l'article 27 de la CNUDE.

145. Lors de la rédaction du règlement européen sur les obligations alimentaires, une grande importance a été accordée à assurer une bonne symétrie par rapport à la Convention de La Haye de 2007. Les deux instruments comportent toute une série de règles identiques, concernant notamment la coopération des autorités centrales et les dispositions afférentes à l'aide juridictionnelle. En ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution, le règlement de l'UE va bien plus loin que l'instrument international : il abolit l'exequatur pour les décisions en matière d'aliments au sein de l'UE<sup>154</sup>. En outre, le règlement contient des règles directes en matière de compétence et harmonise le droit applicable aux obligations alimentaires au sein de l'UE, en faisant référence au Protocole de La Haye de 2007, lequel est appliqué à titre provisoire (voir les notes ci-dessus concernant le Protocole de La Haye de 2007) sur le territoire de l'UE depuis le 18 juin 2011 dans tous les États membres, à l'exception du Royaume-Uni et du Danemark.

146. Le règlement sur les obligations alimentaires prévaut sur la Convention de La Haye de 2007, pour ce qui est des relations entre les États membres de l'UE<sup>155</sup>.

## b) Instruments du Conseil de l'Europe - Convention du Conseil de l'Europe de 1980 sur la garde

147. La **Convention européenne du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants**<sup>156</sup> contribue à la protection internationale des enfants dans le cadre des conflits familiaux transfrontaliers, en proposant un système efficace d'exécution transfrontalière des décisions en matière de garde et de contact rendues dans un État contractant. La Convention instaure un système d'autorités centrales qui fournissent une assistance gratuite, rapide et non bureaucratique pour localiser les enfants déplacés illicitement et restaurer la garde les concernant. Cette Convention est ouverte à la signature des États membres du Conseil de l'Europe, ainsi qu'à celle des États non membres invités à y adhérer (voir

152. Voir le texte du règlement européen sur les aliments, *supra* note 13.

153. Avec certaines restrictions concernant le Danemark.

154. Sous réserve que la décision ait été prononcée dans un État membre de l'UE lié par le Protocole de La Haye de 2007, voir les articles 15<sup>et</sup> 17 du règlement européen sur les aliments.

155. Voir l'article 69, paragraphe 2, du Règlement.

156. Voir le texte de la Convention du Conseil de l'Europe de 1980 sur la garde, *supra* note 14.

les articles 21 et 23). 37 États membres ont ratifié la Convention à ce jour (au 1<sup>er</sup> avril 2018), dont les États membres de l'UE, à l'exception de la Slovaquie.

148. La Convention s'applique sans préjudice de l'applicabilité de la Convention de La Haye de 1980 et vice-versa. Cela signifie que, par exemple, un parent dont l'enfant a été illicitement déplacé dans un autre État peut choisir entre les procédures prévues par l'une ou l'autre de ces deux conventions, sous réserve que les deux États concernés aient ratifié aussi bien la Convention du Conseil de l'Europe de 1980 sur la garde que la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants. Néanmoins, pour pouvoir se prévaloir de la Convention du Conseil de l'Europe dans le cadre d'une situation d'enlèvement, une « décision relative à la garde »<sup>157</sup> est nécessaire, alors que la Convention de La Haye de 1980 exige uniquement que le déplacement soit intervenu en violation d'un droit de garde effectivement exercé, les droits de garde de plein droit suffisant. Il est important de noter que le règlement Bruxelles II bis l'emporte sur la Convention du Conseil de l'Europe de 1980 sur la garde<sup>158</sup>.

## **c) Instruments régionaux approuvés par la Conférence arabe des ministres de la Justice – La Convention arabe de Riyad relative à l'entraide judiciaire**

149. La **Convention arabe de Riyad relative à l'entraide judiciaire**<sup>159</sup>, approuvée par la Conférence arabe des ministres de la Justice le 6 avril 1983 (ci-après la « Convention de Riyad relative à l'entraide judiciaire ») comporte des règles en matière d'entraide judiciaire, dont des règles concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions rendues dans le cadre d'affaires civiles et commerciales. La Convention, à laquelle peuvent adhérer les États de la Ligue arabe, est actuellement en vigueur dans plus de 20 systèmes juridiques, dont ceux des Pays partenaires du voisinage sud de l'IEV, à savoir : l'Algérie, la Jordanie, le Liban, le Maroc, la Palestine et la Tunisie (au 1<sup>er</sup> avril 2018). La Convention de Riyad relative à l'entraide judiciaire a un champ d'application très étendu et s'applique, entre autres, aux « jugements prononcés par les juridictions de l'autre partie contractante en matière civile, y compris ceux relatifs aux droits civils, prononcés par les juridictions pénales [...] les jugements ayant acquis l'autorité de la chose jugée en matière commerciale, administrative et de statut personnel [...] »<sup>160</sup>. Une décision rendue par un tribunal d'une partie contractante à la Convention de Riyad relative à l'entraide judiciaire sera reconnue par toute autre partie contractante sous réserve que la décision en cause ait été rendue en application de l'une des compétences énoncées aux articles 27 et 28 de la Convention, et sous réserve également, qu'aucun des motifs de refus de reconnaissance de jugement prévus dans son article 30 ne s'applique.

157. Voir l'article 7 et suivants de la Convention du Conseil de l'Europe de 1980.

158. Voir l'article 60 d) du règlement Bruxelles II bis.

159. *Supra* note 8.

160. Voir l'article 25 de la Convention. Une version en anglais de la Convention est disponible à l'adresse suivante : < <http://www.refworld.org/docid/3ae6b38d8.html> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

## 3. Conventions bilatérales

150. Nous examinerons brièvement les différentes conventions bilatérales que les États des régions européennes et du sud de la Méditerranée ont conclues dans le but de faciliter la résolution des conflits familiaux transfrontaliers, notamment dans les cas de déplacement ou de non-retour illicite d'un enfant. Nous concentrerons notre analyse sur les conventions bilatérales énumérées ci-dessous, en vigueur entre deux États de la région européenne et du sud de la Méditerranée :

- Convention bilatérale Algérie-France (1988)<sup>161</sup> ;
- Convention bilatérale Égypte-Australie (2000)<sup>162</sup> ;
- Convention bilatérale Égypte-Canada (1997)<sup>163</sup> ;
- Convention bilatérale Égypte-France (1982)<sup>164</sup> ;
- Convention bilatérale Égypte-Suède (1996)<sup>165</sup> ;
- Convention bilatérale Égypte-USA (2003)<sup>166</sup> ;
- Convention bilatérale Liban-Canada (2000)<sup>167</sup> ;
- Convention bilatérale Liban-France (2000)<sup>168</sup> ;
- Convention bilatérale Liban-Suisse (2005)<sup>169</sup> ;
- Convention bilatérale Maroc-Belgique (1981)<sup>170</sup> ;
- Convention bilatérale Maroc-France (1981)<sup>171</sup> ;
- Convention bilatérale Maroc-Espagne (1997)<sup>172</sup> ;
- Convention bilatérale Tunisie-Belgique (1989)<sup>173</sup> ;
- Convention bilatérale Tunisie-France (1982)<sup>174</sup> ;
- Convention bilatérale Tunisie-Suède (1994)<sup>175</sup>.

151. La protection de l'enfant et de l'intérêt supérieur de l'enfant constitue un motif essentiel pour la conclusion de ces conventions bilatérales, lesquelles y font souvent expressément référence<sup>176</sup>. Bien que la plupart de ces conventions bilatérales aient été conclues préalablement à l'entrée en vigueur de la CNUDE, certaines des plus récentes la mentionnent spécifiquement. L'objectif consistant à « *lutter contre les déplacements et les non-retours illicites d'enfants à l'étranger* » énoncé à l'article 11 de la CNUDE occupe une place de choix dans le préambule de nombre de ces conventions bilatérales<sup>177</sup>. Par ailleurs, les conventions bilatérales contribuent particulièrement à mettre en

161. *Supra* note 18.

162. *Supra* note 19.

163. *Supra* note 20.

164. *Supra* note 21.

165. *Supra* note 22.

166. *Supra* note 23.

167. *Supra* note 24.

168. *Supra* note 25.

169. *Supra* note 26.

170. *Supra* note 27.

171. *Supra* note 28.

172. *Supra* note 29.

173. *Supra* note 30.

174. *Supra* note 31.

175. *Supra* note 32.

176. Voir, par exemple, les conventions bilatérales Algérie-France : préambule et article 12, paragraphe 1<sup>er</sup> ; Égypte-Australie : article 1er ; Égypte-France : chapitre V, Égypte-Suède : article 2, sous c) ; Liban-Suisse : préambule, Liban-France : préambule ; Maroc-France : préambule, Maroc-Espagne : préambule.

177. Voir les conventions bilatérales Égypte-Australie, Égypte-Canada, Égypte-Suède, Liban-Canada, Liban-France, Liban-Suisse et Tunisie-Suède.

pratique le droit de l'enfant à entretenir des relations personnelles et des contacts directs réguliers avec ses deux parents, tels que consacrés aux articles 9 et 10 de la CNUDE. Il convient de noter que certaines de ces conventions bilatérales, comme celle signée entre le Maroc et la France, ou entre la Tunisie et la France, ont un champ d'application plus étendu et abordent également d'autres questions, telles que le recouvrement des pensions alimentaires.

152. Dans l'ensemble, les conventions bilatérales fonctionnent de manière similaire. Elles instaurent une « Commission paritaire consultative » composée, souvent, de fonctionnaires ministériels des deux États co-contractants<sup>178</sup>. Certains instruments bilatéraux instaurent une autorité centrale dans chacun des États contractants au lieu<sup>179</sup> ou en sus de la création d'une commission paritaire consultative<sup>180</sup> ou d'un groupe de travail<sup>181</sup>. La Commission et/ou l'autorité centrale apporte(nt) leur aide pour trouver une solution aux conflits familiaux transfrontaliers et s'acquittent de toute une série de tâches d'assistance, décrites plus ou moins précisément, dont l'aide en vue de la localisation de l'enfant et de l'exercice effectif des droits de contact<sup>182</sup>. L'une des missions essentielles de la Commission et/ou de l'autorité centrale est celle consistant à trouver une résolution amiable au conflit, lorsque cela s'avère possible<sup>183</sup>.
153. La plupart des commissions instaurées par les conventions bilatérales se réunissent au moins une fois par an<sup>184</sup> ou sur demande, et elles traitent régulièrement de toute une série d'affaires de façon concomitante.
154. Il a été signalé qu'au cours de ces dernières années, les conventions bilatérales ont contribué à la résolution des conflits familiaux transfrontaliers dans un nombre considérable d'affaires. Néanmoins, elles demeurent un recours relativement faible, dans la mesure où elles ne constituent que de simples accords de coopération et où les organes créés pour contribuer à résoudre des conflits ne disposent pas d'un pouvoir de décision. En outre, la fréquence à laquelle bon nombre des organes mis en place par ces instruments se réunissent ne permet pas forcément d'apporter une réponse rapide aux affaires urgentes.
155. Aussi, lorsqu'il existe des instruments internationaux contraignants plus efficaces dans le domaine de la protection internationale des enfants, tels que la Convention de La Haye de 1980 et la Convention de La Haye de 1996, entre les deux parties à une convention bilatérale, l'importance de cette dernière risque fort d'être réduite. Néanmoins, dans la mesure où les « commissions paritaires consultatives » travaillent en collaboration avec le cadre juridique international existant entre les États liés par une convention, elles peuvent également contribuer à une meilleure application du droit international entre ces deux États.

178. Voir par exemple les conventions bilatérales Égypte-Australie : article 3 ; Égypte-Canada : article 1<sup>er</sup> ; Égypte-Suède : article 1<sup>er</sup> ; Liban-Canada : article 1<sup>er</sup> ; Liban-Suisse : article 2 ; Maroc-Belgique : article 1<sup>er</sup> ; Tunisie-Belgique : article 1<sup>er</sup> ; Tunisie-France : article 1<sup>er</sup> ; Tunisie-Suède : article 1<sup>er</sup>.

179. Voir les conventions bilatérales Algérie-France : article 1<sup>er</sup> ; Maroc-France : article 20 ; Maroc-Espagne : article 3.

180. Voir la convention bilatérale Tunisie-France : article 2.

181. Voir la convention bilatérale Égypte-France : articles 8 et 38.

182. Voir par exemple la convention bilatérale Algérie-France : missions de l'autorité centrale prévues dans son article 2 ; Égypte-Australie : missions de la commission paritaire prévues dans ses articles 5 et 6 ; Égypte-Canada : missions de la commission paritaire prévues dans son article 2 ; Égypte-France : missions de l'autorité centrale prévues dans son article 35 ; Liban-Canada : missions de la commission paritaire prévues dans son article 4 ; Liban-France : missions de la commission paritaire prévues dans son article 4 ; Liban-Suisse : missions de la commission paritaire prévues dans son article 4 ; et Tunisie-France : missions de l'autorité centrale prévues dans son article 5.

183. Voir Algérie-France : article 2, sous c) ; Égypte-Australie : article 6, sous b) et c) ; Égypte-France : article 35, Liban-Suisse : article 4, paragraphe 2, sous a), Tunisie-Suisse : article 3. Encourager une solution volontaire figure également parmi les missions essentielles de la convention Égypte/États-Unis sous le paragraphe visant à "Faciliter le droit de visite parental des enfants". Cependant, contrairement à d'autres accords bilatéraux, la convention bilatérale Égypte/États-Unis ne prévoit pas la création d'une institution spéciale en charge de cette mission, mais elle encourage la coopération consulaire générale.

184. Voir par exemple les conventions bilatérales Égypte-Suède : article 5 ; Liban-Suisse : article 3, paragraphe 1<sup>er</sup> et article 5 ; Liban-France : article 3 et article 4, paragraphe 1<sup>er</sup> ; Maroc-Belgique : article 2 ; Tunisie-Suisse : article 4 ; Tunisie-Suède : article 5.

## C. Région européenne - Jurisprudence de la CouEDH et de la CJUE

Juliane Hirsch

156. Dans la région européenne, les droits de l'enfant ont été plus développés et élaborés, sur la base du cadre juridique international. Le Conseil de l'Europe et l'Union européenne ont joué un rôle important dans le cadre de ce processus. Outre les instruments juridiques susvisés, adoptés par le Conseil de l'Europe et par l'Union européenne<sup>185</sup>, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CouEDH) et de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a considérablement contribué à la mise en œuvre des droits de l'enfant en Europe. En particulier, l'intégration des principes et dispositions de la CNUDE dans des instruments contraignants et dans la jurisprudence au niveau européen ouvre des voies d'exécution plus efficaces pour ceux qui cherchent à invoquer les droits de l'enfant en Europe<sup>186</sup>.

157. Un bref aperçu sera présenté de la jurisprudence de la CouEDH et de la CJUE revêtant une importance particulière en matière de droits de l'enfant et relevant de l'objet de la présente étude comparative. Plus précisément, une analyse sera réalisée de la façon dont la jurisprudence de la CouEDH<sup>187</sup> et de la CJUE<sup>188</sup> contribue à la mise en œuvre du principe consacré par la CNUDE selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les décisions concernant les enfants (article 3, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la CNUDE) et du droit y étant associé de l'enfant à être entendu et que ses opinions soient dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité (article 12, paragraphe 2, de la CNUDE).

### 1. Aperçu des compétences de la CouEDH et de la CJUE en matière de droits de l'enfant

#### a) La CouEDH

158. La compétence de la CouEDH s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la CEDH et de ses protocoles. Aussi, il n'est guère surprenant que la jurisprudence de la CouEDH en matière de droits de l'enfant soit abondante. La jurisprudence de la CouEDH relative à l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) et à l'article 6 (droit à un procès équitable) de

185. Voir *supra*, Partie I, A.

186. Voir également le Manuel de droit européen en matière de droits de l'enfant, *op. cit.* 39, pages 26 et 27.

187. La jurisprudence de la CouEDH peut être retrouvée sur < <https://hudoc.echr.coe.int/> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

188. La jurisprudence de la CJUE peut être retrouvée sur < <http://curia.europa.eu/> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

la CEDH revêt une importance particulière dans le cadre de l'objet dont il est question au sein de la présente étude comparative.

159. La jurisprudence de la CEDH fait régulièrement allusion à la CNUDE, et dans toute une série d'affaires, celle-ci est appliquée en tant que fondement juridique<sup>189</sup>. Il convient de souligner, dans ce contexte, qu'au sens d'une jurisprudence constante de la CouEDH, « *la [Convention] ne [doit pas être] interprétée isolément mais de manière à se concilier avec les principes généraux du droit international [...] en particulier de celles relatives à la protection internationale des droits de l'homme* »<sup>190</sup>.
160. Toute violation de la CEDH, qu'elle concerne l'application du droit national ou international en vigueur dans l'État partie au Conseil de l'Europe concerné peut être portée devant la CouEDH<sup>191</sup>. Ceci signifie également que la jurisprudence de la CouEDH exerce une influence importante sur une interprétation uniforme « en matière de droits de l'homme » des instruments internationaux en vigueur dans les États parties.
161. Il est important de souligner que la CouEDH peut être saisie aussi bien par les États que par les personnes physiques. Les requérants personnes physiques doivent déposer une requête indiquant qu'un État partie à la CEDH a violé les dispositions de cette convention, qu'une telle violation a affecté directement et significativement le requérant et que tous les recours nationaux disponibles ont été épuisés (voir articles 34 et 35 de la CEDH). Au vu de la capacité juridique limitée des enfants, les affaires relatives aux droits de l'enfant dont la CouEDH s'occupe trouvent leur origine dans une procédure entamée par l'un des parents ou par le représentant légal de l'enfant.
162. Si la Cour estime qu'il y a eu violation de la Convention de la part d'un État contractant, ce dernier doit s'assurer qu'une telle violation ne se reproduira plus et, si nécessaire, modifier sa législation nationale. La personne physique concernée peut se voir accorder un dédommagement du préjudice qu'elle a subi (voir articles 41 et suivants de la CEDH).

## b) La CJUE

163. Le domaine de compétence de la CJUE diffère grandement de celui de la CouEDH. La Cour de justice est une institution de l'Union européenne chargée de garantir une interprétation et une application uniformes du droit de l'UE dans l'ensemble des pays membres. Elle a également pour mission de s'assurer que les États membres de l'UE et les institutions européennes respectent le droit de l'Union.
164. Compte tenu de son domaine de compétence, la CJUE a eu, par le passé, bien moins d'occasions de connaître d'affaires concernant les droits de l'enfant. La plupart des affaires relatives aux droits de l'enfant dont la CJUE a été saisie jusqu'à ce jour concerne la citoyenneté de l'UE et la liberté de circulation<sup>192</sup>. Dans le domaine du droit de la famille, toute une série d'affaires concernant l'interprétation et l'application du règlement européen Bruxelles II bis ont permis à la CJUE de faire allusion aux principes afférents aux droits de l'enfant. Avec la Charte des droits fondamentaux de l'UE, qui met en

189. Voir également le Manuel de droit européen en matière de droits de l'enfant, *op. cit.* note 39, pages 30 et 31.

190. Voir CouEDH, **Nada c. Suisse** (Grande chambre), n° 10593/08, point 169 et jurisprudence citée.

191. Voir la référence à la jurisprudence constante à ce propos dans CouEDH, **Nada c. Suisse** (Grande chambre), n° 10593/08, point 167.

192. Voir également le Manuel de droit européen en matière de droits de l'enfant, *op. cit.* note 39 pages 29 et 30.

œuvre des droits essentiels de l'enfant dans le droit de l'Union, et ayant une force contraignante depuis 2009<sup>193</sup>, on peut espérer qu'à l'avenir, la CJUE sera saisie de plus d'affaires relatives aux droits de l'enfant.

## 2. La jurisprudence de la CouEDH

165. La CouEDH a souligné, dans le cadre de maintes affaires, le principe consacré par la CNUDE selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les décisions qui concernent les enfants<sup>194</sup>. Dans de nombreuses affaires relevant du droit de la famille dans le cadre desquelles des requêtes individuelles invoquent une violation de l'article 8 de la CEDH (droit au respect de la vie privée et familiale) en raison du traitement donné par les autorités étatiques à des questions de responsabilité parentale, de garde ou de droits de contact, la CouEDH évalue si l'intérêt supérieur de l'enfant concerné a été dûment pris en compte, ainsi que cela est exigé par le droit international. La CouEDH ne se livre pas à une appréciation concluante de l'intérêt supérieur de l'enfant, mais analyse si les autorités nationales concernées ont agi sur la base d'une appréciation adéquate de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>195</sup>. Dans ce contexte, la CouEDH doit souvent déterminer si l'enfant concerné a pu être entendu et si son opinion a dûment été prise en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.
166. Les exemples fournis ci-après illustrent la façon dont la CouEDH fait respecter les droits fondamentaux de l'enfant consacrés à l'article 3, paragraphe 1<sup>er</sup> et à l'article 12 de la CNUDE.
167. Lorsqu'elle détermine s'il y a eu ou non violation de l'article 8 de la CEDH dans les affaires relatives à la responsabilité parentale, la CouEDH fait systématiquement allusion à l'importance de ménager un juste équilibre entre les intérêts concurrents des parents et ceux de l'enfant, et souligne l'importance prédominante de l'intérêt supérieur de l'enfant, lequel peut l'emporter sur les intérêts des parents<sup>196</sup>.
168. Dans l'affaire **Sommerfeld c. Allemagne**<sup>197</sup>, dans le cadre de laquelle un père se plaignait des restrictions pesant sur ses droits de visite envers sa fille, laquelle s'opposait systématiquement à tout contact, la CouEDH a mis l'accent sur le fait que « **(l)'article 8 exige que les autorités nationales ménagent un juste équilibre entre les intérêts de l'enfant et ceux des parents et que, ce faisant, elles attachent une importance particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant, qui, selon sa nature et sa gravité, peut l'emporter sur celui des parents** »<sup>198</sup>.

193. Voir, en particulier, l'article 24 de la Charte. Voir ci-dessus, Partie I, A. b).

194. Voir, par exemple, l'affirmation formulée par la CouEDH dans l'affaire **Maumousseau et Washington c. France**, n° 39388/05, 6 décembre 2007, point 66 : « La Cour relève que depuis l'adoption de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, "l'intérêt supérieur de l'enfant" dans toute matière le concernant, au sens de cet instrument, est au cœur de la protection de l'enfance, en vue de l'épanouissement de l'enfant au sein du milieu familial [...] ».

195. Ainsi qu'elle l'a précisé dans différents arrêts, « (l)la Cour n'a donc point pour tâche de se substituer aux autorités internes pour régler les questions de garde et de visite, mais il lui incombe d'apprécier sous l'angle de la Convention les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation », voir, entre autres, CouEDH, **Sahin c. Allemagne** [Grande chambre], n° 30943/96, 2003, point 64 ; CouEDH, **Sommerfeld c. Allemagne** [GC], n° 31871/96, 8 juillet 2003, point 62 ; CouEDH, **Z.J. c. Lituanie**, n° 60092/12, 29 avril 2014, point 96.

196. Voir, entre autres, CouEDH, **Sommerfeld c. Allemagne** [GC], n° 31871/96, 8 juillet 2003, point 72 ; CouEDH, **Schneider c. Allemagne**, n° 17080/07, 15 septembre 2011, point 93 ; CouEDH, **Anayo c. Allemagne**, n° 20578/07, 21 décembre 2010, point 65, et CouEDH, **Levin c. Suède**, n° 35141/06, 15 mars 2012, point 64.

197. CouEDH, **Sommerfeld c. Allemagne** [GC], n° 31871/96, 8 juillet 2003.

198. CouEDH, **Sommerfeld c. Allemagne** [GC], n° 31871/96, 8 juillet 2003, point 72.

169. Dans l'affaire **Schneider c. Allemagne**<sup>199</sup>, dans le cadre de laquelle un père biologique se plaignait de s'être vu refuser un droit de visite de son enfant, dont le père légalement reconnu était le mari de la mère, la CouEDH a également souligné que la [« **c**] **considération de ce qui répond à l'intérêt supérieur de l'enfant revêt une importance capitale** » et a rappelé que « *selon sa nature et sa gravité, l'intérêt supérieur de l'enfant peut l'emporter sur celui des parents* »<sup>200</sup>.
170. De même, dans l'affaire **Levin c. Suède**<sup>201</sup>, où une mère se plaignait des restrictions apportées à son droit de visite de ses enfants, qui avaient été placés à cause d'un problème de délaissement d'enfant, la CouEDH a réitéré que lorsque l'on met en balance des intérêts concurrents, « une importance particulière [doit être attachée] à l'intérêt supérieur des enfants lequel, selon sa nature et sa gravité, peut l'emporter sur celui de la requérante », et a ajouté que : « **En substance, c'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui revêt une importance cruciale** »<sup>202</sup>. Dans cette affaire, la CouEDH a considéré que « les restrictions imposées sur le droit de visite avaient été adoptées afin de protéger l'intérêt supérieur des enfants » et que l'ingérence dans les droits de la requérante était « proportionnée par rapport au but légitime poursuivi »<sup>203</sup>.
171. Comme nous venons de le voir, la CouEDH ne se livre pas elle-même à une appréciation concluante de l'intérêt supérieur de l'enfant en substitution des autorités nationales, mais procède plutôt à une analyse, à la lumière de la Convention, de l'évaluation que les autorités nationales réalisent dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation. Aussi, il n'existe pas d'arrêts de la CouEDH dressant une liste de facteurs éventuels susceptibles d'être pris en considération dans le cadre d'une telle appréciation. Néanmoins, dans le cadre de l'examen de l'adéquation de l'appréciation des autorités nationales à l'intérêt supérieur de l'enfant, la CouEDH fait parfois allusion à des aspects devant être intégrés dans une telle appréciation.
172. Dans l'affaire **Maumousseau et Washington c. France**<sup>204</sup>, la CouEDH a affirmé qu'« en matière de garde d'enfant, par exemple, " l'intérêt supérieur de l'enfant " peut avoir un double objet : d'une part, lui garantir une évolution dans un environnement sain, et un parent ne saurait être autorisé à prendre des mesures préjudiciables à sa santé et à son développement ; d'autre part, maintenir ses liens avec sa famille, sauf dans les cas où celle-ci se serait montrée particulièrement indigne, car briser ce lien revient à couper l'enfant de ses racines »<sup>205</sup>.
173. À plusieurs reprises, la CouEDH a souligné le fait que l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant doit se faire à la lumière des circonstances particulières de chaque situation. Voir, par exemple, **Anayo c. Allemagne**<sup>206</sup> et **Schneider c. Allemagne**<sup>207</sup>. Dans l'affaire **X. c. Lettonie**<sup>208</sup>, la CouEDH a souligné que « (l)'intérêt supérieur de l'enfant ne se confond pas avec celui de son père ou de sa mère, outre qu'il

199. CouEDH, **Schneider c. Allemagne**, n° 17080/07, 15 septembre 2011.

200. CouEDH, **Schneider c. Allemagne**, n° 17080/07, 15 septembre 2011, point 93.

201. CouEDH, **Levin c. Suède**, n° 35141/06, 15 mars 2012.

202. CouEDH, **Levin c. Suède**, n° 35141/06, 15 mars 2012, point 64.

203. CouEDH, **Levin c. Suède**, n° 35141/06, 15 mars 2012, point 69.

204. CouEDH, **Maumousseau et Washington c. France**, n° 39388/05, 6 décembre 2007.

205. *Ibid.*, point 67 ; voir également CouEDH, **Gnahoré c. France**, n° 40031/98, point 59.

206. CouEDH, **Anayo c. Allemagne**, n° 20578/07, 21 décembre 2010, points 67 et 71 – soulignant que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être examiné à la lumière des circonstances particulière de chaque affaire.

207. CouEDH, **Schneider c. Allemagne**, n° 17080/07, 15 septembre 2011, points 95, 100 et 104 – soulignant que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être examiné à la lumière des circonstances particulière de chaque affaire.

208. CouEDH, **X c. Lettonie [Grande chambre]**, n° 27853/09, 26 novembre 2013, points 101, 106 et 107 et points 115 à 119.

renvoie nécessairement à des éléments d'appréciation divers liés au profil individuel et à la situation spécifique de l'enfant »<sup>209</sup>. En faisant allusion aux « Lignes directrices relatives à la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant »<sup>210</sup>, publiées par le Haut-Commissariat aux réfugiés (HCR) des Nations unies, la CouEDH a signalé, dans l'affaire **Neulinger et Shuruk c. Suisse**, que : « L'intérêt supérieur de l'enfant, du point de vue de son développement personnel, dépend en effet de plusieurs circonstances individuelles, notamment de son âge et de sa maturité, de la présence ou de l'absence de ses parents, de l'environnement dans lequel il vit et de son histoire personnelle »<sup>211</sup>.

174. Dans le cadre de toute une série d'affaires, la CouEDH considère insuffisante l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant, car le point de vue de ce dernier n'est pas demandé ou pris en considération. En effet, le droit de l'enfant à être entendu, directement ou indirectement, et que son opinion soit dûment prise en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité, doit faire partie intégrante de l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant.
175. C'est ainsi, par exemple, que dans l'affaire **N.Ts. c. Géorgie**<sup>212</sup>, la CouEDH a considéré que les tribunaux géorgiens n'avaient pas correctement apprécié l'intérêt supérieur des enfants concernés, car ils n'avaient pas tenu compte de leur « **état d'esprit émotionnel** »<sup>213</sup>. L'affaire portait sur trois jeunes garçons dont la mère était décédée et qui, depuis ledit événement, avaient été placés sous la garde de leur famille maternelle. Lors de l'instance d'appel en dernier ressort, il avait été décidé que les garçons devaient vivre avec leur père, lequel, lors du décès de leur mère, était sous traitement en raison de sa toxicomanie, mais souhaitait, une fois remis de son addiction, s'occuper de ses fils. La CouEDH a indiqué que la représentation légale des enfants avait été défailante et a critiqué le fait qu'au « **vu des normes internationales pertinentes** », il était difficile de comprendre « *la raison pour laquelle les juridictions nationales n'avaient pas tenu compte de la possibilité de faire participer directement le garçon le plus âgé à la procédure et pourquoi elles n'avaient pas indiqué les motifs pour lesquels ce dernier n'avait pas été entendu* »<sup>214</sup>. Critiquant les tribunaux géorgiens car ils n'avaient pas tenu compte du fait que les enfants ne souhaitaient pas revenir avec leur père, la CouEDH a souligné le fait qu'ordonner la restitution des enfants au père, au vu des circonstances de la cause, « *sans envisager une transition appropriée et des mesures préparatoires visant à aider les garçons et leur père, éloigné, à tisser à nouveau une relation semblai[t] aller à l'encontre de leur intérêt supérieur* »<sup>215</sup>.
176. L'arrêt de la grande chambre susvisé, **Sommerfeld c. Allemagne**<sup>216</sup> de la CouEDH comporte, par ailleurs, des conclusions importantes concernant l'audition des enfants et la prise en compte de leurs opinions dans le cadre de toutes les décisions afférentes à la responsabilité parentale. Dans cette affaire, l'enfant âgée de 13 avait été entendue directement par le magistrat allemand et avait indiqué qu'elle ne souhaitait pas avoir de contact avec son père. Elle avait maintenu systématiquement cette position au fil des années, dans le cadre de procédures antérieures. Quant à savoir s'il eût fallu ordonner une expertise psychologique sur la possibilité d'établir des contacts entre l'enfant et le requérant,

209. *Ibid.*, point 100.

210. Lignes directrices du Haut-Commissariat aux réfugiés (HCR) des Nations unies relatives à la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant, mai 2008.

211. **Neulinger et Shuruk c. Suisse** [Grande chambre], n° 41615/07, 20, point 138.

212. CouEDH, **N.Ts. c. Géorgie**, n° 71776/12, 2 février 2016.

213. CouEDH, **N.Ts. c. Géorgie**, n° 71776/12, 2 février 2016, point 84.

214. Voir **N.Ts. c. Géorgie** (n° 71776/12), point 80.

215. *Ibid.*, points 80 et 82.

216. CouEDH, **Sommerfeld c. Allemagne** [GC], n° 31871/96, 8 juillet 2003.

la Cour a observé « qu'il revient en principe aux juridictions nationales d'apprécier les éléments rassemblés par elles, y compris la manière dont les faits pertinents ont été établis [...]. Ce serait aller trop loin que de dire que les tribunaux internes sont toujours tenus de solliciter l'avis d'un psychologue sur la question du droit de visite d'un parent n'exerçant pas la garde. En effet, cela dépend des circonstances particulières de chaque cause et de l'âge et de la maturité de l'enfant concerné »<sup>217</sup>. S'agissant de l'âge de l'enfant concerné et les modalités selon lesquelles il avait été entendu dans le cadre des procédures allemandes, la CouEDH a considéré que les juridictions allemandes avaient « raisonnablement pu conclure qu'il n'était pas justifié de forcer l'enfant à voir le requérant contre son gré » et qu'une expertise psychologique n'était pas obligatoire<sup>218</sup>.

177. Dans l'affaire **Sahin c. Allemagne**<sup>219</sup>, la CouEDH a considéré que le fait que les juridictions nationales aient rendu une décision sur les droits de visite d'un père sans avoir entendu son enfant âgée de quatre ans directement au tribunal et sans avoir chargé un expert psychologique pour interroger directement l'enfant sur ses rapports avec son père n'allait pas à l'encontre de l'article 8 de la CEDH. La CouEDH a noté que les tribunaux nationaux s'étaient fondés, raisonnablement, sur les avis des experts psychologiques selon lesquels le fait d'interroger l'enfant au tribunal aurait entraîné un risque, de même que le fait d'interroger directement l'enfant sur ses relations avec son père. La CouEDH a précisé que « **Ce serait aller trop loin que de dire que les tribunaux internes sont toujours tenus d'entendre un enfant en audience lorsqu'est en jeu le droit de visite d'un parent n'exerçant pas la garde. En effet, cela dépend des circonstances particulières de chaque cause et de l'âge et de la maturité de l'enfant concerné** »<sup>220</sup>. La CouEDH a conclu que « considérant la méthode suivie par la psychologue [...] et la prudence avec laquelle elle a analysé l'attitude de [l'enfant] envers ses parents », le tribunal national allemand n'avait pas « outrepassé sa marge d'appréciation lorsqu'il s'est appuyé sur les conclusions de cette spécialiste »<sup>221</sup>.
178. Dernier point, mais non des moindres, nous examinerons à présent brièvement les particularités de l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les cas d'enlèvement international d'enfants, à la lumière des décisions de la CouEDH.
179. Afin de clarifier les rapports entre les obligations prévues par la CEDH et celles prévues par d'autres instruments internationaux dans le domaine de l'enlèvement international d'enfants, la CouEDH affirme systématiquement que « **les obligations que l'article 8 de la Convention fait peser sur les États membres en matière de retrouvaille d'un parent avec son enfant doivent s'interpréter « en tenant compte de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants [...] et de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989** »<sup>222</sup>. La CouEDH a affirmé qu'elle « souscrit entièrement à la philosophie sous-jacente » de la Convention de La Haye<sup>223</sup>, et a développé, au fil des années, un corps jurisprudentiel important qui a contribué à une meilleure mise en œuvre et à une application plus réfléchie de la Convention de La Haye dans de nombreux États membres du Conseil de l'Europe.

217. CouEDH, **Sommerfeld c. Allemagne** [GC], n° 31871/96, 8 juillet 2003, point 71.

218. CouEDH, **Sommerfeld c. Allemagne** [GC], n° 31871/96, 8 juillet 2003, points 72 et 73.

219. CouEDH, **Sahin c. Allemagne** [GC], n° 30943/96, 2003.

220. CouEDH, **Sahin c. Allemagne** [GC], n° 30943/96, 2003, point 73.

221. CouEDH, **Sahin c. Allemagne** [GC], n° 30943/96, 2003, point 75.

222. Voir, par exemple, CouEDH, **X c. Lettonie** [Grande chambre], n° 27853/09, 26 novembre 2013, point 93, CouEDH, **Neulinger et Shuruk c. Suisse** [Grande chambre], n° 41615/07, 2010, point 132 et **Maire c. Portugal**, n° 48206/99, 26 juin 2003, point 72 et jurisprudence citée.

223. CouEDH, **Maumousseau et Washington c. France**, n° 39388/05, 6 décembre 2007, point 96.

180. La CouEDH a été saisie à maintes reprises par des personnes physiques invoquant que le fait, pour un État contractant à la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants, de ne pas avoir exécuté un ordre de retour de leur enfant avait porté atteinte à leur droit au respect de leur vie familiale, tel que consacré à l'article 8 de la CEDH. La CouEDH a jugé, à plusieurs occasions, qu'il y avait bel et bien eu une violation de l'article 8 de la CEDH, car les autorités « *ont omis de déployer des efforts adéquats et suffisants pour faire respecter le droit de la requérante au retour de [ses] enfants* »<sup>224</sup> (voir, par exemple, **Ignaccolo-Zenide c. Roumanie**<sup>225</sup>, **Sylvester c. Autriche**<sup>226</sup>, **Karadžić c. Croatie**<sup>227</sup> et **Cavani c. Hongrie**)<sup>228</sup>. La CouEDH a souligné systématiquement que dans les affaires impliquant un enlèvement international d'enfant, « *l'adéquation d'une mesure se juge à la rapidité de [sa] mise en œuvre* » et que ces types d'affaires « *exigent un traitement urgent, car le passage du temps peut avoir des conséquences irrémédiables pour les relations entre les enfants et celui du parent qui ne vit pas avec eux* »<sup>229</sup>.
181. En même temps, la CouEDH n'a pas fait droit à toute une série de requêtes introduites par des parents qui avaient déplacé ou retenu illicitement leur enfant, en soutenant que les mesures adoptées pour la mise en œuvre d'un ordre de retour prononcé en application de la Convention de La Haye, y compris des mesures coercitives, violaient leurs droits prévus par l'article 8 de la CEDH. Dans la décision sur la recevabilité **Paradis et autres c. Allemagne**<sup>230</sup>, la CouEDH a noté que « *bien que les mesures coercitives concernant les enfants ne soient pas souhaitables dans de telles situations sensibles, le recours à des sanctions ne doit pas être écarté face à un comportement illicite du parent avec lequel les enfants vivent* ». De même, dans l'affaire **Maumousseau et Washington c. France**<sup>231</sup>, dans le cadre de laquelle la mère s'était cachée avec l'enfant suite au prononcé d'un ordre de retour par une Cour d'appel française, la CouEDH avait noté que le recours à des mesures coercitives était le fruit de l'absence totale de coopération de la mère avec les autorités françaises et que « *le recours à des mesures coercitives ne saurait à lui seul enfreindre l'article 8 de la Convention* »<sup>232</sup>.
182. La protection de l'intérêt supérieur de l'enfant joue un rôle essentiel dans les cas d'enlèvement international d'enfants. En effet, ainsi que la CouEDH a pu le souligner à maintes reprises, un retour en application de la Convention de La Haye de 1980 « *ne saurait être ordonné de façon automatique ou mécanique* »<sup>233</sup> ; et ceci « *découle directement non seulement de l'article 8 de la* » [CEDH] « *mais également de la Convention de La Haye elle-même, compte tenu des exceptions qu'elle prévoit expressément au principe d'un retour rapide de l'enfant dans le pays du lieu de résidence habituelle* »<sup>234</sup>. Les exceptions au retour permettent de se livrer à une analyse de l'intérêt de l'enfant au cas par cas.

224. Voir CouEDH, **Ignaccolo-Zenide c. Roumanie**, n° 31679/96, 25 janvier 2000, point 113. Voir également CouEDH, **Sylvester c. Autriche**, n° 40104/98, point 72 ; CouEDH, **Karadžić c. Croatie**, n° 35030/04, 15 décembre 2005, point 63, et CouEDH, **H.N. c. Pologne**, n° 77710/01, 13 septembre 2005, point 83.

225. CouEDH, **Ignaccolo-Zenide c. Roumanie**, n° 31679/96, 25 janvier 2000.

226. CouEDH, **Sylvester c. Autriche**, n° 40104/98, point 72.

227. CouEDH **Karadžić c. Croatie**, n° 35030/04, 15 décembre 2005, point 63.

228. CouEDH, **Cavani c. Hongrie**, n° 5493/13, 28 octobre 2014.

229. Voir, par exemple, CouEDH, **Ignaccolo-Zenide c. Roumanie**, n° 31679/96, 25 janvier 2000, point 102, et CouEDH, **Karadžić c. Croatie**, n° 35030/04, 15 décembre 2005, point 62.

230. CouEDH, **Paradis et autres c. Allemagne**, décision concernant la recevabilité de la requête n° 4783/03.

231. CouEDH, **Maumousseau et Washington c. France**, n° 39388/05, 6 décembre 2007.

232. CouEDH, **Maumousseau et Washington c. France**, n° 39388/05, 6 décembre 2007, point 85.

233. Voir CouEDH, **X c. Lettonie [Grande chambre]**, n° 27853/09, 26 novembre 2013, point 98 ; voir également CouEDH, **Maumousseau et Washington c. France**, n° 39388/05, 6 décembre 2007, point 72, et CouEDH, **Neulinger et Shuruk c. Suisse [Grande chambre]**, n° 41615/07, 2010, point 138.

234. Voir CouEDH, **X c. Lettonie [Grande chambre]**, n° 27853/09, 26 novembre 2013, point 98.

183. Néanmoins, l'appréciation de l'analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant réalisée dans le cadre des procédures de retour relevant de la Convention de La Haye ne devrait pas être confondue avec l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre d'une décision relative à la garde. Il s'agit là d'un principe très important découlant de la jurisprudence récente de la CouEDH : Dans l'affaire **X. c. Lettonie**<sup>235</sup>, la CouEDH a précisé que « dans le cadre d'une demande de retour faite en application de la Convention de La Haye, qui est donc distincte d'une procédure sur le droit de garde, la notion d'intérêt supérieur de l'enfant doit s'apprécier à la lumière des exceptions prévues par la Convention de La Haye, lesquelles concernent l'écoulement du temps (article 12), les conditions d'application de la Convention (article 13 a)) et l'existence d'un "risque grave" (article 13 b)), ainsi que le respect des principes fondamentaux de l'État requis sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (article 20) ». <sup>236</sup> Cette précision apportée par la CouEDH était devenue nécessaire suite à l'arrêt rendu dans l'affaire **Neulinger et Shuruk c. Suisse**<sup>237</sup>, qui avait donné lieu à des ambiguïtés concernant l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre des procédures de retour relevant de la Convention de La Haye.

## 3. Jurisprudence de la CJUE

184. Ainsi que cela a été noté ci-dessus, la CJUE n'a eu, par le passé, au vu de son domaine de compétence, que peu d'occasions de s'exprimer sur les principes des droits de l'enfant. Plusieurs arrêts de la CJUE afférents à l'interprétation et à l'application du règlement européen Bruxelles II bis revêtent une pertinence particulière par rapport aux sujets évoqués au sein de la présente étude comparative.

185. Dans l'affaire **Zarraga c. Pelz**<sup>238</sup>, la CJUE a eu à se prononcer sur le fait de savoir s'il était possible de s'opposer, à titre exceptionnel, à l'exécution d'une décision de justice rendue en application de l'article 42 du règlement européen Bruxelles II bis car le tribunal d'origine, en dépit d'avoir indiqué dans le certificat qui accompagnait sa décision qu'il avait rempli son obligation d'entendre l'enfant, ne l'avait pas fait en réalité.

186. L'affaire portait sur l'exécution d'un ordre de retour d'un enfant en Espagne après sa rétention illicite en Allemagne par sa mère. À la suite du divorce des parents en Espagne, en 2008, les tribunaux espagnols avaient accordé des droits de garde sur l'enfant âgée de 8 ans au père (M. Zarraga), ainsi qu'un droit de visite à la mère (Mme Pelz). Une telle décision s'était fondée, entre autres, sur l'avis d'un expert, qui avait identifié le père comme « étant le mieux à même d'assurer le maintien de l'entourage familial, scolaire et social de l'enfant. Dès lors que Mme Pelz avait itérativement annoncé son désir de s'installer en Allemagne avec son nouveau partenaire ». Par la suite, la mère s'était bel et bien installée en Allemagne. Après les premières vacances d'été que la fille avait passées avec sa mère en Allemagne, celle-ci n'avait pas retourné l'enfant en Espagne. La procédure de retour fondée sur la Convention de La Haye entamée par le père avait abouti au prononcé d'une décision de non-retour définitive en janvier 2009, sur la base de l'article 13, paragraphe 2, de ladite Convention, car l'enfant s'était opposée fermement à tout retour. C'est alors que les dispositions additionnelles prévues par le

235. CouEDH, **X c. Lettonie** [Grande chambre], n° 27853/09, 26 novembre 2013.

236. *Ibid.*, point 101.

237. CouEDH, **Neulinger et Shuruk c. Suisse** [Grande chambre], n° 41615/07, 2010.

238. CJUE, C-491/10 PPU, **Zarraga c. Pelz**, 22 décembre 2010.

règlement européen Bruxelles II bis concernant les cas d'enlèvement d'enfant entre deux États membres de l'UE sont entrées en jeu. Conformément à l'article 11, paragraphes 6 et 8, du règlement susvisé, les tribunaux de l'État membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicite peuvent, dans le cadre d'une décision au fond concernant la garde, décider d'ordonner le retour de l'enfant. La décision relative à la garde, si elle est accompagnée du certificat pertinent, est directement exécutoire dans l'autre État membre de l'UE dans lequel l'enfant a été déplacé (ou dans lequel l'enfant est retenu). Dans l'affaire **Zarraga c. Pelz**, la CJUE a dû se prononcer précisément sur ce type de certificat, délivré par la juridiction espagnole, laquelle, dans le cadre d'une décision relative à la garde, avait ordonné le retour de l'enfant en Espagne. Ainsi que l'article 42, paragraphe 2, du règlement européen Bruxelles II bis le dispose clairement, « le juge d'origine qui a rendu la décision visée à l'article 40, paragraphe 1, point b), ne délivre le certificat visé au paragraphe 1 que si : (a) l'enfant a eu la possibilité d'être entendu, à moins qu'une audition n'ait été jugée inappropriée eu égard à son âge ou à son degré de maturité ». Le tribunal espagnol avait délivré le certificat, mais l'enfant n'avait pas été entendu.

187. Répondant aux questions lui ayant été soumises par le tribunal de l'État membre d'exécution, la CJUE a précisé qu'il « appartient aux seules juridictions nationales de l'État membre d'origine, [à savoir, aux juridictions espagnoles,] d'examiner la légalité de ladite décision au regard des exigences imposées, notamment, par l'article 24 de la charte des droits fondamentaux et l'article 42 du règlement [...] » et a estimé que les tribunaux de l'État d'exécution ne peuvent pas s'opposer à l'exécution.
188. Dans son arrêt, la CJUE a saisi l'occasion pour s'exprimer sur le droit de l'enfant à être entendu, tel que protégé par l'article 24 de la Charte européenne des droits fondamentaux. Sur ce point, la CJUE a noté que le règlement européen Bruxelles II bis ne peut pas « être contraire » à la Charte de droits fondamentaux et qu'il convient « d'interpréter les dispositions de l'article 42 dudit règlement qui mettent en œuvre le droit de l'enfant à être entendu à la lumière de l'article 24 de ladite charte »<sup>239</sup>. La Cour a souligné en outre que « le dix-neuvième considérant du règlement indique que l'audition de l'enfant joue un rôle important dans l'application de ce règlement et son trente-troisième considérant souligne, de façon plus générale, que ledit règlement reconnaît les droits fondamentaux et observe les principes consacrés par la charte des droits fondamentaux en veillant, en particulier, à assurer le respect des droits fondamentaux de l'enfant tels qu'énoncés à l'article 24 de celle-ci »<sup>240</sup>. Néanmoins, la CJUE a observé que ces dispositions « se réfèrent non pas à l'audition de l'enfant en tant que telle, mais à la possibilité pour l'enfant d'être entendu »<sup>241</sup> et a souligné qu'il « appartient au juge ayant à statuer sur le retour d'un enfant d'apprécier l'opportunité d'une telle audition, dans la mesure où les conflits qui rendent nécessaire une décision d'attribution de la garde d'un enfant à l'un des parents, et les tensions qui y sont liées, constituent des situations dans lesquelles l'audition de l'enfant, notamment en tant qu'elle requiert, le cas échéant, sa présence physique devant le juge, peut s'avérer inappropriée, voire préjudiciable à la santé psychique de l'enfant, souvent soumis auxdites tensions et souffrant de leurs effets nuisibles »<sup>242</sup>. La CJUE a souligné, par ailleurs, que « l'audition ne peut pas constituer une obligation absolue, mais doit faire l'objet d'une appréciation en fonction des exigences liées à l'intérêt supérieur de l'enfant dans chaque cas

239. Voir point 60.

240. *Ibid.*, point 61.

241. *Ibid.*, point 62.

242. *Ibid.*, point 64.

d'espèce, conformément à l'article 24, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux »<sup>243</sup> et a réitéré le fait que la juridiction dispose d'une latitude discrétionnaire à ce propos.

189. Un autre arrêt important dans lequel la CJUE s'est prononcée sur les principes des droits de l'enfant est celui rendu dans le cadre de l'affaire **E. c. B**<sup>244</sup>. Dans cette affaire, la CJUE a eu à connaître d'une question afférente à la prorogation de compétence au sens de l'article 12, paragraphe 3, du règlement européen Bruxelles II bis. La CJUE a souligné que conformément au point 12 des considérations préalables dudit règlement, « les règles de compétence établies par ce règlement en matière de responsabilité parentale sont conçues en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant et, en particulier, du critère de proximité et que l'une des conditions énoncées à l'article 12, paragraphe 3, sous b), dudit règlement impose que toute compétence prorogée conformément à cette disposition le soit dans ledit intérêt »<sup>245</sup>. La CJUE a estimé que : « Il s'ensuit que la compétence en matière de responsabilité parentale doit être déterminée, avant tout, en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant »<sup>246</sup> et que « si la prorogation d'une compétence acceptée par les titulaires de la responsabilité parentale d'un jeune enfant pour une procédure spécifique peut être considérée comme étant dans l'intérêt supérieur de cet enfant, il ne saurait être admis que, dans tous les cas, une telle compétence prorogée demeure, au-delà du terme de la procédure pour laquelle elle a été prorogée et pendant toute l'enfance de la personne concernée, dans l'intérêt supérieur de cette dernière »<sup>247</sup>.

---

243. *Ibid.*, point 64.

244. CJUE, C-436/13, **E. c. B.**, 1<sup>er</sup> octobre 2014.

245. *Ibid.*, point 44.

246. *Ibid.*, point 45.

247. *Ibid.*, point 46.

## D. Exemples pour les États européens concernant l'application de l'article 3 de la CNUDE

190. Comme indiqué précédemment, en Europe, le cadre juridique régional contribue à la mise en œuvre et au développement des droits de l'enfant. Dans le chapitre D de la présente étude, un aperçu sera apporté de la manière dont le principe consacré à l'article 3 de la CNUDE est appliqué dans le cadre du droit national, en prenant comme exemple pour cela le cas de deux États membres, à savoir : la France et l'Allemagne. Il convient de souligner que bien que certains domaines législatifs soient passés à faire partie des compétences de l'UE, les États membres de cette dernière demeurent tenus par leurs obligations au titre de la CNUDE. En effet, et ainsi que cela a été mis en avant par le Bureau régional du Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'Homme, les États membres « ne sauraient s'affranchir de [leurs] obligations internationales en déléguant des pouvoirs concernant leur mise en œuvre à l'UE »<sup>248</sup>.

### 1. Allemagne – Juliane Hirsch

191. La République fédérale d'Allemagne a ratifié la CNUDE en mars 1992 et cette dernière est entrée en vigueur dans le pays, sur le plan international, le 5 avril 1992. Néanmoins, la déclaration déposée par le gouvernement allemand avec l'instrument de ratification de la CNUDE a suscité des doutes considérables quant à l'applicabilité directe de la Convention en Allemagne. Dans sa déclaration détaillée, le gouvernement allemand, d'une part, saluait la CNUDE comme étant « une étape clé dans le développement du droit international » et soulignait la volonté de l'Allemagne de réformer sa législation nationale conformément à l'esprit de la CNUDE et, d'autre part, il affirmait que la Convention « ne s'applique pas directement » en Allemagne<sup>249</sup>. Cette déclaration illustre bien le point de vue du gouvernement allemand de l'époque selon lequel la CNUDE ne faisait que créer des obligations à la charge des États et qu'en pratique, elle n'aurait pas d'effet sur le droit allemand<sup>250</sup>.

192. Les débats parmi les juristes allemands sur la question de savoir si la déclaration de l'Allemagne ci-dessus était susceptible de bloquer l'application directe de la CNUDE, et notamment l'article 3, paragraphe 1<sup>er</sup>, de cette dernière, sur le territoire allemand, ou si, au contraire, le refus d'un effet immédiat indiqué dans ladite déclaration s'avérerait inopérant car il était incompatible avec les obligations découlant de la CNUDE, ont pris fin lorsque l'Allemagne a retiré sa réserve le 15 juillet 2010, prenant

248. Voir *The European Union and International Human Rights Law*, publication du Bureau régional du Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme, disponible en ligne à l'adresse suivante : < [http://www.europe.ohchr.org/Documents/Publications/EU\\_and\\_International\\_Law.pdf](http://www.europe.ohchr.org/Documents/Publications/EU_and_International_Law.pdf) >, page 6 (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

249. La déclaration BGBI 1992, pages 990 et suivantes est consultable en ligne à l'adresse suivante : < [https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start\\_xav#\\_\\_bgbl\\_\\_%2F%2F\\*%5B%40attr\\_id%3D%27bgbl292s0990.pdf%27%5D\\_\\_1509454897543](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start_xav#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl292s0990.pdf%27%5D__1509454897543) > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

250. Voir Reinald Eichholz, *Der Vorrang des Kindeswohls – Die Bedeutung von Art. 3 Absatz 1 der UN-Kinderrechtskonvention für die deutsche Rechtsprechung*, National Coalition Deutschland, 2015, page 5, disponible en ligne à l'adresse suivante : < [http://www.netzwerk-kinderrechte.de/fileadmin/bilder/user\\_upload/Text\\_Eichholz\\_24112015.pdf](http://www.netzwerk-kinderrechte.de/fileadmin/bilder/user_upload/Text_Eichholz_24112015.pdf) > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

effet à compter du 1<sup>er</sup> novembre 2010<sup>251</sup>. Depuis cette date, il n'est plus contesté que les règles assorties de l'applicabilité directe de la CNUDE, telles que son article 3, paragraphe 1<sup>er</sup>, ont un effet direct en Allemagne.

193. La CNUDE est considérée comme ayant un rang de loi fédérale<sup>252</sup>. Il n'a pas été envisagé, à ce jour, d'inclure une disposition spécifique afférente aux droits de l'enfant dans la Constitution (*Grundgesetz*) allemande, mais ainsi que cela a été noté avec satisfaction par le Comité des droits de l'enfant, plusieurs États fédéraux allemands (*Bundesländer*) ont « *reconnu expressément les droits des enfants dans leurs Constitutions* »<sup>253</sup>. Bien que le Comité des droits de l'enfant ait regretté que la Constitution fédérale allemande ne donne pas l'exemple, les juristes allemands soutiennent, quant à eux, qu'au vu de la législation et de la jurisprudence nationales relatives aux droits de l'enfant, l'inclusion expresse de ces derniers dans la *Grundgesetz* ne s'avère pas nécessaire pour mieux protéger les droits subjectifs des enfants en Allemagne<sup>254</sup>.
194. Si au cours des premières années suivant la ratification de la CNUDE les tribunaux n'ont pas fait directement allusion à cette dernière convention, depuis le retrait de la réserve en 2010, un nombre croissant de décisions rendues dans le cadre des affaires portées devant les plus hautes juridictions allemandes se sont reportées directement à la CNUDE<sup>255</sup>.
195. La jurisprudence évoquant directement l'article 3, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la CNUDE est très rare. Pour ce qui est des décisions afférentes aux questions de garde et de contact, une telle situation pourrait trouver son explication dans le fait que l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant fait partie intégrante des dispositions pertinentes du droit de la famille allemand<sup>256</sup>. Aussi, les magistrats ne font pas nécessairement allusion à la CNUDE pour fonder leurs décisions sur l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant.
196. Le Comité des droits de l'enfant a noté, dans ses observations finales sur l'examen des rapports de l'Allemagne de 2014, « *l'intérêt croissant porté à la protection de l'enfance, qui est un principe directeur de l'ordre juridique interne de l'État partie* », mais a également noté « *avec préoccupation que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant n'a pas encore été incorporé dans la législation fédérale et que son caractère prioritaire n'est pas encore reconnu par tous les secteurs du pouvoir législatif, exécutif et judiciaire. Ce principe est même bien souvent négligé dans les affaires relatives à des enfants issus de familles défavorisées sur les plans éducatif ou socioéconomique, notamment les enfants réfugiés et demandeurs d'asile* ». La ratification par l'Allemagne du 3<sup>e</sup> Protocole facultatif à la CNUDE établissant un mécanisme de recours individuel en cas de violations de droits de l'enfant devrait renforcer encore davantage les droits de l'enfant en Allemagne<sup>257</sup>.

251. Schmahl, *Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen*, Handkommentar, 2<sup>e</sup> édition, Baden-Baden 2017, page 53; Reinald Eichholz, *op. cit.* note 250, page. 5.

252. Voir Schmahl, *op. cit.* note 251, p. 54.

253. Voir les observations finales des troisième et quatrième rapports sur l'Allemagne, 25 février 2014, paragraphe 9. Disponible sur le site internet < [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org) > sous « Droits de l'homme par pays » puis « Allemagne », puis « état de rapports », ensuite « CRC-Convention on the Rights of the Child » (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

254. Voir Schmahl, *op. cit.* note 251, p. 52.

255. Schmahl, *op. cit.* note 251, page 54. Voir par exemple : BGH 29.05.2013 – XII ZB 530/11, paragraphes 13, 21 et 22.

256. Différentes dispositions en matière de droit de la famille du BGB exigent, concernant les décisions afférentes à la garde et au droit de visite, que celles-ci soient adoptées dans le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, ou, ainsi que le droit allemand l'indique souvent, qu'elles ne soient pas contraires au « *bien-être de l'enfant* » (§§ 1626a, 1631d, 1632, 1666, 1682, 1682a et 1696, BGB).

257. Schmahl, *op. cit.* note 251, p. 5.

## 2. France - Roberta Ribeiro Oertel

### a) L'application de la CNUDE en France

197. La CNUDE exerce une influence incontestable sur le législateur français depuis une vingtaine d'années, particulièrement dans le domaine du droit des personnes et de la famille.
198. À titre d'illustration, il est possible de citer quelques textes qui ont eu pour objectif au moins partiel de rendre le droit français plus conforme à la CNUDE, à savoir : la loi du 8 janvier 1993, qui a introduit dans le Code civil l'audition du mineur concerné par une procédure judiciaire, les lois n° 89-487 du 10 juillet 1989, n° 98-468 du 17 juin 1998 et n° 2004-1 du 2 janvier 2004 sur la protection de l'enfance, les lois n° 96-604 du 5 juillet 1996 et n° 2001-111 qui ont réformé l'adoption dans le sens d'une meilleure prise en compte de l'intérêt de l'enfant, les lois n° 2000-1209 du 13 décembre 2000, n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à la contraception et l'interruption volontaire de grossesse et n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative au droit des malades qui ont consacré une plus grande autonomie du mineur dans le domaine médical ou la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale qui a consacré définitivement la coparentalité, ainsi que la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 qui a supprimé toute discrimination à l'égard de l'enfant adultérin<sup>258</sup>.
199. Si, d'une part, le législateur français a sans aucun doute œuvré dans le sens de rendre le droit français plus conforme à la CNUDE, d'autre part, la Cour de cassation en 1993, dans l'arrêt *Lejeune*<sup>259</sup>, s'est prononcé contre l'applicabilité directe des dispositions de la CNUDE. Elle a jugé « *que la Convention relative aux droits de l'enfant ne reconnaissait pas à l'enfant des droits précis, déterminés, mais contenait des engagements pris par les États signataires, de sorte que ce traité n'avait pas d'application directe en France* »<sup>260</sup>.
200. Néanmoins, un revirement s'est opéré en 2005 lorsque la Cour de cassation sanctionne le non-respect de l'article 388-1 du Code civil, alinéa 2, selon lequel « *lorsque le mineur en fait la demande, son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée* » (a). Cette décision est suivie d'une deuxième en matière de retour immédiat de l'enfant et son intérêt supérieur (b).
201. La reconnaissance de l'applicabilité directe du traité parachève les critiques contre la jurisprudence de la Cour de cassation qui affaiblissait l'efficacité de la CNUDE. Cette reconnaissance permet une harmonisation des normes relatives aux droits du mineur et particulièrement à la question de son audition dans les procédures judiciaires, qu'elles soient internationales ou européennes<sup>261</sup>.

258. Les lois adoptées en France peuvent être consultées sur le site internet <[www.legifrance.fr](http://www.legifrance.fr)> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

259. 1<sup>re</sup> Civ. 10 mars 1993, *Bull.* 1993, I, n° 103, pourvoi n° 91-11.310 - à propos de l'article 12 de la Convention. Disponible sur le site internet <[www.legifrance.fr](http://www.legifrance.fr)> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

260. Voir « L'application directe de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant », disponible sur le site internet <[https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2009\\_3408/etude\\_personnes\\_3411/chambre\\_civile\\_3417/convention\\_new\\_3423/introduction\\_15306.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2009_3408/etude_personnes_3411/chambre_civile_3417/convention_new_3423/introduction_15306.html)> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

261. Le règlement Bruxelles II bis, *op. cit.* note 12 est entré en vigueur en France le 1<sup>er</sup> mars 2005, subordonne d'ailleurs dans plusieurs de ces dispositions la reconnaissance des décisions de justice relatives à l'autorité parentale, à la possibilité pour l'enfant d'être entendu dans la procédure, selon une formule qui reprend celle de la Convention internationale des droits de l'enfant. Il aurait dès lors été gênant que des normes au contenu similaire ne reçoivent pas le même accueil dans le corpus de normes applicables devant le juge interne. *JOCÉ* n° L 338 du 23/12/2003 pages 0001 – 0029. Disponible sur le site Internet <<http://eur-lex.europa.eu/>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

## b) Intérêt supérieur de l'enfant et droit de l'enfant d'être entendu

202. Dans un arrêt rendu par la Cour de cassation le 18 mai 2005<sup>262</sup>, l'enfant Chloé B., alors âgée de 12 ans, avait demandé par lettre transmise à la cour d'appel, à être entendue dans la procédure entamée par son père pour voir modifier sa résidence jusqu'alors fixée chez sa mère aux États-Unis. La cour d'appel a statué sans prendre en compte l'avis de l'enfant, ni le soin d'écartier sa demande de façon motivée comme le prescrit l'article 388-1, alinéa 2, du Code civil français. La Cour de cassation casse la décision de la cour d'appel au visa des articles 3, paragraphe 1<sup>er</sup> et 12, paragraphe 2 de la CNUDE, 388-1 du Code civil et 338-1 et 338-2 du nouveau Code de procédure civile, au motif que « *la considération primordiale de l'intérêt de l'enfant et le droit de celui-ci à être entendu lui imposaient de prendre en compte la demande de l'enfant* ».
203. En réalité, l'article 12 de la CNUDE suscite la discussion depuis longtemps entre ceux qui n'y lisent qu'un droit de l'enfant de faire connaître son avis dans toute procédure à laquelle il a intérêt et ceux qui y voient le droit pour le mineur d'intervenir personnellement et volontairement en justice<sup>263</sup>.
204. Audition et intervention sont deux modes d'expression différents et, en introduisant dans le Code civil l'article 388-1, après l'adoption de la loi du 8 janvier 1993<sup>264</sup>, le législateur français a clairement opté pour un principe général d'audition de l'enfant tout en limitant strictement les cas dans lesquels il peut être partie à la procédure. Par ailleurs, cette loi a été présentée comme un instrument de transposition en droit français des principes posés par la CNUDE consacré au Chapitre V : « *L'audition de l'enfant en justice et la défense de ses intérêts* ».
205. En effet, ce que la Cour de cassation reproche à la cour d'appel est de ne pas avoir « *pris en compte* » la demande d'audition de l'enfant et non pas de ne l'avoir pas entendu. Comme la Cour de cassation le rappelle, l'article 388-1, alinéa 2, du Code civil dispose que « *Lorsque le mineur en fait la demande, son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée* » ; or, dans l'esprit de la loi de 1993, cette obligation de motivation imposée au juge constitue la preuve que la demande du mineur a bien été prise en compte, même si elle n'a pas abouti à son audition dans la procédure le concernant. Cette obligation de motivation du refus d'entendre l'enfant semble également, aux yeux de la Cour, de nature à satisfaire l'article 3, paragraphe 1<sup>er</sup> de la CNUDE, dès l'instant, suppose-t-on, que l'intérêt supérieur de l'enfant constitue la raison primordiale dudit refus. Par conséquent, tout en reconnaissant un effet direct à l'article 12, paragraphe 2, elle en aligne la portée sur la faculté déjà consacrée en droit positif de recueillir l'opinion d'un enfant en justice. À la limite, le visa des seules dispositions du droit interne eût suffi à entraîner la cassation de l'arrêt d'appel.
206. En ce qui concerne l'article 3 de la CNUDE, paragraphe 1<sup>er</sup> qui dispose que : « *Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait d'institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* », il faut noter que l'obligation qu'il édicte intéresse l'ensemble

262. 1<sup>re</sup> Civ. 18 mai 2005, Juris-Data n° 2005-028424. Disponible sur le site Internet <www.legifrance.fr> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

263. J. Rubellin-Devichi, « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française », *JCP G* 1994, I, 3739, n° 13 d. J.-M. Bret, « La Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant », *Gaz. Pal.* 1991, vol. 2, page 748.

264. Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales. Disponible sur le site internet <www.legifrance.fr> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

des organes de l'État, dont les tribunaux, et non le seul législateur. La justification anciennement avancée par la Cour de cassation, selon laquelle la CNUDE ne consacrerait que des engagements d'États, était donc particulièrement peu appropriée pour refuser tout effet direct à cet article.

207. Ainsi, en déclarant l'article 3, paragraphe 1<sup>er</sup> d'application directe devant la juridiction française, la Cour de cassation s'engage donc elle aussi dans la voie consistant à s'assurer que toute décision judiciaire a bien été prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant.

## **c) Intérêt supérieur de l'enfant et retour immédiat de l'enfant**

208. Dans l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 14 juin 2005<sup>265</sup>, la mère de la mineur Charlotte fait grief à la cour d'appel d'Aix-en-Provence d'avoir ordonné le retour immédiat de sa fille aux États-Unis en application de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, alors que la rupture de l'enfant avec son nouveau milieu d'intégration réalisait le risque grave prévu par l'article 13, b de ladite Convention et que, entre autre, l'article 3, paragraphe 1<sup>er</sup> de la CNUDE exigeait que l'intérêt supérieur de l'enfant fût pris en considération pour apprécier l'opportunité de cette rupture.

209. En l'espèce, l'enfant est né aux États-Unis d'une mère de nationalité française et d'un père de nationalité américaine, qui se sont mariés aux États-Unis. La famille vivait aux États-Unis lorsque la mère est venue en France avec l'enfant pour des vacances, puis a informé son époux de son intention de ne pas regagner les États-Unis. L'époux a saisi l'autorité centrale américaine d'une demande tendant à l'application de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, afin que soit ordonné le retour immédiat de l'enfant aux États-Unis, lieu de sa résidence habituelle. Le procureur de la République près le tribunal de grande instance a fait assigner la mère de l'enfant à cette fin. Celle-ci fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir ordonné le retour immédiat de l'enfant aux États-Unis. Il résulte de l'article 13, b, de la Convention de La Haye de 1980, qu'il ne peut être fait exception au retour immédiat de l'enfant que s'il existe un risque de danger grave ou de création d'une situation intolérable.

210. La 1<sup>re</sup> chambre civile rejette le pourvoi au motif que les conditions faisant obstacle au retour de l'enfant n'étaient pas réunies et que la Cour d'appel avait apprécié ces conditions en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ce dispositif est précédé d'un attendu de principe qui pose que l'article 3, paragraphe 1<sup>er</sup> de la CNUDE est « *d'application directe devant la juridiction française* ».

211. En fait, 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 États-Unis, des conditions de vie favorables, avec l'assistance d'une personne diplômée d'une école d'infirmière. 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.

265. 1<sup>re</sup> Civ. 14 juin 2005, Juris-Data n° 2005-028932. Disponible sur le site Internet <www.legifrance.fr> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

212. La Cour de cassation affirme, qu'en application de l'article 3, paragraphe 1<sup>er</sup> de la CNUDE, les circonstances de nature à faire exception au retour de l'enfant, définies à l'article 13, b de la Convention de La Haye de 1980, « doivent être appréciées en considération primordiale de l'intérêt de l'enfant ». Or, ces circonstances étant définies comme « le risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière le place dans une situation intolérable », il est bien évident qu'il n'est pas de l'intérêt de l'enfant d'ordonner son retour immédiat si celui-ci doit l'exposer à l'un ou l'autre de ces périls.

## PARTIE II. ANALYSE COMPARATIVE - PAYS PARTENAIRES DU SUD

## A. Analyse comparative Egypte, Israël, Jordanie et Palestine

Ahmed Bakry

### Méthodologie :

213. La présente partie de cette étude concentre son analyse sur la situation actuelle des Pays partenaires du sud de l'IEV suivants : l'Égypte, Israël, la Jordanie et la Palestine. Elle offre une analyse comparative de la législation et de la jurisprudence nationales dans le domaine des conflits familiaux transfrontaliers.
214. Les sources principales sur lesquelles ladite analyse se fonde incluent notamment les réponses au questionnaire<sup>266</sup> ainsi que des entretiens menés avec des magistrats des pays participants. En outre, l'auteur y a inclus les résultats de ses propres recherches concernant les législations et les jurisprudences nationales. Toutes les dispositions législatives des lois pertinentes concernant l'Égypte, la Jordanie et la Palestine ont été traduites par l'auteur dans la version anglaise de la présente étude.
215. Pour ce qui est de l'Égypte, l'auteur s'est fondé principalement sur les textes juridiques et les arrêts de la Cour de cassation et de la Cour constitutionnelle. Par ailleurs, les rapports du Comité des droits de l'enfant des Nations unies et les observations finales du Comité relatives à l'Égypte ont, eux aussi, été pris en considération. Enfin, l'auteur a inclus les résultats des entretiens menés avec des magistrats des tribunaux aux affaires familiales.
216. Concernant **Israël**, l'auteur s'est fondé, principalement, sur les traductions des arrêts de la Cour suprême disponibles en ligne (VERSA, *Cardozo Law school on the opinions of the Supreme Court of Israel*). En outre, les rapports/observations finales du Comité des droits de l'enfant des Nations unies sur Israël, ainsi que le site Internet du ministère de la Justice israélien, contenant des traductions en anglais de différentes lois israéliennes ont, eux aussi, été pris en considération.
217. S'agissant de la **Jordanie**, l'auteur s'est fondé, principalement, sur les lois disponibles sur Eastlaws.com, une base de données juridique concernant les législations et la jurisprudence des pays arabes. L'auteur a rencontré certaines difficultés pour identifier des dispositions juridiques pertinentes concernant les conflits familiaux transfrontaliers pour la Jordanie.
218. Concernant la **Palestine**, l'auteur s'est fondé, principalement, sur les lois disponibles sur Eastlaws.com. L'auteur a rencontré des difficultés pour identifier les dispositions juridiques pertinentes concernant les conflits familiaux transfrontaliers pour la Palestine. Il convient de noter, à ce propos, qu'en raison de la situation actuelle en Palestine, les lois et jugements évoqués au sein de la présente étude ne concernent que la zone de la Cisjordanie.

266. Voir annexe.

## 1. Les juridictions compétentes dans les affaires familiales transfrontalières en rapport avec les enfants

### a) Juridictions compétentes, juges spécialistes, tribunaux spécialisés et concentration de compétence (questions : A.1-A.4 et A.6-A.9)

219. L'**Égypte** est un pays doté d'un système de juridiction unique, et de multiples droits applicables, lesquels sont déterminés en fonction de la confession religieuse des parties<sup>267</sup>.
220. Le système des tribunaux religieux a été aboli en 1956. Depuis la création des tribunaux spécialisés en affaires familiales en 2004, les tribunaux des affaires familiales civils sont compétents pour connaître de toutes les questions relatives au statut personnel<sup>268</sup>. Il existe un tribunal aux affaires familiales de première instance dans chaque district, ainsi qu'une chambre des affaires familiales auprès de chacune des huit cours d'appel existantes sur l'ensemble du territoire égyptien<sup>269</sup>. Le tribunal aux affaires familiales de première instance se compose de trois magistrats et de deux spécialistes (questions sociales et physiologiques), dont une femme obligatoirement. Les chambres des affaires familiales des cours d'appel sont composées, quant à elles, de trois magistrats, lesquels peuvent se faire assister de spécialistes, si nécessaire<sup>270</sup>. Depuis 2004, la Cour de cassation n'est plus compétente pour statuer sur les appels interjetés à l'encontre des décisions des tribunaux aux affaires familiales<sup>271</sup>. Par conséquent, seuls deux niveaux de juridiction sont disponibles pour les affaires familiales.
221. Les magistrats des tribunaux aux affaires familiales sont des juges spécialisés dans les affaires de statut personnel et doivent posséder une expérience antérieure dans le droit de la famille. De nombreux magistrats des tribunaux aux affaires familiales ont travaillé, préalablement à leur désignation, pour le ministère Public en matière familiale.
222. Il n'existe pas de concentration des compétences concernant les questions afférentes aux conflits familiaux transfrontaliers. Tous les tribunaux sont donc compétents concernant la totalité des affaires relatives au statut personnel dont ils sont saisis<sup>272</sup>.
223. **Israël** possède un système à juridictions multiples (avec plusieurs droits applicables). Les tribunaux civils aux affaires familiales et les tribunaux religieux peuvent tous deux être compétents concernant les affaires relatives aux conflits familiaux.
224. Les tribunaux civils aux affaires familiales sont une section spécialisée des tribunaux civils. Ils peuvent, conformément à la **loi relative aux tribunaux aux affaires familiales**<sup>273</sup>, entendre toutes les affaires familiales, à l'exception de celles en rapport avec le mariage et le divorce, qui relèvent de la

267. Voir l'article 12 de la loi n° 10/2004 portant création des tribunaux aux affaires familiales (traduction de l'auteur). Juliane, en français l'on ne peut pas adopter un acronyme si court comme en anglais, le titre restera long de toute façon.

268. *Ibid.*

269. Voir article 1<sup>er</sup>, loi n° 10/2004, portant création des tribunaux aux affaires familiales (traduction en anglais de l'auteur).

270. Voir article 2, modifié, loi n° 10/2004, portant création des tribunaux aux affaires familiales (traduction en anglais de l'auteur).

271. Voir article 14, loi n° 10/2004, portant création des tribunaux aux affaires familiales (traduction en anglais de l'auteur).

272. Voir article 3, loi n° 10/2004, portant création des tribunaux aux affaires familiales (traduction en anglais de l'auteur).

273. Loi n° 5795-1995 relative aux tribunaux aux affaires familiales.

compétence exclusive des tribunaux religieux<sup>274</sup>. Les juges des tribunaux aux affaires familiales sont spécialisés en affaires familiales étant donné qu'il leur est exigé d'avoir de l'expérience et de l'expertise en droit de la famille préalablement à leur désignation. Contrairement aux tribunaux religieux, les juges des tribunaux civils aux affaires familiales statuent à juge unique. Il convient de noter que selon le principe du « un juge – une famille » appliqué par les tribunaux aux affaires familiales israéliens, tous les conflits familiaux en rapport avec la même famille sont entendus par le même juge.

225. Les tribunaux civils aux affaires familiales disposent d'une compétence exclusive en matière familiale transfrontalière, y compris pour les affaires en application de la Convention de La Haye relative aux enlèvements d'enfants<sup>275</sup>, mais aussi pour les conflits familiaux transfrontaliers ayant trait aux séparations de corps, aliments destinés aux membres de la famille, responsabilité familiale et adoption<sup>276</sup>.
226. Depuis 2016, les tentatives de médiation sont obligatoires avant que des époux ou des parents et enfants aillent devant les tribunaux<sup>277</sup>. La médiation est organisée par les services sociaux. Les procédures sont suspendues pour une durée d'au moins 45 jours. La médiation nationale obligatoire ne s'applique pas aux différends familiaux internationaux impliquant le déplacement illicite ou le non-retour des enfants.
227. Les tribunaux religieux disposent d'une compétence exclusive concernant les affaires de mariage et de divorce<sup>278</sup>. Les tribunaux religieux peuvent, dans le cadre du divorce, traiter également de questions accessoires telles que les droits de garde et de visite<sup>279</sup>. Si les parties pratiquent des religions différentes, le tribunal civil aux affaires familiales sera compétent pour statuer en matière de divorce.
228. Les réponses au questionnaire indiquent qu'il existe des matières pour lesquelles les tribunaux civils aux affaires familiales se prononceront sur la base du droit religieux, comme les obligations alimentaires, et qu'il existe des matières pour lesquelles les tribunaux religieux se prononceront sur la base du droit civil, comme les matières relevant de la loi des relations financières et de la détermination des droits de garde et de visite, si les parties pratiquent la même religion et résident en Israël.
229. Il existe plusieurs types de tribunaux religieux en Israël, à savoir : les tribunaux rabbiniques pour la majorité de confession juive<sup>280</sup>, les tribunaux de la Charia<sup>281</sup> pour les personnes de confession musulmane, les tribunaux druzes<sup>282</sup> pour la population druze, et les tribunaux ecclésiastiques pour la population chrétienne. Ces tribunaux sont généralement composés d'un ou trois magistrats. Il n'y a que des juges masculins au sein des tribunaux rabbiniques ; en 2017, pour la première fois, une femme juge a été nommée dans un tribunal de la Charia. À titre exceptionnel, les parties qui pratiquent la même

274. Voir, par exemple, l'article 1<sup>er</sup> de la **Loi relative à la compétence des tribunaux rabbiniques (mariage et divorce) du 4 septembre 1953, 5713-1953**, (ci-après « Loi mariage et divorce de 1953 »).

275. Article 295 (a-z) des **règlements relatifs à la procédure civile, 5744-1984**.

276. Voir G. Parolin, Rapport de recherche *op. cit.* note 34, page 25 (de la version anglaise).

277. Voir la loi de **résolution des conflits familiaux du 17 juillet 2016** (ci-après « Loi conflits familiaux de 2016 »).

278. Voir la Loi mariage et divorce de 1953, 7 LSI 139.

279. Pour en savoir plus sur la compétence accessoire des tribunaux rabbiniques, voir l'arrêt de la Cour suprême HCJ 124/59 Glaubhardt c. Tribunal rabbinique régional de Haïfa.

280. Les tribunaux rabbiniques ont été créés en vertu de la loi 5713-1953 sur la compétence des tribunaux rabbiniques (mariage et divorce).

281. Pour de plus amples informations sur la compétence des tribunaux de la Charia, voir le décret de la Palestine de 1947.

282. Pour en savoir plus sur les tribunaux de la Charia, consulter l'adresse internet suivante :

<http://www.justice.gov.il/En/Units/ShariaCourts/Pages/default.aspx> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

religion et qui possèdent la citoyenneté israélienne peuvent choisir de porter leur affaire devant une juridiction autre que le tribunal religieux normalement compétent<sup>283</sup>.

230. La Cour suprême israélienne dispose dans certaines circonstances de l'autorité pour annuler ou corriger les décisions des tribunaux religieux (pour en savoir plus, voir infra, Partie II, A, 1, c). Les juges de la Cour suprême sont des experts du droit civil de la famille ayant une connaissance juridique du droit religieux.
231. Dans le système judiciaire **jordanien**, les juridictions nationales sont, conformément aux articles 99 et suivants de la **Constitution de 1952**<sup>284</sup>, divisées comme suit : (1) les tribunaux civils de droit commun, compétents, en matière de personnes, dans les affaires de droit civil et pénaux ; (2) les tribunaux religieux, compétents concernant toutes les affaires de droit de la famille et successorales, et (3) les tribunaux spéciaux, avec une compétence exclusive en fonction des lois les ayant institués. Chaque système juridictionnel dispose de sa propre loi établissant les catégories, les divisions, les compétences et l'administration y étant afférentes<sup>285</sup>. Les tribunaux religieux sont divisés entre les cours et les tribunaux de la Charia et ceux des autres communautés religieuses.<sup>286</sup>
232. Les tribunaux de la Charia sont compétents concernant les questions afférentes au statut personnel des musulmans qui intentent des procédures relevant de la Charia<sup>287</sup>. Les tribunaux de la Charia sont des juridictions de première instance et leurs décisions sont susceptibles d'appel devant les cours d'appel de la Charia. Depuis 2015, les décisions de la cour d'appel de la Charia peuvent être contestées devant la cour suprême de la Charia<sup>288</sup>. Les tribunaux des autres communautés religieuses reconnues ou à reconnaître par le gouvernement jordanien<sup>289</sup> sont uniquement compétents concernant les questions afférentes au statut personnel des membres des communautés correspondantes<sup>290</sup>. Si une communauté religieuse n'est pas listée comme reconnue par le gouvernement et ne dispose pas de tribunaux, les parties peuvent convenir de saisir soit les tribunaux de la Charia ou les tribunaux civils<sup>291</sup>. De même, si les parties ne sont pas de la même religion, elles peuvent, conformément à l'article 103(1) de la Constitution jordanienne, choisir la compétence des tribunaux civils conformément aux lois des tribunaux de la Charia<sup>292</sup>.
233. La désignation des magistrats des tribunaux religieux a trait à la foi religieuse et est régie par la loi pertinente établissant le tribunal concerné. La désignation des magistrats des tribunaux de la Charia

283. Pour en savoir plus sur l'accord pour choisir un tribunal, voir l'arrêt de la Cour suprême HCJ 8638/03 Amir c. Grand tribunal rabbinique de Jérusalem (06-04-2006).

284. **Constitution du Royaume hachémite de Jordanie du 11 janvier 1952**, version non officielle en anglais disponible sur < <http://www.refworld.org/pdfid/3ae6b53310.pdf> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

285. Voir article 100, modifié, de la Constitution jordanienne.

286. Voir article 104 de la Constitution jordanienne.

287. Voir articles 105/1 et 106 de la Constitution jordanienne. L'article 2 de la **loi n° 31/1959 relative à la procédure devant les tribunaux de la Charia** dispose que ces dernières juridictions sont compétentes pour connaître de toutes les questions relatives au mariage entre musulmans et en découlant (section 9). Elles sont compétentes aussi pour connaître de toutes les questions afférentes au statut personnel des musulmans (section 16).

288. Voir article 3 de la loi n° 19/1972 de 2015, modifié, **relative à la formation des tribunaux de la Charia**.

289. Voir article 108 de la Constitution jordanienne.

290. Voir, par exemple, les articles 2/A et 4/A de la **loi n° 28/2014 relative aux tribunaux des communautés chrétiennes**, au sens de laquelle les communautés chrétiennes reconnues peuvent établir des juridictions décidant des questions relatives au statut personnel, et cela conformément à la loi applicable dans la communauté chrétienne concernée.

291. Voir l'article 7 de la loi n° 28 de 2014 relative aux tribunaux des communautés chrétiennes.

292. Pour en savoir plus, voir l'arrêt de la Cour de cassation, 543 – Année judiciaire 1986, page 1710. Voir l'article 4/B de la loi n° 28/2014 relative aux tribunaux des communautés chrétiennes.

est régie par la **loi relative à la formation des tribunaux de la Charia**, laquelle établit des critères précis pour leur désignation<sup>293</sup>. De la même manière, les règles en vue de la désignation des magistrats des tribunaux des communautés chrétiennes sont très détaillées et exigent que le magistrat possède plusieurs années d'expérience professionnelle pertinente<sup>294</sup>.

234. En Jordanie, il n'y a pas de concentration des compétences en matière de conflits familiaux transfrontaliers.
235. Le système judiciaire de la **Palestine** est, conformément à la **Loi fondamentale palestinienne de 2003**, divisé en tribunaux de droit commun (civils et pénaux), tribunaux religieux, concrètement, tribunaux de la Charia, tribunaux ecclésiastiques, le tribunal administratif, la Cour constitutionnelle et la cour chargée des affaires de corruption.
236. La Palestine comporte de multiples juridictions (avec de multiples droits – religieux, civils et étranger – applicables). Il existe deux systèmes de juridictions ayant compétence en matière de conflits familiaux, à savoir : les tribunaux civils et les tribunaux religieux.
237. Les tribunaux ecclésiastiques sont compétents pour connaître des affaires relatives au statut personnel des chrétiens. Les tribunaux de la Charia sont compétents pour se prononcer sur les différends familiaux impliquant des enfants si les deux parents sont musulmans. Néanmoins, il existe une exception à cette règle, selon laquelle les parties de religions différentes peuvent convenir de porter leur affaire en droit de la famille devant un tribunal de la Charia ou devant un tribunal civil<sup>295</sup>. Au sens de l'article 7 de la **loi relative aux communautés religieuses**, « si l'une des parties à une affaire est musulmane, l'affaire devra être portée devant les tribunaux de droit commun, ou les parties pourront convenir de choisir de porter leur affaire devant les tribunaux de la Charia ».
238. Le système afférent aux tribunaux de la Charia est un système autonome doté de magistrats spécialisés qui connaissent des conflits familiaux. Néanmoins, la Palestine ne dispose pas de tribunaux/magistrats spécialisés dans les conflits familiaux transfrontaliers<sup>296</sup>.

293. Voir l'article 3 de la loi n° 19/1972 relative à la formation des tribunaux de la Charia précisant les conditions de désignation des juges, tel qu'il suit : 1. Être un musulman jordanien ; 2. Avoir plus de 27 ans ; 3A. Disposer d'un diplôme en jurisprudence islamique ou de la Charia, ou 3B. Disposer d'un diplôme de la faculté de Da'wa et des Fondations de la religion, et avoir travaillé en tant que greffier près les tribunaux de la Charia, ou 3C. Disposer d'un diplôme en études islamiques et avoir travaillé en tant que greffier près les tribunaux de la Charia avant 2008 ; 4. Travailler en tant que greffier près les tribunaux de la Charia pour une durée d'au moins 3 ans ; 5A. Jouir d'une bonne réputation et ne pas avoir été condamné pour une infraction avant ; 5B. Être nommé suite à la réussite du concours de sélection judiciaire.

294. Voir l'article 3/C de la loi n° 28/2014 relative aux tribunaux des communautés chrétiennes, laquelle prévoit les conditions suivantes pour la désignation des magistrats : 1. Avoir la nationalité jordanienne ou celle d'un pays arabe. 2. Écrire et lire couramment l'arabe. 3. Avoir plus de 30 ans. 4. Être titulaire d'un diplôme de droit ou d'études ecclésiastiques. 5. Avoir une bonne réputation. 6. Posséder au moins cinq années d'expérience en tant que magistrat ou dans le service de l'Église, ou encore dix années d'expérience en tant qu'avocat. 7. Avoir un casier judiciaire vierge.

295. Selon l'arrêt n° 589/2002 de la Cour de cassation palestinienne, les couples dont les membres sont de religions différentes peuvent convenir de porter leur affaire devant les tribunaux de la Charia, et cela même si l'un d'entre eux n'est pas musulman.

296. La loi relative à la famille en vigueur en Palestine est la **loi jordanienne n° 61/1976 relative au statut marital**.

## **b) Impact de la nationalité et de la religion sur la détermination de la juridiction compétente (question A.5)**

### **i) Impact de la nationalité**

239. En **Égypte**, les nationalités des parties n'ont pas d'influence sur la compétence du tribunal si les parties résident habituellement en Égypte<sup>297</sup>. Les tribunaux civils aux affaires familiales ont une compétence exclusive en matière familiale<sup>298</sup>.
240. En **Israël**, si les parties ont des nationalités différentes, les tribunaux aux affaires familiales civiles ont une compétence exclusive pour connaître des affaires familiales.
241. En **Jordanie**, le critère de détermination de la compétence lorsqu'un étranger est impliqué dépend de la confession religieuse. Par exemple, dans les affaires où les parties sont chrétiennes et de nationalités différentes, l'une des parties étant de nationalité jordanienne, les tribunaux des communautés chrétiennes seront compétents<sup>299</sup>. Si les deux parties sont musulmanes et l'une d'entre elles possède la nationalité jordanienne, les tribunaux de la Charia seront compétents. Si les deux parties sont étrangères, ont la même nationalité et résident en Jordanie, les tribunaux civils seront compétents et appliqueront les lois de leur pays dans certaines circonstances<sup>300</sup>. Dans le cas où ces deux étrangers sont musulmans, les tribunaux de la Charia seront compétents et appliqueront les lois de leur pays dans certaines circonstances<sup>301</sup>.
242. En **Palestine**, si les membres d'un couple résidant en Palestine ont des nationalités différentes, les tribunaux de la Charia sont compétents, à condition que soit les deux, soit l'homme au moins soit musulman, et le droit palestinien sera appliqué, indépendamment de la nationalité des parties.

### **ii) Impact de la religion**

243. En **Égypte**, la religion des parties n'a pas d'impact sur la compétence judiciaire en matière de statut personnel. En effet et ainsi que cela a d'ores et déjà été indiqué, en Égypte il n'existe pas de tribunaux religieux. Les affaires relatives au statut personnel sont tranchées par les tribunaux aux affaires familiales civiles. Néanmoins, la religion des parties affecte la loi appliquée par le tribunal dans le cadre d'une affaire relevant du droit de la famille. L'Égypte reconnaît différents groupes religieux, notamment la majorité musulmane et les communautés chrétienne et juive. Chaque religion est régie par sa propre loi relative au statut personnel. Aussi, il n'existe pas de loi uniforme en matière de statut personnel applicable à l'ensemble des Égyptiens<sup>302</sup>.

297. Voir G. Parolin, *Rapport de recherche*, op. cit note 34, page 21 (de la version anglaise) se rapportant à l'article 12 de la loi n° 10/2004 portant création des tribunaux aux affaires familiales et à l'article 10 de la loi n° 1/2000.

298. Voir article 3, loi n° 10/2004, portant création des tribunaux familiaux.

299. Voir l'article 13 de la loi n° 28/2014 relative aux tribunaux des communautés chrétiennes.

300. Voir l'article 103/1 de la Constitution jordanienne. Voir les articles 27-29, **Loi n° 24/1988 relative à la procédure civile**. Voir également : Cour de cassation, arrêt 70 de l'année judiciaire 1980, pages 1395 et suivantes.

301. Voir l'article 185 de la loi n° 31/1959 relative aux procédures applicables devant les tribunaux de la Charia.

302. J. Moussa, *Chapter 1 - Egypt in Parental Care and the Best Interests of the Child in Muslim Countries*, édité par N. Yassari, L. Möller, I. Gallala-Arndt, Springer, Hamburg, 2017, page 4.

244. En **Israël**, si les parties pratiquent des religions différentes, le tribunal aux affaires familiales civil aura une compétence exclusive. Les tribunaux religieux sont compétents seulement si les parties appartiennent à la même communauté religieuse que celle du tribunal et ont la nationalité israélienne.
245. En **Jordanie**, si les parties pratiquent des religions différentes, les tribunaux civils de droit commun seront compétents, sauf si les parties conviennent d'accepter la compétence des tribunaux de la Charia<sup>303</sup>. Dans les cas où les deux parties appartiennent à une communauté chrétienne non reconnue par le gouvernement, les tribunaux civils seront compétents<sup>304</sup>. La Cour de cassation jordanienne a considéré dans un de ses jugements que le changement de foi religieuse d'une partie au cours de la procédure a une influence sur la compétence du tribunal. Ainsi, un homme chrétien converti à l'Islam durant une procédure en cours devant un tribunal ecclésiastique latin est en droit de contester la compétence dudit tribunal et de voir son affaire entendue devant un tribunal civil ou de la Charia<sup>305</sup>.
246. En **Palestine**, le tribunal de la Charia est compétent pour connaître de toutes les affaires familiales concernant des musulmans. Si l'épouse est une chrétienne ou une juive mariée à un musulman, les tribunaux civils seront compétents, à moins que les parties n'acceptent de porter l'affaire devant des tribunaux de la Charia<sup>306</sup>. En revanche, si les membres du couple sont chrétiens et appartiennent à la même communauté religieuse, le tribunal ecclésiastique est compétent pour connaître de l'affaire. Si les membres du couple sont chrétiens et appartiennent à des communautés religieuses différentes, le tribunal ecclésiastique sera compétent, sauf en cas de désaccord de la part des parties. Dans ce cas, les tribunaux civils seront compétents<sup>307</sup>.
247. À titre d'exception, les couples dont les membres sont de religions différentes peuvent choisir entre les tribunaux de la Charia et les tribunaux civils. Cependant, dans la pratique, de nombreux couples mixtes ont recours aux tribunaux de la Charia pour traiter des affaires de garde et de contact. Les réponses au questionnaire indiquent que la possibilité de recourir aux tribunaux civils, bien que possible en théorie, n'est pas souvent utilisée dans la réalité en raison du manque d'expérience des tribunaux civils pour ce genre d'affaires.

## c) Les conflits de juridiction

### **i) Conflit interne de juridiction/compétence (question A.10)**

248. En **Égypte**, le système des tribunaux religieux a été aboli en 1956. Toutes les questions relatives au statut personnel relèvent de la compétence d'une seule juridiction pour l'ensemble des religions, laquelle est le tribunal civil aux affaires familiales depuis la réforme de 2004<sup>308</sup>. Ainsi, la religion n'a pas d'influence sur la compétence du tribunal. Pour ce qui est de la compétence territoriale, le premier tribunal saisi par les parties est considéré comme étant celui compétent pour connaître de toutes les

303. Voir l'article 4 de la loi n° 28 de 2014 relative aux tribunaux des communautés chrétiennes.

304. Voir l'article 7 de la loi n° 28 de 2014 relative aux tribunaux des communautés chrétiennes.

305. Cour de cassation, arrêt n° 1527/2009, 29/10/2009.

306. Voir l'article 7 de la loi n° 2/1938 relative aux tribunaux des communautés chrétiennes.

307. Voir l'article 10 de la loi n° 2/1938 relative aux tribunaux des communautés chrétiennes.

308. Voir article 1<sup>er</sup>, loi n° 10/2004, portant création des tribunaux familiaux.

questions relatives au statut personnel afférentes aux litiges de la même famille, y compris les litiges survenant à l'avenir<sup>309</sup>.

249. En **Israël**, la coexistence de différents tribunaux religieux et de tribunaux civils aux affaires familiales peut parfois donner lieu à des conflits de compétence. En général, la question relative à la compétence est soulevée en début de procédure par l'une des parties, qui conteste la compétence du tribunal, et ce dernier décide de sa propre compétence<sup>310</sup>. Ainsi que la Cour suprême israélienne, siégeant en sa qualité de tribunal supérieur de justice l'a précisé, le premier tribunal (tribunaux civils aux affaires familiales ou tribunaux religieux) connaissant d'une affaire déterminera quelle est la juridiction compétente pour se prononcer sur le cas. Dans une de ses décisions, la Cour suprême a expliqué le principe de courtoisie entre les tribunaux (tribunaux civils aux affaires familiales ou tribunaux religieux). Selon ce dernier, un tribunal aux affaires familiales se prononçant sur une matière accessoire au divorce doit sursoir à statuer le temps que le tribunal rabbinique se prononce sur la question du divorce du couple, laquelle est en attente en raison d'une demande de réconciliation de bonne foi par l'une des parties, permettant ainsi au tribunal rabbinique d'adopter une décision appropriée sur la question de savoir si le mariage est irréconciliable ou pas. En conséquence, un jugement contradictoire du tribunal aux affaires familiales peut être évité<sup>311</sup>. Ce principe s'applique également dans le cas contraire où le tribunal religieux devrait attendre la décision du tribunal de la famille.
250. En outre, conformément aux articles 15(c) et (d) 4 de la **loi de base du pouvoir judiciaire de 1984**<sup>312</sup>, la Cour suprême peut annuler de plein droit les décisions des tribunaux religieux dans des cas exceptionnels. La Cour suprême est compétente, agissant en tant que juridiction statuant en équité, pour annuler les décisions religieuses accordant un dédommagement dans l'intérêt de la justice si le tribunal religieux les ayant prononcées a outrepassé ses compétences ou s'est départi des règles de la justice naturelle<sup>313</sup>.
251. En **Jordanie**, la question afférente au conflit de compétences est régie par la **loi relative à la formation des tribunaux de droit commun**<sup>314</sup>, par la loi applicable aux procédures civiles<sup>315</sup> et par la loi relative aux principes des procédures de la Charia<sup>316</sup>. Le législateur jordanien a réglementé la question des conflits de compétence selon ses différents niveaux, ainsi que dans les cas où il existerait un conflit de compétences entre deux tribunaux de la Charia : les parties peuvent demander à la Cour d'appel de la Charia de résoudre le conflit<sup>317</sup>. Dans les cas de conflit de compétences entre les tribunaux de la Charia et un tribunal de la communauté chrétienne, un tribunal spécial avec trois magistrats de la Cour de cassation est constitué, chargé de résoudre le conflit<sup>318</sup>. La même procédure

309. Voir article 12, loi n° 10/2004, portant création des tribunaux familiaux.

310. Pour de plus amples informations sur le conflit de compétences entre les tribunaux aux affaires familiales et rabbiniques, voir : HCJ 8497/00, Felman c. Felman, 2003.

311. Pour de plus amples informations sur le principe de « courtoisie entre juridictions », voir l'arrêt de la Cour suprême LFA 3151/14 n° 5775, A v. B, paragraphes 39 – 44, (04/05/2015).

312. Voir la loi de base du pouvoir judiciaire du 8 mars 1984, disponible sur < <http://www.refworld.org/docid/3ae6b51d24.html> > (dernière consultation du 1er avril 2018).

313. Pour en savoir plus sur les cas d'intervention de la Cour suprême, voir l'arrêt de la Cour suprême HCJ 2578/03 Pachmawi c. Pachmawi (08/05/2006).

314. **Loi n° 26/1952 sur la formation des tribunaux de droit commun.**

315. *Supra* note 300.

316. *Supra* note 288.

317. Voir l'article 9, de la loi n° 31/1959, relative aux principes des procédures de la Charia.

318. Voir l'article 11/4, de la loi n° 26/1952, relative à la formation des tribunaux de droit commun. Voir également l'article 24 de la loi n° 28/2014, relative aux tribunaux des communautés chrétiennes.

s'applique en cas de conflit de compétences entre un tribunal civil de droit commun et un tribunal religieux<sup>319</sup>.

252. En outre, le législateur jordanien a réglementé la procédure à suivre dans les cas de décisions de justice contradictoires. Si deux juridictions différentes ont rendu un jugement concernant la même question et entre les mêmes parties, la Cour de cassation, en formation spéciale de trois magistrats, résoudra le conflit<sup>320</sup>.
253. Dans les cas où une partie n'aurait pas soulevé la question de la compétence, les tribunaux jordaniens se considéreront compétents sur la base de l'acceptation de la compétence<sup>321</sup>.
254. En **Palestine**, il y a eu un débat juridique concernant la question de savoir s'il existe un conflit de compétences dans les cas où les membres d'un couple sont de religions différentes et l'une des parties soutiendrait que le tribunal n'est pas compétent pour connaître de son affaire, car dans ce cas, les tribunaux civils et ceux de la Charia seront tous deux compétents.
255. Le législateur palestinien n'a pas prévu de solution aux conflits de compétences dans les cas où les parties contesteraient la compétence des tribunaux religieux et civils, bien que cette question ait été abordée auparavant à l'article 11 de la **loi n° 26/1952, modifiée, relative à la formation des tribunaux de droit commun**. Néanmoins, la loi palestinienne n° 3/2006 relative à la Cour constitutionnelle dispose, dans son article 24/3, que « *La Haute Cour constitutionnelle est exclusivement compétente pour régler les conflits de compétences entre les organes juridictionnels et administratifs possédant des compétences judiciaires* »<sup>322</sup>.

## ii) Conflit international de juridiction/compétence (question A.11)

256. En **Égypte**, en cas de conflit international de compétence, le critère applicable est le même que celui utilisé dans conflits internes de compétence. En conséquence, le tribunal saisi en premier se prononcera sur la question de la compétence.
257. En **Israël**, dans les conflits internationaux de compétence, en essence, la même approche que celle adoptée pour la compétence interne sera applicable. Dans de tels cas, le tribunal national examinera s'il est compétent pour connaître du litige avant de statuer sur le fond. Pour cela, il tiendra compte de certains facteurs, tels que le fait de savoir si l'affaire porte sur un enlèvement, la citoyenneté des parents et des enfants, la résidence régulière de l'enfant et de ses frères et sœurs, l'avis de l'enfant (en fonction de son âge), le premier tribunal saisi et le fait de savoir si la juridiction étrangère a abordé la question de la compétence ou non.
258. Les juridictions israéliennes tendent à respecter la compétence judiciaire des tribunaux des autres pays. Néanmoins, s'il existe un besoin immédiat de protéger la sécurité de l'enfant ou d'adopter des

319. Voir l'article 11/1, de la loi n° 26/1952, relative à la formation des tribunaux de droit commun.

320. Voir l'article 11/5, de la loi n° 26/1952, relative à la formation des tribunaux de droit commun.

321. Arrêt n° 543 de la Cour de cassation de l'année 1986, page 1710 et suivantes.

322. Dans un arrêt récent n° 3/2016, la Cour constitutionnelle a jugé qu'elle est compétente en cas de conflit de compétences entre les tribunaux de la Charia et un tribunal religieux chrétien, conformément à l'article 24/3 de la loi n° 3/2006.

mesures temporaires, les juridictions israéliennes sont compétentes pour juger l'affaire et ordonner les mesures nécessaires en vertu de la **loi relative à la capacité juridique et à la tutelle**<sup>323</sup>.

259. En **Jordanie**, la Constitution autorise les tribunaux de droit commun à appliquer des lois étrangères dans certains cas, dont les questions afférentes au statut personnel des ressortissants étrangers<sup>324</sup>. La Cour de cassation a jugé que les tribunaux devraient appliquer les lois des pays étrangers dans les affaires impliquant des ressortissants étrangers<sup>325</sup>. Néanmoins, le principe juridique permettant l'application des lois étrangères établi par la Cour de cassation est limité par le principe de la souveraineté étatique<sup>326</sup>.
260. En outre, dans les affaires impliquant des chrétiens, le tribunal religieux est compétent pour connaître des cas relatifs à des ressortissants étrangers qui ne résident pas en Jordanie, dans certaines circonstances<sup>327</sup>.
261. La **Palestine** ne dispose pas d'un mécanisme de coopération internationale ou régionale concernant les questions afférentes à la famille et aux enfants, bien que cela s'avère nécessaire, notamment dans les affaires relatives à Israël et la Jordanie. Cette situation laisse la question des enfants enlevés ou déplacés sans réponse.

## 2. L'application des articles 3, 9, 10 et 12 de la CNUDE

### a) L'application du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et les aspects particuliers de droit de procédure

#### i) La mise en œuvre du principe de l'article 3 de la CNUDE et son application en droit interne (question B.3)

262. L'Égypte a signé la CNUDE le 5 février 1990 et l'a ratifiée le 6 juillet 1990. La Convention a été publiée dans le Journal officiel du 14 février 1991, par le biais de la **loi n° 260/1990, portant approbation de la CNUDE**. Au sens de l'article 151 de la nouvelle **Constitution égyptienne**<sup>328</sup> de 2014 : « [L]e Président de la République représente l'État en matière d'affaires étrangères, et conclut les traités et ratifie ces derniers après leur approbation par la Chambre des représentants. Les traités ont une force de loi dès leur promulgation conformément aux dispositions de la Constitution »<sup>329</sup>. Ceci signifie que les tribunaux égyptiens sont tenus d'appliquer les dispositions de la Convention comme s'il s'agissait de la législation nationale. Néanmoins, le recours à la Convention s'est avéré limité, car il dépend de la connaissance de ses dispositions par le juge et les parties. Sur ce point, le Comité des droits de l'enfant

323. Loi relative à la capacité juridique et à la tutelle 5722/1962.

324. Voir article 103/B de la Constitution jordanienne de 1952 (traduction en anglais de l'auteur).

325. Voir également l'arrêt n° 70 de la Cour de cassation, année judiciaire 1980, page 1395.

326. Voir également l'arrêt n° 2825 de la Cour de cassation, année judiciaire 1999, 18 mai 2000, page 2847 et suivantes.

327. Voir l'article 13 de la loi n° 28 de 2014 relative aux tribunaux des communautés chrétiennes.

328. La **Constitution de la république Arabe de l'Égypte de 2014** ; pour une version non-officielle en anglais, voir < <http://www.sis.gov.eg/Newwr/Dustor-en001.pdf> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

329. Traduction en anglais de l'auteur.

des Nations unies, dans ses observations finales concernant les troisième et quatrième rapports de l'Égypte, avait noté qu'en «[...] ce qui concerne les questions relatives à la garde des enfants, le Comité note [...] que si l'âge est le premier critère pris en compte, les dossiers des enfants risquent de ne pas être traités au cas par cas »<sup>330</sup>.

263. Face à la pression exercée par les organisations de la société civile, la Constitution égyptienne de 2014, a intégré la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant pour la première fois dans l'histoire constitutionnelle du pays<sup>331</sup>. Déjà en 2008, le législateur égyptien avait souligné la reconnaissance de la CNUDE en modifiant la **loi sur l'enfance**<sup>332</sup>, laquelle dispose, à l'heure actuelle que : « *L'État garantit, en tant qu'exigence minimale, les droits de l'enfant consacrés par la Convention relative aux droits de l'enfant et par d'autres instruments internationaux pertinents en vigueur en Égypte* »<sup>333</sup>. La loi sur l'enfance dispose, par ailleurs, que « *la protection et l'intérêt de l'enfant devront constituer la priorité dans toutes les décisions ou procédures afférentes aux enfants, quelle que soit l'entité qui les applique ou les met en œuvre* »<sup>334</sup>. Un tel principe s'applique aussi bien aux aspects civils qu'à ceux pénaux des conflits concernant les enfants. En outre, le législateur égyptien a intégré le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant concernant les aspects civils en rapport avec l'enfance, en affirmant que « *[l]e tribunal devra être guidé, dans ses jugements et décisions, par les exigences dictées par l'intérêt supérieur de l'enfant* »<sup>335</sup>.
264. Cette modification a été saluée par le Comité des droits de l'enfant des Nations unies dans ses observations finales concernant les troisième et quatrième rapports périodiques de l'Égypte<sup>336</sup>.
265. Il convient de souligner que la Cour suprême constitutionnelle (ci-après, la « CSC ») et la Cour de cassation égyptiennes jouent un rôle majeur dans la garantie de l'application de l'article 3 de la CNUDE. Depuis l'entrée en vigueur de cette convention, la CSC a développé, dans sa jurisprudence, un cadre théorique pour l'interprétation de l'article 3 de la Convention. Pour ce faire, elle a promu des réformes légales progressives en mettant l'accent sur la différence entre les aspects immuables de la jurisprudence de la Charia d'une part (qui traitent d'aspects pour lesquels la doctrine de la Charia est parvenue à un consensus et sont ainsi devenus des principes explicites), et d'autres aspects (non consensuels et ouverts à interprétation), permettant ainsi de répondre aux besoins croissants de la société, d'autre part. Cette distinction a rendu possible une compréhension plus progressiste et l'application de l'intérêt supérieur de l'enfant, dès lors qu'il n'y a pas de conflit avec les principes explicites de la Charia.
266. Dans un arrêt récent, la CSC a présenté une nouvelle approche, mettant en relation le principe de « l'intérêt supérieur de l'enfant » avec la notion du droit islamique de « préservation de l'enfant »<sup>337</sup>. La Cour de cassation est allée encore plus loin dans un de ses arrêts dans son analyse de la notion contenue à l'article 3 de la CNUDE, en expliquant les modalités selon lesquelles ce dernier devrait

330. Pour en savoir plus, voir les troisième et quatrième rapports périodiques, Observations finales du Comité des droits de l'enfant des Nations unies, (CRC/C/EGY/CO/3-4), paragraphe 36. Disponible à l'adresse suivante < [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org) > sous « Droits de l'homme par pays » puis « Égypte » puis « état des rapports » ensuite « CRC-Convention relative aux droits de l'enfant » (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

331. J. Moussa, *supra* note 302, pages 3 et suivantes.

332. Loi n° 12/1996, Loi sur l'enfance, modifiée par la loi n° 126/2008.

333. Voir article 1<sup>er</sup> modifié, de la loi n° 12/1996 sur l'enfance. Loi n° 126/2008, modifiée (traduction en anglais de l'auteur).

334. Voir article 3, modifié, de la loi n° 12/1996 sur l'enfance. Loi n° 126/2008, modifiée (traduction en anglais de l'auteur).

335. Voir l'article 10, loi n° 10/2004, portant création des tribunaux aux affaires familiales (traduction en anglais de l'auteur).

336. *Op. cit.* note 330, paragraphe 36.

337. Cour suprême constitutionnelle, arrêt n° 6 de la 34<sup>e</sup> année judiciaire, 5 mars 2016.

être mis en œuvre dans le droit national et en accordant la primauté à l'interprétation de la Convention par rapport aux interprétations incorrectes appliquées par les juridictions égyptiennes<sup>338</sup>.

267. **Israël** a signé la CNUDE le 3 juillet 1990, et le Knesset l'a ratifiée le 4 août 1991. La Convention est souvent mentionnée dans les jugements aussi bien de la Cour suprême que des tribunaux d'un degré inférieur, en tant que fondement de la décision adoptée et source d'interprétation<sup>339</sup>. Tel qu'indiqué dans les réponses au questionnaire, Israël ne dispose pas de Constitution. Néanmoins, plusieurs lois fondamentales importantes ont été adoptées au cours des années. Les principes fondamentaux établis dans ces lois sont considérés comme constituant des lignes directrices constitutionnelles.
268. En Israël, l'expression « intérêt supérieur de l'enfant » est définie en droit interne par la jurisprudence israélienne<sup>340</sup>. Selon les réponses au questionnaire, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant constitue un principe fondamental et extrêmement important dans le droit israélien, notamment en matière de droit de garde et de droit de visite. Selon le droit israélien, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être examiné au cas par cas, en tenant compte de l'intérêt particulier de l'enfant à chaque moment. De même, il peut y avoir une différence entre l'intérêt supérieur de chacun des enfants d'une même famille.
269. Il existe toute une série de lois relatives au bien-être de l'enfant qui illustrent la volonté juridique d'agir conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant. Par ailleurs, il existe plusieurs lois susceptibles d'être considérées comme des orientations en matière d'intérêt supérieur de l'enfant, telles que la loi relative à la capacité juridique et à la tutelle, au sens de laquelle les tribunaux aux affaires familiales civils sont autorisés à connaître des affaires des enfants mineurs lorsque le domicile de l'enfant se trouve en Israël, et cela quelle que soit la citoyenneté, la résidence ou le statut officiel de l'enfant.
270. L'article 3 de la CNUDE est souvent évoqué par la jurisprudence israélienne (voir, par exemple, le tribunal aux affaires familiales de Tel Aviv, dans l'affaire 1320/10/16 Anonyme c. Procureur général (13 février 2017), qui repose sur l'article 3 de la CNUDE). Compte tenu que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est devenu une partie substantielle du droit de la famille israélien, toutes les décisions faisant application du principe ne mentionnent pas nécessairement de manière explicite la CNUDE.
271. En outre, la Cour suprême joue un rôle majeur dans la mise en œuvre de l'article 3 de la CNUDE. Dans plusieurs décisions, la Cour suprême a expressément mentionné l'article 3 relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant. À titre d'exemple, dans son arrêt HCJ 7395/07 Anonyme c. Cour rabbinique d'appel (21 janvier 2008), la Cour suprême a infirmé un arrêt de la Cour rabbinique qui n'avait pas tenu compte de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>341</sup>.
272. Le Comité des droits de l'enfant des Nations unies, dans ses observations finales concernant les deuxième et quatrième rapports périodiques d'Israël de 2013, a noté qu'Israël a adopté des mesures

338. Cour de cassation, arrêt n° 241 de la 74<sup>e</sup> année judiciaire, 18 mai 2009, page 627.

339. Voir R. Levush, *Israel Children's Rights: International and National Laws and Practice*, Law Library of Congress, 2007-04112, page 113 et suivantes. Disponible à l'adresse suivante < <https://www.loc.gov/law/help/child-rights/pdfs/ChildrensRights-Israel.pdf> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

340. Voir G. Parolin, *Rapport de recherche, op. cit.* note 34, page 82 (de la version anglaise).

341. Pour en savoir plus sur l'application de l'article 3 de la CNUDE, voir les arrêts de la Cour suprême (HCJ 1129/06 Anonyme et autres c. cour d'appel de la Charia et autres (5 juin 2006) et (H.C.J. 1073/05 Anonyme et autres c. Haute Cour rabbinique et autres (25.06.2008).

pour garantir le respect du droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur constitue la considération primordiale<sup>342</sup>.

273. En **Jordanie**, la notion d'intérêt (*maslaha*) de l'enfant a été introduite, pour la première fois, dans le droit écrit jordanien, par la loi de 1951, et depuis, les références au principe n'ont pas cessé d'augmenter, en raison, en partie, de l'impact exercé par la ratification de la CNUDE en 1991<sup>343</sup>. Bien que la CNUDE ait été publiée dans le Journal officiel du pays qu'en 2006<sup>344</sup>, il n'existe pas de référence directe au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les lois relatives au statut personnel ou dans les jugements des tribunaux religieux ou de droit commun, car on a plutôt recours au terme « maslaha ». De plus, le droit jordanien tend plutôt à prendre en considération aussi bien l'intérêt supérieur des parents d'une part que celui de l'enfant d'autre part, et cela sans faire de l'intérêt de l'enfant une considération primordiale. En raison de l'absence de toute référence directe à la suprématie des traités internationaux ratifiés par la Jordanie sur le droit national, le statut de la CNUDE dans le droit jordanien demeure incertain<sup>345</sup>. La notion d'intérêt supérieur de l'enfant n'a pas été pleinement incorporée dans le système juridique jordanien, et elle peut être décrite plutôt comme étant un principe directeur implicite<sup>346</sup>.
274. Dans ses observations finales concernant les quatrième et cinquième rapports périodiques de la Jordanie, le Comité des droits de l'enfant des Nations unies a constaté avec préoccupation que l'État partie avait mal interprété le principe relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant, plusieurs dispositions de sa **loi relative au statut personnel n° 36/2010**<sup>347</sup>, notamment celles qui ont trait à la garde de l'enfant étant incompatibles avec le droit des enfants à ce que leur intérêt supérieur soit pris en considération. Le Comité a recommandé à l'État partie de veiller à ce que ce droit soit intégré de manière appropriée et systématiquement appliqué dans toutes les procédures législatives, administratives et judiciaires<sup>348</sup>.
275. Pour mentionner un pas en avant important, il convient de noter que des cours de formation sont impartis aux magistrats de la Charia, aux juges auxiliaires et aux fonctionnaires des juridictions dans l'ensemble du pays. Les cours fournissent des explications détaillées sur les droits de l'enfant et des orientations quant à la manière de garantir le respect du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>349</sup>.
276. En **Palestine**, l'intérêt supérieur de l'enfant se voit accorder une considération primordiale par les autorités judiciaires, législatives et administratives.

342. Pour en savoir plus, voir les deuxième et quatrième rapports périodiques, Observations finales du Comité des droits de l'enfant des Nations unies, (CRC/C/ISR/CO/2-4), paragraphe 23. Disponible à l'adresse suivante < [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org) > sous « Droits de l'homme par pays » puis « Israël » puis « état des rapports » ensuite « CRC-Convention relative aux droits de l'enfant » (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

343. D. Engelcke, *Chapitre 5 Jordanie in Parental Care and the Best Interests of the Child in Muslim Countries*, édité par N. Yassari, L. Möller, I. Gallala-Arndt, Springer, 2017, page 121.

344. Voir la loi n° 50/2006, portant ratification de la Convention relative aux droits de l'enfant.

345. D. Engelcke, *op. cit.* note 343343, page 126.

346. *Ibid.*

347. Loi n° 36/2010 sur la loi relative au statut personnel du 17.10.2010 (ci-après « loi relative au statut personnel »).

348. Pour en savoir plus, voir le Comité des droits de l'enfant des Nations unies, Observations finales concernant les quatrième et cinquième rapports périodiques de la Jordanie (CRC/C/JOR/CO/4-5) paragraphes 19-20. Disponible à l'adresse suivante < [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org) > sous « Droits de l'homme par pays » puis « Jordanie » puis « état des rapports » ensuite « CRC-Convention relative aux droits de l'enfant » (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

349. *Ibid.*, paragraphe 40.

277. Bien que la loi fondamentale de la Palestine ne considère pas que les traités internationaux ratifiés par la Palestine soient intégrés au droit interne, un arrêt récent de la Cour constitutionnelle a néanmoins considéré que les traités internationaux ne sont pas seulement pas partie intégrante du droit nationale, mais qu'en sus, ils bénéficient de la primauté sur les lois nationales<sup>350</sup>. La Palestine n'a ratifié la CNUDE qu'en 2014, l'expression « intérêt supérieur de l'enfant » était déjà utilisée dans plusieurs dispositions légales de son droit national, telles que l'article 2 de la loi n° 4/2016 relative au bien-être de l'enfant, les articles 7, 19 et 24 de la loi n° 10/2003 sur le placement en famille d'accueil et les articles 4, 21 et 23 de la loi n° 7/2004 sur l'enfance.
278. En Palestine, il n'existe pas de dispositions mentionnant directement l'intérêt supérieur de l'enfant dans les lois relatives au statut personnel. Cependant, le législateur palestinien tend à utiliser l'expression « *maslaha* » [intérêt] dans les affaires de garde, lequel est similaire au même concept adopté par le législateur jordanien<sup>351</sup>.
279. Les réponses au questionnaire indiquent que les juges des tribunaux de la Charia examinent et évaluent l'intérêt/*maslaha* de l'enfant au cas par cas, selon les circonstances et conditions de chaque enfant, comme l'âge et la santé de l'enfant. Il peut y avoir une différence dans l'évaluation de l'intérêt des enfants d'une même famille. Par exemple, la cour d'appel de la Charia palestinienne a décidé dans un de ses jugements que différentes modalités de visites devaient s'appliquer pour les deux enfants d'un père, y compris des heures et lieux distincts, afin de prendre en compte les différences d'âge et les besoins différents de chaque enfant<sup>352</sup>.

## ii) Les facteurs pris en compte pour l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les affaires concernant la garde et le contact

### (1) En cas de conflit familial interne (questions B.4-B.5)

280. En **Égypte**, les magistrats doivent décider des affaires relatives à la garde des enfants et aux droits de visite conformément aux dispositions de l'article 3 de la loi sur l'enfance et de l'article 10 de la loi n° 10/2004. Néanmoins, en pratique, la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant est laissée à la discrétion des juges nationaux, de sorte que son application peut différer considérablement d'un juge à l'autre et peut dépendre des circonstances de chaque affaire<sup>353</sup>. Sur ce point, le Comité des droits de l'enfant des Nations unies, a recommandé que le raisonnement juridique contenu dans tous jugements ou toutes décisions judiciaires ou administratives se fonde sur le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il a recommandé que le gouvernement égyptien lance des programmes de sensibilisation, notamment des campagnes, sur le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, à l'intention, en particulier, de tous les ministères compétents, des membres de l'appareil judiciaire et des Comités de protection de l'enfance<sup>354</sup>.

350. Cour constitutionnelle, arrêt n° 12 pour l'année judiciaire 2, rendu le 29/11/2017.

351. Voir l'article 158 de la loi n° 61/1976, Loi relative au statut personnel.

352. Voir arrêt n° 74/2013, Cour d'appel de la Charia, rendu le 03/03/2013.

353. J. Moussa, *op. cit.* note 302, page 2.

354. Pour en savoir plus, voir le Comité des droits de l'enfant des Nations unies, Observations finales concernant les quatrième et cinquième rapports périodiques de l'Égypte, *op. cit.* note 330, paragraphe 37.

281. En Égypte, conformément à la jurisprudence islamique, la **loi n° 25/1929**<sup>355</sup> (Loi sur le statut personnel des musulmans) prévoit que les mères sont en charge des soins (*hadina*) des jeunes enfants et que, une fois que l'enfant a atteint un certain âge, la garde de l'enfant soit transférée au père. Les juges sont tenus d'appliquer les conditions relatives à l'attribution de la garde prévues par la loi en fonction de l'âge de l'enfant<sup>356</sup>. Néanmoins, ils disposent d'une certaine discrétion. Cela est possible, par exemple dans le cadre des affaires de perte de la garde par la mère, car la loi demeure complètement muette sur les circonstances susceptibles de déboucher sur une telle situation, permettant au juge de décider d'étendre la garde à l'autre parent ou à un membre de la famille autre que le parent titulaire du droit de garde<sup>357</sup>. Les juges peuvent aussi suspendre la garde à titre temporaire pendant une durée décidée par leurs soins. Le tribunal aux affaires familiales a appliqué une formule d'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans une de ses décisions et a considéré que le déménagement de deux enfants à l'étranger avec leur mère, empêchant ainsi les enfants d'avoir des contacts directs et réguliers avec leur père, n'était pas dans l'intérêt supérieur des enfants et constituait un motif de retrait temporaire de la garde de la mère. Toutefois, la cour d'appel aux affaires familiales a infirmé la décision du tribunal de première instance en appliquant d'autres critères d'évaluation et considérant que le déménagement des enfants avec leur mère dans un autre pays était dans leur intérêt supérieur<sup>358</sup>. Cela illustre que les juges ont la possibilité de décider de façon discrétionnaire dans les affaires impliquant des questions de garde et que l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant peut être considérablement différente d'un tribunal à l'autre. Il convient de noter, à ce propos, qu'en 2009, la Cour de cassation avait rendu un arrêt important infirmant un jugement d'un tribunal aux affaires familiales entériné par la cour d'appel, retirant la garde à une mère copte dont le mari (le demandeur) s'était converti à l'Islam. La Cour de cassation, dans le cadre de ladite affaire, avait apprécié l'intérêt supérieur de l'enfant et avait conclu que la religion de la mère n'affectait pas ses enfants sous sa garde, de sorte qu'elle avait infirmé la décision prise, accordant à nouveau la garde à la mère<sup>359</sup>.
282. En **Israël**, selon les réponses au questionnaire, la pratique courante veut que, dans le cadre des affaires relatives à la garde et aux droits de visite, les juges évaluent l'intérêt supérieur de l'enfant en tenant compte des critères suivants : la situation préalable à la séparation des parents, le parent qui était principalement responsable de l'enfant avant la séparation, le rôle de chaque parent dans la garde de l'enfant, le rapport de l'enfant avec chacun des parents, les besoins particuliers de l'enfant, l'âge de l'enfant, la distance séparant la résidence des parents, l'opinion de l'enfant sur la question (en fonction de son âge/de ses capacités, de sa position, de sa situation et de l'âge de ses frères et de ses sœurs), des allégations concernant le fonctionnement parental, qu'il s'agisse de violences et de comportement parentaux à l'égard de l'un des parents ou des enfants, de la communication entre les parents, de l'existence de désaccords importants entre les parents susceptibles d'affecter les intérêts de l'enfant tels que le fait de savoir lequel des parents est pratiquant dans le cadre de sa religion<sup>360</sup>. Les

355. Loi n° 25/1929 sur les matières afférentes au statut personnel modifiée par la loi n° 100/1985 (ci-après, loi relative au statut personnel des musulmans).

356. Pour en savoir plus sur les articles afférents à la garde, voir l'article 20 de la loi n° 25/1929, portant loi relative au statut personnel (pour les musulmans) et les articles 127 à 139 de la loi de 1938, relative au statut personnel des coptes orthodoxes.

357. J. Moussa, *op. cit.* note 302 page 12.

358. Voir jugement n° 107/2016, Misr Al Jadida juge aux affaires familiales, du 28 mai 2016 et appelation n° 15851 de l'année judiciaire 132 du 07 mars 2017.

359. Cour de cassation, arrêt n° 15277 de la 74<sup>e</sup> année judiciaire, 15 juin 2009, page 727 et suivantes.

360. Pour de plus amples informations sur les critères d'évaluation, voir : Tribunal de première instance de Tel Aviv Jaffa, 55785-02-12 K.S. v. A.S. (20.9.2012).

tribunaux rabbiniques accorderont plus de poids à la question de la religion et à la pratique des coutumes pertinentes aux décisions qu'ils doivent adopter.

283. En **Jordanie**, il s'avère difficile d'apprécier l'impact de la CNUDE et plus particulièrement du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi que cela a été indiqué ci-dessus, le droit jordanien ne fait pas directement allusion à l'expression « intérêt supérieur de l'enfant », telle que celle-ci est comprise par la CNUDE. Néanmoins, il existe des références à l'intérêt de l'enfant jordanien, le « *Maslaha* », dans les dispositions légales afférentes aux droits de garde et de visite.
284. Dans la loi n° 36/2010 relative au statut personnel, le juge bénéficie d'une certaine discrétion pour apprécier l'intérêt de l'enfant en matière de garde. Bien que les juges respectent les règles imposées par la loi relative au statut personnel en matière de garde, ils peuvent décider de modifier la garde de l'enfant dans certains cas, comme dans celui où la personne qui a la garde de l'enfant ne remplit plus l'une des conditions exigées à de tels effets<sup>361</sup>. Par ailleurs, les juges peuvent apprécier l'intérêt de l'enfant en décidant quelle autre personne, parmi les membres de la famille de ce dernier, peut en avoir la garde, à part la mère, la grand-mère maternelle, la grand-mère paternelle ou le père<sup>362</sup>. D'un point de vue analytique, si l'on aborde la notion d'intérêt établie par le législateur jordanien, il convient de noter que, dans ce pays, les droits de garde sont davantage associés au sexe du parent qu'à l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>363</sup>.
285. Pour apprécier les droits de visite, les juges ne peuvent tenir compte que de l'intérêt supérieur de l'enfant si les parents ne parviennent pas à trouver un accord sur la question eux-mêmes. Si tel est le cas, la loi relative au statut personnel accorde aux juges le droit d'apprécier l'intérêt supérieur des parents, d'une part, et celui de l'enfant, d'autre part<sup>364</sup>. Les tribunaux exercent un tel pouvoir en tenant compte de l'âge de l'enfant et de sa situation, afin de concilier l'intérêt supérieur de ce dernier et celui de ses parents<sup>365</sup>.
286. En **Palestine**, dans les affaires relatives à la garde, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est appliqué de façon discrétionnaire par le juge et conformément à la conviction de ce dernier, dans le respect de la législation afférente au statut personnel et générale, afin de s'assurer que l'enfant grandisse dans un environnement sûr et satisfaisant ses besoins sociaux.
287. L'utilisation de l'expression « intérêt supérieur de l'enfant » n'est pas très répandue dans les décisions des tribunaux civils et religieux relatifs à des affaires de garde et de droit de visite. Ainsi que cela a été évoqué ci-dessus, la législation relative au statut personnel n'intègre pas le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Néanmoins, l'expression est largement utilisée dans les affaires pénales, afin d'apprécier la situation de l'enfant dans le cadre d'une procédure pénale. Un changement s'avère nécessaire sur ce point, afin d'intégrer l'expression « intérêt supérieur de l'enfant » dans la législation relative au statut personnel et de contraindre les juges à apprécier l'intérêt de l'enfant dans les affaires afférentes aux droits de garde et de visite.

361. Voir les articles 171/172, de la loi n° 36/2010 relative au statut personnel.

362. Voir l'article 170, de la loi n° 36/2010 relative au statut personnel.

363. D. Engelcke, *op. cit.* note 343343, page 129 et suivantes.

364. Voir les articles 181, 182 et 183, de la loi n° 36/2010 relative au statut personnel.

365. D. Engelcke, *op. cit.* note 343, pages 132 et suivantes.

288. En l'absence de clause portant sur le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les lois relatives au statut personnel, il est possible que les juges se fondent sur les dispositions de l'article 21 de la loi n° 7/2004 sur l'enfance, au sens duquel, il convient de « [...] *tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant séparé de l'un de ses parents et du droit de maintenir régulièrement des relations personnelles et un contact direct avec les deux parents* »<sup>366</sup>. Cet article pourrait être utilisé aussi bien par les juges religieux que par ceux civils, pour apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre des affaires relatives à la garde et au droit de visite.
289. Les articles 154 à 166 de la **loi n° 61/1976 relative au statut personnel** comportent des règles en matière de garde et de droit de visite fondées sur la jurisprudence de la Charia. Ils identifient les droits des parents clairement, en fonction de l'âge de l'enfant. Une autre question importante pour l'attribution de la garde est le fait de savoir si la mère est mariée à un étranger par rapport à l'enfant ou non mariée. Néanmoins, rien dans la loi relative au statut personnel n'indique que le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans l'application de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre des affaires afférentes à la garde ou au droit de visite. Cependant, la cour d'appel de la Charia fait usage de la discrétion judiciaire dans l'une de ses décisions afin d'apprécier les droits de visite et a décidé que la mère paternelle est autorisée à passer 24 heures par semaine avec ses petits-enfants<sup>367</sup>.

## (2) En cas de conflit familial international (questions B.7-B.9)

290. En **Égypte**, il n'existe pas de procédures spéciales pour les affaires comprenant un élément international. En conséquence, l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant se fondera sur les mêmes critères que ceux employés dans les conflits familiaux nationaux. Bien que les questions du voyage et du déménagement ne soient pas réglementées par la législation égyptienne relative au statut personnel, le législateur autorise le président d'un tribunal aux affaires familiales à adopter des ordonnances provisoires relatives aux litiges portant sur le voyage après avoir entendu les parties comme mesures conservatoires destinées à empêcher tout déplacement illicite<sup>368</sup>. (Pour de plus amples informations sur les affaires de déplacement illicite ou de non-retour, voir *infra*, Partie II, A, 4) .
291. Les réponses **israéliennes** au questionnaire indiquent qu'il existe une différence de taille entre l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre des affaires afférentes à la garde et au droit de visite purement nationaux et l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les affaires impliquant un déplacement transfrontalier. Dans le dernier cas de figure, les critères d'appréciation dudit intérêt se fondent sur des facteurs différents, car il y aura une séparation importante par rapport à l'un des parents. En général, il s'avère bien plus difficile de trouver un compromis entre les parents dans de tels cas, en raison de la complexité de la situation.
292. Il est intéressant de noter l'évolution des critères d'appréciation utilisés par les juridictions israéliennes dans les affaires de déplacement. Dans l'affaire Goldman c. Goldman, une affaire précédant la création des tribunaux aux affaires familiales en Israël en 1996, l'appréciation s'est principalement fondée sur l'impact sur l'enfant et l'impact sur la relation avec les parents<sup>369</sup>. La Cour suprême a rejeté par la suite les critères retenus dans l'affaire Goldman et a jugé que seul l'intérêt supérieur de l'enfant est

366. Traduction en anglais de l'auteur.

367. Voir jugement de la cour d'appel de la Sahria n°146/2014 du 29 juin 2014.

368. Voir les articles 1 – 1/5, modifiés, de la loi n° 1/2000 relative aux procédures afférentes au statut personnel, modifiée par la loi n° 10/2004.

369. Cour de district de Tel Aviv, dossier de statut personnel n° 2069/92, Goldman c. Goldman, 27 août 1993.

déterminant pour décider des affaires de déplacement. La Cour suprême s'est livrée à une telle appréciation dans différentes affaires impliquant un déménagement ou déplacement transfrontalier<sup>370</sup>.

293. En **Jordanie**, il n'existe pas de procédures spéciales pour les affaires comprenant un élément étranger autres que les procédures normales régissant les conflits familiaux nationaux. Par conséquent, l'appréciation de l' (intérêt/*maslaha*) de l'enfant se fondera sur les mêmes critères que ceux employés dans les conflits familiaux nationaux. Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est expressément appliqué conformément à la conception de la CNUDE dans les articles afférents au déplacement d'un enfant mineur. La loi relative au statut personnel dispose que la personne ayant la garde de l'enfant est en droit de voyager avec son enfant à l'intérieur du pays, s'il est garanti que cela n'affectera pas l'intérêt supérieur de l'enfant. S'il est démontré que le déplacement affectera l'intérêt supérieur de l'enfant, le déplacement en cause ne sera pas autorisé et la garde sera attribuée à la personne suivante dans la chaîne<sup>371</sup>. Pour ce qui est des déplacements transfrontaliers, la mère d'un enfant jordanien ne peut voyager à l'étranger avec son enfant que si elle dispose de l'autorisation du père (« wali ») et après avoir garanti que le déplacement va dans le sens de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>372</sup>. Dans les affaires de déplacement temporaire, si le père n'a pas consenti au déplacement à l'avance, la mère ayant la garde de l'enfant devra obtenir la permission du juge, dont l'octroi sera subordonné à l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant et à la fourniture de garanties suffisantes pour s'assurer que l'enfant retournera dans le pays<sup>373</sup>. Un père est en droit de résider à l'étranger avec son enfant si la garde a été abandonnée par la mère<sup>374</sup>. Les affaires susmentionnées sont au fondement des critères appliqués par les juges à l'heure d'apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'un élément international est impliqué.

294. En **Palestine**, il n'existe pas de procédures spéciales pour les affaires familiales transfrontalières autres que les procédures normales régissant les conflits familiaux nationaux. Ainsi, l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant se fondera sur les mêmes critères que ceux employés dans les conflits familiaux nationaux.

### (3) Les difficultés particulières (question B.6)

295. En Égypte, l'une des difficultés les plus importantes auxquelles les tribunaux aux affaires familiales se voient confrontés est celle de se mettre en contact avec les défendeurs par le biais du système d'assignation, lequel est archaïque et ne permet pas le recours aux nouvelles technologies. Cette situation entraîne des retards dans le traitement des affaires par les tribunaux aux affaires familiales.

296. En outre, dans le cadre de certaines affaires compliquées, les juges ne sont pas en mesure d'analyser la situation de l'enfant en détail, en raison du nombre élevé d'affaires qu'ils ont à traiter et du nombre insuffisant de spécialistes disponibles dans les tribunaux susceptibles d'étudier chaque affaire de manière individualisée. Cette situation affecte l'application des articles 3 et 12 de la CNUDE.

370. Pour en savoir plus sur les critères d'appréciation applicables dans le cadre des conflits transfrontaliers, voir arrêt de la Cour suprême 741/11, Doe c. Doe, point 36 (17/05/2011).

371. Voir l'article 175, de la loi n° 36/2010 relative au statut personnel.

372. Voir l'article 176, de la loi n° 36/2010 relative au statut personnel.

373. Voir l'article 177/A, de la loi n° 36/2010 relative au statut personnel.

374. Voir l'article 177/B, de la loi n° 36/2010 relative au statut personnel.

297. En **Israël**, les réponses au questionnaire indiquent que la principale difficulté pour la détermination des droits de garde et de visite est constituée par le fait que l'appréciation ne se fonde pas sur une formule uniforme, mais plutôt sur une détermination entre différentes options. Dans le cadre de ce type d'affaires, les tribunaux sont en droit de créer une nouvelle réalité de vie pour la famille concernée et de déterminer ce qui constitue l'intérêt supérieur de l'enfant en anticipant l'avenir, ce qui s'avère une tâche extrêmement complexe. En outre, une telle décision n'a pas une nature purement juridique et par voie de conséquence, les juges demandent souvent l'assistance de professionnels du domaine des affaires sociales, afin d'obtenir des recommandations pour déterminer la garde et les périodes de séjour avec chacun des parents, ainsi qu'en vue de la clarification et de la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant concerné.
298. En **Jordanie**, l'une des difficultés les plus importantes lors de la résolution des litiges implique l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant (ou intérêt/*maslaha* dans le cas de la Jordanie) réside dans le nombre élevé et croissant d'affaires entendues devant les tribunaux de la Charia jordaniens, lequel n'est pas proportionnel au nombre actuel des juges<sup>375</sup>. Cela affecte la productivité des juges et peut constituer un obstacle au processus d'évaluation de chaque affaire particulière. De plus, les juges ont du mal à apprécier l'intérêt supérieur d'un enfant en particulier en raison de la complexité des litiges et des arguments avancés par chacun des parents, ce qui empêche les tribunaux d'apprécier la situation réelle de l'enfant.
299. En **Palestine**, les réponses au questionnaire indiquent que la principale difficulté à laquelle les juges se voient confrontés dans les tribunaux de la Charia est constituée par le fait que le rôle des spécialistes sociaux et des conseils en matière de protection n'est pas considéré comme faisant partie intégrante de la résolution des affaires relative au statut personnel. La loi palestinienne n° 61/1976 relative au statut personnel ne tient pas compte du rôle des spécialistes sociaux et des conseils en matière de protection, ce qui a des répercussions sur le travail des magistrats des tribunaux de la Charia. Par conséquent, les magistrats ne peuvent pas se fonder sur des rapports décrivant le statut et les conditions de vie de l'enfant, les juges devant ainsi décider uniquement sur la base des écritures soumises par chacune des parties au litige. En Palestine, les juges travaillent dans des conditions difficiles en raison d'un manque de ressources, ce qui peut, par exemple, poser obstacle aux auditions des affaires familiales à huis clos – jusqu'à présent, il n'existe pas de salles de tribunaux confidentielles à disposition des tribunaux aux affaires familiales. Par ailleurs, les juges ne se voient pas offerts des cours de formation sur la correcte application du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.

### iii) Le délai pour obtenir une décision concernant la garde (questions B.10)

300. En **Égypte**, les délais pour obtenir une décision relative à la garde varient en fonction des cas. Les délais vont, en général, de deux à six mois. Cependant les affaires impliquant le prononcé de mesures d'enquête par le tribunal, les affaires nécessitant des expertises et celles comportant un élément international peuvent prendre plus de six mois.

375. Selon la dernière statistique officielle publiée dans le site web des tribunaux de la Sharia, accessible en langue arabe < <http://www.sjd.gov.jo/Pages/viewpage.aspx?pageID=206> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

301. En **Israël**, les délais pour l'obtention d'une décision en matière de garde varient aussi en fonction des cas. Les délais oscillent, en général, entre un mois et quelques mois. Dans les affaires plus complexes, la décision peut tarder des mois à être adoptée, notamment si des avis professionnels sont demandés et des questions complexes évoquées. En général, les juges accordent une priorité aux questions de garde, aussi bien pour ce qui est de la prise de décision que pour les délais.
302. En **Jordanie**, les délais nécessaires pour l'obtention d'une décision en matière de garde varient en fonction des cas, mais les décisions des tribunaux religieux sont rendues dans un délai allant d'entre un et six mois à un an. Entretemps, les parties à la procédure peuvent obtenir le prononcé de mesures provisoires, si cela va dans l'intérêt supérieur de l'enfant (*Maslaha*).
303. En **Palestine**, une décision relative à la garde nécessite entre quatre et six mois pour être adoptée. Néanmoins, cette période ne concerne que les décisions des juridictions de première instance et non pas celles d'appel.

## **b) L'application de l'article 12**

### **i) La consécration des principes énoncés à l'article 12 de la CNUDE et leur application en droit interne (question C.1)**

304. En **Égypte**, le législateur égyptien a apporté plusieurs modifications à la législation, afin de mettre en œuvre les principaux principes de la CNUDE. C'est ainsi qu'en 2008, le législateur a modifié la loi sur l'enfant, en y ajoutant l'article suivant : « *La présente loi garantit, en particulier, les principes et les droits suivants : (C) Le droit de l'enfant qui est en mesure de former ses propres points de vue à obtenir des informations lui permettant de former et d'exprimer de tels points de vue et d'être entendu concernant toutes les questions afférentes, notamment dans le cadre des procédures judiciaires et administratives, conformément aux procédures établies par la loi* »<sup>376</sup>. Outre le droit de l'enfant à être entendu et à l'appui d'un tel droit, la loi relative au statut personnel a par ailleurs été modifiée pour disposer ce qui suit : « *Le droit d'ester en justice concernant les questions afférentes au statut personnel en matière d'émancipation est établi pour les personnes âgées de quatorze ans ou plus et pleinement capables du point de vue mental. S'il ne dispose pas d'un représentant ou s'il existe une raison d'entamer une procédure en allant à l'encontre de l'avis de son représentant, le tribunal nomme d'office un tuteur pour le litige ou à la demande du ministère Public ou autres* »<sup>377</sup>.
305. Bien que ces dispositions semblent claires et explicites, une étude analytique met en évidence le fait qu'elles ne contraignent pas les juges à se livrer à quelque action particulière pendant les procédures. Dans ce contexte, il convient de noter que le Comité des droits de l'enfant des Nations unies a exprimé sa préoccupation, dans ses observations finales, de constater que le droit de l'enfant à être entendu est peu respecté dans la pratique et qu'il n'est systématiquement pas pris en compte ni lors de l'élaboration des politiques et programmes publics ni dans le cadre des procédures judiciaires et administratives. Aussi, le Comité a recommandé vivement au gouvernement égyptien de renforcer les tribunaux des affaires familiales et de prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir que le

376. Voir l'article 3(C), modifié, de la loi n° 12/1996, sur l'enfant, modifiée par la loi n° 126/2008 (traduction en anglais de l'auteur).

377. Voir l'article 2, de la loi n° 1/2000 relative aux procédures afférentes au statut personnel (traduction en anglais de l'auteur).

principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit de l'enfant à être entendu soient pris en compte et appliqués dans toutes les décisions administratives et judiciaires, les politiques et les programmes relatifs aux enfants<sup>378</sup>. En dépit des obstacles existant pour l'application du droit de l'enfant à être entendu par les tribunaux, la CSC, dans un arrêt de 2013, a poursuivi son rôle, indispensable et constructif, d'interprétation du droit de garde de l'enfant, en jugeant que le droit de l'enfant à être entendu est un droit fondamental qui ne va pas à l'encontre des dispositions de la Charia et que son application va dans l'intérêt supérieur de l'enfant, conformément à l'évolution de la société et de la famille<sup>379</sup>.

306. En **Israël**, le droit de l'enfant à être entendu concernant les questions affectant ses intérêts a été intégré dans le droit national, conformément à l'article 12 de la CNUDE. Ce droit a été clairement défini dans certaines des dernières modifications législatives, dont, par exemple, l'amendement n° 14 à la **loi sur la jeunesse n° 5731-1971**, qui apporte un changement de taille à plusieurs lois applicables aux enfants. La section 1B (a) de l'amendement n° 14 à la loi sur la jeunesse dispose que « *les mineurs sont en droit d'exprimer leur avis et leurs sentiments personnels préalablement à l'adoption d'une décision concernant des questions qui les affectent* »<sup>380</sup>. En outre, l'amendement prévoit que les décisions juridictionnelles doivent être prononcées après que l'enfant concerné ait exprimé son point de vue. Les juges et les administrateurs sont tenus d'accorder de l'attention et un poids substantiel à l'opinion du mineur dans leurs décisions affectant un enfant, en tenant compte de l'âge et du degré de maturité de ce dernier.
307. Par ailleurs, la règle n° 258 (lg) 2 du règlement afférent à la procédure civile prévoit le principe de l'obligation d'entendre l'opinion de l'enfant, qui s'applique, en général, dès l'âge de six ans :
308. Les réponses au questionnaire indiquent qu'un tribunal connaissant d'une action en lien avec des enfants, conformément aux dispositions des règles n° 258 (7) 3, (6), (10) ou (12) des règlements de procédure civile, devra accorder à ce dernier l'opportunité d'exprimer ses sentiments, ses opinions et ses souhaits sur la question devant le tribunal (ci-après, entendre l'opinion de l'enfant), et l'avis de l'enfant devra se voir accorder le poids voulu, en fonction de l'âge et de la maturité de l'enfant. Si le tribunal décide que l'opinion de l'enfant ne doit pas être entendue parce qu'il est convaincu que l'exercice du droit de l'enfant à être entendu s'avérerait plus préjudiciable pour l'enfant et ne serait donc pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant, les motifs doivent être enregistrés.
309. Les tribunaux civils aux affaires familiales entendent les enfants, notamment dans les affaires relatives à la garde. La nouvelle modification a affecté le *modus operandi* des procédures devant les tribunaux aux affaires familiales, en exigeant des juges de ces juridictions « d'entendre la voix » de l'enfant concernant toute une série de questions juridiques telles que : les actions concernant la garde, l'éducation, les droits de visite, le fait de garantir les liens entre l'enfant et son parent et de le transporter à l'extérieur d'Israël, le retour d'un enfant en application de la Convention de La Haye de 1980, les demandes de modification du nom d'un enfant et le fait d'entendre un enfant âgé de plus de 9 ans dans le cadre des procédures d'adoption ou d'immigration.

378. Pour en savoir plus, voir les Observations finales du Comité des droits de l'enfant des Nations unies concernant les troisième et quatrième rapports périodiques de l'Égypte, *op. cit. note 330 paragraphes 40 et 52*.

379. Cour suprême constitutionnelle, arrêt n° 145 de la 27<sup>e</sup> année judiciaire, 12 mai 2013.

380. Traduction en anglais de l'auteur.

310. Dans ses observations finales, le Comité des droits de l'enfant des Nations unies a salué les mesures positives adoptées par Israël en étendant à tous les tribunaux jusqu'en 2014 le programme expérimental initié en 2007 auprès des tribunaux d'Haïfa et de Jérusalem avec la participation des enfants impliqués dans des procédures relatives à des questions familiales<sup>381</sup>.
311. En **Jordanie**, il n'existe pas de référence directe à l'application de l'article 12 de la CNUDE dans la législation relative au statut personnel. La loi relative au statut personnel donne de l'importance aux opinions de l'enfant dans un seul cas particulier : l'enfant ayant atteint l'âge de 15 ans pour décider s'il souhaite vivre avec son père ou rester avec sa mère jusqu'à ses 18 ans, ce qui peut être considéré comme une application de l'article 12<sup>382</sup>. Il semblerait qu'en Jordanie, le droit de l'enfant à être entendu ne soit pas bien mis en œuvre dans la pratique juridique général, comme l'observe le Comité des droits de l'enfant. Le Comité avait recommandé à la Jordanie de « *prendre des mesures pour donner effet à la législation reconnaissant le droit de l'enfant d'être entendu dans les procédures judiciaires pertinentes, y compris en mettant en place des mécanismes et/ou des procédures permettant aux travailleurs sociaux et aux tribunaux de respecter ce principe* »<sup>383</sup>.
312. En **Palestine**, il n'existe pas de référence directe à l'application de l'article 12 de la CNUDE dans la législation relative au statut personnel. Néanmoins, la loi n° 4/2016 relative à la jeunesse est plus conforme à la convention, notamment aux articles 3 et 12. Étant donné que la Palestine n'a pas encore soumis de rapport au Comité des droits de l'enfant et qu'il n'existe donc pas d'observations finales du Comité, il est difficile d'apprécier la mise en œuvre de l'article 12 de la CNUDE en Palestine.

## ii) A partir de quel âge les enfants sont-ils entendus (question C.2)

313. En **Égypte**, il est possible d'entendre une personne n'ayant pas atteint l'âge de quinze ans mais seulement par inférence (*estdelal*), ce qui permet au juge de déduire les faits et les preuves de l'enfant sans le considérer comme un témoin et sans raisonner à partir de déclarations explicites<sup>384</sup>. Le code civil dispose ce qui suit : « 1. Une personne est considérée comme ne disposant pas de discernement en fonction de son âge, de ses capacités mentales et de son état mental, et si tel est le cas, elle ne sera pas en droit d'exercer ses droits civils ». 2- Une personne n'ayant pas atteint l'âge de sept ans sera réputée dépourvue de discernement »<sup>385</sup>.
314. Aussi, un enfant de moins de sept ans peut être entendu par inférence.
315. En **Israël**, conformément à l'article 295/9(5) de l'amendement de 1995 à la loi de procédure civile et à l'article 1B (a) de l'amendement à la loi sur la jeunesse, un enfant peut être entendu dès l'âge de six ans. Néanmoins, les frères et sœurs plus jeunes de la famille sont également entendus dans certains cas de figure. En général, une analyse plus approfondie **est réalisée par un travailleur social, qui se rend au domicile des parties et rencontre** l'enfant, pour présenter par la suite au tribunal le tableau de la vie de l'enfant, sous la forme d'un rapport (voir paragraphe 381 *infra*).

381. Pour en savoir plus, voir les Observations finales du Comité des droits de l'enfant des Nations unies concernant les deuxième et quatrième rapports périodiques d'Israël, *op. cit.* note 342 paragraphe 27.

382. Voir l'article 173/B, de la loi n° 36/2010, relative au statut personnel.

383. Pour en savoir plus, voir les Comité des droits de l'enfant des Nations unies, Observations finales concernant les quatrième et cinquième rapports périodiques de la Jordanie, *op. cit.* note 348 paragraphe 24 (a).

384. Voir l'article 64, loi n° 25/1968, relative à la preuve dans le cadre des procédures civiles et commerciales.

385. Voir article 45, loi n° 131/1948, portant sur le Code civil (traduction en anglais de l'auteur).

316. En **Jordanie**, le juge peut, par inférence (*este'nas*), entendre l'enfant dès l'âge de sept ans, puisque la loi relative au statut personnel dispose que toute personne qui n'a pas atteint l'âge de sept ans doit être considérée comme dépourvue de discernement<sup>386</sup>. Les juges peuvent entendre les enfants dès l'âge de 15 ans pour déterminer leur choix quant au fait de savoir s'ils souhaitent demeurer sous la garde de leur mère<sup>387</sup>. Bien que le législateur jordanien n'indique pas si les juges soient soumis à une obligation d'entendre les enfants de moins de 15 ans, la loi est muette à cet égard. Cependant, comme l'indiquent les réponses au questionnaire, les juges et spécialistes peuvent entendre l'enfant ayant atteint l'âge de raison, lequel est à partir de sept ans.
317. En **Palestine**, l'article 74/2 de la **loi n° 4/2001 relative aux données civiles et commerciales** dispose qu'une « *personne peut ne pas être en droit de témoigner si elle n'a pas atteint l'âge de quinze ans. On présumera qu'elle dispose du droit d'être entendue par une personne qui n'a pas atteint ledit âge sans serment* ».
318. Aussi, un enfant peut être entendu dès l'âge de 15 ans devant les juridictions de la Charia. Au cours de la procédure, l'enfant n'ayant pas atteint l'âge de 15 ans peut être autorisé à être entendu lors des sessions à la discrétion du juge et s'il est avéré que son implication lui est bénéfique et favorable<sup>388</sup>.

## (1) Possibilité de nomination d'un représentant légal (question C.5)

319. En **Égypte**, au sens de la loi relative au statut personnel des musulmans, « *le droit d'ester en justice concernant les questions afférentes au statut personnel en matière d'émancipation est établi pour les personnes âgées de quatorze ans ou plus et pleinement capables du point de vue mental. S'il ne dispose pas d'un représentant ou s'il existe une raison d'entamer une procédure en allant à l'encontre de l'avis de son représentant, le tribunal nomme d'office un tuteur pour le litige ou à la demande du ministère Public ou d'autres* »<sup>389</sup>. Aussi, les tribunaux disposent d'un pouvoir discrétionnaire de nommer un représentant légal pour l'enfant, dans certains cas. L'article 2 de la loi n° 1/2000 sur les procédures relatives au statut personnel reflète que le droit de l'enfant d'être entendu est appliqué dans les cas où le point de vue de l'enfant pourrait être en conflit avec celui de la personne qui en a la garde/le tuteur, de sorte que, si tel est le cas, le tribunal pourra désigner un représentant légal pour exprimer la position de l'enfant devant la juridiction.
320. Par ailleurs, le ministère Public est en droit, dans certains cas, d'intenter une action concernant le statut personnel, s'il y a atteinte à l'ordre public ou les bonnes mœurs. Il doit également intervenir dans les affaires relatives au statut personnel qui sont présentées devant le tribunal de première instance, faute de quoi la décision rendue sera considérée comme nulle et non avenue<sup>390</sup>.
321. En **Israël**, les tribunaux civils aux affaires familiales ont, au cours de ces dernières années, désigné un nombre croissant de tuteurs pour les enfants, notamment dans le cadre de conflits familiaux complexes où le litige et le conflit affectent l'enfant et où la communication entre les parents est très déficiente.

386. Voir l'article 204/B, de la loi n° 36/2010, relative au statut personnel.

387. Voir l'article 173/B, de la loi n° 36/2010, relative au statut personnel.

388. Voir G. Parolin, *Rapport de recherche, op. cit.* note 34, page 70 (de la version anglaise).

389. Voir l'article 2, de la loi n° 1/2000, relative aux procédures afférentes au statut personnel (traduction en anglais de l'auteur).

390. Voir l'article 6, de la loi n° 1/2000, relative au statut personnel.

322. Au sens de l'article 68, sous a), de la loi n° 5776-2016 relative à la capacité et à la tutelle, « le tribunal peut, à tout moment, sur demande du ministère Public ou de son représentant, ou encore d'une partie intéressée ou d'office, adopter les mesures temporaires ou permanentes qu'il considérera appropriées pour protéger les intérêts d'un mineur, d'une personne légalement incapable et d'un tuteur, soit en désignant un tuteur temporaire ou un tuteur *ad litem*, ou encore autrement ». Le tribunal peut aussi se faire sur demande du mineur, de la personne légalement incapable ou du tuteur.
323. Par ailleurs, Israël a mis en place un département d'aide juridique auprès du ministère de la Justice, afin de fournir une représentation gratuite et indépendante aux enfants devant les tribunaux civils aux affaires familiales, dans le but de préserver et de promouvoir les intérêts et les droits des enfants lorsque leurs droits sont en conflit avec ceux de leurs parents ou s'ils ont besoin d'une représentation séparée<sup>391</sup>. Les enfants de plus de 14 ans sont habilités à s'adresser directement au département d'aide juridique mais il doit être démontré que l'intérêt de l'enfant est en conflit avec celui de ses parents. Lorsqu'une affaire est en cours devant le tribunal aux affaires familiales, le juge peut demander d'office l'aide juridictionnelle pour l'enfant. L'aide juridictionnelle peut également être demandée par l'enfant, l'un des parents ou sur recommandation d'un travailleur social. Il convient de souligner que l'aide juridictionnelle pour les enfants est disponible uniquement devant les tribunaux civils aux affaires familiales et pas devant les tribunaux religieux.
324. En **Jordanie**, selon la loi relative au statut personnel, le titulaire du droit de garde (*wali*) sur l'enfant est son père, et il s'agit là d'un droit naturel du père que de représenter son enfant<sup>392</sup>. Néanmoins, la garde du père peut être retirée ou restreinte dans certains cas de figure, si ce dernier porte atteinte aux règles afférentes à la garde<sup>393</sup>. En cas de restriction ou de retrait du droit de garde (*wilaya*), le juge peut désigner un tuteur (*wasi*), qui constitue un titulaire d'un droit de garde assigné<sup>394</sup>. Le tuteur (*wasi*) peut être un homme ou une femme membre de la famille de l'enfant ou, à défaut de membres de la famille, le tribunal peut désigner une autre personne (*wasi*) chargée de représenter l'enfant sous la supervision de la juridiction<sup>395</sup>. Ces règles s'appliquent dès la naissance de l'enfant jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de 15 ans.
325. Il n'existe pas de référence directe à la désignation d'un représentant légal d'un enfant dans le cadre des procédures civiles pour les affaires concernant un enfant.
326. En **Palestine**, il n'existe pas de référence à la désignation de représentants légaux d'un enfant dans le cadre des procédures relatives aux affaires portées devant les tribunaux de la Charia ou autres tribunaux religieux. Le ministère Public aux affaires familiales est habilité, dans certaines circonstances, à agir pour les affaires relatives au statut personnel ou aux enfants, en cas de conflit avec l'ordre public ou la morale. Le ministère Public peut intervenir dans les affaires de statut personnel de son propre chef ou sur demande du président du tribunal de la Charia (*qadi al qodah*)<sup>396</sup>. Pour ce qui est des affaires de droits de garde et de visite, il n'y a normalement pas d'interférence – seulement s'il existe une situation de danger pour l'enfant.

391. Pour en savoir plus sur le Département d'aide judiciaire, voir les informations disponibles à l'adresse suivante : <http://www.justice.gov.il/En/Units/LegalAid/About/Pages/ACTIVITY-OF-THE-LEGAL-AID-DEPARTMENT.aspx> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

392. Voir l'article 223, de la loi n° 36/2010, relative au statut personnel.

393. Voir les articles 227/B et 228, de la loi n° 36/2010, relative au statut personnel.

394. Voir l'article 230, de la loi n° 36/2010, relative au statut personnel.

395. Voir l'article 232, de la loi n° 36/2010, relative au statut personnel.

396. Voir les articles 5(2), 7, 8 du règlement du ministère Public aux affaires familiales de l'année 2004.

## (2) L'âge minimum d'agir en justice (question C.6)

327. En **Égypte**, un enfant peut intenter une action en justice à titre personnel dès l'âge de 15 ans<sup>397</sup>. Aussi, si le titulaire du droit de garde ou le tuteur a introduit une action au nom et pour le compte d'un enfant de 15 ans, le juge doit attirer l'attention dudit titulaire du droit de garde ou tuteur sur le fait que l'enfant devrait se représenter lui-même dans le cadre de l'affaire, faute de quoi, l'action sera rejetée. Dans un tel cas de figure, l'action ne serait pas recevable car les enfants sont en droit de se représenter eux-mêmes devant les tribunaux aux affaires familiales dès l'âge de 15 ans<sup>398</sup>.
328. En **Israël**, la loi relative aux tribunaux aux affaires familiales<sup>399</sup>, dans son article 3(d), dispose qu'un mineur peut introduire une action en justice à titre indépendant devant un tribunal ou avec l'assistance d'un ami proche<sup>400</sup>.
329. En **Jordanie**, un enfant peut intenter une action en justice à titre personnel dès l'âge de 15 ans. Le Comité des droits de l'enfant des Nations unies avait, dans ses observations finales, exprimé sa préoccupation quant au fait que les enfants de moins de 15 ans ne puissent pas dénoncer des violations de leurs droits en l'absence de leurs parents ou représentants légaux. Le Comité s'était également dit préoccupé par le fait qu'aucun mécanisme n'ait encore été créé pour aider les enfants à porter plainte<sup>401</sup>.
330. En **Palestine**, le **Code civil palestinien** identifie, dans son article 53, les personnes qui ne peuvent pas exercer leurs droits civils, à savoir, « les personnes qui n'ont pas atteint l'âge de 18 ans ». Cette règle fait l'objet d'une exception devant les tribunaux de la Charia, lesquels, selon la législation, considèrent un enfant comme un adulte pleinement responsable pour exercer ses droits dès l'âge de 15 ans, lui permettant donc d'intenter une action à titre individuel devant ce type de juridictions. Cette situation donne lieu à des conflits lorsqu'un enfant souhaite intenter une action à titre personnel devant un tribunal civil alors qu'il a atteint l'âge de 15 ans.

## iii) La personne en charge d'entendre l'enfant (question C.3)

331. En **Égypte**, l'enfant est entendu par le biais de différentes méthodes. Principalement, l'enfant est directement entendu par le tribunal aux affaires familiales de première instance, composé de trois juges et deux spécialistes (questions sociales et psychologie), et dont au moins l'un des membres doit être une femme. Devant la cour d'appel aux affaires familiales, la formation de jugement est composée de trois juges de haut niveau, lesquels peuvent décider de se faire assister par des spécialistes<sup>402</sup>. La présence de spécialistes est obligatoire seulement dans le cadre des affaires relatives aux droits de garde et de contact, ainsi qu'aux déplacements. Chacun des spécialistes doit soumettre un rapport au tribunal

397. Voir l'article 2, de la loi n° 1/2000, relative au statut personnel.

398. Cour de cassation, arrêt n° 402, année judiciaire 70, 6 avril 2008, page 372 et suivantes.

399. Voir *supra* note 273.

400. L'article 3 (d) de la loi relative aux tribunaux aux affaires familiales prévoit que : « Concernant un problème familial afférent à un mineur, un travailleur social désigné par la loi, sur autorisation ou sous réserve de l'autorisation du ministère Public ou du représentant de ce dernier, pourra introduire une action en justice dans le cadre de la présente loi. Le mineur pourra, par ailleurs, à titre indépendant ou avec l'assistance d'un ami proche, introduire une action en justice concernant toute affaire dans le cadre de laquelle ses droits pourraient être gravement lésés ».

401. Pour en savoir plus, Comité des droits de l'enfant des Nations unies, Observations finales concernant les quatrième et cinquième rapports périodiques de la Jordanie, *op. cit.* note 348 paragraphe 35.

402. Voir article 2, loi n° 10/2004, portant création des tribunaux familiaux.

concernant la situation sociale et psychologique de l'enfant<sup>403</sup>. Le tribunal peut également désigner d'autres experts dans des cas spécifiques ou concernant une question relevant de l'affaire, et leur exiger de soumettre leur rapport dans les délais impartis par la juridiction, le délai applicable ne pouvant pas dépasser les deux semaines<sup>404</sup>.

332. En **Israël**, les enfants peuvent être entendus sous différentes formes. En fonction de la décision du tribunal, le juge peut entendre lui-même l'enfant en présence d'un travailleur social formé à de tels effets, outre un employé de l'Unité chargée de la protection sociale, également formé pour entendre les enfants. Le tribunal peut aussi autoriser des professionnels, tels que les membres des services sociaux, qui doivent alors soumettre un rapport, un psychologue qui examine l'état du mineur et un tuteur légal désigné par la juridiction.
333. En **Jordanie**, ce sont les juges qui se chargent principalement d'entendre les enfants. En outre, l'enfant peut être entendu par un médiateur familial, si le juge a transmis l'affaire au bureau de médiation ou de conciliation familiale.<sup>405</sup> Le tribunal peut également autoriser un psychologue à entendre l'enfant, si nécessaire.
334. En **Palestine**, il incombe aux juges d'entendre un enfant. De plus, l'enfant peut être entendu par des spécialistes des questions sociales et des conseillers en matière de protection, mais, comme mentionné ci-dessus, les juges ne sont pas habilités à reposer sur les rapports des spécialistes des questions sociales et des conseillers en matière de protection (voir *supra* Partie II, A, 2, a,ii.3, paragraphe 299).

## iv) La prise en compte de l'opinion de l'enfant dans la détermination de son intérêt supérieur (question C.4)

335. En **Égypte**, l'enfant doit être entendu dans certains cas prévus par la loi, comme, par exemple, lorsqu'il atteint l'âge de 15 ans. Dans ces hypothèses, le tribunal permettra à l'enfant de choisir le parent avec lequel il souhaite rester jusqu'à atteindre l'âge de la majorité légale. Les juges disposent d'un pouvoir discrétionnaire pour ordonner l'audition d'un enfant de moins de 15 ans, s'ils considèrent que cela va dans l'intérêt supérieur de ce dernier<sup>406</sup>.
336. En **Israël**, l'audition de l'enfant est extrêmement importante pour décider dans le cadre des décisions afférentes au droit de garde et à l'organisation du droit de visite. L'audition de l'enfant aide le juge à connaître la vie de l'enfant, ses souhaits et ses besoins. Cela permet également au juge de comprendre l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre de sa prise de décision.
337. En **Jordanie**, l'audition de l'enfant est exigée dans certains cas prévus par la loi. Néanmoins, le juge peut ordonner l'audition d'un enfant de manière discrétionnaire, s'il considère que cela va dans l'intérêt supérieur de ce dernier (voir *supra* paragraphe 316).

403. Voir article 11, loi n° 10/2004, portant création des tribunaux familiaux.

404. Voir l'article 4, de la loi n° 1/2000, relative au statut personnel.

405. Voir l'article 7, loi n° 17/2013, relative au bureau de médiation et de conciliation familiales.

406. Voir l'article 20, de la loi n° 25/1929, relative au statut personnel.

338. En **Palestine**, lors de la procédure, l'enfant peut être autorisé à être entendu à la discrétion du juge et s'il est avéré que son implication lui est bénéfique et favorable<sup>407</sup>. Ainsi, une appréciation peut être réalisée en se fondant sur les opinions de l'enfant, qui peut constituer le fondement de la décision du juge.

## **c) Le Comité des droits de l'enfant - observations générales et finales (questions B.1-B.2)**

339. Le dernier rapport du Comité des droits de l'enfant des Nations unies sur l'**Égypte** a été soumis le 30 août 2008, et les observations finales y étant afférentes ont été publiées le 30 septembre 2010<sup>408</sup>. Les rapports ne sont pas diffusés auprès des magistrats des tribunaux aux affaires familiales. Le Comité a recommandé que les troisième et quatrième rapports périodiques, ainsi que les réponses écrites de l'Égypte et les recommandations correspondantes adoptées (observations finales) soient largement diffusés dans toutes les langues du pays, y compris (mais pas exclusivement) par Internet auprès du grand public, des organisations de la société civile, des groupes de jeunes, des groupes de professionnels et des enfants<sup>409</sup>. L'Égypte devait soumettre son prochain rapport le 2 mars 2016. Néanmoins, le rapport n'a pas été encore soumis (situation au 1<sup>er</sup> avril 2018).

340. Le dernier rapport du Comité des droits de l'enfant des Nations unies sur **Israël** a été soumis le 11 juin 2010, et les observations finales y étant afférentes ont été publiées le 4 juillet 2014<sup>410</sup>. Néanmoins, les rapports ne sont pas diffusés auprès des magistrats des tribunaux aux affaires familiales et religieuses. Le Comité des droits de l'enfant des Nations unies, dans ses observations finales, avait recommandé que les deuxième et quatrième rapports, ensemble, les réponses écrites et les recommandations afférentes (les observations) soient largement mises à la disposition du public<sup>411</sup>. Israël doit soumettre son prochain rapport le 2 novembre 2018.

341. Le dernier rapport du Comité des droits de l'enfant des Nations unies sur la **Jordanie** a été soumis le 16 août 2012, et les observations finales afférentes ont été publiées le 1<sup>er</sup> mars 2013<sup>412</sup>. Selon les réponses au questionnaire, les rapports et observations finales du Comité ne sont pas diffusés parmi les juges des tribunaux religieux et civils. De plus, les juges des tribunaux de la Charia participent à la préparation des rapports du Comité des droits de l'enfant. Dans ses observations finales sur les quatrième et cinquième rapports périodiques de la Jordanie, le Comité des droits de l'enfant des Nations unies a encouragé le gouvernement jordanien à établir des procédures et à définir des critères pour donner des orientations à toutes les personnes concernées ayant autorité pour déterminer l'intérêt

407. Voir G. Parolin, *Rapport de recherche*, op. cit. note 34, page 70 (de la version anglaise).

408. Pour obtenir des informations plus spécifiques concernant le cycle de rapports pour l'Égypte, voir < [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org) > sous « Droit de l'homme par pays », puis « Égypte », puis « état des rapports », ensuite « CRC-Convention relative aux droits de l'enfant » (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

409. Pour en savoir plus, voir les Observations finales du Comité des droits de l'enfant des Nations unies concernant les troisième et quatrième rapports périodiques de l'Égypte, op. cit. note 330 paragraphe 92.

410. Pour obtenir des informations plus spécifiques concernant le cycle de rapports pour Israël, voir < [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org) > sous « Droit de l'homme par pays », puis « Israël », puis « état des rapports », ensuite « CRC-Convention relative aux droits de l'enfant » (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

411. Pour en savoir plus, voir les Observations finales du Comité des droits de l'enfant des Nations unies concernant les deuxième à quatrième rapports périodiques d'Israël, op. cit. note 342 paragraphe 77.

412. Pour obtenir des informations plus spécifiques concernant le cycle de rapports pour la Jordanie, voir < [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org) > sous « Droit de l'homme par pays », puis « Jordanie », puis « état des rapports », ensuite « CRC-Convention relative aux droits de l'enfant » (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

supérieur de l'enfant dans tous les domaines et à les diffuser auprès du public, y compris auprès des organismes de protection sociale publics et privés, des tribunaux, des autorités administratives, des organes législatifs et des autorités traditionnelles et religieuses<sup>413</sup>. La Jordanie doit soumettre son prochain rapport le 22 juillet 2019.

342. La **Palestine** a ratifié la CNUDE en avril 2014. Néanmoins, le pays n'a pas soumis de rapports au Comité des droits de l'enfant des Nations unies, de sorte qu'il n'y a pas, non plus, d'observations concernant la Palestine sur ce point. Le rapport-pays du Comité sur la Palestine devait être soumis en mai 2016. Néanmoins, le rapport n'a pas été encore soumis (situation au 1<sup>er</sup> avril 2018).

## 3. La résolution des conflits à l'amiable

### a) La mise en œuvre des accords parentaux en matière de garde et de contact (question D.1)

343. En **Égypte**, en raison du nombre élevé de conflits familiaux, le législateur a offert plus de soutien et d'encouragements au processus de résolution amiable des conflits familiaux. En janvier 2006, l'Agence pour le développement international des États-Unis d'Amérique (USAID) et le gouvernement égyptien ont lancé le programme pour la justice familiale, par le biais de l'application de la loi n° 10 de 2004, portant création des tribunaux aux affaires familiales<sup>414</sup>. Ce projet a été mis en œuvre en étroite collaboration avec le ministère de la Justice, afin d'aider à fournir des conseils aux familles et à résoudre les conflits familiaux à l'amiable avant que ceux-ci ne soient portés devant les tribunaux. Ce projet contribue également à sensibiliser le public sur le travail accompli par les tribunaux aux affaires familiales et leur rôle, ainsi qu'à promouvoir les droits de l'enfant et de la famille, à mobiliser des ressources pour aider les enfants et les familles et à fournir des conseils psychologiques et juridiques en matière de droit de la famille<sup>415</sup>.

344. La procédure d'accords de conciliation parentale peut être mise en œuvre aussi bien par les parents eux-mêmes qu'avec l'intervention du tribunal, en envoyant le dossier d'une affaire en cours au Bureau de conciliation. Dans le premier cas de figure, les parents demeurent libres de conclure un accord de conciliation parentale entre eux concernant les questions afférentes aux droits de garde et de visite, soumettant ensuite leur accord directement au Bureau de résolution des conflits familiaux, afin que ledit accord puisse être considéré comme un document exécutif et contraignant<sup>416</sup>. D'autre part, les parties à un conflit doivent soumettre leur dossier, dans un premier temps, au Bureau de résolution des conflits, avant que le tribunal ne puisse évoquer l'affaire, car celle-ci sera considérée comme

413. Pour en savoir plus, Comité des droits de l'enfant des Nations unies, Observations finales concernant les quatrième et cinquième rapports périodiques de la Jordanie, *op. cit.* note 348 paragraphe 20.

414. Voir article 5, loi n° 10/2004, portant création des tribunaux aux affaires familiales.

415. Pour en savoir plus, voir les Troisième et quatrième rapports périodiques de l'Égypte au Comité des droits de l'enfant des Nations unies, voir < [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org) > sous « Droit de l'homme par pays », puis « Égypte », puis « état des rapports », ensuite « CRC-Convention relative aux droits de l'enfant », paragraphe 126.

416. Voir article 6, loi n° 10/2004, portant création des tribunaux aux affaires familiales.

irrecevable si une tentative de conciliation n'a pas été menée à bien<sup>417</sup>. Dans les deux cas, les juges sont en droit d'approuver le contenu de l'accord de conciliation, une fois ce dernier signé par les parties<sup>418</sup>.

345. En **Israël**, au sens de la section 24 de la loi n° 5722/1962, relative à la capacité et à la tutelle, les parents qui ne vivent pas ensemble sont en droit de conclure un accord sur la garde. Cet accord requiert l'homologation de la part des tribunaux, afin de confirmer *inter alia* que l'accord n'est pas manifestement contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.
346. La procédure d'agrément de l'accord nécessite que le tribunal vérifie, tout d'abord et avant tout, si les parties comprennent l'accord et ses implications. Le tribunal se concentre moins sur l'examen des questions afférentes à l'intérêt supérieur de l'enfant ; on présume que les parents ont cherché à satisfaire l'intérêt supérieur de leurs enfants au mieux. Néanmoins, dans des cas exceptionnels, le juge peut intervenir. Dans la pratique, les cas dans lesquels un juge décide de ne pas agréer un accord au motif que celui-ci porterait atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant sont extrêmement rares. Dans une affaire récente, *Ls c. SM*, une mère et son ex-mari avaient conclu un accord au sens duquel les enfants allaient déménager avec la mère et les arriérés des pensions alimentaires dus par le père seraient réduits. Le tribunal aux affaires familiales avait rejeté l'accord des parents, considérant qu'il n'allait pas dans l'intérêt supérieur de leurs enfants. En appel, la cour d'appel de district avait infirmé la décision rendue par le tribunal de première instance. La cour d'appel avait considéré que lorsque les parents parviennent à un accord concernant les dispositions afférentes à la vie de leurs enfants, les tribunaux doivent s'abstenir d'empiéter sur la prérogative des parents de déterminer quel est l'intérêt supérieur de leurs enfants, car un tribunal ne saurait substituer sa propre appréciation à celle des parents<sup>419</sup>.
347. Dans ces conditions, le juge interviendra et refusera d'agréer l'accord des parents uniquement dans des cas très exceptionnels, où l'intérêt supérieur de l'enfant est clairement mis à mal, ou encore si l'accord des parents n'est pas conforme à la loi ou à l'ordre public, etc.<sup>420</sup>.
348. Au sens de la loi, face à un accord parental, le juge peut décider d'entendre les mineurs, bien que cette pratique soit exceptionnelle.
349. En 2016, une nouvelle loi a été adoptée (la loi relative aux conflits familiaux), laquelle dispose qu'avant d'introduire une action en justice opposant des époux ou les parents et leurs enfants, (jusqu'à l'âge de 18 ans), une procédure de médiation obligatoire doit être suivie auprès des unités chargées de la protection sociale (les travailleurs sociaux du ministère de la Protection sociale). Lors de cette phase de médiation, la procédure judiciaire est suspendue pendant au moins 45 jours, ni l'une ni l'autre des parties ne pouvant déposer une demande jusqu'à son expiration. Toutefois, la médiation obligatoire ne s'applique pas dans les cas d'enlèvement et non-retour illicites internationaux d'enfants. La **loi relative à la Convention de La Haye (retour des enfants enlevés) de 1991** dispose que le tribunal aux affaires familiales doit adopter une décision dans ces cas dans un délai de six semaines, tandis que les procédures de médiation peuvent durer plus longtemps.

417. Voir article 8, loi n° 10/2004, portant création des tribunaux aux affaires familiales.

418. Voir l'article 9/6, de la loi n° 1/2000, relative aux procédures afférentes au statut personnel.

419. Cour d'appel aux affaires familiales, arrêt n° 1066/06, Cour d'appel de district de Jérusalem.

420. Pour en savoir plus sur les accords parentaux, voir arrêt de la Cour suprême LFA 741/11, *Doe c. Doe* (17/05/2011).

350. En **Jordanie**, la procédure afférente aux accords parentaux peut être menée à bien aussi bien par les parents eux-mêmes qu'en faisant appel à l'intervention du tribunal. Les parents peuvent conclure un accord de conciliation parentale entre eux concernant toutes les questions afférentes aux droits de garde et de visite, soumettant ensuite leur accord directement au Bureau de médiation et de conciliation, afin que ledit accord puisse être transformé en un document exécutoire et contraignant<sup>421</sup>. La loi relative à l'application de la Charia permet aux parents de modifier entièrement leur accord, ou certaines de ses dispositions, devant le juge de l'exécution. Les parents peuvent également annuler un accord antérieur et en conclure un nouveau auprès du Bureau de médiation et de conciliation<sup>422</sup>.
351. Dans les cas où les parents sont en désaccord et se présentent devant les tribunaux, les juges peuvent intervenir conformément à la loi relative à la procédure afférente aux principes de la Charia, et transmettre le dossier au Bureau de médiation et de conciliation avant de trancher sur l'affaire, et il s'agit d'une mesure optionnelle adoptée par le juge<sup>423</sup>. Le Bureau, si tel est le cas, tentera de concilier les parents pendant une période non supérieure à 30 jours, et en cas d'accord, le Bureau présentera ce dernier au juge, afin que ce dernier le transforme en document exécutoire et contraignant<sup>424</sup>. Dans les deux cas, les juges supervisent les accords des parents, que ceux-ci aient été conclus dans le cadre de leur volonté librement exprimée ou avec l'intervention du tribunal, par l'intermédiaire du Bureau de médiation et de conciliation. Comme prévu par la loi, le tribunal ne peut intervenir que dans les cas où l'accord s'avérerait contraire à l'ordre public<sup>425</sup>. Il convient de noter, à ce propos, qu'il n'est pas clair si la loi permet au juge d'entendre l'enfant et de tenir compte de son point de vue concernant l'accord dans le cadre de la procédure amiable. Il n'existe pas de référence à l'intérêt supérieur de l'enfant comme motif pour confirmer ou refuser un accord parental ; la loi se borne à énoncer que les juges peuvent refuser un accord si ce dernier est contraire à l'ordre public<sup>426</sup>.
352. Dans le cas de parents chrétiens, la loi relative aux tribunaux des communautés chrétiennes autorise les juges, s'ils estiment qu'il existe une possibilité de conciliation, de désigner des personnes chargées de concilier les deux parties. En cas d'accord, le tribunal ajoutera ce dernier au dossier de l'affaire et le considérera comme un jugement exécutoire<sup>427</sup>.
353. En **Palestine**, le système judiciaire de la Charia encourage la résolution des conflits et les règlements amiables entre les parents, et si un accord est trouvé et homologué par un juge, il aura la force d'un titre exécutoire et sera considéré comme une décision définitive. Les juges appliqueront le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant pour évaluer et approuver l'accord. Ils sont aussi en droit d'entendre le point de vue de l'enfant sur l'accord parental dès l'âge de sept ans, et ils doivent entendre l'enfant si ce dernier a 15 ans ou plus.
354. En 2004, la division d'orientation et de conciliation familiale a été créée par décret présidentiel<sup>428</sup>. Il existe un bureau de ladite division au sein de chaque tribunal de la Charia. La division a joué un rôle

421. Voir les articles 7 et 11/A, de la loi n° 17/2013, relative à la médiation et à la conciliation familiales.

422. D. Engelcke, *op. cit.* note 343, page 135.

423. Voir l'article 11 de la loi n° 31/1959, relative aux principes des procédures de la Charia.

424. Voir l'article 11, loi n° 17/2013, relative à la médiation et à la conciliation familiales.

425. *Ibid.*

426. *Ibid.*

427. Voir l'article 17 de la loi n° 28/2014, relative aux tribunaux des communautés chrétiennes.

428. Pour en savoir plus sur la division d'orientation et de conciliation familiales, voir le document disponible en langue arabe à l'adresse suivante <[http://www.ljc.gov.ps/index.php?option=com\\_content&view=article&id=109&Itemid=38](http://www.ljc.gov.ps/index.php?option=com_content&view=article&id=109&Itemid=38)> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

important pour mettre un terme à de nombreux conflits par le biais de la conclusion d'accords parentaux<sup>429</sup>.

## **b) La possibilité de désigner un point de contact central pour la médiation familiale internationale<sup>430</sup> (question D.2)**

355. En **Égypte**, il est possible de désigner un point de contact central chargé de la médiation familiale internationale au sein du ministère de la Justice égyptien, lequel se trouvera donc près du département en charge de la coopération internationale au sein du ministère de la Justice égyptien. Il s'avère plus efficace que le point de contact travaille avec le département en charge de la coopération internationale afin de faciliter le processus de contact avec les autorités étrangères.
356. En **Israël**, un point de contact central chargé de la médiation familiale internationale devrait être créé à Tel Aviv près du tribunal civil aux affaires familiales. Il s'agit d'un emplacement central pour l'établissement dudit point de contact. En outre, en termes d'autorité locale, les règles de procédure civile disposent que dans les cas d'incompétence et si les parties n'ont pas une dernière résidence commune en Israël, le tribunal civil aux affaires familiales de Tel Aviv est généralement autorisé à trancher (les règles prévoient des exceptions).
357. En **Jordanie**, il est recommandé que le point de contact central soit établi en tant que division de la Cour de cassation.
358. En **Palestine**, le point de contact central devrait être en contact avec le ministère compétent et au département du juge suprême (*qadi al qodah*).

## **4. Le déplacement et le non-retour illicites transfrontaliers**

### **a) Les recours disponibles/mécanismes applicables (questions E.1-E.2)**

359. L'**Égypte** a conclu toute une série de conventions bilatérales relatives à l'enlèvement et le non-retour illicites d'enfants<sup>431</sup>. Ainsi que cela est indiqué au sein du Rapport annuel sur l'enlèvement parental international d'enfants (*Annual Report on International Parental Child Abduction*) publié par le département d'État des États-Unis d'Amérique, l'Égypte ne dispose pas d'autres procédures en place en vue du retour des enfants enlevés, et le pays n'adhère donc pas à quelque protocole que ce soit

429. Voir également l'article 79 de la loi 3/2001, relative aux juridictions de la Charia, qui prévoit la formation de la division, son rôle et la procédure y étant afférente.

430. Les « **Principes pour la mise en œuvre de structures de médiation dans le cadre du Processus de Malte** » (*supra* note 36) demandent la mise en place d'un « Point de contact central pour la médiation familiale internationale » dans chaque pays chargé de faciliter la fourniture d'information sur les services de médiation familiale disponibles, l'accès à la médiation et autres informations s'y rapportant, y compris des informations relatives à l'accès à la justice. Voir *supra* introduction paragraphe 12.

431. Pour en savoir plus sur les traités conclus par l'Égypte, voir les troisième et quatrième rapports périodiques de l'Égypte au Comité des droits de l'enfant des Nations unies, *op. cit.* note 330 paragraphe 141.

concernant l'enlèvement parental international d'enfants<sup>432</sup>. Néanmoins, les tribunaux aux affaires familiales égyptiens sont en droit de prononcer des décisions conservatoires afin de protéger les enfants à l'égard des déplacements/non-retours illicites. Un parent peut solliciter le prononcé d'une décision conservatoire auprès d'un tribunal aux affaires familiales s'il a des raisons de penser que son enfant va être enlevé. Dans de tels cas de figure, le tribunal aux affaires familiales est tenu de prononcer une décision conservatoire afin d'interdire que l'enfant voyage en dehors de l'Égypte<sup>433</sup>. En outre, un parent qui exécute une décision relative au droit de visite peut demander au tribunal ayant prononcé ladite décision d'interdire que l'enfant puisse voyager. Aussi, les autorités administratives compétentes de l'Égypte peuvent être tenues d'empêcher qu'un enfant voyage, sur la base d'une décision conservatoire prononcée par un tribunal aux affaires familiales. La cour administrative a jugé dans plusieurs jugements qu'une décision d'un tribunal aux affaires familiales est nécessaire pour contraindre les autorités étatiques d'empêcher un enfant de voyager<sup>434</sup>.

360. Bien que dans la pratique, les affaires de déplacement illicite transfrontalier depuis et vers l'Égypte ne soient pas rares, l'Égypte ne fait pas encore partie des États contractants de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants<sup>435</sup>. Le Comité des droits de l'enfant des Nations unies a recommandé que l'Égypte adhère à la Convention de La Haye de 1980<sup>436</sup>. Dans une tentative de combler cette lacune juridique dans les affaires d'enlèvement transfrontalier, l'Égypte a créé le Comité de coopération internationale près de son ministère de la Justice, le chargeant de résoudre les conflits relatifs aux droits de garde et de visite dans les cas de mariages mixtes ou de familles vivant à l'étranger<sup>437</sup>.
361. **Israël** a signé et ratifié la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants le 1<sup>er</sup> décembre 1991. Le droit israélien dispose d'un mécanisme très organisé de gestion des procédures civiles de retour.
362. Les cas de déplacement ou non-retour illicites doivent être tranchés rapidement et efficacement, indépendamment de la question afférente à la détermination de la garde, afin de ne pas les transformer en affaires de garde. S'il existe une décision rendue par une juridiction d'un pays étranger, en général, les tribunaux israéliens la respectent.
363. En tant qu'autre moyen d'éviter le déplacement illicite des enfants en cas de désaccord entre les parents, outre le fait que les deux parents ont la garde sur l'enfant, le ministère de l'Intérieur ne délivre des passeports aux enfants qu'avec le consentement des deux parents. Si un parent craint que l'autre parent puisse tenter de déplacer l'enfant dans un autre pays, il peut solliciter le prononcé d'une injonction interdisant que l'enfant quitte le pays.

432. Pour en savoir plus, consulter <<https://travel.state.gov/content/dam/childabduction/complianceReports/2016.pdf>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

433. Voir les articles 5/1 et 10, de la loi n° 1/2000, relative aux procédures afférentes au statut personnel.

434. Arrêt de la Cour administrative n° 47376, 64<sup>e</sup> année judiciaire, 20/01/2015.

435. Pour le texte de la Convention et plus d'informations, voir *supra* note 2.

436. Pour en savoir plus, voir les Observations finales du Comité des droits de l'enfant des Nations unies concernant les troisième et quatrième rapports périodiques de l'Égypte, *op. cit.* note 330 paragraphes 55-56.

437. Voir les Troisième et quatrième rapports périodiques de l'Égypte au Comité des droits de l'enfant des Nations unies, *supra* note 415, paragraphe 138.

364. Comme exemple de jurisprudence, un arrêt de la Cour suprême israélienne ordonnant le retour de deux enfants dans leur État de résidence habituelle, conformément à la Convention de La Haye de 1980, devrait être mentionné ici. La mère avait la garde sur ses enfants mineurs et ceux-ci vivaient avec elle en Italie. Lors de l'une des visites régulières du père en Italie, pour retrouver ses enfants, il les avait emportés avec lui en Israël à l'insu et/ou sans l'autorisation de la mère. La mère avait intenté une action devant le tribunal de première instance israélien, exigeant le retour des enfants conformément à la Convention de La Haye. Le père avait invoqué que les enfants s'opposaient à être retournés, de sorte qu'une exception au retour serait applicable. Le tribunal avait retenu qu'au sens de l'article 13 (2) de la Convention de La Haye de 1980, il n'y a pas d'obligation de retour des enfants dans leur État d'origine si les enfants d'âge et maturité suffisantes s'opposent explicitement au retour. Compte tenu que le retour vers l'État de résidence habituelle est normalement considéré comme étant dans l'intérêt supérieur de l'enfant, le recours aux exceptions au retour citées à l'article 13 doit être limité, afin de respecter l'objectif de la Convention. En l'espèce, il a été retenu que la détermination des enfants de demeurer en Israël n'était pas établie, de sorte qu'ils devraient retourner en Italie<sup>438</sup>.

365. En Israël, les tribunaux sont habilités à prononcer des décisions conservatoires. Les tribunaux sont compétents pour rendre des ordonnances conservatoires afin de protéger la sécurité des enfants pendant leur séjour en Israël, sur l'exercice des accords des parents en matière de droit de visite et concernant les soins médicaux ou mentaux. Les tribunaux ne sont pas limités pour ce qui est des décisions conservatoires qu'ils peuvent prononcer, sous réserve que la question abordée n'empiète pas sur la clarification des droits de garde ou les accords avant la prise de décision concernant le déplacement ou le non-retour illicites d'un enfant. Dans le cadre des règles de procédure civile afférentes aux procédures en matière de déplacement ou non-retour illicites d'enfant, en vertu des réponses au questionnaire, les tribunaux peuvent rendre les décisions conservatoires suivantes :

1. un ordre de rester ou une interdiction de sortie à l'égard de l'enfant ou de toute personne qui l'aurait avec elle ;
2. une interdiction de sortie de l'enfant du lieu indiqué dans l'ordonnance ;
3. un ordre de dépôt du passeport ou de tous documents de voyage de l'enfant ou des documents sur lesquels l'enfant figure ;
4. un ordre donnant instruction à la Police israélienne d'enquêter sur les circonstances d'un déplacement ou non-retour illicite de l'enfant, de localiser l'enfant et d'aider un fonctionnaire de la protection sociale à présenter l'enfant devant le tribunal ;
5. un ordre à l'attention des autorités judiciaires ou administratives leur demandant de ne pas évoquer l'intérêt supérieur de l'enfant conformément à l'article 16 de l'annexe à la loi ;
6. tout ordre susceptible, de l'avis du tribunal, de prévenir tout préjudice supplémentaire à l'égard de l'enfant ou des droits des parties intéressées, ou garantissant le retour volontaire de l'enfant ou le règlement amiable du conflit.

438. Voir (F.M.A 672/06 Taufik Abu Arar c. Paula Ragozo (15 octobre 2006). Pour une décision similaire, voir F.M.A 902/07 Anonyme c. Anonyme (26 avril 2007).

366. En **Jordanie**, les tribunaux sont en droit de prononcer des décisions conservatoires. Conformément à la loi relative au statut personnel, les tribunaux peuvent dicter des décisions conservatoires dans le cadre des cas afférents aux voyages avec des enfants, imposant des garanties quant au fait que l'enfant ne sera pas déplacé dans un pays étranger<sup>439</sup>. Néanmoins, seul le père titulaire de la garde sur l'enfant est en droit de déplacer ce dernier sans le consentement de la mère ou d'un tribunal<sup>440</sup>.
367. Les tribunaux sont compétents pour prononcer des décisions conservatoires afin de protéger l'enfant pendant la durée de sa résidence en Jordanie. Outre les dispositions particulières contenues dans la loi relative à l'application de la Charia concernant l'exécution des décisions de justice étrangères<sup>441</sup>, les juges peuvent accélérer ladite exécution pour le jour-même si le plaignant démontre que l'enfant pourrait être déplacé à l'extérieur du pays. Dans le cadre d'une affaire en cours concernant un désaccord sur la garde d'un enfant et s'il existe une crainte que le titulaire de la garde pourrait déplacer l'enfant à l'étranger, les juges peuvent également prononcer des décisions conservatoires interdisant, par exemple, que l'enfant voyage<sup>442</sup>. Aussi, en cas de conflit entre deux chrétiens, les magistrats des tribunaux religieux peuvent prononcer des décisions temporaires concernant l'affaire<sup>443</sup>.
368. En **Palestine**, il existe des mesures de précaution applicables en cas de déplacement ou de non-retour illicites, aux articles 164 et 166 de la loi n° 61/1976 relative au statut personnel. Néanmoins, ces articles ne constituent pas une protection suffisante pour éviter les déplacements à l'étranger, car l'article 166 interdit uniquement à la mère de voyager avec l'enfant sans le consentement du père et sans fournir suffisamment de garanties quant au fait que l'enfant retournera, lesdites garanties étant parfois d'ordre financier.
369. Il n'existe pas de mécanisme applicable aux cas de déplacement ou de non-retour transfrontaliers dans la législation relative au statut personnel. Cependant, les réponses au questionnaire indiquent qu'un plan stratégique est actuellement en cours et envisage d'intégrer les accords internationaux et régionaux dans le droit national à ce propos.
370. En dépit de l'absence de mécanismes et de recours, un parent peut obtenir le prononcé d'une décision par une juridiction étrangère pour ensuite s'en prévaloir devant les tribunaux palestiniens nationaux, en vue de son exécution conformément à l'article 12 de la **loi n° 17/2016, relative à l'exécution des jugements de la Charia**. L'article 12/3 énonce les conditions selon lesquelles une décision étrangère peut être exécutée<sup>444</sup>.

439. Voir l'article 177/A, de la loi n° 36/2010, relative au statut personnel.

440. Voir l'article 177/B, de la loi n° 36/2010, relative au statut personnel.

441. Voir l'article 12, de la loi n° 10/2013, exécution de la Charia.

442. Voir l'article 7, de la loi n° 10/2013, exécution de la Charia.

443. Voir l'article 11/B de la loi n° 28/2014, relative aux tribunaux des communautés chrétiennes.

444. Article 12/3 : « Les conditions pour le prononcé d'une décision d'exécution d'un jugement étranger sont les suivantes : 1- La juridiction ayant prononcé la décision doit être compétente ; 2- Il doit s'agir d'une décision définitive ; 3 - La décision ne doit pas enfreindre les règles de la Charia, le droit de base et les bonnes mœurs. 4- Le défendeur dans le cadre de ladite décision doit avoir été informé de son prononcé par la juridiction compétente ».

## **b) Les procédures**

### **i) Le délai (questions E.4-E.6)**

371. En Égypte, il n'existe pas de recours spécifiques pour les déplacements et non-retours illicites internationaux. Cependant, les décisions de référé/conservatoires peuvent aider à la protection de l'enfant dans ces cas (voir ci-dessus). Ces mesures nécessitent entre un jour et un mois pour les affaires complexes pour être prononcées.
372. En **Israël**, dans les cas d'enlèvement international d'enfant, il existe une durée bien établie : le tribunal aux affaires familiales doit se prononcer dans un délai de six semaines, après avoir pris connaissance des éléments de preuve et des arguments des parties. Ensuite, le délai de recours devant la cour de district est de sept jours. En général, la totalité de la procédure dure quelques semaines.
373. Les règles de procédure civile, qui disposent les modalités de déroulement de la procédure, prévoient toute une série de mécanismes et d'objectifs afin de rendre la procédure rapide et efficace : une période très courte entre le début de la procédure jusqu'au prononcé de la décision et le délai d'appel, les modalités de preuve concernant le droit étranger, la fourniture d'aide juridique de la part de l'État, etc. En général, il n'est pas nécessaire de traduire les documents et les modalités de production des documents en provenance de l'étranger sont allégées.
374. En **Jordanie**, il n'existe pas de recours spécifiques pour les déplacements et non-retours illicites internationaux. Cependant, les décisions de référé et conservatoires peuvent aider à la protection de l'enfant dans ces cas (voir ci-dessus). Ces décisions de référé et mesures conservatoires peuvent nécessiter entre un jour et un mois pour être rendues.
375. En **Palestine**, il existe des mesures conservatoires visant à éviter le déplacement transfrontalier d'enfants, mais dans un contexte national, tel que l'article 54 de la loi n° 31/1959 concernant les principes des procédures judiciaires relevant de la Charia, qui permet aux tribunaux de rendre des décisions interdisant le défendeur (le parent) de voyager s'ils sont convaincus qu'il retarde l'affaire ou qu'il entend quitter le pays. Ce principe s'applique en particulier dans le cadre des affaires relatives à la garde. Comme l'indiquent les réponses au questionnaire, ces mesures conservatoires sont rendues le jour même où elles sont demandées.

### **ii) La garantie de contact entre parent et enfant (question E.7)**

376. En **Égypte**, il n'existe pas de mécanismes particuliers permettant que les tribunaux aux affaires familiales préservent le contact entre les parents et leurs enfants dans le cadre des conflits familiaux transfrontaliers.
377. En **Israël**, les tribunaux sont compétents pour arrêter des dispositions sur les droits de visite avec le parent éloigné avec ce dernier, dans le cadre de la procédure. En général, le parent éloigné participe à la procédure et des dispositions temporaires peuvent être adoptées. S'il existe une inquiétude concernant l'intérêt supérieur de l'enfant, il est possible d'organiser une réunion en présence d'un travailleur social ou du Centre de contact avec l'enfant.

378. En **Jordanie**, selon les réponses au questionnaire, un bureau central chargé des conflits familiaux transfrontaliers a été créé en 2014 au sein du tribunal de la Charia d'Amman, lequel est responsable de préserver le contact entre les parents et leurs enfants dans le cadre des conflits familiaux transfrontaliers impliquant des ressortissants étrangers.
379. En **Palestine**, il n'existe pas de mécanismes particuliers permettant que les tribunaux de la Charia préservent le contact entre les parents et leurs enfants dans le cadre des conflits familiaux transfrontaliers.

### iii) L'audition de l'enfant (question E.8)

380. En **Égypte**, les magistrats sont en droit d'entendre les enfants dans le cadre des conflits nationaux dès l'âge de sept ans, et dès l'âge de 15 ans, les enfants sont autorisés à initier des procédures à titre personnel, mais ces dispositions ne s'appliquent pas aux conflits familiaux transfrontaliers, car il n'existe pas de réglementation sur ce point.
381. En **Israël**, le règlement n° 295/9(5) de l'amendement n° 5744-1984 de 1995 des procédures relevant du droit civil dispose que si l'âge de l'enfant et son degré de maturité le permettent, le tribunal ne devra pas se prononcer sans avoir entendu le point de vue de l'enfant, sauf s'il existe une raison particulière pour ne pas le faire (ladite raison devant être documentée). Le règlement n° 295/9(5) de l'amendement des procédures relevant du droit civil permet également au tribunal de tenir compte de l'avis de l'enfant d'une manière indirecte, notamment en passant par un professionnel de la prise en charge de l'enfance, conformément aux dispositions de la CNUDE. Les juridictions israéliennes ont arrêté des conditions de base pour la prise en compte de l'opinion de l'enfant, ainsi que concernant le poids devant être accordé à cet avis, à savoir : (a) l'âge et le degré de maturité ; (b) le libre arbitre et (c) la rationalité.
382. En **Jordanie**, les enfants sont entendus dans le cadre des conflits nationaux dès l'âge de sept ans, mais ce principe ne s'étend pas aux conflits familiaux transfrontaliers.
383. En **Palestine**, les enfants sont entendus par les tribunaux de la Charia dans le cadre des conflits nationaux dès l'âge de la puberté (9-15), mais ce principe ne s'étend pas aux conflits familiaux transfrontaliers.

### iv) La possibilité de nomination d'un représentant légal (question E.9)

384. En **Égypte**, le tribunal peut désigner un représentant légal pour l'enfant, mais ce principe ne s'étend pas aux conflits familiaux transfrontaliers.
385. En **Israël**, le tribunal peut désigner un représentant légal (tuteur *ad litem*, etc.) pour sauvegarder l'intérêt supérieur de l'enfant. Néanmoins, il convient de noter que la procédure est censée être courte, efficace et ciblée, et qu'il est nécessaire de s'assurer qu'une telle désignation aidera bel et bien le tribunal à clarifier les conflits.
386. En **Jordanie**, le tribunal peut désigner un représentant légal pour l'enfant, mais ce principe ne s'étend pas aux conflits familiaux transfrontaliers.

387. En **Palestine**, les tribunaux de la Charia peuvent désigner un représentant légal pour un enfant à titre de mesure conservatoire, concernant les questions juridiques et financières, si nécessaire, mais cette possibilité ne s'applique pas aux conflits familiaux transfrontaliers relatifs à l'enlèvement ou non-retour illicites.

## 5. L'exécution des décisions étrangères en matière de garde et de contact

### a) La juridiction ou l'autorité compétente de l'exequatur (question F.1)

388. En **Égypte**, c'est le tribunal aux affaires familiales qui est compétent pour déclarer exécutoire une décision étrangère en matière de garde ou droits de visite. Une fois la décision déclarée exécutoire, le juge de l'exécution de chaque tribunal aux affaires familiales supervise son application<sup>445</sup>, l'Égypte acceptant d'exécuter les décisions étrangères dans certaines circonstances<sup>446</sup>.

389. En **Israël**, c'est le tribunal aux affaires familiales qui est compétent pour déclarer exécutoire une décision étrangère en matière de garde/droits de visite. Une fois la décision déclarée exécutoire, elle peut être exécutée par le biais de toutes les mesures prévues en vue de l'exécution des jugements rendus par les tribunaux israéliens<sup>447</sup>.

390. En **Jordanie**, les tribunaux de la Charia sont chargés de l'exécution des jugements étrangers, si l'affaire concerne des musulmans<sup>448</sup>. Dans le cas de parties chrétiennes, le tribunal appliquera la loi relative à l'exécution des jugements étrangers<sup>449</sup>. Si les parties sont de religions différentes, le tribunal compétent pour l'exécution sera le tribunal civil de droit commun. Les tribunaux civils disposent d'une compétence exclusive pour déclarer des jugements étrangers exécutoires, y compris dans les cas où l'exécution est réalisée par des tribunaux religieux<sup>450</sup>.

391. En **Palestine**, l'article 12 de la loi n° 17/2016 relative à l'exécution des jugements de la Charia dispose que les tribunaux de la Charia sont responsables de l'exécution des décisions étrangères conformément à leur compétence. Afin de déclarer un jugement étranger exécutoire, l'affaire doit être portée devant les tribunaux de la Charia. Avant de déclarer le jugement exécutoire, le tribunal doit évaluer s'il est compétent.

445. Voir article 15, loi n° 10/2004, portant création des tribunaux aux affaires familiales.

446. Voir l'article 296, loi n° 13/1968, relative aux procédures civiles et commerciales.

447. Conformément à l'article 10 (a) de la loi relative à l'exécution des décisions de justice étrangères (1958) : « Une décision de justice étrangère déclarée exécutoire aura, aux fins de l'exécution, les mêmes effets qu'un jugement valablement prononcé en Israël ».

448. Voir l'article 12, de la loi n° 10/2013, exécution de la Charia.

449. Voir l'article 15, de la loi n° 10/2013, exécution de la Charia.

450. Cour de cassation, arrêt n° 2749/2011 du 15 février 2012.

## b) Les mécanismes de garantie de l'exécution d'une décision étrangère

### i) Les mécanismes existants (question F.2)

392. En **Égypte**, un jugement relatif au statut personnel rendu dans un pays étranger n'est pas reconnu automatiquement par les tribunaux égyptiens. En effet, conformément à la loi relative aux procédures civiles et commerciales, un jugement ne sera considéré exécutoire que si : (1) les tribunaux de l'Égypte ne sont pas compétents pour statuer sur le litige dans le cadre duquel le jugement ou l'ordonnance étranger/ère a été rendu, et que le tribunal étranger ayant rendu le jugement était compétent au sens des règles de compétence internationale reconnues par ses lois. (2) Les parties à l'affaire dans le cadre de laquelle le jugement a été rendu ont été assignées à comparaître et ont été dûment représentées à la procédure. (3) Le jugement ou l'ordonnance a la force d'une décision définitive dans le droit de la juridiction l'ayant rendue. (4) Le jugement ou l'ordonnance ne va pas à l'encontre d'un jugement ou d'une ordonnance rendu(e) par les tribunaux de la République et ne comporte aucun élément contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs<sup>451</sup>.
393. Les tribunaux égyptiens acceptent l'exécution des jugements étrangers si ceux-ci sont conformes aux dispositions de l'article 297 de la loi égyptienne relative aux procédures civiles et commerciales. Dans un de ses arrêts, la Cour de cassation a décidé de considérer exécutoire dans la République arabe d'Égypte un jugement relatif à la garde rendu par un tribunal d'Abou Dabi<sup>452</sup>.
394. En outre, afin de faciliter l'application des jugements des tribunaux aux affaires familiales, il est prévu qu'il devrait exister une unité d'exécution au sein de chaque tribunal aux affaires familiales, placée sous la supervision d'un magistrat de ce dernier, et que les membres de ladite unité devraient être formés à l'exécution des décisions relatives aux droits de garde<sup>453</sup>.
395. En **Israël**, un jugement relatif au statut personnel rendu dans un pays étranger n'est pas reconnu automatiquement dans le pays. Avant que le jugement ne puisse être reconnu ou exécuté, il doit faire l'objet d'un processus d'intégration interne. Une déclaration de force exécutoire doit satisfaire à certaines conditions prévues par la loi<sup>454</sup>. Il convient de souligner qu'il existe une procédure accélérée pour la reconnaissance et l'exécution d'une décision judiciaire étrangère en matière de garde si la demande est présentée en application de la loi relative à la Convention de La Haye de 1991.
396. Si la demande est déposée en application du droit général<sup>455</sup>, la loi relative à l'exécution des décisions de justice étrangères (1958) prévoit les conditions pour la reconnaissance d'un jugement étranger. Elle s'applique, en outre, à l'exécution et à la reconnaissance d'un jugement rendu dans un pays étranger concernant les droits de garde et de visite. Les sections 3, 4 et 5 de la loi prévoient les conditions auxquelles l'exécution d'un jugement étranger est subordonnée :

451. Voir l'article 298, loi n° 13/1968, relative aux procédures civiles et commerciales (traduction en anglais de l'auteur).

452. Cour de cassation, arrêt n° 15, année judiciaire 53, du 20 mars 1984.

453. Voir article 15, loi n° 10/2004, portant création des tribunaux familiaux.

454. H. Carmon, *Foreign Judgments in Israel: Recognition and Enforcement*, Springer, 2013, pages xix et suivantes. . Disponible à l'adresse <<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2F978-3-642-32003-3.pdf>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

455. See G. Parolin, *Research Report, Research Report, op. cit.* note 34, at p. 95 (of the EN version).

Article 3.(1) : le jugement a été rendu par un tribunal compétent au sens de la législation de l'État dudit tribunal.

Article 3.(2) : le jugement ne peut plus être frappé d'appel.

Article 3.(3) : l'obligation imposée par le jugement est exécutoire conformément au droit applicable à l'exécution des jugements en Israël, et sa teneur ne va pas à l'encontre de l'ordre public israélien.

Article 3.(4) : le jugement est exécutoire dans l'État dans lequel il a été rendu.

Article 4.(a) : un jugement étranger ne sera pas déclaré exécutoire s'il a été rendu dans un État dont la législation ne prévoit pas l'exécution des jugements rendus par les tribunaux israéliens.

Article 5. Le tribunal n'accueillera pas une demande d'exécution d'un jugement étranger si ladite demande est présentée plus de cinq ans après la date à laquelle ledit jugement a été rendu, sauf si un délai différent a été convenu entre Israël et l'État dans lequel le jugement en cause a été rendu, ou si le tribunal considère qu'il existe des circonstances particulières justifiant un tel retard.

Par ailleurs, le pays étranger doit reconnaître et exécuter les jugements israéliens. Il s'agit là du principe de réciprocité de l'exécution.

Les jugements relatifs aux conflits familiaux transfrontaliers concernant les droits de garde ou de visite relèveront de la compétence exclusive du tribunal aux affaires familiales, et ce dernier déterminera les conditions pour leur exécution.

397. En **Jordanie**, un jugement étranger n'est pas automatiquement reconnu en vue de son exécution, la loi prévoyant certaines conditions à remplir pour qu'une décision de justice étrangère puisse être exécutée par les tribunaux de la Charia, à savoir :

1. le jugement doit avoir été rendu par un tribunal compétent ;
2. le jugement doit être définitif ;
3. le jugement ne doit pas aller à l'encontre des principes de la Charia, de la Constitution ou de l'ordre public ;
4. le défendeur doit avoir été informé de l'introduction d'une action à son encontre par le tribunal compétent<sup>456</sup>.

398. Si le jugement étranger concerne des chrétiens, le tribunal applique la loi n° 8/1952 relative à l'exécution des jugements étrangers<sup>457</sup>. Le tribunal civil de droit commun fera de même dans les cas où le jugement concerne des parties de religions différentes<sup>458</sup>. En revanche, si les parties sont de religions différentes et l'une des parties demande l'exécution devant un tribunal de la Charia, la loi applicable dans un tel cas de figure sera la loi d'exécution de la Charia<sup>459</sup>.

456. Voir l'article 12, de la loi n° 10/2013, exécution de la Charia.

457. Voir l'article 15 de la loi n° 28/2014, relative aux tribunaux des communautés chrétiennes.

458. Voir l'article 3, de la loi n° 8/1952, exécution des décisions de justice étrangères.

459. Voir l'article 12, loi n° 10/2013, exécution de la Charia.

399. En **Palestine**, un jugement étranger n'est pas automatiquement reconnu aux fins d'exécution. La loi prévoit certaines conditions pour qu'une décision soit reconnue et déclarée exécutoire par les tribunaux de la Charia : (1) que les tribunaux palestiniens n'aient pas une compétence exclusive pour rendre un tel jugement ; (2) que le tribunal étranger soit compétent pour statuer sur la matière ; (3) que la décision soit définitive ; (4) que la décision étrangère ne soit pas contraire à un autre jugement rendu par un tribunal palestinien compétent ; et (5) ne soit pas contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs<sup>460</sup>. Il convient de souligner que l'exécution des jugements rendus par les tribunaux de la Charia dans les territoires se trouvant sous le contrôle de l'État d'Israël, comme Jérusalem-Ouest, constitue un défi particulier. La Cour de cassation palestinienne a annulé un jugement d'exécution rendu par un tribunal de la Charia de Jérusalem-Ouest au motif que la Cour d'appel de Jérusalem s'était méprise en le considérant comme un jugement national, décidant ainsi qu'un jugement rendu par un tribunal de Jérusalem-Ouest est un jugement étranger au sens des articles 36/1 et 37 de la loi n° 23/2005 d'exécution. En conséquence, il devrait être examiné au regard des conditions fixées pour la reconnaissance d'une décision étrangère<sup>461</sup>.

## ii) Le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant (question F.3)

400. En **Égypte**, la législation exige uniquement que la décision de justice étrangère n'aille pas à l'encontre de l'ordre public et des bonnes mœurs. Il n'y a pas de référence à l'intérêt supérieur de l'enfant à cet égard.

401. En **Israël**, le tribunal peut toujours revoir l'intérêt supérieur de l'enfant. Néanmoins, les exceptions à la non-reconnaissance des décisions de justice étrangères sont limitées, et les juridictions israéliennes ne doivent pas devenir une juridiction d'appel additionnelle par rapport à celles étrangères. De plus, les protections prévues à l'article 6 de la loi relative à l'exécution des décisions de justice étrangères (1958), n'incluent pas de conditions pertinentes par rapport au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. En outre, le principe de réciprocité doit être maintenu concernant l'exécution d'une décision de justice étrangère.

402. En **Jordanie**, la législation exige uniquement que la décision de justice étrangère n'aille pas à l'encontre des principes de la Charia, de la Constitution ou de l'ordre public<sup>462</sup>. Il n'y a pas de référence à l'intérêt supérieur de l'enfant dans ce cadre.

403. En **Palestine**, les réponses au questionnaire indiquent que, au cours du processus d'exécution d'un jugement, les enfants peuvent être entendus dès l'âge de neuf ans par des spécialistes de l'exécution dans les cas où l'enfant s'oppose à une décision de garde ou de contact. Dans ce cas, le spécialiste peut renvoyer de nouveau le dossier au juge de l'exécution afin d'arrêter l'exécution du jugement.

## iii) La possibilité de communication avec les points de contact centraux (question F.4)

404. En **Égypte**, les magistrats ne sont pas autorisés à communiquer avec le département de coopération internationale du ministère de la Justice.

460. Voir l'article 37, loi n° 23/2005, loi d'exécution.

461. Voir Cour de cassation, arrêt n° 422/2010, du 13 janvier 2011.

462. Voir l'article 12/3, de la loi n° 10/2013, exécution de la Charia. Voir également l'article 7, de la loi n° 8/1952, exécution des décisions de justice étrangères.

405. En **Israël**, le tribunal aux affaires familiales peut renvoyer la décision à l'autorité centrale, s'il considère que la question pourrait contribuer à l'exécution du jugement. Ceci se fait uniquement dans des cas exceptionnels, mais pas habituellement.
406. En **Jordanie**, les magistrats ne sont pas autorisés à communiquer avec les bureaux de coopération internationale.
407. En **Palestine**, il n'existe pas de mécanisme ou de point de contact traitant de ce sujet.

# B. Analyse comparative Algérie, Liban, Maroc et Tunisie

Dolly Hamad

## Liste des abréviations des législations nationales :

- CDIP Code de droit international privé (Tunisie)
- CPC Code de procédure civile (Liban/ Maroc)
- CPCA Code de procédure civile et administrative (Algérie)
- CPCP Code de procédure civile et commerciale (Tunisie)
- CPE Code de protection de l'enfant (Tunisie)
- CSP Code du statut personnel (Tunisie)

408. Cette partie contient une analyse comparée des systèmes juridiques de l'Algérie, du Liban, du Maroc et de la Tunisie quant aux juridictions compétentes dans les conflits familiaux transfrontaliers, l'application des dispositions de la CNUDE en droit interne, la résolution des conflits familiaux transfrontaliers à l'amiable, le déplacement et le non-retour illicites d'enfants, l'exécution des décisions étrangères en matière de garde et de contact et enfin des observations finales et des recommandations.

409. Les quatre États concernés par cette partie de l'étude comparative sont soumis au système de droit civil c'est-à-dire un système juridique codifié qui tire son origine du droit romain avec une certaine influence religieuse notamment en matière familiale, à l'exception du **Code de statut personnel tunisien**<sup>463</sup> (ci-après « CSP ») de 1956 qui a été souvent qualifié de révolutionnaire avec des droits de l'épouse accrus dans le mariage et reconnus égaux à ceux du mari lorsqu'il s'agit de mettre fin au lien matrimonial<sup>464</sup>.

463. Décret du 13 août 1956, portant promulgation du Code du statut personnel, disponible en ligne sur < <http://www.e-justice.tn/index.php?id=266> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

464. Voir W. Ltaeif, *Le droit de la famille au Maghreb*, disponible sur internet : <<https://www.cairn.info/revue-confluences-mediterranee-2008-2-page-169.htm>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

410. Par ailleurs, et à l'exception du **Liban** qui connaît de « multiples juridictions » avec « multiples droits applicables<sup>465</sup> » en matière familiale<sup>466</sup>, c'est le tribunal civil qui a une compétence générale en **Algérie**, **Maroc**<sup>467</sup> et **Tunisie**.
411. Ces quatre États sont parties à la CNUDE et prévoient explicitement le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans leurs législations. **Le Maroc**<sup>468</sup> et **la Tunisie**<sup>469</sup> sont également parties à la Convention de La Haye de 1980 avec toutefois des réserves faites par la Tunisie<sup>470</sup>.
412. Enfin, des concepts analogues existent entre ces systèmes juridiques dont notamment la définition de l'enfant, la consécration du délit de non-représentation d'enfants et la procédure d'exequatur d'une décision judiciaire étrangère. En ce qui concerne la définition de l'enfant, en **Algérie**, et au sens de la **loi relative à la protection de l'enfant du 15 juillet 2015**<sup>471</sup>, on entend par « *enfant toute personne n'ayant pas atteint 18 ans révolus* » (art. 2), une définition qu'on retrouve également en **droit libanais** à l'article 1<sup>er</sup> de la **loi n° 422 du 6 juin 2002**<sup>472</sup> relative à la protection des enfants en conflit avec la loi ou en danger. En **droit tunisien**, l'enfant est « (...) *toute personne humaine âgée de moins de 18 ans et qui n'a pas encore atteint l'âge de la majorité par dispositions spéciales* » (art. 3 du **Code de protection de l'enfant**<sup>473</sup>, ci-après « CPE »).

## 1. Les juridictions compétentes dans les affaires familiales transfrontalières

413. Dans cette section, il s'agit essentiellement de déterminer la juridiction compétente dans les affaires relatives aux conflits familiaux transfrontaliers impliquant des enfants (a), l'impact de la nationalité ou de la religion sur la compétence des juridictions (b) et enfin le règlement des conflits de compétence internes et internationaux (c).

465. Voir G. Parolin, *Rapport de recherche*, op. cit. note 34, page 22 (version française).

466. Il faut noter que le Liban est un État multiconfessionnel qui reconnaît à l'annexe I de l'arrêté L/R 60 de 1936, modifié en 1996, dix-neuf communautés : onze communautés chrétiennes, trois communautés israélites et cinq communautés musulmanes (sunnite, chiite, druze, ismaélite et alaouite).

467. Avec une section du tribunal de la famille statuant sur le droit juidaïque quand les parties sont juives marocaines, voir G. Parolin, op. cit., note 34, page 22 (version française).

468. La Convention de La Haye de 1980 est entrée en vigueur au Maroc le 1<sup>er</sup> juin 2010.

469. Loi organique n° 2017-30 du 2 mai 2017 portant approbation de l'adhésion de la République tunisienne à la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants conclue le 25 octobre 1980 à La Haye. La Convention est entrée en vigueur en Tunisie le 1<sup>er</sup> octobre 2017.

470. Pour le texte de la Convention et l'état des ratifications, voir note 2 *supra*. La Tunisie a fait des réserves relativement aux articles 24 et 26 de la Convention en conformité avec les communications et autres documents soumis notamment en langue arabe. De plus, la Tunisie ne prendra pas en charge les dépenses prévues à l'article 26(2). Les réserves ainsi que l'état des ratifications sont disponibles en ligne sur < <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=24> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

471. Loi n° 15-12 du 15 juillet 2015 relative à la protection de l'enfant. Disponible en ligne sur < <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/99843/1/19311/F177738812/DZA-99843.pdf> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

472. Loi n° 422 du 6 juin 2002 relative à la protection des enfants en conflit. Disponible en ligne en langue arabe sur < <http://www.hccdoc.gov.lb/node/516> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

473. Loi n° 95-92 du 9 novembre 1995, relative à la publication du code de la protection de l'enfant. Disponible en ligne en langue française sur < [http://www.e-justice.tn/fileadmin/fichiers\\_site\\_francais/codes\\_juridiques/Code\\_de\\_la\\_protection\\_de\\_l\\_enfant.pdf](http://www.e-justice.tn/fileadmin/fichiers_site_francais/codes_juridiques/Code_de_la_protection_de_l_enfant.pdf) > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

## a) Juridiction compétente, juges spécialistes, tribunaux spécialisés et concentration de compétence (questions : A.1-A.4, A.6-A.9)

414. En **droit algérien**, il n'existe pas de tribunaux religieux, le système judiciaire algérien ne comprenant que les tribunaux civils en matière familiale. En effet, la juridiction de droit commun connaît de toutes les actions des affaires familiales (art. 32 du **Code de procédure civile et administrative**<sup>474</sup>, ci-après « CPCA »). La section des affaires familiales, une section spécialisée des juridictions civiles<sup>475</sup>, statue dans les actions liées à l'exercice du droit de garde et du droit de visite (art. 423 du CPCA). En matière de garde d'enfants, le tribunal compétent est celui du lieu où s'exerce la garde (art. 40 du CPCA), principe repris à l'article 426 du Code précité<sup>476</sup>.
415. La section des affaires familiales n'est pas toutefois compétente en cas de déplacement et de non-retour illicites d'enfants<sup>477</sup> du fait que la non représentation d'enfant est une infraction punissable en vertu des articles 327 et 328 du **Code pénal algérien**<sup>478</sup> et par conséquent elle est de la compétence des juridictions pénales. Le juge des mineurs intervient par ailleurs pour protéger l'enfant en danger c'est-à-dire au sens de l'article 2 de la loi algérienne relative à la protection de l'enfant « *l'enfant dont la santé, la moralité ou la sécurité sont en danger ou susceptibles de l'être ou dont les conditions de vie ou le comportement sont susceptibles de l'exposer à un danger éventuel ou compromettant son avenir ou dont l'environnement expose son bien-être physique, psychologique ou éducatif au danger* ».
416. Comme il n'existe pas de juges spécialisés en cas de litiges familiaux transfrontaliers (notamment en cas de déplacement et de non-retour illicites d'enfants), il n'en reste pas moins que le tribunal le mieux placé pour gérer ces affaires et en particulier le retour de l'enfant<sup>479</sup> devrait être celui du juge de la famille ou du président du tribunal en matière de référé puisqu'il s'agit d'un cas d'urgence, en application de l'article 30 du Code de procédure civile et administrative afin que le juge rende son ordonnance rapidement et prenne en considération l'intérêt supérieur de l'enfant. L'affaire pourrait être portée comme action en référé devant le tribunal de lieu de l'incident ou de la mesure sollicitée (art. 299 du CPCA).
417. En **droit libanais**, la juridiction compétente pour déterminer la garde dans le cadre d'un conflit familial transfrontalier dépend de la nationalité et de l'appartenance religieuse des parties ainsi que du mode de célébration du mariage<sup>480</sup>. Les règles de compétence sont également applicables dans le cas d'un litige purement national.

474. Loi n° 08-09 portant code de procédure civile et administrative du 25 février 2008. Disponible en ligne sur < [http://www.douane.gov.dz/pdf/code/code\\_des\\_procedures\\_civile.pdf](http://www.douane.gov.dz/pdf/code/code_des_procedures_civile.pdf) > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

475. G. Parolin, *Rapport de recherche*, op. cit. note 34, page 27 (version française).

476. Le tribunal territorialement compétent est celui où s'exerce la garde en matière de droit de garde, de droit de visite et d'autorisations administratives délivrées au mineur.

477. G. Parolin, *Rapport de recherche* op. cit. note 34, page 27 (version française).

478. Ordonnance n° 66-156 du 8 juin 1966 portant code pénal, modifiée et complétée. Disponible en ligne sur < <http://www.joradp.dz/trv/fpenal.pdf>, consulté le 5 octobre 2017 > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

479. Informations fournies par la délégation algérienne.

480. G. Parolin, *Rapport de recherche*, op. cit., note 34, page 74 (version française).

418. Dans les *communautés musulmanes (sunnite et chiite)*, les *juridictions charaïques sunnites et jaafarites (chiïtes)*<sup>481</sup> sont compétentes pour connaître des questions familiales impliquant des enfants y compris les droits de garde et de visite (art. 17 de la **loi sur l'organisation des juridictions charaïques sunnites et jaafarites**)<sup>482</sup>.
419. Dans les *communautés non musulmanes*, toutes les questions relatives à l'autorité parentale, la garde<sup>483</sup> et l'éducation des enfants relèvent de la compétence des *juridictions ecclésiastiques* (art. 4 de la **loi du 2 avril 1951** <sup>484</sup> **relative à la compétence des juridictions confessionnelles des communautés non musulmanes**)<sup>485</sup>.
420. Il convient de noter que la Cour de cassation libanaise, toutes chambres réunies, contrôle que les droits des parties et les règles d'ordre public ont été respectés dans les procédures initiées devant les juridictions communautaires (art. 95 du **Code de procédure civile**, ci-après « CPC libanais »)<sup>486</sup>.
421. Quant au *juge de l'ordre judiciaire* (le juge unique en l'occurrence), il est compétent pour protéger le mineur en danger (art. 30 en liaison avec l'art. 24 et suivants de la loi n° 422/2002). L'enfant est considéré comme étant en danger lorsqu'il se trouve dans l'une des situations prévues à l'article 25 de la loi n° 422/2002 à savoir, s'il se trouve dans un environnement où il peut être exploité ou qui menace sa santé, sa sécurité, sa moralité ou son éducation, s'il est victime d'abus sexuels ou de violences corporelles, s'il se trouve dans une situation de mendicité ou de vagabondage<sup>487</sup>. Cette loi est venue accorder aux juges (civils) des mineurs un motif juridique pour qu'ils prennent des mesures de protection quand l'enfant est considéré comme étant en danger quel que soit son appartenance confessionnelle<sup>488</sup>. On note que l'enfant est par ailleurs protégé en vertu de la loi sur la protection de la femme et des autres membres de la famille de la violence domestique (loi n° 293 en date du 7 mai 2014)<sup>489</sup> qui exige l'annulation de dispositions d'autres lois jugées contraires à la nouvelle législation, sauf dans le cas de la loi n° 422/2002 (art. 22)<sup>490</sup>.
422. En effet, le système libanais fait prévaloir l'autorité de l'État sur celle des communautés, quand il s'agit de questions d'ordre public et que le champ de compétence de l'ordre civil entre en conflit avec le champ de compétence des tribunaux communautaires. Ainsi, les articles 90 et suivants du **Code**

481. Les chiïtes du Liban sont des chiïtes duodécimains. Ils appliquent les préceptes de la doctrine de l'imâm « Jaafar as-Sâdiq ». Par référence à cet imâm, les chiïtes duodécimains sont aussi appelés jaafarites.

482. 1962: ما عمل يرشالاء اضقلام ميظنت نوناق .  
 و-ن انبل-ي-يف-يرف عجل او-ين سل-اي-ع رشالاء-اضقلام ميظنت-نوناق-دوم-و-صوصن/2017/02-uploads/www.mohamah.net/law/wp-content/pdf.  
 483. « دالوالا ظفح » . En arabe .

484. « فيل يئارسالافى اوطللو فيحيسملافى اوطلل فيبمذمل اعجارمل تايحالصلوح 1951 ناسين 2 نوناق .  
 < <http://www.legallaw.ul.edu.lb/LawView.aspx?opt=view&LawID=258197> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

485. Chrétiennes et israéliites.

486. A. Moukarzel Héchaïme, « Actualités du statut personnel des communautés musulmanes au Liban », *Droit et cultures* [En ligne], 59 | 2010-1, § 90, mis en ligne le 06 juillet 2010, consulté le 18 septembre 2017. Disponible sur internet <<http://droitcultures.revues.org/1992>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

487. Voir E. Zakharia Sioufi, *La Violence à l'encontre des Enfants et la Protection des Enfants en Danger*, disponible sur le site internet <<http://www.ndj.edu.lb/files/images/import/violence-es-20120306-ndj-protection-enfants.pdf>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

488. Voir Human Rights Watch online publication, *Unequal and Unprotected Women's Rights under Lebanese Personal Status Laws*. Disponible en arabe et en anglais sur le site Internet <<https://www.hrw.org/ar/report/2015/01/19/287652>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

489. بيرسأل فننعلانم ترسأل دارفأ رىاسو اسنلأ فيامح 7/5/2014 خيرات 293 مقر نوناق  
<http://www.isf.gov.lb/files/293.pdf>.

490. Ainsi que les lois relatives au statut des personnes.

- pénal**<sup>491</sup> permettent au juge de retirer le droit de tutelle et de garde aux parents coupables de crimes ou de délits afin d'assurer la sécurité de l'enfant. La loi n° 422/2002 prévoit de sa part que le juge des mineurs peut modifier les modalités de la garde et de la tutelle quand il y va de l'intérêt de l'enfant.
423. C'est ainsi qu'en cas de violence intrafamiliale, l'autorité parentale peut être relevée momentanément (loi n° 422/2002) et c'est le juge pour enfant qui est le garant de la protection du mineur victime. Dans ce genre de situation, le juge peut remettre l'enfant à un tuteur qu'il désigne ou recourir à un placement institutionnel<sup>492</sup>.
424. En cas de non représentation d'enfants, la compétence revient aux juridictions pénales. Enfin, selon l'article 79 du Code de procédure civile, les juridictions civiles libanaises sont compétentes pour connaître des litiges nés de contrats de mariages conclus en pays étranger entre Libanais ou entre Libanais et étrangers en la forme civile reconnue dans ce pays (en ce sens, **l'arrêt n° 166 de la Cour de cassation, Chambre civile du 19 décembre 2000**<sup>493</sup>), dans le respect des dispositions légales relatives à la compétence des tribunaux communautaires musulmans, si les deux époux appartiennent à des communautés musulmanes et que l'un d'entre eux au moins est Libanais.
425. Comme la juridiction compétente en matière de garde est religieuse, les parties ne sont pas libres de choisir le tribunal, sauf dans le cas où l'enfant est considéré comme étant en danger où la juridiction d'ordre judiciaire est saisie.
426. Les cas de déplacement et de non-retour illicites d'enfants ne sont pas traités par un tribunal ou un juge spécialisé.
427. Pour le tribunal le mieux placé pour gérer les affaires familiales transfrontalières, il s'agit du juge charaïque parce qu'il est compétent en matière de garde<sup>494</sup>. S'il s'agit d'un enfant en danger au sens de la loi n° 422/2002, c'est le juge des mineurs qui serait le mieux placé pour le protéger.
428. En **droit marocain**, et en vertu de l'article 18 du **Code de procédure civile** (ci-après « CPC marocain »)<sup>495</sup>, les tribunaux de première instance connaissent de toutes les affaires de la famille ; et en raison de l'urgence, le président du tribunal de première instance est compétent pour connaître de toutes les difficultés relatives à l'exécution d'un jugement ou pour ordonner toute mesure conservatoire (art. 149 du CPC marocain), y compris en matière de garde et de déplacement illicite d'enfants.
429. À noter que les parties n'ont pas le droit de choisir le tribunal, la compétence étant fixée par la loi. Les sections de la justice de la famille<sup>496</sup> (ou section de la famille) sont des tribunaux civils ayant une compétence de droit commun dans les affaires familiales nationales et transfrontalières, par conséquent, il n'existe pas de juges spécialisés dans les affaires transfrontalières.

491. Code pénal libanais 2009, voir pour copie non-officielle < <https://www.legal-tools.org/doc/5ab593/pdf/> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).  
492. Voir l'*Étude du secrétaire général de l'Organisation des Nations unies sur la violence contre les enfants - Réponses du ministère libanais de la Justice*. Disponible sur le site internet < <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/StudyViolenceChildren/Responses/Lebanon.pdf> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

493. 2000. ص 765. 493. رداص فيقوقحال تاروشنملا، نهيندملا تارارقلا، زيرييمتلا يف رداص .

494. Informations fournies par la délégation libanaise.

495. Loi n° 1-74-447 du 28 septembre 1974 approuvant le texte du Code de procédure civile, disponible en ligne sur < <http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/fr/Nouveautes/codecivil.pdf> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

496. Les fonctions du juge de la famille chargé du mariage sont exercées par un juge du tribunal de première instance (art. 179 du CPC).

430. Ainsi, les cas de déplacement et de non-retour illicites d'enfants ne sont pas traités par un tribunal ou un juge spécialisé. Mais pratiquement et dans la majorité des cas, ces conflits relèvent de la compétence du président du tribunal de première instance ou son remplaçant (en référé). Il convient de noter que la « non représentation des mineurs » est pénalement punissable en droit marocain (art. 477 du Code pénal).
431. Pour le tribunal le mieux placé pour gérer ces affaires, et comme les conflits familiaux transfrontaliers sont des conflits à caractère complexe et délicat, ce qui nécessite une expérience en droit international privé et des mécanismes des conventions internationales et bilatérales en la matière et une bonne connaissance de la communication et de la médiation, des conditions qui sont remplies par la majorité des juges de la section de la famille<sup>497</sup>.
432. En **droit tunisien**, il n'y a dans le code du statut personnel aucune discrimination d'ordre religieux<sup>498</sup>, les tribunaux civils tunisiens sont compétents pour connaître des questions familiales qu'il s'agisse d'un litige purement national ou transfrontalier. En matière familiale, la compétence des tribunaux varie selon la nature du litige, en particulier **le juge de la famille**<sup>499</sup> statue sur les cas de divorce<sup>500</sup> et ce qui en découle notamment la garde des enfants, la résidence, la pension alimentaire et le droit des visites. Le juge de la famille est par ailleurs saisi de la situation de l'enfant en danger (art. 52 du CPE) dans les cas prévus à l'article 20 du Code précité<sup>501</sup>.
433. Il ressort de l'article 6, alinéa 1 du **Code du droit international privé**<sup>502</sup> (ci-après « CDIP ») que les tribunaux tunisiens connaissent des actions relatives à une mesure de protection d'un enfant résident en territoire tunisien. L'action est portée devant le juge de la famille pour prendre la mesure provisoire nécessaire pour protéger l'enfant en situation de danger en attendant le jugement au fond sur l'affaire<sup>503</sup>.
434. Le tribunal de la famille est une section spécialisée des tribunaux civils<sup>504</sup>. Toutefois, il n'y a pas de juges spécialisés statuant en cas de litiges familiaux transfrontaliers. Le législateur a donné aux tribunaux civils tunisiens un mandat général en termes de compétence.
435. Enfin, **le juge cantonal** connaît seul en premier ressort des demandes en pension alimentaire introduites à titre principal (art. 39 du Code de procédure civile<sup>505</sup> et commerciale, ci-après « CPCC »). Il

497. Informations fournies par la délégation marocaine.

498. « À l'indépendance, la justice et la loi avaient été unifiées par l'abolition des tribunaux religieux compétents en matière de statut personnel et, une fois le code promulgué (1956), il devint applicable pour tous les tunisiens quelle que soit leur confession ». Voir sur le site internet <<http://maison-migrations.tn/index.php/39-actualites/actualites-migrations-en-tunisie/108-tunisie-y-a-t-il-dun-nouveau-en-matiere-d-ordre-public-international>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

499. Il est choisi par le Président du tribunal parmi ses vice-Présidents (art. 32 du CSP).

500. Il faut noter qu'en Tunisie « Le divorce ne peut avoir lieu que par devant le tribunal » (art. 30 du CSP).

501. C'est-à-dire l'enfant qui vit des situations difficiles menaçant sa santé ou son intégrité physique ou morale.

502. Loi n° 98-97 du 27 novembre 1998, portant promulgation du Code de droit international privé. Disponible en ligne sur [http://www.e-justice.tn/fileadmin/fichiers\\_site\\_francais/codes\\_juridiques/code\\_droit\\_intern\\_priv\\_e\\_fr.pdf](http://www.e-justice.tn/fileadmin/fichiers_site_francais/codes_juridiques/code_droit_intern_priv_e_fr.pdf) (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

503. 32. ص 2008، «سنوات»، «تعيين اطفال وتنظيم احوال تناسلها زكراً، بين اوزغلا لكالامو يلذاشرا لا يفسطل قويل عت، صاخلا يلودلا نون اقالا تلجم.

504. Dans chaque tribunal, il existe un espace pour les matières relatives à la famille et à l'enfant : G. Parolin, *Rapport de recherche, op. cit., note 34, page 30 (version française)*.

505. Loi n° 59-130 du 5 octobre 1959 (2 raba II 1379), portant promulgation du Code de procédure civile et commerciale. Dernière version disponible sur le internet en 2010 <<http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/65196/61347/F77773999>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

est exclusivement compétent en matière d'adoption (art. 13 de la Loi n° 1958-27 du 4 mars 1958 **relative à la tutelle publique, à la tutelle officieuse et à l'adoption**)<sup>506 507</sup>.

436. Les juridictions tunisiennes sont compétentes si les parties au litige les désignent comme telles ou si le défendeur accepte d'être jugé par elles<sup>508</sup> (art. 4 du CDIP).
437. Elles connaissent aussi des actions relatives à la filiation ou à une mesure de protection d'un mineur résident en territoire tunisien et des actions relatives à l'obligation alimentaire lorsque le créancier réside en Tunisie (art. 6 du CDIP).
438. On note que le législateur tunisien a prévu le principe de la connexité des litiges à l'article 7 du Code du droit international privé où les tribunaux tunisiens sont compétents pour connaître des actions connexes à des affaires pendantes devant les tribunaux tunisiens.
439. Il convient de noter également que selon l'article 3 du Code de procédure civile et commerciale, est nulle toute convention dérogeant aux règles de compétence d'attribution établies par la loi.
440. Pour le tribunal le mieux placé pour gérer les affaires transfrontalières (notamment de déplacement et de non-retour illicites d'enfants), il s'agit du juge de la famille<sup>509</sup>.

## **b) Impact de la nationalité et de la religion sur la détermination de la juridiction compétente (question A.5)**

441. En principe, la juridiction reste compétente peu importe la nationalité et la religion des parties au litige, avec une nuance **en droit libanais des communautés confessionnelles**.

### **i) Impact de la nationalité**

442. En **droit algérien**, le tribunal civil reste compétent peu importe la nationalité des parties. En vertu des articles 41 et 42 du Code de procédure civile et administrative en effet, tout étranger même non résident en Algérie pourra être cité devant les juridictions algériennes pour l'exécution des obligations par lui contractées en Algérie avec un algérien. Il pourra être cité devant les juridictions algériennes pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers les algériens. Tout algérien pourra être cité devant les juridictions algériennes pour des obligations contractées en pays étranger, même avec un étranger.
443. En **droit libanais**, la nationalité n'a aucun impact devant les juridictions charaïques sunnites et jaafarites. En effet, selon l'article 25 de la loi sur l'organisation des juridictions charaïques sunnites et jaafarites, toute personne de nationalité libanaise ou étrangère peut intenter une action devant les juridictions charaïques pour tout litige qui relève de leur compétence.

506. Loi n° 1958-0027 du 4 mars 1958 relative à la tutelle publique, à la tutelle officieuse et à l'adoption. Disponible sur internet <<https://www.jurisitetunisie.com/tunisie/codes/csp/L1958-0027.htm>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

507. ينبتل او فل افكل او ةيوم عمل ا ةي الوب قل حشي سرام 4 نوناق .

508. Sauf si l'objet du litige est un droit réel portant sur un immeuble situé hors du territoire tunisien.

509. Informations fournies par la délégation tunisienne.

444. Toutefois, et selon l'article 18, alinéa 2 de cette loi, les juridictions charaïques ne peuvent connaître de tout contentieux à l'égard des étrangers de rites sunnites ou jaafarites, originaires d'États appliquant le droit civil en matière de statut personnel sauf si l'un des conjoints est libanais.
445. Devant les *juridictions de l'ordre judiciaire*, la différence de nationalité des parties n'a aucun impact. En effet, et selon l'article 7 du Code de procédure civile libanais, le droit d'agir en justice appartient à toute personne de nationalité *libanaise ou étrangère*. Les juridictions civiles libanaises sont également compétentes pour connaître des affaires contre des libanais ou étrangers qui n'ont pas de résidence ou de résidence réelle ou choisie au Liban si l'objet de la demande est une mesure provisoire au Liban ou si l'objet de l'affaire est de remettre le mineur à l'ayant-droit si le premier est présent au Liban ou que le second réside au Liban (art. 78 du CPC libanais).
446. En **droit marocain**, il n'y a aucun impact de la nationalité sur la compétence<sup>510</sup>, en application de l'article 2 du Code de la famille<sup>511</sup>.
447. En **droit tunisien**, le principe est prévu à l'article 2 du Code de procédure civile et commerciale selon lequel les juridictions tunisiennes connaissent de toutes les contestations entre toutes personnes résidant en Tunisie quelle que soit leur nationalité. Le principe est repris à l'article 3 du Code du droit international privé où les juridictions tunisiennes connaissent de toute contestation civile entre toutes personnes quel que soit leur nationalité, lorsque le défendeur a son domicile en Tunisie<sup>512</sup>. Il faut noter qu'une jurisprudence est née sur le fondement de « la nécessité » dans le cas où la partie est incapable d'introduire une requête à l'étranger lieu du domicile du défendeur ; Ainsi, le tribunal de première instance de Tunis a rendu un jugement le 7 mars 2016 (affaire n° 2348)<sup>513</sup> où il s'est déclaré compétent malgré que le défendeur (le mari en l'occurrence) avait son domicile aux États Unis d'Amérique et alors même qu'il n'a pas accepté d'être jugé par les juridictions tunisiennes<sup>514</sup> en se fondant sur le fait que la demanderesse (la femme) est sujette à des « entraves juridiques » sur son déplacement à quoi s'ajoutent d'éventuels frais supportés par elle<sup>515</sup>.
448. Ainsi, la différence de nationalité des parties n'affecte pas la compétence des juridictions tunisiennes, sauf lorsque le défendeur n'a pas son domicile en Tunisie et n'accepte pas d'être jugé par elles (arts. 3 et 4 du CDIP).

## ii) Impact de la religion

449. En **droit libanais**, selon l'article 6 de la loi sur l'organisation des juridictions charaïques sunnites et jaafarites, la compétence de ces juridictions est limitée aux actions et actes des membres de la

510. Informations fournies par la délégation marocaine.

511. Selon l'article 2 : « 3) à toute relation entre deux personnes lorsque l'une d'elles est marocaine ».

512. Le défendeur doit être actionné devant le tribunal du lieu de son domicile réel ou élu (art. 30 du CPCC).

513. Jugement non publié, fourni par la délégation tunisienne.

514. Dans le même sens également : tribunal de première instance de Tunis, jugement du 13 juin 2016 (affaire n° 3649) où la femme avait son domicile en Angleterre, jugement du 10 février 2015 (affaire n° 94247), jugement du 7 décembre 2015 (affaire n° 392) : Jugements non publiés, rendus par le groupe de travail tunisien.

515. « اطلع عيوني أنا مناش من جرائد ابستمق ان الكم مكفاحم دام اهجوز اضا اقبل لفلذل اعبت عي عدلنا فل احو عي سنوتل مكفاحل اص اصتخا مدع نال ع نأ نأ شي ح » اهيل ع زج عت دق فسيل الفت من جرائد اب يضاق تل اب ب جوتسي ام بن اج يلا ل قنتل ا يف امتيرح قوعت عي نوناق زج اوح ن ع تم جان تمج بع اص مل قضر ع عي عدلنا

« نوناقلا قبط عي اعدتس اب عي عدلنا تمق نأ دعب لفلدو عي سنوتل ا مدع ن ع رظنل ا ضغب يوعدل ا يف رظنل ا تارابت ع ا ل ا مدعل ا ع ارم ه عتي شي ح

communauté sunnite ou jaafarite, à l'exception toutefois des étrangers de rites sunnites ou jaafarites, originaires d'États appliquant le droit civil en matière de statut personnel. La compétence des juridictions ecclésiastiques est limitée exclusivement aux membres des communautés non musulmanes (art. 31 de la loi du 2 avril 1951 relative à la compétence des juridictions confessionnelles des communautés non musulmanes). Devant les *juridictions de l'ordre judiciaire*, la différence de religion des parties n'a aucun impact.

450. En **droits algérien, marocain et tunisien**, les juridictions civiles sont compétentes quelle que soit la confession des parties. Concernant toutefois le **droit marocain**, étant donné que les Marocains de confession juive sont soumis aux règles du statut personnel hébraïque marocain (art. 2 du **Code de la famille**)<sup>516</sup>, la loi fixant l'organisation judiciaire a instauré une section du tribunal de la famille au sein du tribunal de première instance (art. 4)<sup>517</sup>. Ainsi, un tribunal unique possède la compétence générale, avec cependant deux sections distinctes de droit de la famille, une section pour les juifs marocains et une pour les autres affaires<sup>518</sup>.

## c) Les conflits de juridiction

### **i) Conflit interne de compétence/de juridiction (question A.10)**

451. En **droit algérien**, il y a lieu de distinguer entre deux cas :

- si les tribunaux relèvent de la même Cour, la requête en règlement de juges est portée devant cette juridiction (art. 399, al. 1<sup>er</sup> et art. 35 du CPCA).
- s'ils relèvent de Cours différentes, la requête est présentée devant la Chambre civile de la Cour suprême (art. 399, al. 2 du CPCA).

452. En **droit libanais**, la Cour de cassation, toutes chambres réunies, connaît des demandes relatives aux conflits positifs et négatifs entre les tribunaux civils, entre ceux-ci et les tribunaux communautaires, ou entre les différents tribunaux communautaires (art. 95 du CPC libanais).

453. Dans une décision du 23 avril 2007, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, statuant en tribunal des conflits, précise que le juge des mineurs est compétent pour décider de la modification de la garde, non seulement dans le cas où le parent est coupable d'un crime ou d'un délit mais aussi dans le cas où le parent n'est pas coupable de ces faits, et ce afin de protéger l'enfant qui vit dans un milieu que le juge estime dangereux pour le mineur. Pour la Cour, il n'y a pas de conflit entre les compétences, le juge des mineurs ne s'érige pas en juge des tutelles et n'empiète pas sur la compétence du tribunal communautaire concerné. Les enfants et les parents étant musulmans, les magistrats avaient pris la précaution d'indiquer que les mesures prises dans ce cadre restaient des mesures de protection et qu'il n'y avait là rien qui puisse toucher aux prérogatives des tribunaux communautaires musulmans en matière de tutelle<sup>519</sup>.

516. Loi n° 70-03 portant sur le Code de la famille, version consolidée en date du 4 février 2016. Disponible sur internet < <http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/fr/Nouveautes/Code%20de%20la%20Famille.pdf> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

517. G. Parolin, *Rapport de recherche*, op. cit. note 34 page 24 (version française).

518. G. Parolin, *Rapport de recherche*, op. cit. note 34, page 32 (version française).

519. A. Moukarzel Héchaïme, op. cit., note 486.

454. En **droit marocain**, et en vertu de l'article 301 du Code de procédure civile, le règlement de juges est porté devant la juridiction immédiatement supérieure commune aux juridictions dont les décisions sont attaquées et devant la Cour de cassation lorsqu'il s'agit de juridictions n'ayant au-dessus d'elles aucune autre juridiction supérieure commune.
455. En **droit tunisien**, la Cour de cassation est seule compétence pour connaître des règlements de juges (art. 198 du CPCC).

## ii) Conflit international de compétence/de juridiction (question A.11)

456. En **droit algérien**, dans le cas d'un conflit international de juridictions, le règlement se fait sur un fondement juridique qui diffère de celui d'un conflit interne en application des règles relatives aux conflits de lois dans l'espace prévues dans le **Code civil**<sup>520</sup> (arts. 9 et suivants)<sup>521</sup>.
457. On rappelle que selon l'article 40 du Code de procédure civile et administrative, le tribunal compétent en matière de garde d'enfants est celui du lieu où s'exerce la garde. Par conséquent, si la garde s'exerce en Algérie, les tribunaux algériens seraient exclusivement compétents.
458. En **droit libanais**, les conflits de juridictions qui, dans un même litige, mettent en concurrence les juridictions étrangères avec les juridictions libanaises sont généralement résolues par la jurisprudence au profit de ces dernières.
459. Selon l'article 1016 du Code de procédure civile en effet, les tribunaux libanais refusent d'accorder l'exéquatur à un jugement étranger quand un jugement définitif entre les parties a été rendu dans le même litige qui a conduit au jugement étranger ou quand une affaire dans le même litige et les mêmes parties est toujours pendante devant les juridictions libanaises, et que les parties l'ont déposée dans une date antérieure à l'action à l'étranger.
460. En **droit marocain**, les règles de compétence pour la protection de l'enfant dans les situations à caractère international sont régies par la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants<sup>522</sup>, ratifiée par le Maroc.
461. En **droit tunisien**, le législateur tunisien n'a pas prévu le cas de la litispendance qui oblige les tribunaux nationaux de se dessaisir du litige au profit des tribunaux étrangers. Ainsi, le silence du législateur sur la question de la litispendance interdit au juge national de se déclarer incompétent et se dessaisir au profit de la juridiction étrangère saisie en premier lieu<sup>523</sup>. Toutefois, la jurisprudence n'est pas uniforme. C'est ainsi que dans un jugement rendu par le tribunal de première instance de Tunis du 7 mars 2016 (affaire n° 98488)<sup>524</sup>, le tribunal s'est dessaisi au profit du tribunal canadien saisi en premier lieu<sup>525</sup>.

520. Ordonnance n° 75-58 du 26 septembre 1975 - Code civil modifié et complété. Disponible sur internet < <http://www.joradp.dz/TRV/FCivil.pdf> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

521. Informations fournies par la délégation algérienne.

522. Voir le texte de la Convention et plus d'informations note 3 *supra*.

523. 166. 523. اص، قبا س ع ج ر م ، ي ن ا و ز غ ل ا ل ك ل ا م و ي ل ذ ا ش ل ا ي ف ط ل ق ي ل ع ت ، ص ا خ ل ا ي ل و د ل ا ن و ن ا ق ل ا ل ع ل ج م .

524. Jugement non publié et fourni par la délégation tunisienne.

525. 525. ر ش ن ل ا ي ف ق ب س ا ل ا ي ه ة ي د ن ل ا ل ك ا ح ل ا م ا م ا ق ر و ش ن ل ا ي و ع د ل ا ن و ك ت ث ي ح و « ع ا ز ن ل ا ل ص ا ي ف ض و خ ل ا ن و د ي و ع د ل ا ض ف ر ب م ك ح ل ا ه ج ت ي ه ن ا ف م ا ك ح ا ل ا ب ر ا ض ت ل ا ب ن ج ت و م ط س ب ق ب س ا م ل ا د ا ن ت س ا و ث ي ح و .

## 2. L'application des articles 3, 9, 10 et 12 de la CNUDE

462. La place des conventions internationales en droit interne est explicitement prévue dans les législations de l'Algérie, du Liban, du Maroc et de la Tunisie.
463. Ainsi, en **droit algérien**, « *Les traités ratifiés par le président de la République, dans les conditions prévues par la Constitution, sont supérieurs à la loi* » (art. 150 de la **Constitution**)<sup>526</sup>.
464. En **droit libanais**, et en cas de divergence entre les dispositions d'une convention internationale et celles d'une loi nationale, la primauté de la convention internationale est constante selon l'article 2 du Code de procédure civile, bien que dans la pratique la règle ne soit pas applicable<sup>527</sup>.
465. En **droit marocain**, les conventions dûment ratifiées ont une « *primauté sur le droit interne du pays* » dans « *le cadre des dispositions de la Constitution et des lois du Royaume, dans le respect de son identité nationale immuable, et dès la publication des conventions* » (Préambule de la Constitution<sup>528</sup>). En application de ce principe, la Cour de cassation dans un arrêt du 2 juin 2015, a affirmé que « *La Convention [la CNUDE] a une primauté sur les dispositions du Code de la famille* ».
466. En **droit tunisien**, « *Les conventions approuvées par le Parlement et ratifiées sont supérieures aux lois et inférieures à la Constitution* » (art. 20 de la **Constitution**)<sup>529</sup>.
467. Par conséquent, il est constant que les juges nationaux sont en mesure d'appliquer les dispositions de la CNUDE qui a une primauté sur les lois nationales étant donné que les quatre États concernés ont ratifié la Convention (l'Algérie en 1993, le Liban en 1991, le Maroc en 1993 et la Tunisie en 1992<sup>530</sup>). Certains de ces pays ont fait des déclarations lors de la signature dont la déclaration interprétative de **l'Algérie** selon laquelle « *l'éducation de l'enfant se fait dans la religion de son père* » conformément aux dispositions du **Code de la famille algérien**<sup>531</sup>.
468. Lors de la ratification de la CNUDE **le Maroc** a également fait une déclaration<sup>532</sup> selon laquelle « *les parents doivent à leurs enfants le droit à l'orientation religieuse et l'éducation fondée sur la bonne conduite* » conformément aux dispositions du Code de la famille marocain<sup>533</sup>. Ces déclarations permettent au juge national de prendre en compte l'exigence de l'éducation religieuse dans toute décision relative à la garde.

526. Constitution de la République Algérienne Démocratique et Populaire, journal officiel n° 76 du 8 décembre 1996, modifiée par la loi n° 16-01 du 6 mars 2016. Disponible en ligne sur <<http://www.joradp.dz/TRV/Fcons.pdf>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

527. Information fournie par la délégation libanaise.

528. Le préambule fait partie intégrante de la Constitution. Le texte intégral de la Constitution, loi n° 1-11-91 du 29 juillet 2011 est disponible sur le site du ministère de la Justice marocain <<http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/fr/Nouveautes/La%20Constitution.pdf>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

529. Constitution de la République de la Tunisie publiée dans le journal officiel du 20 avril 2015. Le texte (en français) est accessible sur le site internet <<http://www.e-justice.tn/index.php?id=266>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

530. Il s'agit de la date de réception de la ratification ou de l'adhésion.

531. Loi n° 84-11 du 9 juin 1984 portant sur le Code de la famille, modifiée et complétée, Disponible sur internet <<https://www.joradp.dz/TRV/FFam.pdf>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

532. Pour les déclarations faites par le Maroc lors de la ratification de la CNUDE voir <[https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg\\_no=IV-11&chapter=4&lang=fr](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg_no=IV-11&chapter=4&lang=fr)> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

533. D'après la délégation marocaine, dans la pratique cette déclaration n'est pas littéralement applicable. Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant pourrait guider le juge dans certaines affaires sans prendre en considération l'éducation religieuse. Cette analyse est réalisée au cas par cas.

469. Cette section traite la question de l'application du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant (a) et du droit de l'enfant à être entendu (b), sur lesquels le Comité des droits de l'enfant a formulé des observations pour les États concernés (c).

## **a) L'application du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant**

470. Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est consacré dans les législations des États concernés, les juges sont par conséquent supposés prendre en considération ce principe dans toutes décisions et procédures, y compris respecter un délai adéquat pour obtenir une décision sur la garde.

### **i) La mise en œuvre du principe de l'article 3(1) de la CNUDE et son application en droit interne (question B.3)**

471. En **droit algérien**, le législateur a introduit les dispositions de l'article 3 (1) de la CNUDE<sup>534</sup> dans les lois nationales. Il en a ainsi du Code de la famille (notamment les articles 64, 65, 66, 67, 69), de la loi relative à la protection de l'enfant où « *L'intérêt supérieur de l'enfant doit être l'objectif de toute procédure, mesure, ou décision judiciaire ou administrative prise à son égard (...)* » (art. 7). Concernant plus précisément les affaires familiales, l'article 424 du Code de procédure civile et administrative prévoit que « *Le juge aux actions familiales est spécialement chargé de veiller à la sauvegarde des intérêts des mineurs* ».

472. En **droit libanais**, concernant le rite sunnite, les juridictions charaïques prennent en considération l'intérêt supérieur de l'enfant en application des articles 13, 17, 20, 22, 29, 30, 31 du **règlement n° 46 du Haut Conseil islamique charaïque** du 1<sup>er</sup> octobre 2011. Concernant les druzes, parmi les modifications notables<sup>535</sup> de la **loi n° 58 du 17 octobre 2017**<sup>536</sup> qui a modifié des articles de la loi sur le statut personnel de la communauté druze (du 24 février 1948), figure le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 64 modifié), complètement absent dans la version originale de la loi de 1948<sup>537</sup>. Pour les *juridictions de l'ordre judiciaire*, elles prennent également en considération l'intérêt supérieur de l'enfant conformément à l'article 2 de la loi n° 422/2002.

473. En **droit marocain**, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant a été introduit dans la législation marocaine<sup>538</sup> dont notamment le Code de la famille (articles 166, 169, 170, 171, 178, 186<sup>539</sup>), et la

534. Par ailleurs, la Constitution prévoit la protection « des droits de l'enfant » (articles 72 et 77).

535. L'amendement le plus important porte l'âge de la garde des enfants de 7 à 12 ans pour les garçons et de 9 à 14 ans pour les filles (art. 64 modifié).

536. La loi est disponible en langue arabe sur : <<https://www.lp.gov.lb/Resources/Files/2ede7bab-a118-4938-b3c9-1ae27a59eb1d.pdf>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

537. Article 64 modifié : "Lebanon's druze personal status law: Developing deference to the Constitution", disponible en anglais sur : <<http://legal-agenda.com/en/article.php?id=4106>> et en arabe sur : <<http://legal-agenda.com/article.php?id=4106>> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

538. Par ailleurs, et selon l'article 32 de la Constitution, l'État « assure une égale protection juridique et une égale considération sociale et morale à tous les enfants, abstraction faite de leur situation familiale ».

539. « En tout état de cause pour l'application des dispositions du présent chapitre, le tribunal tient compte de l'intérêt de l'enfant soumis à la garde ».

**loi relative à la prise en charge (« kafala ») des enfants abandonnés**<sup>540 541</sup> (articles 10, 19, 20, 27, 29).

474. En **droit tunisien**, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant a une valeur constitutionnelle, la Constitution de 2014 l'ayant consacré expressément dans son article 47. Le législateur tunisien a par ailleurs consacré ce principe dans plusieurs textes de loi notamment les articles 4, 8, 11, 14, 16, 56, 58 et 63 du Code de protection de l'enfant et dans les articles 56, 58, 60, 62, 66 bis, 67 du Code du statut personnel et dans l'article 33 de la loi organique n° 2017-58 du 11 août 2017 relative à l'élimination de la violence à l'égard des femmes<sup>542</sup>.

## ii) Les facteurs pris en compte pour l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans des affaires concernant la garde et le contact

### (I) En cas de conflit familial interne (questions B.4-B.5)

475. En **droit algérien**, d'après l'article 7 de la loi relative à la protection de l'enfant, « *Sont pris en considération lors de l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant, notamment, son sexe, son âge, sa santé, ses besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques, son environnement familial, ainsi que tous les aspects en relation avec sa situation* ».

476. L'intérêt supérieur de l'enfant aux fins de déterminer la garde est évalué en veillant<sup>543</sup> à « *l'entretien, la scolarisation et l'éducation de l'enfant dans la religion de son père ainsi qu'en la sauvegarde de sa santé physique et morale* » (art. 62 du Code de la famille).

477. Un arrêt de la Cour suprême algérienne, Chambre des affaires familiales et des successions en date du 14 février 2013<sup>544</sup> a considéré que le critère pour établir la garde de l'enfant est son intérêt supérieur et on ne prend pas uniquement en compte la volonté du mineur.

478. La Cour suprême, Chambre du statut personnel en date du 21 mai 2003<sup>545</sup> a considéré dans une affaire où la mère a été déchue de son droit de garde (et qui a été confié au père) et sans vérifier la situation et l'intérêt des enfants, que le tribunal n'a pas motivé sa décision.

479. Et dans un arrêt de la Cour suprême, Chambre du statut personnel du 19 mars 1990<sup>546</sup>, il a été énoncé qu'« *il est de droit constant que la garde de l'enfant de sexe masculin cesse à 10 ans révolus et celle*

540. Dahir n° I-02-172 du 1<sup>er</sup> rabii II 1423 (13 juin 2002) portant promulgation de la loi n° 15-01 relative à la prise en charge (la *kafala*) des enfants abandonnés. Disponible sur internet <http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/fr/Nouveautes/enfants%20abandonne.pdf> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

541. نيل معمل لافطال اهل افكفب قل عتمل نون اول .

Disponible en ligne sur <[adala.justice.gov.ma/production/legislation/fr/.../enfants%20abandonne.docx](http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/fr/.../enfants%20abandonne.docx)>.

542. Loi organique n° 2017-58 du 11 août 2017 relative à l'élimination de la violence à l'égard des femmes. Disponible en français sur <<http://legislation-securite.tn/node/56327>>, et en arabe sur <[http://legislationsecurite.tn/node/56327?secondlanguage=ar&op=OK&form\\_build\\_id=form321fd477732b87a128949982dc4d9d8f&form\\_id=dcaf\\_multilanguage\\_form\\_render](http://legislationsecurite.tn/node/56327?secondlanguage=ar&op=OK&form_build_id=form321fd477732b87a128949982dc4d9d8f&form_id=dcaf_multilanguage_form_render)> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

543. G. Parolin, *Rapport de recherche*, op. cit., note 34, page 82 (version française).

544. Information fournie par la délégation algérienne.

545. Informations fournies par la délégation algérienne.

546. Voir la Revue judiciaire n° 191. Information fournie par la délégation algérienne.

de l'enfant de sexe féminin à l'âge de capacité de mariage et le juge prolonge cette période jusqu'à 16 ans révolus pour l'enfant de sexe masculin »<sup>547</sup> tout en tenant compte de l'intérêt de l'enfant.

480. Les mêmes critères d'évaluation dans une affaire concernant la garde s'appliquent aux procédures relatives au contact. En vertu de l'article 64 du Code de la famille en effet, le juge doit accorder le droit de visite en prononçant l'ordonnance de dévolution de la garde qui doit nécessairement tenir en compte l'intérêt de l'enfant.
481. En **droit libanais**, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant aux fins de déterminer la responsabilité parentale ne fait l'objet d'aucune définition spécifique. Toutefois, la jurisprudence des tribunaux religieux règle la garde de l'enfant en fonction de son âge et de son sexe<sup>548</sup>.
482. Devant les *juridictions charaïques sunnites*, les critères de la garde sont fixés par les articles 11 et suivants du règlement n° 46, dont l'âge de l'enfant, l'exigence de l'éducation islamique, la condition de non-remariage pour la mère<sup>549</sup> (sauf si le mari est un parent proche<sup>550</sup>) etc. Pratiquement le critère religieux, en l'occurrence l'exigence de l'éducation islamique, prédomine (art. 11, 12, 13, 14 et 24 du règlement n° 46). En général, les juges religieux disposent d'un large pouvoir discrétionnaire dans la décision sur la garde.
483. Dans certains cas, la décision sur la garde n'était pas dans l'intérêt de l'enfant. À titre d'exemple, dans une décision de la Haute Cour sunnite du 5 décembre 2011<sup>551</sup>, le tribunal a ordonné à la mère de remettre ses trois enfants à leur père parce qu'il était considéré comme plus capable de les protéger, éduquer et diriger, bien qu'il les ait physiquement maltraités, selon le rapport médico-légal, en se fondant sur son droit de discipliner ses enfants. Le tribunal s'est contenté de solliciter un engagement du père à ne plus répéter les faits.
484. Cependant, certains tribunaux religieux ont, dans un développement positif, pris en compte l'intérêt supérieur de l'enfant en la matière, où on trouve des jugements en violation de la tendance générale de l'âge légal de la garde. Les juges ont décidé que les enfants devraient rester avec leurs mères même après la déchéance de l'âge légal de la garde en prenant en considération l'intérêt supérieur de l'enfant. C'est ainsi qu'un jugement du tribunal sunnite de Beyrouth du 24 novembre 2008 a rejeté la demande du père de reprendre ses deux enfants jumeaux après avoir atteint l'âge légal de la déchéance de la garde à la mère, tant qu'il n'est pas le mieux placé pour préserver leurs intérêts sur le plan sanitaire, moral et éducationnel.
485. Devant les *tribunaux religieux druzes*, le juge n'a pas le pouvoir discrétionnaire d'envisager des circonstances particulières, y compris l'intérêt supérieur de l'enfant, et devrait accorder la garde au père immédiatement une fois l'enfant a atteint l'âge de la déchéance de la garde à la mère (art. 64 de la loi sur le statut personnel de la communauté druze). Toutefois, la loi n° 58 du 17 octobre 2017<sup>552</sup> qui a modifié cette loi sur le statut personnel<sup>553</sup> a donné au juge le droit de garder l'enfant chez sa mère, à

547. Dans le cas où l'enfant de sexe masculin est placé sous la garde de sa mère si celle-ci ne s'est pas remariée (art. 65, al. 2 du CSP).

548. G. Parolin, *Rapport de recherche*, op. cit. note 34, page 70 (version française).

549. Le droit de garde est retiré à la mère.

550. Mahram (parent de sexe masculin proche des femmes).

551. Voir le Human Rights Watch publication online, *Unequal and Unprotected Women's Rights under Lebanese Personal Status Laws*, op. cit. note 488.

552. Op. cit. note supra 536.

553. Voir supra note 535.

la demande de cette dernière, au cas où l'enfant est atteint d'une maladie mentale ou ayant des besoins spéciaux et ce lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant l'exige (art. 64 modifié).

486. Quant aux *juridictions ecclésiastiques*, et dans certains cas, elles considèrent l'intérêt supérieur de l'enfant comme la « règle absolue en matière de garde de l'enfant » en cas de séparation des parents (tribunal maronite unifié de première instance, jugements du 13 juin 2007 et 14 juillet 2009)<sup>554</sup>.
487. Certaines juridictions ecclésiastiques exercent leur pouvoir discrétionnaire en désignant des spécialistes sociaux et psychologiques pour mener des enquêtes sur les conditions de vie de chaque parent et des tests psychologiques pour toute la famille afin de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant (jugement de la cour maronite d'appel du 9 mai 2009)<sup>555</sup>.
488. Toutefois, il y a des cas où la garde est accordée au père sans aucune explication (jugement du tribunal maronite unifié de première instance, 11 mai 2010). Également, dans des affaires examinées par les tribunaux orthodoxes, les juges ont appliqué automatiquement l'âge de la garde sans égard aux intérêts supérieurs de l'enfant (jugement du tribunal orthodoxe du 17 décembre 2007, jugement du tribunal syriaque orthodoxe du Mont-Liban du 26 novembre 2007)<sup>556</sup>.
489. Concernant la visite, c'est un droit reconnu légalement devant *les juridictions charaïques sunnites* au parent qui n'a pas la garde (art. 28 du règlement n° 46) qui doit remplir certaines conditions de forme prévues à l'article 29 et suivants du règlement, relatives notamment à l'horaire des visites.
490. Quant aux *juridictions de l'ordre judiciaire*, la loi n'a pas précisé des critères d'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant, par conséquent, il revient au juge d'évaluer cet intérêt en se fondant sur la situation de l'enfant.
491. On cite à cet égard un arrêt de la Cour de cassation libanaise, Chambre civile où elle a affirmé qu'en matière de garde la décision prend en considération l'intérêt de l'enfant et qu'en l'espèce la décision a été fondée du fait que les filles se sont habituées à vivre chacune chez un parent et qu'il vaut mieux laisser la situation telle quelle. La Cour a par ailleurs affirmé que les juges disposent d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation en la matière<sup>557</sup>.
492. Dans le même contexte, la Cour de cassation a rendu une décision le 7 juillet 2009 visant à rejeter les demandes des communautés religieuses contre des décisions des juridictions civiles des mineurs pour des mesures de protection, bien qu'en contradiction avec les décisions des tribunaux charaïques ou ecclésiastiques, comme décider de laisser un enfant sous la garde de sa mère malgré la décision d'accorder la garde au père selon le jugement religieux. La décision est basée sur la notion de « l'enfant menacé » (ou en danger), et a dénié les effets de toute décision religieuse contraire à la protection et l'intérêt de l'enfant<sup>558</sup>.

554. Voir le Human Rights Watch publication online, *Unequal and Unprotected Women's Rights under Lebanese Personal Status Laws*, op. cit. note 488.

555. *Ibid.*

556. *Ibid.*

557. رداص 2000، ص 765. 557. فيقوقحل تاروشنملا، زيندملا تارارقلا، زييمبتلا يف رداص.

558. Voir le Human Rights Watch publication online, *Unequal and Unprotected Women's Rights under Lebanese Personal Status Laws*, op. cit. note 488.

493. En **droit marocain**, l'intérêt de l'enfant est déterminant dans le choix de la personne à qui la garde sera confiée. Cette personne doit satisfaire plusieurs conditions préalables selon l'article 173 du Code de la famille qui prévoit les « conditions de dévolution de la garde » comme suit :
1. la majorité légale pour les personnes autres que le père et la mère de l'enfant ;
  2. la rectitude et l'honnêteté ;
  3. la capacité d'élever l'enfant sous garde, d'assurer sa sauvegarde et sa protection sur les plans religieux, physique et moral et de veiller sur sa scolarité ;
  4. le non mariage de la candidate à la dévolution de la garde, à l'exception des cas prévus dans les articles 174 et 175 (l'enfant n'a pas dépassé l'âge de sept ans ou le nouvel époux est un parent de l'enfant avec lequel il a un empêchement à mariage ou s'il est son représentant légal etc.).
494. Dans un jugement du tribunal de première instance de Fès du 13 mai 2015<sup>559</sup>, il a été décidé que l'intérêt supérieur des deux enfants exige qu'ils soient renvoyés dans leur résidence habituelle en France chez leur mère, compte tenu de la violation du droit de garde attribué à la mère selon la loi du pays où résident les enfants.
495. Et selon la cour d'appel d'Agadir (19 février 2014)<sup>560</sup>, l'existence d'un jugement étranger qui détermine la résidence habituelle des enfants chez leur mère, leur stabilité psychologique, éducative et sociale, et le suivi d'un traitement pour l'un d'eux, rendent leur intérêt supérieur de maintenir leur statut de vivre en France ce qui justifie la décision de les faire retourner dans leur résidence habituelle.
496. Pour la Cour de cassation (2 juin 2015)<sup>561</sup>, l'intérêt supérieur de l'enfant est de regagner sa résidence habituelle. Selon elle « *Il est établi que l'enfant avait sa résidence habituelle chez sa mère en France où il suit ses études, et que le père n'a pas contesté qu'il visitait ce pays ; Par conséquent, et afin de préserver l'intérêt supérieur de l'enfant, force est de reconnaître que l'enfant devrait retourner en France conformément à l'article 8 de la Convention [de La Haye de 1980] et en harmonie avec l'article 13 de la même Convention qui s'applique exclusivement* ».
497. Quant aux procédures relatives au contact, et « en tout état de cause », le tribunal tient compte de l'intérêt de l'enfant soumis à la garde (art. 186 du Code de la famille) comme c'est le cas d'un nourrisson ou un enfant handicapé ou en raison de l'état psychologique de l'enfant.
498. En **droit tunisien**, l'intérêt supérieur de l'enfant est évalué en droit national en tenant compte de la situation personnelle et familiale de l'enfant<sup>562</sup>, que ce soit pour la garde que pour la visite.
499. En effet, selon l'article 4, alinéa 2 du Code de protection de l'enfant, « *doivent être pris en considération, avec les besoins moraux affectifs et physiques de l'enfant, son âge, son état de santé, son milieu familial et les différents aspects relatifs à sa situation* ».

559. Jugement non publié, fourni par la délégation marocaine.

560. Arrêt non publié, fourni par la délégation marocaine.

561. Arrêt non publié, fourni par la délégation marocaine.

562. Selon la délégation tunisienne, en général, il y a recours à une enquête sociale comportant les avis des spécialistes sur la situation médico-psychologique de l'enfant en application de l'article 32 du CSP. Pour des exemples jurisprudentiels de recours à l'expertise, voir notamment le tribunal de première instance de Tunis, jugement du 4 janvier 2016 (affaire n° 99826), jugement du 27 juin 2016 (affaire n° 99128), des jugements non publiés fournis par la délégation tunisienne.

500. Dans une affaire devant le juge de la famille au Tribunal de première instance de Tunis le 10 juin 2016<sup>563</sup>, où la mère étrangère demande l'extension des modalités d'exercice du droit de visite, le juge s'est fondé sur le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.
501. Selon le jugement, étant donné que le critère déterminant de la demande est l'intérêt supérieur de l'enfant sans aucune autre considération, critère fondé sur de nombreux textes juridiques dont les plus importants sont l'article 47 de la Constitution tunisienne qui prévoit que « (...) *L'État doit assurer aux enfants toutes les formes de protection sans discrimination et conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant* », l'article 9 de la CNUDE, ratifiée par l'État tunisien en vertu de la loi n° 92 de 1991<sup>564</sup> et les articles 4 et 11 du Code de protection de l'enfant.
502. En examinant le dossier, le juge a identifié l'état psychologique de l'enfant lorsqu'il était en présence de sa mère et qu'il souffrait de pression psychologique reconnue par l'enfant lui-même et au contraire, il a identifié l'état de satisfaction en présence de son père. Selon l'article 20 du Code de protection de l'enfant, l'enfant est considéré comme étant en danger quand il vit dans des situations difficiles menaçant sa santé ou son intégrité physique ou morale. Il en résulte que la pression psychologique et morale sur l'enfant est en soi une raison suffisante pour ne pas répondre à la demande. De plus, la réalité de l'enfant quand il est avec sa mère, ne prédit pas la réalisation d'un équilibre entre les facteurs sociaux et l'état psychologique. De ce fait, l'extension des modalités de visite créerait une confusion sur le concept de famille et la stabilité physique et psychologique de l'enfant dont il a besoin surtout qu'il poursuit ses études ce qui nécessite une concentration et des conditions nécessaires pour réussir.
503. Pour le tribunal, et quoique l'article 66 du Code du statut personnel ait expressément prévu le droit de visite, toutefois, ce droit doit être évalué conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant, ce que le demandeur n'a pas prouvé<sup>565</sup>.

## (2) En cas de conflit familial international (questions B.7-B.9)

504. En **droit algérien**, dans les conflits familiaux transfrontaliers, le juge prend en considération l'intérêt supérieur de l'enfant. Cela peut conduire en fonction des circonstances individuelles à des cas où la garde peut être confiée au parent résident sur le territoire national et non pas celui résident dans un pays étranger qui n'adopte pas officiellement la religion musulmane. À noter qu'une jurisprudence est née il y a quelques années qui prend en considération d'autres facteurs plus déterminants tels que la santé de l'enfant et sa résidence habituelle avant le conflit familial<sup>566</sup>.
505. C'est ainsi que la différence de religion entre les parents n'affecte pas la décision du juge dans l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant selon un arrêt de la Cour suprême, Chambre du statut personnel du 13 mars 1989<sup>567</sup>. Il est de droit constant et conformément à la « Chariaa », que la mère est plus en droit d'obtenir la garde de l'enfant même si elle n'est pas musulmane sauf si on craint sur l'éducation religieuse de l'enfant. Une décision contraire viole les dispositions légales et chariaïques.

563. Jugement non publié.

564. Voir note 91 *supra*.

565. Pour des décisions sur l'intérêt supérieur de l'enfant, voir sur le site Internet

<اهيلي ابو 256 ص، قباس عجرم، بيناوزغلا لكالامو يلذاشرلا يفسطل قيلعت، صراخلا يلودلا نوناقل اقلجم>

566. Informations fournies par la délégation algérienne.

567. Revue judiciaire, 1993/1, page 46. Informations fournies par la délégation algérienne.

506. Lorsque les affaires portant sur la garde ou le contact présentent un élément international, de même, la différence de nationalité n'a pas d'incidences sur l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant.
507. En **droit libanais**, devant les *juridictions charaïques sunnites*, lorsque les affaires portant sur la garde ou le contact présentent un élément international, il n'existe pas d'impact sur la garde de la mère tant que les conditions de l'intérêt de l'enfant à avoir une éducation islamique sont remplies conformément à l'article 11 et suivants du règlement n° 46.
508. Toutefois, la mère ne peut pas voyager à l'étranger avec son enfant sans l'autorisation notariée du tuteur ou une ordonnance du tribunal charaïque. Il en est de même pour le père qui n'a pas la garde. En tout état de cause, le juge peut interdire ou autoriser le voyage de l'enfant à l'étranger si l'intérêt de l'enfant l'exige (art. 22 du règlement n° 46).
509. Lorsque les parents sont de religion différente, et devant les *juridictions charaïques sunnites*, la mère non-musulmane perd obligatoirement le droit de garde de son enfant lorsqu'il atteint l'âge de 5 ans grégoriens (calendrier solaire) selon l'article 14 du règlement n° 46.
510. Dans une affaire devant la Haute Cour sunnite (13 janvier 2010)<sup>568</sup>, le père a invoqué la déchéance de la garde à la mère parce qu'elle n'est pas musulmane. La cour a reconnu ce fait comme une justification raisonnable pour la déchéance de la garde, mais a demandé à la mère de se convertir officiellement à l'Islam et de lui envoyer une nouvelle copie de ses documents personnels prouvant qu'elle était musulmane pour conserver la garde. Pour éviter des incidents avec sa famille du fait de l'enregistrement de sa conversion, la mère a lu les témoignages de conversion devant la cour qui n'a pas statué sur la garde qu'après le jugement que la lecture des témoignages était suffisante pour prouver la conversion.
511. Il en est de même devant les juridictions ecclésiastiques. Dans une décision rendue par le tribunal unifié maronite de première instance le 31 janvier 2008, le tribunal a décidé la déchéance de la garde à la mère, puisque sa conversion en Islam représente un danger pour la fille mineure d'être élevée selon les normes musulmanes plutôt que les principes chrétiens ce qui va à l'encontre de son intérêt et de son bien-être<sup>569</sup>.
512. Quant au droit de visite, la différence de religion n'a aucun impact sur ce droit.
513. Devant les *juridictions de l'ordre judiciaire*, il n'y a pas d'impact de la nationalité ou de la religion.
514. En **droit marocain**, lorsque les affaires portant sur la garde ou le contact présentent un élément international, et en cas d'existence d'une convention multilatérale ou bilatérale, on applique les dispositions de cette convention.
515. Dans les autres cas, le juge applique les dispositions du Code de la famille. La différence de religion n'affecte en rien l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant qui relève de l'intime conviction du juge basée sur les enquêtes menées.

568. Voir le Human Rights Watch publication online, *Unequal and Unprotected Women's Rights under Lebanese Personal Status Laws*, op. cit. note 488.

569. *Ibid.*

516. Toutefois, il convient de rappeler les dispositions de l'article 173 du Code de la famille selon lesquelles l'une des conditions de dévolution de la garde est « *la capacité d'élever l'enfant sous garde, d'assurer sa sauvegarde et sa protection sur les plans religieux, physique et moral et de veiller sur sa scolarité* ».
517. Par ailleurs, le changement de résidence, à l'intérieur du Maroc, de la femme qui assume la garde de l'enfant ou du représentant légal de ce dernier n'entraîne pas la déchéance de la garde, sauf en cas de motifs avérés pour le tribunal, « compte tenu de l'intérêt de l'enfant », des conditions particulières du père ou du représentant légal et de la distance séparant l'enfant de son représentant légal (art. 178 du Code de la famille).
518. En **droit tunisien**, l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les affaires portant sur la garde ou le contact ne se fait pas de manière différente lorsque l'affaire présente un élément international notamment lorsque l'un des parents est de nationalité étrangère.
519. Toutefois, il n'en est pas de même quand l'un des parents vit à l'étranger. En effet, et selon l'article 61 du Code du statut personnel « *Si celui qui a la garde de l'enfant change de résidence et s'installe à une distance qui empêche le tuteur d'accomplir ses devoirs envers son pupille, il est déchu de son droit* ». En application de cet article, la mère a été déchu de son droit de garde après avoir accompagné sa fille mineure en France et condamnée pour le délit de non représentation (jugement<sup>570</sup> du tribunal de première instance de Tunis du 24 février 2015 (affaire n° 94299)<sup>571</sup>).
520. Ainsi, l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les affaires portant sur la garde ou le contact ne sera pas la même dans le cas d'un divorce entre des époux résidant dans le pays et le cas où l'un des conjoints réside en dehors du territoire national.
521. Quant à la différence de religion entre les parents, elle n'est pas un obstacle dans l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Selon l'article 59 du Code du statut personnel en effet, « *le titulaire du droit de garde d'une confession autre que celle du père de l'enfant ne pourra exercer ce droit qu'autant que l'enfant n'aura pas 5 ans révolus et qu'il n'y aura sujet de craindre qu'il ne soit élevé dans une autre religion que celle de son père. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas lorsque le droit est exercé par la mère* ».

### (3) Les difficultés particulières (B.6)

522. Des difficultés particulières sont rencontrées pour apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant dans des procédures portant sur la garde ou le contact, comme le montre les réponses des délégations au questionnaire.

570. Jugement non publié, fourni par la délégation tunisienne.

571. 571. ميقم يعملا نأ اهب لاصتال عطقناو اسنرف ىلا (...). رصاقلما تنبلا عم تترفا س اهيل ع ى عملا فنضاحلا نأ فللملا تافورظم نم تثبت تىحو س.نوتب

نوضحم راضح! مدع قميرجب اهيل ع ى عملا فن ادايب يىازج ملكح رص تىحو  
«ادلاول ادا س او اهيل ع ى عملا ن ع (...). تنبلا فن اضح طاقس! قبس امل اعبت ه تجتي تىحو»

523. En **Algérie**, ces difficultés sont notamment :

- la non-coopération des parents avec le juge pour montrer l'ensemble des éléments relatifs à la personnalité de l'enfant et ses capacités physiques et intellectuelles ce qui amène le juge à fournir des efforts supplémentaires dans le but de prendre une décision adéquate pour préserver l'intérêt de l'enfant.
- le manque de spécialisation des juges en matière familiale : faute de formation, les juges sont parfois démunis pour répondre à des questions concernant l'intérêt supérieur de l'enfant.

524. Dans les conflits familiaux transfrontaliers en particulier, et même quand les critères d'évaluation de l'intérêt supérieur sont généralement pareils, il reste que la différence des conditions et du niveau de vie et les conditions psychiques et sociales de l'enfant dans différents pays peut créer une difficulté dans la détermination de la mesure adéquate pour préserver l'intérêt de l'enfant.

525. Au **Liban**, devant les *juridictions sunnites*, le problème se pose quand il y a contradiction entre les exigences religieuses et les exigences matérielles (le niveau de vie) où généralement les exigences religieuses prédominent.

526. Le problème ne se pose pas devant les *juridictions de l'ordre judiciaire*.

527. Au **Maroc**, parmi les difficultés particulières est l'absence de l'une des parties au litige malgré son assignation ou le refus de se présenter à l'audience ou devant l'assistant social ou l'accueillir dans sa résidence pour mener l'enquête sociale sur la situation de la famille et les conditions du logement en particulier quand l'une des parties refuse de se conformer aux procédures d'expertise.

528. En **Tunisie**, les juges de la famille font face à de nombreuses difficultés dans l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant qui peuvent se résumer dans les pressions des parents sur l'enfant afin de l'influencer sur son opinion en matière de garde. Également, les juges de la famille sont confrontés à la difficulté de trancher lorsqu'il existe des inégalités sociales et matérielles entre les parents, à titre d'exemple entre un père qui possède les moyens matériels pour répondre aux besoins vitaux de l'enfant et la mère qui n'en possède pas ces moyens mais qui a par contre toutes les qualifications morales et physiques pour élever son enfant, ce qui rend l'attribution de la garde assez compliquée.

### iii) Le délai pour obtenir une décision concernant la garde<sup>572</sup> (question B.10)

529. En **droit algérien**, la durée moyenne pour obtenir une décision sur la garde est de trois mois.

530. En **droit libanais**, il n'y a pas de statistiques sur la durée normale. La durée d'une décision devant les *juridictions charaïques* sur la garde varie entre un mois et six mois et parfois plus. Devant les *juridictions de l'ordre judiciaire*, en principe et dans la majorité des cas, la durée est de quelques jours.

531. En **droit marocain**, et en matière de garde en général, la durée normale varie entre deux et six mois en raison des procédures de conciliation. En effet, et en cas d'existence d'enfants, le tribunal entreprend deux tentatives de conciliation, espacées d'une période minimale de trente jours (art. 82 du

572. Informations fournies par les délégations.

Code de la famille). Quand il s'agit du retrait de la garde, la durée peut être plus longue selon les cas notamment quand l'un des parents vit à l'étranger. Reste que la demande de remise de l'enfant devant le juge des référés est la procédure la plus rapide mais il ne tranche pas le fond de l'affaire, en l'occurrence la garde.

532. En **droit tunisien**, le divorce n'est prononcé qu'après que le juge de la famille ait déployé un effort dans la tentative de conciliation demeurée infructueuse. Et en cas d'existence d'un ou de plusieurs enfants mineurs, il sera prononcé à la tenue de trois audiences de conciliation, dont l'une ne doit pas être tenue moins de 30 jours après celle qui la précède (art. 32 du CSP).

533. Le juge de la famille doit ordonner même d'office toutes les *mesures urgentes concernant notamment la garde des enfants et le droit des visites*. Ces mesures font l'objet d'une ordonnance exécutoire sur minute qui n'est susceptible ni d'appel ni de pourvoi en cassation mais qui pourra être révisée par le juge de la famille tant qu'il n'aura pas été statué au fond (art. 32 du CSP).

534. Le tribunal statue en premier ressort sur le divorce après une période de réflexion de deux mois.

## **b) L'application de l'article 12**

535. Le droit de l'enfant d'être entendu est généralement consacré en droit interne des États concernés, sans toutefois préciser l'âge minimum pour prendre en considération l'opinion de l'enfant en matière de garde avec toutefois une nuance en droit marocain. Il est important de noter que le Comité des droits de l'enfant a souligné « que l'article 12 n'impose aucune limite d'âge en ce qui concerne le droit de l'enfant d'exprimer son opinion », et a découragé « les États parties d'adopter, que ce soit en droit ou en pratique, des limites d'âge de nature à restreindre le droit de l'enfant d'être entendu sur toutes les questions l'intéressant »<sup>573</sup>.

### **i) L'introduction des principes de l'article 12 de la CNUDE en droit interne (question C.1)**

536. En **Algérie**, l'enfant est entendu dans les procédures portant sur la garde ou le contact par le juge des affaires familiales. En effet, l'article 8 de la loi sur la protection de l'enfant prévoit le droit de l'enfant « d'exprimer librement ses opinions en toute liberté conformément à son âge et à son degré de maturité [...] ».

537. Au **Liban**, le juge, qu'il soit charaïque ou civil, dispose d'un pouvoir d'appréciation. Ainsi, dans deux cas devant les *tribunaux jaafarites*, le juge n'a pas accordé la garde qu'après avoir pris l'opinion des enfants (jugement du Tribunal jaafarite de Baabda du 9 janvier 2012 et jugement du Tribunal jaafarite de Beyrouth du 16 février 2009). Dans d'autres cas, les juges ont refusé de le faire explicitement. À titre d'exemple, dans un jugement du 2 avril 2009, le tribunal jaafarite de Saida a refusé de recueillir l'avis des deux enfants et a ordonné à la mère la remise immédiate au père après la fin de l'âge légal de la garde maternelle. La Cour a déterminé que les enfants n'avaient pas l'âge de discernement, alors même qu'ils avaient 13 et 14 ans. Le tribunal jaafarite de Baabda a adopté une approche similaire quand elle a

573. Voir Observation générale n° 12 (2009), *op. cit.* note 118, paragraphe 21.

refusé de prendre en considération la volonté d'une fille de 15 ans de rester avec sa mère (jugement du 2 juillet 2012)<sup>574</sup>.

538. Au **Maroc**, l'enfant d'un certain degré de maturité est entendu par le juge conformément à son intérêt supérieur, dans toutes les procédures qui le concernent notamment en matière de garde et de visite et toute question qui concerne son éducation, sa scolarité et les sujets litigieux entre les parents<sup>575</sup>.
539. Pour une application du principe en cas de rupture de la relation conjugale des parents, et selon l'article 166 du Code de la famille, l'enfant peut, à l'âge de 15 ans révolus, choisir lequel de son père ou de sa mère assumera sa garde. En l'absence du père et de la mère, l'enfant peut choisir l'un de ses proches parents visés à l'article 171 du Code de la famille, sous réserve que ce choix ne soit pas incompatible avec ses intérêts et que son représentant légal donne son accord.
540. En **Tunisie**, le Code de protection de l'enfant garantit à l'enfant le droit d'exprimer librement ses opinions qui doivent être prises en considération conformément à son âge et à son degré de maturité. À cette fin sera donnée à l'enfant une occasion spéciale pour exprimer ses opinions et d'être écouté *dans toutes les procédures judiciaires concernant sa situation* (art. 10 du CPE).

## ii) A partir de quel âge les enfants sont-ils entendus ? (question C.2)

541. En **Algérie**, le législateur n'a pas fixé un âge pour que l'enfant soit entendu dans des procédures portant sur la garde ou le contact. Toutefois, le juge prend en considération l'âge de l'enfant (notamment l'âge de discernement). Ainsi, le juge peut dispenser l'enfant de comparaître si son âge ou son état ne le permet pas<sup>576</sup>.
542. Dans ce sens, on cite un arrêt de la Cour suprême, Chambre des affaires familiales et des successions du 14 février 2013<sup>577</sup>. Selon la Cour, la mère est plus en droit d'obtenir la garde de sa fille surtout qu'elle est en bas âge et a besoin de sa mère alors que le père ne peut suffire pour répondre aux besoins de l'enfant et par conséquent il convient de ne pas prendre en compte la volonté de l'enfant uniquement.
543. Au **Liban**, il n'y a pas d'âge précis pour entendre l'enfant, le juge, qu'il soit charaïque ou civil, dispose d'un pouvoir d'appréciation. En effet, l'audition de l'enfant est rarement prescrite dans les lois confessionnelles mais si l'enfant est entendu devant les tribunaux religieux, il n'y a pas d'âge spécifique, la décision étant laissée à la discrétion du juge<sup>578</sup>.
544. Au **Maroc**, selon l'article 166 du Code de la famille, et en cas de rupture de la relation conjugale des parents, l'enfant peut, à l'âge de quinze ans révolus, choisir lequel de son père ou de sa mère (ou l'un des proches en cas d'absence des parents) assumera sa garde, sous réserve que ce choix ne soit pas incompatible avec ses intérêts et que son représentant légal donne son accord.

574. Voir le Human Rights Watch publication online, *Unequal and Unprotected Women's Rights under Lebanese Personal Status Laws*, op. cit. note 488.

575. Informations fournies par la délégation marocaine.

576. G. Parolin, *Rapport de recherche*, op. cit. note 34, page 82 (version française).

577. *Revue Judiciaire* 2014/1, page 304.

578. G. Parolin, *Rapport de recherche*, op. cit. note 34, page 70. Voir les décisions ci-dessus des juridictions jaafarites.

545. En **Tunisie**, le législateur n'a pas fixé un âge pour que l'enfant soit entendu. Toutefois, et selon l'article 10 du Code de protection de l'enfant, les opinions de l'enfant doivent être prises en considération conformément « à son âge et à son degré de maturité ».

## (1) Possibilité de nomination d'un représentant légal (question C.5)

546. En **droit libanais**, et devant *les juridictions charaïques*, le Président du tribunal compétent peut nommer provisoirement un représentant en attendant la nomination d'un représentant légal dans le cas où l'incapable (tel que l'enfant) n'a pas de tuteur ou curateur au moment ou en cours de l'action en justice (art. 31 de la loi sur l'organisation des juridictions charaïques sunnites et jaafarites).

547. En **droit marocain**, le juge, à la demande de la personne concernée ou du ministère Public peut désigner un représentant légal pour préserver l'enfant et ses droits dans l'attente de la décision sur la garde<sup>579</sup>.

548. En **droit tunisien**, il y a aucun texte légal qui empêche le tribunal de nommer un représentant légal pour protéger les intérêts supérieurs de l'enfant dans ces procédures, mais cette pratique est peu appliquée par les juridictions tunisiennes<sup>580</sup>.

549. On rappelle que le juge de la famille doit ordonner même d'office toutes les *mesures urgentes concernant la résidence des époux, la pension alimentaire, la garde des enfants et le droit des visites* (art. 32 du CSP), donc en application de ce texte, il peut nommer un représentant légal si nécessaire pour préserver l'intérêt de l'enfant.

## (2) L'âge minimum d'agir en justice (question C.6)

550. En **droit algérien**, où la majorité est fixée à 19 ans révolus (art. 40 du Code civil), l'enfant peut engager une action en justice devant le juge civil seulement par l'intermédiaire de son représentant légal. Toutefois, le législateur à l'article 32 de la loi relative à la protection de l'enfant a donné à l'enfant en danger le droit de soumettre *une requête* au juge des mineurs. La dénonciation effectuée par l'enfant peut être reçue verbalement, suite à laquelle le juge décide une des mesures prévues par la loi.

551. En **droit libanais, devant les juridictions charaïques sunnites et jaafarites, l'article 28 de la loi sur l'organisation des juridictions charaïques sunnites et jaafarites** prévoit que la capacité d'agir en justice est assujettie à la loi de son État. Et dans tout état de cause, le tribunal doit nécessairement vérifier cette capacité (art. 29 de la loi précitée). On rappelle que le président du tribunal compétent peut nommer provisoirement un représentant en attendant la nomination d'un représentant légal dans le cas où l'incapable (tel que l'enfant) n'a pas de tuteur ou curateur au moment ou en cours de l'action en justice (art. 31 de la loi sur l'organisation des juridictions charaïques sunnites et jaafarites). Devant les *juridictions de l'ordre judiciaire, l'enfant peut porter plainte* ; cette règle découle de l'article 26 de la loi n° 422/2002 où le juge des mineurs peut intervenir « sur la base d'une plainte du mineur » sans toutefois préciser l'âge de l'enfant.

579. Informations fournies par la délégation marocaine.

580. Informations fournies par la délégation tunisienne.

552. En **droit marocain**, la règle générale est que celui qui a la capacité peut ester en justice (art. 1<sup>er</sup> du CPC marocain), par conséquent le mineur doit être représenté par l'un de ses parents ou tuteur ou le ministère Public en tant que défenseur de l'intérêt général. On note que les affaires concernant la famille sont communiquées d'office au ministère Public (art. 9, al. 2 du CPC marocain). Par exception à ce qui précède, les conjoints mariés avant l'âge de la capacité matrimoniale<sup>581</sup> prévu à l'article 19 du Code de la famille (18 ans grégoriens révolus) acquièrent la capacité civile pour ester en justice pour tout ce qui concerne les droits et obligations nés des effets résultant du mariage (art. 22 du Code de la famille).
553. On rappelle que l'âge de la majorité légale est fixé à 18 années grégoriennes révolues (art. 209 du Code de la famille). Ne jouit pas de la capacité d'exercice l'enfant qui n'a pas atteint l'âge de discernement (art. 217 du Code de la famille), sachant que l'enfant est doué de discernement lorsqu'il atteint l'âge de 12 ans grégoriens révolus (art. 214 du Code de la famille).
554. En **droit tunisien**, l'enfant ne peut engager personnellement une action en justice. En effet, l'exercice de l'action appartient à toute personne ayant qualité et capacité ; tout mineur (incapable) ne peut a priori engager personnellement une action en justice ; pour faire valoir ses droits, il est donc obligé d'agir par l'intermédiaire de son représentant légal, parent ou tuteur. Toutefois, en matière de référé et en cas de péril en la demeure, l'action peut valablement être introduite par le mineur doué de discernement (art. 19 du CPCC).

### iii) La personne en charge d'entendre l'enfant (question C.3)

555. En **droit algérien**, l'enfant est entendu par le juge des affaires familiales qui peut ordonner une enquête sociale comme l'a affirmé l'arrêt de la Cour suprême, Chambre du statut personnel du 18 mai 2005 selon lequel le juge peut se baser sur le rapport de l'assistante sociale dans l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Toutefois, le recours à l'expertise sociale est facultatif. Dans ce sens, on cite l'arrêt de la Cour suprême du 13 novembre 2011<sup>582</sup> selon lequel « le juge n'est pas contraint à recourir à l'expertise sociale dans l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant ». On note que selon l'article 425 du CPCA, le président de la section des affaires familiales exerçant les attributions du juge des référés peut ordonner la désignation d'une assistante sociale, d'un médecin expert ou avoir recours à tout service compétent en la matière.
556. En **droit libanais**, devant les juridictions charaïques, l'enfant est entendu par le juge lui-même. Pour la communauté druze, et selon l'article 47 modifié de la loi sur le statut personnel, les travailleurs sociaux et les psychologues peuvent être nommés pour résoudre les conflits entre les époux. Cet article soulève la possibilité pour ces travailleurs sociaux ou psychologues d'entendre l'enfant.
557. En **droit marocain**, l'enfant est généralement entendu par le juge d'une manière appropriée à son âge, en évitant toute pression ou influence. Le juge peut ordonner que l'enfant soit entendu par des assistants sociaux (art. 172 du Code de la famille), un médecin ou un pédopsychiatre.

581. Sous autorisation du juge de la famille.

582. Revue Judiciaire 2012/1, page 313. Informations fournies par la délégation algérienne.

558. En **droit tunisien**, quand il s'agit d'un enfant en danger, l'enfant est entendu par le juge de la famille, ou également par le délégué à la protection de l'enfance<sup>583</sup> (art. 35 du CPE), ou enfin par des spécialistes psycho-sociaux où le délégué à la protection de l'enfance est habilité « à s'aider des enquêtes sociales nécessaires pour parvenir à apprécier la réalité de la situation particulière de l'enfant » (art. 35 du CPE). Également, l'article 55 du Code de protection de l'enfant donne au juge de la famille le pouvoir d'autoriser à soumettre l'enfant à un examen médical ou psycho-clinique.

#### iv) La prise en compte de l'opinion de l'enfant dans la détermination de son intérêt supérieur (question C.4)

559. En **Algérie**, le juge prend en considération l'opinion de l'enfant dans l'appréciation de son intérêt supérieur en prenant compte des critères prévus à l'article 7 de la loi relative à la protection de l'enfant dont notamment :

- l'âge de l'enfant ;
- l'état de santé de l'enfant afin que la garde soit confiée au parent qui peut mieux s'occuper de l'enfant et satisfaire à ses besoins ;
- l'état social : le parent qui peut mieux fournir les conditions sociales adéquates pour préserver l'intégrité psychique et éducationnelle de l'enfant.

560. C'est ainsi, et dans un arrêt de la Cour suprême, Chambre des affaires familiales et des successions en date du 14 février 2013<sup>584</sup> la cour a considéré que le critère pour établir la garde de l'enfant est son intérêt supérieur et on ne prend pas uniquement en compte la volonté du mineur.

561. Au **Liban**, la prise en compte de l'opinion de l'enfant est laissée à l'appréciation du juge charaïque ou civil. On cite la position des juges religieux sur ce point en raison de leur pouvoir discrétionnaire dans l'examen des affaires de garde. Dans des jugements des *juridictions charaïques sunnites*, les juges ont recueilli l'avis des enfants qui avaient atteint l'âge de la déchéance de la garde à leur mère avant de décider de transférer la garde au père suite à leur choix. Dans ces affaires (où les juges ont demandé l'opinion des enfants), les jugements ont indiqué que la décision a été prononcée en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant (jugements du tribunal sunnite de Beyrouth du 13 mai 2010 et du 15 juin 2010, Arrêt de la Haute Cour sunnite du 5 décembre 2011). Et dans un jugement du tribunal sunnite de Beyrouth du 7 novembre 2009, où l'âge de garde à la mère n'avait pas pris fin, le tribunal était convaincu que l'intérêt supérieur de l'enfant exigeait que l'enfant reste sous la garde de sa mère après avoir entendu son opinion. Dans certains cas, les *juridictions jaafarites*, ont dépassé les âges prescrits lorsque l'enfant, à l'âge de discernement (normalement fixé à la puberté), a déclaré sa préférence pour vivre avec l'un des parents<sup>585</sup>.

583. Qui est « chargé d'une mission d'intervention préventive dans tous les cas où il s'avère que la santé de l'enfant ou son intégrité physique ou morale est menacée ou exposée à un danger dû au milieu dans lequel il vit, ou à des activités, à des actes qu'il accomplit, ou en raison des divers mauvais traitements qu'il subit et en particulier dans les situations difficiles fixées par l'article 20 du présent code » (article 30 du CPE).

584. Revue judiciaire 2014/1, page 304.

585. Voir le Human Rights Watch publication online, *Unequal and Unprotected Women's Rights under Lebanese Personal Status Laws*, op. cit. note 488.

562. Au **Maroc**, le juge évalue l'intérêt supérieur de l'enfant après avoir entendu l'enfant ou ses parents ou à travers l'enquête sociale<sup>586</sup> ou l'expertise médicale ou psychologique ou en appréciant les revenus du père ou en examinant le dossier et en ayant recours à toute autre mesure utile.
563. On rappelle que selon l'article 166 du Code de la famille, lorsque l'enfant à l'âge de quinze ans révolus choisit lequel des parents assumera sa garde, il faut nécessairement que ce choix ne soit pas incompatible avec ses intérêts.
564. En **Tunisie**, selon l'article 10 du Code de protection de l'enfant, les opinions de l'enfant doivent être prises en considération conformément à son âge et à son degré de maturité, tout en veillant à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant soit une considération majeure dans toutes les mesures prises à l'égard de l'enfant (art. 4 du CPE). Dans ce sens, on peut citer un jugement<sup>587</sup> rendu par le tribunal de première instance de Tunis le 4 janvier 2016 (affaire n° 99826)<sup>588</sup>.
565. Et dans un jugement du tribunal de première instance de Kef du 12 décembre 2017<sup>589</sup>, le tribunal a refusé la déchéance du droit de garde accordé à la mère qui s'est remarié d'un étranger. En effet, l'ex-mari prétendait que du fait de ce mariage, ses enfants vont être élevés par un non musulman ce qui pourrait influencer leur éducation religieuse.
566. Toutefois, et selon les enquêtes sociales ordonnées par le tribunal, **les enfants insistent à vivre avec leur mère**, ont de bons résultats scolaires, s'habillent bien et leur comportement est correct. De même, et à la suite de l'évaluation psychologique, l'expert a affirmé la bonne santé psychique des enfants et par conséquent, il vaut mieux qu'ils restent avec leur mère pour leur équilibre psychique.
567. Pour le tribunal, et tant que le demandeur n'a pas prouvé que les enfants sont maltraités ou négligés, il convient de rejeter la demande, l'intérêt supérieur de l'enfant étant le seul critère pour décider du droit de garde.

586. Le tribunal peut faire appel aux services d'une assistante sociale pour établir un rapport sur les conditions dans lesquelles la personne en charge de la garde subvient aux besoins de première nécessité, matériels et moraux, de l'enfant confié à sa garde (art. 172 du Code de la famille).

587. Jugement non publié, fourni par la délégation tunisienne.

588. رابطة خال ني عب ذخال عم هب كصاخلا ةيضا ضوقلا تاء اراجال يف لافطالا ءارأب ذخال نكمي نأ ىلع لفظلا ةيامح ةلجم نم 10 لصفلا صرن نثيحو...  
هحضنة ةچردو ه ن س.

غلبتي ناك... ةيضا ضوقلا يف هيلع ريح نثلا دن جو 1/7/2013 خيراتب وهف يلاتل ابيو 2001 ةنس دولوم نأ... لفظلا قذالو نومض مل عوج رلاب تبثت نثيحو  
لكاردال نم ةلوق عم قيسن لمحي وهف يلاتل ابيو ةنس 12 يلاوح رمحل نم  
جراخلا نم امه يلع باباللا قلغ عم احابص دوع نثلا اليل رداغ نثو لزنملا يف ما عطل او متقي يقش عم لكوربت متدل او نأ ءحارص لفظلا اح رص نثيحو  
...امهنو وشب مايقلل مال ءرادج مدع ىلع ليلدلا ميقت هيلع ىعدم لل ءناض حل دانس لباق امه نثلا او قبح صب نالفظلا اهاضق ي نثلا ءرتفلا نأ نثيحو  
... ءناض حل دانس ا يف يس اسأل اراي عمل ايه ىلض فل نوض حمل ءحلصم نأ يف لادج ال هنأ نثيحو

589. Disponible en arabe sur < <http://www.pointjuridique.com/2017/12/28/ىلع-عاس-يس-ات/2017/12/28/> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

## c) Le Comité des droits de l'enfant - observations générales et finales (questions B.1-B.2)

568. En **Algérie, Liban, Maroc** et **Tunisie**, les observations du Comité des droits de l'enfant ne sont pas communiquées aux magistrats<sup>590</sup>.

569. Pourtant, l'article 44 de la CNUDE prévoit que « les États parties assurent à leurs rapports une large diffusion dans leur propre pays » (art. 44, al. 6). Dans l'Observation générale n° 5 (2003)<sup>591</sup>, le Comité des droits de l'enfant a recommandé aux États parties de diffuser largement ses Observations générales, une recommandation réaffirmée à titre d'exemple dans son observation n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale<sup>592</sup>. Il a ainsi recommandé aux États parties de diffuser cette observation « auprès des parlements, des gouvernements et de l'appareil judiciaire, aux niveaux national et local ». L'observation « devrait en outre être portée à la connaissance [...] de tous les groupes professionnels travaillant pour ou avec des enfants (notamment les juges [...]). À cette fin, l'Observation générale devrait être traduite dans les langues pertinentes, des versions appropriées et adaptées aux enfants devraient être produites, et des conférences, des séminaires, des ateliers et d'autres manifestations devraient être organisés pour échanger des données sur les meilleures pratiques pour sa mise en œuvre. Elle devrait de plus être intégrée dans la formation initiale et en cours d'emploi de tous les groupes professionnels et personnels techniques concernés »<sup>593</sup>.

570. Quoiqu'il en soit, des observations ont été formulées par le Comité de la CNUDE concernant l'intérêt supérieur de l'enfant, l'enlèvement et la garde d'enfants.

571. Concernant **l'Algérie**, le Comité<sup>594</sup> a relevé avec satisfaction que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant a été consacré dans nombre de textes : « Toutefois, il s'inquiète de ce que ce principe général de l'intérêt supérieur de l'enfant n'ait pas été incorporé dans toutes les lois concernant les enfants et ne soit par conséquent pas systématiquement appliqué dans toutes les procédures administratives et judiciaires, ni dans l'ensemble des politiques et programmes concernant les enfants »<sup>595</sup>.

572. Le Comité a invité instamment « l'État partie à redoubler d'efforts pour que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant soit dûment intégré et constamment appliqué dans toutes les procédures législatives, administratives et judiciaires, ainsi que dans l'ensemble des politiques, programmes et projets présentant un intérêt et ayant des conséquences pour les enfants. À cet égard, l'État partie est encouragé à élaborer des procédures et des critères permettant de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant dans tous les domaines et à les porter à la connaissance des organismes de protection sociale publics ou privés, des tribunaux, des autorités administratives et des organes législatifs. Tous les jugements et décisions judiciaires

590. Informations fournies par les délégations. Toutefois, la délégation tunisienne a précisé que généralement la ratification de l'État tunisien d'un traité international est suivie de séminaires et d'ateliers de travail par des spécialistes dans le domaine pour exposer les dispositions du traité ainsi que les rapports relatifs.

591. Voir l'Observation générale n° 5 (2003), *op. cit.* note 96, paragraphe 77.

592. Voir l'Observation générale n° 14 (2013), *op. cit.* note 105.

593. *Ibid.*, paragraphe 100.

594. Le Comité a examiné les troisième et quatrième rapports périodiques de l'Algérie soumis en un seul document le 8 juin 2012, et a adopté le 15 juin 2012, les observations finales en la matière (CRC/C/DZA/CO/3-4) disponibles sur internet < [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org) > sous « Droits de l'homme par pays », puis « Algérie », puis « état de rapport » et, ensuite « CRC-Convention sur les droits des enfants » (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

595. *Ibid.*, paragraphe 31.

et administratifs devraient également être fondés sur ce principe, et indiquer les critères utilisés en l'espèce pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant »<sup>596</sup>.

573. Également, le Comité a relevé que « le droit de l'enfant d'être entendu dans toutes les procédures judiciaires et administratives demeure largement inappliqué »<sup>597</sup>. Ainsi, il « (...) attire l'attention de l'État partie sur son Observation générale n° 12 (2009) sur le droit de l'enfant d'être entendu »<sup>598</sup>.

574. Quant à la garde, « le Comité exprime de nouveau sa préoccupation face aux difficultés que pose l'application des décisions de justice concernant la garde et les droits de visite des enfants algériens dont l'un des parents vit hors d'Algérie et face à la fréquence des cas d'enlèvement d'enfants de mariages mixtes »<sup>599</sup>.

575. « Le Comité recommande de nouveau à l'État partie de prendre toutes les mesures propres à prévenir et empêcher les déplacements et non-retours illicites d'enfants et à faire en sorte que les décisions de justice concernant la garde et les droits de visite soient convenablement et rapidement exécutées. Il recommande en outre à l'État partie de renforcer le dialogue et la consultation avec les pays concernés, notamment ceux avec lesquels il a signé un accord en matière de garde ou de droit de visite, et de ratifier la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (1980) »<sup>600</sup>.

576. Concernant **le Liban**, et compte tenu de son observation générale no 14 (2013)<sup>601</sup>, sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordial, le Comité a recommandé « à l'État partie de redoubler d'efforts pour que ce droit soit bien pris en compte et interprété et appliqué systématiquement dans toutes les procédures et décisions législatives, administratives et judiciaires, ainsi que dans l'ensemble des politiques, des programmes et des projets qui ont des incidences sur les enfants. À cet égard, l'État partie est encouragé à définir des procédures et des critères propres à aider et à former toutes les personnes compétentes afin qu'elles soient en mesure de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant dans tous les domaines et à en faire une considération primordiale »<sup>602</sup>.

577. Par ailleurs, le Comité a recommandé à l'État partie, conformément à son observation générale no 12 (2009)<sup>603</sup> sur le droit de l'enfant d'être entendu de « [c]ontinuer de prendre des mesures pour garantir la mise en œuvre effective de la législation reconnaissant le droit de l'enfant d'être entendu dans les procédures judiciaires et administratives qui le concernent, notamment en mettant en place les mécanismes et/ou procédures voulus pour garantir le respect de ce principe par les travailleurs sociaux et les tribunaux »<sup>604</sup>.

578. Concernant **le Maroc**, et pour ce qui est du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, « L'État partie est encouragé à définir des procédures et des critères destinés à guider toutes les personnes investies d'une

596. *Ibid.*, paragraphe 32.

597. *Ibid.*, paragraphe 35.

598. *Ibid.*, paragraphe 36.

599. *Ibid.*, paragraphe 50.

600. *Ibid.*, paragraphe 51.

601. *Op. cit.* note 105.

602. Le Comité a examiné le rapport du Liban valant quatrième et cinquième rapports périodiques (CRC/C/LBN/4-5) les 18 et 19 mai 2017, et a adopté les observations finales le 2 juin 2017. Disponible en ligne sur < [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org) > sous « Droits de l'homme par pays », puis « Liban », puis « état de rapport » et, ensuite « CRC-Convention sur les droits des enfants ». (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018), paragraphe 15.

603. *Op. cit.* note 118.

604. Voir les observations finales du 2 juin 2017, note 602 paragraphe 16.

autorité pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant dans chaque domaine et lui attribuer le poids voulu en tant que considération primordiale »<sup>605</sup>.

579. Concernant **la Tunisie**, le Comité a soulevé la question du droit de garde dans ses observations finales du 11 juin 2010<sup>606</sup> où il a noté « qu'aux termes de l'article 58 du Code du statut personnel, le titulaire du droit de garde de sexe féminin doit être non marié et que le titulaire du droit de garde de sexe masculin doit avoir à sa disposition une femme qui assure les charges de la garde, ce qui pourrait être incompatible avec le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant »<sup>607</sup>.

580. Il a par ailleurs soulevé le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant où il a recommandé « à l'État partie de prendre toutes les mesures propres à assurer l'intégration adéquate du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes les dispositions juridiques et sa mise en pratique dans les décisions judiciaires et administratives et dans les programmes, projets et services ayant un impact sur les enfants, conformément à l'article 3 de la Convention »<sup>608</sup>.

## 3. La résolution des conflits à l'amiable

581. Il s'agit dans cette section de déterminer la mise en œuvre des accords parentaux en matière de garde et de contact et comment l'intérêt supérieur de l'enfant est assuré (a) ainsi que d'envisager la possibilité de désigner un point de contact central en matière de médiation familiale transfrontalière dans les États concernés (b).

### a) La mise en œuvre des accords parentaux en matière de garde et de contact et l'intérêt supérieur de l'enfant (question D.1)

582. En **droit algérien**, selon l'article 444 du Code de procédure civile et administrative, le juge peut prendre en considération les arrangements dont les époux sont convenus lorsqu'il ordonne des mesures provisoires. Le juge devrait veiller à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant ait été respecté dans ces accords. Ainsi, par exemple, il peut intervenir :

- dans le cas d'un accord sur le partage de la garde où le juge se fonde sur le principe de non partage et, exceptionnellement, il accepte la garde partagée (ou alternée) quand elle est dans l'intérêt de l'enfant ;
- dans le cas de renonciation au droit de garde. Cette hypothèse est valable tant que cette renonciation ne compromet pas l'intérêt de l'enfant (art. 66 du Code de la famille). C'est ainsi qu'il a

605. Le Comité a examiné les troisième et quatrième rapports périodiques du Maroc soumis en un seul document le 3 septembre 2014, et a adopté les observations finales le 19 septembre 2014 (CRC/C/MAR/CO/3-4), disponible en ligne sur < www.ohchr.org > sous « Droits de l'homme par pays », puis « Maroc », puis « état des rapports » et, ensuite « CRC-Convention sur les droits des enfants » (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

606. CRC/C/TUN/3, disponible en ligne sur < www.ohchr.org > sous « Droits de l'homme par pays », puis « Tunisie », puis « état de rapport » et, ensuite « CRC-Convention sur les droits des enfants » (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

607. *Ibid.*, paragraphe 30.

608. *Ibid.*, paragraphe 31.

été jugée irrecevable l'action en renonciation de la garde de l'enfant, la mère n'ayant pas apporté la preuve qu'il existe une autre personne capable de l'assurer<sup>609</sup>.

583. Ainsi, l'accord peut être contraire aux intérêts de l'enfant et c'est pourquoi le juge reste la seule autorité compétente pour décider qui bénéficie du droit de garde de l'enfant<sup>610</sup>.
584. En **droit libanais**, devant les *juridictions sunnites*, les accords parentaux en matière de garde et de contact sont reconnus par le règlement n° 46. Toutefois, l'accord n'interdit pas au parent intéressé de demander l'application des dispositions charaïques de la garde (art. 26). Il en est de même pour la visite (art. 32).
585. Dans un jugement rendu le 13 avril 2010, le tribunal sunnite de Beyrouth a refusé d'accorder la garde à la mère, en se fondant sur l'accord de divorce entre les conjoints<sup>611</sup>. Le tribunal jaafarite de Baabda a également refusé d'accorder la garde à la mère qui « a renoncé à son droit de garde en contrepartie du divorce » alors même que l'enfant n'ait pas atteint sa première année (jugement du 15 mars 2010)<sup>612</sup>.
586. Quant aux *juridictions ecclésiastiques*, et dans un jugement rendu le 3 août 2008, le *tribunal syriaque orthodoxe* a accordé la garde au père du fait que la mère a renoncé à son droit de garde<sup>613</sup>.
587. Inversement, et selon la loi n° 58 du 17 octobre 2017<sup>614</sup> qui a modifié la loi sur le statut personnel de la *communauté druze*, la renonciation au droit de garde n'est pas admissible, ce droit n'étant pas levé qu'en cas d'empêchements charaïques et légaux (art. 64 modifié).
588. En **droit marocain**, le juge de la famille approuve l'accord des parents concernant la garde et la visite à moins que cet accord ne contienne une clause jugée contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans ce cas, il modifie les clauses de l'accord<sup>615</sup>.
589. Les deux époux peuvent en effet se mettre d'accord sur le principe de mettre fin à leur union conjugale, soit sans conditions, soit avec conditions, sous réserve que celles-ci ne soient pas incompatibles avec les dispositions du Code de la famille et ne portent pas préjudice aux intérêts des enfants. En cas d'accord, la demande de divorce est assortie d'un document établissant ledit accord aux fins d'obtenir l'autorisation de l'instrumenter (art. 114 du Code de la famille).
590. Les parents peuvent par ailleurs convenir, dans un accord, de l'organisation de la visite et le communiquent au tribunal qui en consigne le contenu dans la décision accordant la garde (art. 181 du Code de la famille).

609. M. Djennad, *Les droits de l'enfant en Algérie*, Mémoire, D.E.S. 2006, disponible sur internet < [http://www.memoireonline.com/02/07/359/m\\_les-droits-de-l-enfant-en-algerie8.html](http://www.memoireonline.com/02/07/359/m_les-droits-de-l-enfant-en-algerie8.html) > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

610. G. Parolin, *Rapport de recherche*, *op. cit.* note 34, page 87 (version française).

611. Voir le Human Rights Watch publication online, *Unequal and Unprotected Women's Rights under Lebanese Personal Status Laws*, *op. cit.* note 488.

612. *Ibid.*

613. *Ibid.*

614. *Op. cit.* note 536.

615. Informations fournies par la délégation marocaine.

591. En cas de désaccord entre le père et la mère, le tribunal fixe, dans la décision accordant la garde, les périodes de visite et en précise le temps et le lieu de manière à prévenir, autant que possible, les manœuvres frauduleuses dans l'exécution de la décision.
592. À cet effet, le tribunal prend en considération les conditions particulières de chaque partie et les circonstances propres à chaque affaire (art. 182 du Code de la famille).
593. En **droit tunisien**, le législateur a consacré le principe de l'autonomie de la volonté où les parties sont libres de décider ce qu'elles vont conclure comme engagement à condition de respecter la loi<sup>616</sup> et n'être pas contraire à l'ordre public. Ainsi, les juridictions tunisiennes admettent les accords entre les parties concernant la garde à l'exception de celles contraires à l'ordre public familial. Le juge intervient lorsqu'il se rend compte que l'accord est manifestement contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant, mais aussi dans d'autres cas où l'obligation est contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou à la loi.
594. Par ailleurs, au cours de la période de conciliation<sup>617</sup>, le juge de la famille doit ordonner même d'office toutes les mesures urgentes concernant notamment la garde des enfants par ordonnance exécutoire sur minute. Toutefois, les parties peuvent s'entendre à renoncer expressément à ces mesures à condition que cette renonciation ne nuise pas à l'intérêt des enfants mineurs (art. 32 du CSP).
595. On rappelle que l'intérêt supérieur de l'enfant « doit être une considération majeure » (art. 4 du CPE), principe qui a une valeur constitutionnelle en Tunisie. Le juge donne à l'enfant l'occasion pour exprimer ses opinions conformément à l'article 10 du Code de protection de l'enfant afin d'évaluer réellement son intérêt supérieur.

## **b) La possibilité de désigner un point de contact central pour la médiation familiale internationale<sup>618</sup> (question D.2)**

596. Le **droit algérien** ne prévoit pas la médiation familiale<sup>619</sup>, à l'exception de la médiation prévue dans la Convention Algérie-France de 1988<sup>620</sup>. Pour les autres cas, le point de contact pourrait être établi au sein du ministère de la Justice en liaison avec le ministère Public garant de l'ordre public.
597. Au **Liban**, le point de contact central en matière de médiation familiale transfrontalière peut être situé au sein du département des mineurs du ministère de la Justice.

616. En vertu de l'article 67 du Code des obligations et des contrats, l'obligation fondée sur une cause illicite est non avenue quand elle est contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou à la loi.

617. Il s'agit de trois audiences de conciliation dont l'une ne doit pas être tenue moins de 30 jours après celle qui la précède (art. 32 du CSP).

618. Les « **Principes pour la mise en œuvre de structures de médiation dans le cadre du Processus de Malte** » (*supra* note 36) demandent la mise en place d'un « Point de contact central pour la médiation familiale internationale » dans chaque pays chargé de faciliter la fourniture d'information sur les services de médiation familiale disponibles, l'accès à la médiation et autres informations s'y rapportant, y compris des informations relatives à l'accès à la justice. Voir *supra* introduction paragraphe 12.

619. Informations fournies par la délégation algérienne.

620. *Supra* note 18.

598. Au **Maroc**, il existe effectivement une unité centrale de communication, de médiation et de coopération internationale au sein du ministère de la Justice<sup>621</sup>. Cette unité peut être désignée en tant que point de contact central en matière de médiation familiale transfrontalière.

599. En **Tunisie**, le point de contact central en matière de médiation familiale internationale peut être situé au sein du ministère de la Justice. Il convient de noter que « [l]e ministère de la Justice est l'autorité centrale tunisienne au sens de l'article 6 de la convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants... » (article 1<sup>er</sup> du décret gouvernemental n° 2017-1209 du 7 novembre 2017, portant désignation de l'autorité centrale prévue par la convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, conclue le 25 octobre 1980 à La Haye)<sup>622</sup>. En outre, il convient de noter que dans le cas d'accords bilatéraux, il est institué des commissions comme c'est le cas de la Convention bilatérale Tunisie-Belgique<sup>623</sup> où la coopération, selon les termes de l'article 3 de la Convention, est assurée pour la Tunisie par le ministère de la Justice (Direction des affaires civiles).

## 4. Le déplacement et le non-retour illicites transfrontaliers

600. Cette section traite les recours et mécanismes disponibles en cas de déplacement et de non-retour illicites transfrontaliers (a), ainsi que les procédures en la matière (b).

### a) Les recours disponibles / mécanismes applicables (questions E.1-E.2)

601. **L'Algérie** est liée en matière de garde par un accord bilatéral afin de sauvegarder en priorité l'intérêt des enfants issus de couples mixtes<sup>624</sup>, à savoir la **Convention bilatérale Algérie-France**<sup>625</sup>. Cette convention a prévu des mesures de protection judiciaires et administratives et désigné les ministères de la Justice comme autorités centrales chargées de satisfaire aux obligations définies dans la convention pour prendre toutes les mesures appropriées telles que la recherche du lieu de l'enfant et faciliter l'exercice effectif du droit de visite (art. 1 et 2)<sup>626</sup>. L'article 6 prévoit que toute décision judiciaire rendue par les juridictions des parties contractantes et statuant sur la garde de l'enfant attribue un droit de visite y compris transfrontière à l'autre parent, et tout refus opposé par le parent à l'exercice effectif du droit de visite interne ou transfrontière accordé par décision judiciaire l'expose aux poursuites pénales pour non-représentation d'enfants (art. 7).

621. Informations fournies par la délégation marocaine.

622. Décret gouvernemental n° 2017-1209 du 7 novembre 2017, portant désignation de l'autorité centrale prévue par la convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, conclue le 25 octobre 1980 à La Haye. Disponible en français sur <<http://legislation-securite.tn/node/56573>> et en arabe sur [http://legislation-securite.tn/node/56573?secondlanguage=ar&op=OK&form\\_build\\_id=form0758bd34f2e-487b1f1b69ebb1431cb83&form\\_id=dcaf\\_multilanguage\\_form\\_render](http://legislation-securite.tn/node/56573?secondlanguage=ar&op=OK&form_build_id=form0758bd34f2e-487b1f1b69ebb1431cb83&form_id=dcaf_multilanguage_form_render)> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

623. *Supra* note 30.

624. Information fournie par la délégation algérienne. Voir la liste de conventions bilatérales *supra*, page 7.

625. *Supra* note 18. Cette Convention ne s'applique qu'aux enfants issus de parents dont l'un a la nationalité française et l'autre la nationalité algérienne (la notion de bi-nationalité étant interprétée de manière restrictive par l'autorité centrale algérienne, laquelle considère un « binational » français-algérien comme un ressortissant algérien), et exclut de son domaine d'application les enfants naturels.

626. Il est important de noter que les mesures de protection judiciaires ou administratives concernant la personne d'un mineur ressortissant exclusif de l'un des deux États sont prises après consultation du consulat compétent de cet État (art. 4).

602. En effet, dans les hypothèses d'enfants déplacés d'un pays vers l'autre sans le consentement de l'un des deux parents, cette convention met en œuvre une étroite collaboration entre les autorités centrales, afin notamment de faciliter toute solution amiable pouvant assurer la remise de l'enfant, favoriser l'exercice effectif du droit de visite, permettre la remise de l'enfant au demandeur lorsque l'exécution de la décision est accordée. Selon cette convention, et dans le souci de garantir à l'enfant la possibilité de pouvoir entretenir des relations avec chacun de ses deux parents, la décision statuant sur la garde du mineur dont il est demandé la reconnaissance à l'étranger doit prévoir, au profit du parent chez lequel l'enfant ne vit pas, un droit de visite transfrontière. Cet accord tend également à faciliter l'obtention de l'exequatur simplifié des dispositions relatives au droit de visite, afin de garantir le retour effectif de l'enfant à l'issue de la période de visite auprès du parent chez lequel l'enfant ne réside pas habituellement.
603. Reste enfin qu'à défaut d'une convention bilatérale, les dispositions de la CNUDE restent valables, les autorités algériennes veillant à résoudre les conflits transfrontaliers en matière de garde conformément à la convention, sous réserve que l'éducation de l'enfant se fait dans la religion de son père (Déclaration interprétative de l'Algérie sur la Convention).
604. Par ailleurs, le déplacement et le non-retour illicites sont considérés comme des infractions pénales en vertu des articles 327 et 328 du Code pénal.
605. En **droit libanais**, on applique les dispositions des conventions bilatérales quand elles existent. On cite à cet égard la **Convention bilatérale Liban-France**<sup>627</sup> qui institue une commission mixte consultative composée de représentants des ministères de la Justice, de l'Intérieur et des Affaires étrangères de chacun des deux États parties, et un coordinateur désigné par chacune d'entre elles, chargé d'assurer le suivi des travaux de la commission et la liaison avec l'autre partie.
606. Cet accord ne met pas en place de procédure judiciaire, mais définit les attributions de la commission, instance de concertation, de coordination et de consultation, qui doit prendre les dispositions permettant :
- d'aider à la conciliation des parties, en vue de faciliter le retour de l'enfant déplacé illicitement ou l'exercice du droit de visite du parent qui n'en a pas la garde ;
  - d'assurer l'information des parents sur la localisation, la situation matérielle et morale des enfants et sur l'état des procédures en cours.
  - de faciliter la circulation des enfants et des parents entre les deux territoires en vue d'assurer l'exercice effectif du droit pour chaque enfant d'entretenir avec ses parents des relations directes et personnelles.
  - de faciliter l'obtention de visas ou de permis de sortie.
  - de veiller à promouvoir une coopération étroite entre les autorités compétentes des deux parties (art. 4).

627. *Supra* note 25. On cite également la Convention bilatérale Liban-Suisse, note 26 *supra*.

607. Il convient de noter que le Liban a adopté une **loi sur la médiation judiciaire le 10 octobre 2018**<sup>628</sup>, qui s'applique à tous les types de litiges dans lesquels la conciliation est possible à condition de ne pas être contraire à l'ordre public et les lois impératives (art. 2) ; la confidentialité, l'impartialité, et l'indépendance sont garanties aux parties (art. 16 et suivants).
608. Quant aux *juridictions communautaires*, la *juridiction ecclésiastique* dans les affaires relevant de sa compétence, et en cas d'urgence, peut interdire le défendeur de voyager (art. 21 de la loi du 2 avril 1951 relative à la compétence des juridictions confessionnelles des communautés non musulmanes).
609. Enfin, l'article 495 du Code pénal punit celui qui enlève ou détourne, même avec son consentement un mineur n'ayant pas accompli 18 ans, en vue de le soustraire à l'autorité de la personne investie de l'autorité paternelle ou du droit de garde. Et l'article 496 punit le père, la mère ou toute autre personne qui nonobstant l'ordre du juge, a différé ou refusé de représenter un mineur de moins de 18 ans.
610. En **droit marocain**, les tribunaux marocains appliquent les conventions internationales en la matière notamment la **Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants**<sup>629</sup> et procèdent d'urgence en vue du retour de l'enfant illicitement déplacé au lieu de sa résidence habituelle. Les procédures de demande de renvoyer l'enfant chez le parent qui se trouve en dehors du territoire national sont suivies et exécutées par les autorités centrales du Ministère de la justice marocaine par le biais du ministère Public territorialement compétent.
611. Dans un arrêt de la cour d'appel de Rabat du 28 septembre 2015<sup>630</sup>, il a été décidé que le déplacement de l'enfant loin de l'autre parent lui fait subir un dommage certain, sa présence près de ses parents même en cas de rupture de la relation conjugale pour s'occuper de ses affaires lui est bénéfique moralement et matériellement. La demande a toujours un caractère urgent et par conséquent le juge des référés est compétent pour prendre toute mesure provisoire afin de garantir l'exercice du droit.
612. L'un des objectifs de la Convention de La Haye de 1980 - qui a une primauté sur la législation nationale dès sa publication selon la Constitution marocaine - est d'assurer le retour immédiat des enfants qui ont été déplacés illicitement et ce retour immédiat rentre dans la compétence du juge des référés.
613. Conformément à l'article 19 de la Convention de La Haye de 1980, une décision sur le retour de l'enfant n'affecte pas le fond du droit de garde. Le retour de l'enfant dans sa résidence habituelle ne constitue pas une approbation ou une déchéance de la garde, mais plutôt une procédure visant à restaurer la situation telle qu'elle était avant le déplacement.
614. Le déclenchement de l'action par le ministère Public dans le cadre de la Convention le rend partie principale et ne contrevient pas avec son statut de défenseur de l'intérêt général du fait que l'article 6 de la Convention autorise les États contractants à désigner une autorité centrale chargée de satisfaire aux obligations qui lui sont imposées par la Convention.

628. Loi sur la médiation judiciaire du 10 octobre 2008 est accessible sur le site internet < <https://www.lp.gov.lb/Resources/Files/b5f5680b-8084-4dd4-a282-b34d3faca47a.pdf> > (dernière consultation le 31 décembre 2018).

629. *Supra* note 2.

630. Information fournie par la délégation marocaine.

615. Le Maroc est par ailleurs lié par des conventions bilatérales comme c'est le cas de la **Convention bilatérale Maroc-France**<sup>631</sup>, qui consacre son chapitre III aux questions liées à la garde des enfants et au droit de visite.
616. S'agissant des déplacements illicites d'enfants, la convention est destinée à s'appliquer à tout enfant ressortissant de l'un des deux États signataires. Elle entrée en vigueur le 13 mai 1983, elle repose sur les deux mécanismes suivants :
- la remise immédiate dans le lieu de résidence habituelle de l'enfant auprès du parent qui en a la garde juridique ou réelle ;
  - l'exequatur de la décision de justice fixant le domicile de l'enfant et attribuant l'autorité parentale.
617. La convention impose que toute demande de remise judiciaire d'un enfant soit présentée par la voie des autorités centrales.
618. Lorsque l'Autorité centrale est requise par son homologue aux fins d'obtenir le retour d'un enfant illicitement déplacé ou retenu sur son territoire, elle doit contacter immédiatement le parquet territorialement compétent. Il revient à ce dernier de prendre toutes mesures appropriées pour assurer la remise volontaire de l'enfant. En cas de refus, il saisira le tribunal, qui doit statuer en urgence, afin, soit d'obtenir l'exécution sur son territoire d'une décision exécutoire rendue dans l'autre pays, soit de faire statuer sur la demande de remise de l'enfant. La convention fait également obligation au juge de surseoir à statuer sur toute demande relative au fond du droit de garde, dont il serait saisi, jusqu'à intervention d'une décision définitive sur la demande de remise. Les exceptions prévues au retour immédiat de l'enfant sont :
- le fait, pour la personne à qui la garde avait été confiée, de ne pas l'exercer effectivement ou de bonne foi,
  - le risque grave pour la santé ou la sécurité de l'enfant, en raison de la survenance d'un événement de gravité exceptionnelle depuis l'attribution de la garde.
619. Il convient de noter qu'il n'est pas prévu d'exception au retour en relation avec l'âge et le degré de maturité de l'enfant, ni d'exception liée à l'intégration du mineur dans son nouveau milieu compte tenu de l'écoulement du temps.
620. Dans les cas où aucune convention (multilatérale ou bilatérale) n'est applicable, et selon l'article 177 du Code de la famille, le père, la mère et les proches parents de l'enfant soumis à la garde et tous tiers doivent aviser le ministère Public de tous les préjudices auxquels l'enfant serait exposé, afin qu'il prenne les mesures qui s'imposent pour préserver les droits de l'enfant, y compris la demande de la déchéance de la garde.
621. Selon l'article 179 du Code de la famille, « *Le tribunal peut, à la demande du ministère Public ou du représentant légal de l'enfant soumis à la garde, prévoir, dans la décision accordant la garde, ou par une décision ultérieure, l'interdiction que l'enfant soit emmené en voyage à l'extérieur du Maroc sans l'accord de son représentant légal* ».

631. *Supra* note 28.

622. Le ministère Public est chargé de notifier aux autorités compétentes la décision d'interdiction, afin que les mesures nécessaires soient prises pour en assurer l'exécution.
623. En cas de refus du représentant légal de donner son accord pour emmener l'enfant en voyage à l'extérieur du Maroc, le juge des référés peut être saisi en vue d'obtenir une autorisation à cet effet.
624. Il convient de noter que le **Code pénal** marocain<sup>632</sup> prévoit l'infraction de non-représentation d'enfant à l'article 476 et suivants.
625. En **droit tunisien**, les autorités tunisiennes sont liées par la **Convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants de 1980**<sup>633</sup> depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2017, et par conséquent ses dispositions s'appliquent pleinement.
626. Quant aux conventions bilatérales, on peut citer à cet égard les dispositions de la **Convention bilatérale France-Tunisie**<sup>634</sup> où les autorités centrales prennent toute mesure propre à assurer la remise volontaire des enfants ou à faciliter une solution amiable. Elles font prendre dans les cas d'urgence toute mesure provisoire qui semble utile pour prévenir de nouveaux dangers pour l'enfant (art. 6). Aux termes de l'article 11, le juge de l'État où l'enfant a été déplacé ou retenu doit ordonner, à titre conservatoire, la remise immédiate de l'enfant, à moins que la personne qui a déplacé ou retenu l'enfant, n'établisse : i) qu'à l'époque de la violation invoquée, a personne à qui la garde avait été confiée avant le déplacement n'exerçait pas effectivement ou de bonne foi le droit de garde sur l'enfant ou, ii) que la remise de l'enfant serait de nature à mettre gravement en cause sa santé ou sa sécurité en raison de la survenance d'un événement de gravité exceptionnelle depuis l'attribution de la garde.
627. Dans les cas où aucune convention n'est applicable, l'article 62 du Code du statut personnel s'appliquera selon lequel le père ne peut sortir l'enfant du lieu de résidence de la mère qu'avec son consentement tant qu'elle conserve le droit de garde à moins que l'intérêt de l'enfant n'exige le contraire (art. 62 du CSP). Celui des parents qui a la garde ne peut pas empêcher l'autre parent « d'exercer son droit de visite et de contrôle sur l'enfant ». Le juge de la famille statue sur la demande d'exercice du droit de visite selon les procédures en référé (art. 66 du CSP). Par ailleurs, celui qui a la garde serait déchu de son droit en cas de changement de résidence et son installation à une distance qui empêche le tuteur d'accomplir ses devoirs (art. 61 du CSP). Le juge de la famille pourrait également être saisi en considérant que l'enfant est en danger (notamment du fait qu'il est privé de s'entretenir avec l'un des parents) et prendrait les mesures nécessaires de l'article 59 du Code de protection de l'enfant. Le déplacement et le non-retour illicites (délit) pourraient être une raison justifiée pour déchoquer le parent fautif de son droit de garde ou de restreindre le droit de visite et de prendre des mesures préventives sur l'interdiction de voyage au parent fautif.

632. Voir la loi n° 1-59-413 du 28 Joumada II 1382 (26 novembre 1962) portant approbation du texte du Code pénal, version consolidée en date du 15 décembre 2016. Disponible sur internet < <http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/fr/Nouveautes/code%20penal.pdf> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

633. *Supra* note 2.

634. *Op. cit.* note 31.

## b) Les procédures

### i) Le délai (questions E.4-E.6)

628. En **droit algérien**, il est difficile sinon impossible de déterminer une durée moyenne de ces procédures notamment en l'absence d'une convention internationale. Il s'agit de cas par cas dont la durée varie entre un et cinq mois ou même plus qu'un an.
629. En cas d'urgence, le parent qui craint que son enfant soit emmené à l'étranger peut saisir le président de la section des affaires familiales qui exerce les attributions du juge des référés (art. 425 du CPCA) pour empêcher l'enfant de quitter le territoire algérien.
630. En **droit libanais**, devant les *juridictions charaïques sunnites*, il n'y a pas de procédures accélérées spécifiques en la matière. Toutefois, on peut recourir aux procédures générales de référé relatives à la garde et la visite (art. 35 du règlement n° 46). Devant les *juridictions de l'ordre judiciaire*, et en l'absence d'une convention internationale, il n'y a pas également des procédures spécifiques. Toutefois, le traitement des affaires de protection est rapide en vertu de l'article 26 de la loi n° 422/2002, le juge pouvant prendre des mesures protectrices au profit de l'enfant en danger.
631. En **droit marocain**, l'organisation judiciaire marocaine ainsi que les dispositions de la Convention de La Haye de 1980 permettent de soumettre de telles affaires au juge des référés pour assurer « le retour immédiat » de l'enfant (art. 7 de la Convention). La durée ne peut pas dépasser un mois dans la plupart des cas<sup>635</sup>.
632. En l'absence d'une convention internationale applicable, le juge des référés est compétent en vertu de l'urgence pour ordonner toute mesure conservatoire, que le litige soit ou non engagé devant le juge du fond (art. 149 du CPC marocain) pour protéger l'enfant d'un préjudice certain et préserver son intérêt supérieur.
633. Dans un jugement du tribunal de première instance de El Jadida du 5 novembre 2014<sup>636</sup>, l'arrestation du père qui a déplacé illicitement ses filles qui vivaient en France au Maroc, dont l'une suivait ses études et l'autre suivait un traitement d'une maladie cardiaque chronique et d'un retard mental, justifie la saisie du juge des référés pour assurer leur retour dans leur résidence habituelle et les remettre à leur mère.
634. Et dans un jugement du tribunal de première instance de Témara du 9 juillet 2015<sup>637</sup>, le jugement étranger qui attribue la garde à la mère acquiert la force de chose jugée. La séparation de l'enfant de sa mère justifie la saisie du juge des référés. Le refus du père de représenter l'enfant à sa mère titulaire du droit de garde dans sa résidence habituelle en Allemagne, a pour effet de priver l'enfant de l'affection de sa mère, cette gravité nécessite l'intervention du juge des référés vu l'urgence afin de protéger un droit et remettre l'enfant à sa mère dans sa résidence habituelle en Allemagne.

635. Informations fournies par la délégation marocaine.

636. Jugement non publié, fourni par la délégation marocaine.

637. *Ibid.*

635. Enfin, dans un arrêt de la cour d'appel de « Al Hoceïma » du 9 avril 2013<sup>638</sup>, le déplacement des enfants par leur père de leur lieu de résidence habituelle aux Pays-Bas vers le Maroc pour les confier à des personnes qui n'ont pas de vocation est un acte illicite qui cause un préjudice aux enfants suite à la privation de l'affection de leur mère. Par conséquent, et compte tenu de l'urgence, la demande de référé est fondée pour assurer la sauvegarde des droits d'autant plus qu'il a été constaté que le père est aux Pays-Bas.
636. En **droit tunisien**, on applique les dispositions des conventions multilatérales (telles que la Convention de La Haye de 1980 en vigueur en Tunisie depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2017) ou bilatérales, comme c'est le cas de la **Convention bilatérale France-Tunisie**<sup>639</sup>.
637. En cas d'inexistence de telles conventions, on applique le droit commun qui prévoit les procédures en référé, et en cas d'un enfant en danger, le juge de la famille prend les mesures de l'article 59 du Code de protection de l'enfant.
638. La décision revêt généralement un caractère d'urgence comme le maintien de l'enfant ou l'attribution de garde temporaire à l'une des parties ou l'interdiction de voyage en application de l'article 32 du CSP<sup>640</sup>.

## ii) La garantie de contact entre parent et enfant (question E.7)

639. En **Algérie**, il existe des procédures judiciaires spéciales pour ceux qui veulent garantir le contact transfrontalier comme c'est le cas des dispositions de la **Convention bilatérale France-Algérie**<sup>641</sup>. Dans les autres affaires qui ne sont pas réglées par une convention, les tribunaux algériens sont la seule autorité compétente pour reconnaître des décisions étrangères<sup>642</sup>. Les parents du même sexe ou adoptifs sont les seules exceptions qui peuvent être invoquées pour refuser la reconnaissance d'une décision étrangère en matière de contact, exceptions perçues comme contraires à l'ordre public et à la moralité de la société algérienne<sup>643</sup>.
640. Au **Liban**, devant les *juridictions sunnites*, le contact entre le parent et l'enfant est garanti par la procédure du droit de visite. Quant à la *Communauté druze*, parmi les modifications les plus significatives à la loi sur le statut personnel de la communauté druze figure l'établissement légal du droit de visite. Ainsi, le parent qui a la garde ne peut pas empêcher l'autre parent du droit de visite, et en cas de désaccord sur les dates et lieu de visite, il revient au juge de les fixer en tenant compte de l'intérêt de l'enfant, à condition que la visite soit au moins une fois par semaine (art. 64 modifié du CSP libanais).
641. Au **Maroc**, étant partie à la Convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants de 1980, on applique pleinement les dispositions en la matière.

638. *Ibid.*

639. *Supra* note 31.

640. Informations fournies par la délégation tunisienne.

641. Voir *supra* note 18. Aussi G. Parolin, *Rapport de recherche*, *op. cit.* note 34, page 101 (version française).

642. Sur ce point, voir *infra* Partie 2, B, 5.

643. G. Parolin, *Rapport de recherche*, *op. cit.* note 34, page 102 (version française).

642. Il convient de noter qu'aucune suite ne pourra être donnée à la demande d'autorisation pour emmener l'enfant en voyage à l'étranger, s'il n'est pas assuré que le voyage projeté revêt un caractère temporaire et que le retour de l'enfant au Maroc, pays de résidence habituelle, est garanti (art. 179 du Code de la famille).
643. Au cas où le déplacement et le non-retour se sont produits, il n'existe pas de procédures judiciaires spéciales pour garantir le contact transfrontalier dès lors qu'une procédure de retour est en cours<sup>644</sup>. Il faut de prime abord localiser l'enfant déplacé ou retenu illicitement sur le territoire national sous le contrôle des autorités centrales au sein du ministère de la Justice. Ensuite le ministère Public territorialement compétent facilite une solution amiable pour assurer la remise volontaire de l'enfant ainsi que le contact avec l'autre parent par des moyens de communication modernes ; Dans le cas de l'échec de la solution amiable, une procédure judiciaire est ouverte par le ministère Public (dans la majorité des cas une action en référé) pour assurer le retour de l'enfant, et dans le cas où l'enfant est victime de violence, une action pénale est déclenchée.
644. On a également recours à l'exécution des décisions étrangères en matière de contact. Les exceptions qui peuvent être invoquées pour refuser la reconnaissance d'une décision étrangère en la matière concernent les parents de même sexe, les parents adoptifs et tout ce qui est jugé contraire à l'ordre public<sup>645</sup>.
645. En **Tunisie**, on applique les dispositions de la convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants depuis le début octobre 2017. Dans les autres cas, le processus de conciliation prévoit des décisions de contact temporaires<sup>646</sup>. En effet, la procédure d'exécution des accords de conciliation impose au juge d'ordonner, même d'office, toutes les mesures urgentes concernant la résidence des époux, la pension alimentaire, la garde des enfants et le droit de visite<sup>647</sup> (art. 32 du CSP).
646. Celui des parents qui a la garde ne peut pas empêcher l'autre parent « *d'exercer son droit de visite et de contrôle sur l'enfant* ». Le juge de la famille statue sur la demande d'exercice du droit de visite selon les procédures en référé (art. 66 du CSP).
647. On rappelle que celui qui a la garde serait déchu de son droit en cas de changement de résidence et son installation à une distance qui empêche le tuteur d'accomplir ses devoirs (art. 61 du CSP). Et selon l'article 33 de la loi organique n° 2017-58 du 11 août 2017 relative à l'élimination de la violence à l'égard des femmes<sup>648</sup>, le juge de la famille peut prendre des mesures telles que « *déchoir* » l'auteur de violence « *de la garde ou de la tutelle et fixer les procédures du droit de visite tout en privilégiant l'intérêt supérieur de l'enfant* ».
648. Le parent titulaire de la garde peut, soit refuser de le présenter à l'autre parent titulaire du droit de visite, soit, l'enlever carrément pour s'éloigner avec lui, dans un endroit inconnu. Dans les deux cas,

644. Informations fournies par la délégation marocaine.

645. G. Parolin, *Rapport de recherche*, op. cit. note 34, page 108 (version française).

646. G. Parolin, *Rapport de recherche*, op. cit. note 34, page 50 (version française).

647. Un exemple a été fourni par le groupe de travail tunisien : une femme demande le droit de garde, on octroie au mari le droit de visite (automatiquement) mais en présence de la mère dans le cas d'agression sexuelle de la part du père. C'est une question d'accompagnement pour protéger l'intérêt supérieur de l'enfant.

648. Voir op. cit. note 542.

cela constitue le délit de non représentation<sup>649</sup>, le parent qui se trouve lésé peut agir par une requête devant le procureur de la République, aux fins de demander la poursuite du parent fautif.

649. En effet, lorsque le législateur s'est rendu compte qu'il n'a pas prévu de sanctions pour ce genre de situations au moment de la promulgation du code du statut personnel le 13 août 1956, il a adopté la loi<sup>650</sup> instituant le délit de non représentation d'enfant (loi n° 62- 22 du 24 mai 1962<sup>651</sup>) selon laquelle « *Quand il aura été statué sur la garde d'un mineur par décision de justice, provisoire ou définitive, le père, la mère ou toute personne qui ne représentera pas ce mineur à ceux qui ont le droit de la réclamer même sans fraude ou violence l'enlèvera ou le détournera ou le fera enlever ou détourner des mains de ceux auxquels sa garde aura été confiée, ou des lieux où ces derniers l'ont placé, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à un an et d'une amende [...] ou l'une de ces deux peines seulement* »<sup>652</sup>.

650. Enfin, l'exception qui peut être invoquée pour ne pas reconnaître une décision étrangère en matière de contact est celle des parents de même sexe étant donné que l'homoparentalité est contraire à l'ordre public<sup>653</sup>.

### iii) L'audition de l'enfant (question E.8)

651. Pour **l'Algérie** et **le Liban**, les réponses au questionnaire n'indiquaient aucune spécificité concernant l'audition de l'enfant dans les affaires de déplacement et de non-retour illicites transfrontaliers. On a recours par conséquent aux règles générales (voir les détails Partie II, B, 2 b).

652. En **droits marocain et tunisien**, et conformément à l'article 13(2) de la Convention de La Haye de 1980, l'autorité judiciaire ou administrative peut refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion.

### iv) La possibilité de nomination d'un représentant légal (question E.9)

653. En **droit algérien**, il n'y a pas eu de cas où le tribunal a nommé un représentant légal sauf dans le cas où l'enfant est en danger où le juge des mineurs peut prendre les mesures de l'article 35 (telles qu'une ordonnance de garde provisoire) ou l'article 40 de la loi de 2015 relative à la protection de l'enfant. Il convient de noter que la représentation légale est obligatoire pour les procédures de retour impliquant le déplacement ou le non-retour illicites de l'enfant<sup>654</sup>.

654. En **droit libanais**, on applique les mêmes dispositions que dans le cas d'un conflit familial purement national<sup>655</sup>.

649. Les poursuites judiciaires pour le délit de non représentation d'enfant ne peuvent être déclenchées que si la partie plaignante dispose d'une décision judiciaire lui accordant la garde de l'enfant ou le droit de visite.

650. Cette loi comporte un seul article.

651. نوض حمل اراضح! مدع قديرج شادح!ب قلعتي 1962 يام 24 يف خرؤم 1962 فنسرل 2 ددع نوناق.  
[Loi n°62-22 du 24 mai 1962 relative au délit de non représentation d'enfant].

652. Voir H. Bougarra paru dans la revue du droit tunisien *Infos Juridiques*, n° 60/61 de janvier 2009, pages 6 et 7 : l'enlèvement et non présentation d'enfant de parents séparés ou divorcés. Disponible en ligne sur <<https://tunis.consulfrance.org/Enlèvement-et-non-présentation-d>> (dernière consultation le 31 décembre 2018).

653. G. Parolin, *Rapport de recherche*, op. cit. note 34, page 110 (version française).

654. G. Parolin, *Rapport de recherche*, op. cit. note 34, page 129 (version française).

655. *Ibid.*

655. En **droit marocain**, la représentation légale n'est pas obligatoire<sup>656</sup>.
656. En **droit tunisien**, le tribunal peut nommer un représentant légal pour protéger les intérêts de l'enfant qui est souvent une institution pour la prise en charge des enfants mais cette mesure reste exceptionnelle<sup>657</sup>, le législateur tunisien désireux de garder l'enfant dans son milieu familial (art. 8 du CPE).
657. La représentation légale n'est pas obligatoire et elle peut être organisée par l'intermédiaire de l'Autorité centrale, du ministère Public ou d'un avocat<sup>658</sup>.

## 5. L'exécution des décisions étrangères en matière de garde et de contact

658. Il s'agit de déterminer la juridiction compétente pour déclarer exécutoire une décision étrangère (a) et les mécanismes de garantie d'une telle exécution y compris le respect du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant (b).

### a) La juridiction ou l'autorité compétente de l'exequatur (question F.1)

659. La loi dans les quatre États concernés exige la procédure d'exequatur pour qu'une décision étrangère soit exécutoire.
660. En **droit algérien**, les décisions rendues par les juridictions étrangères ne peuvent être exécutées en Algérie qu'autant qu'elles ont été déclarées exécutoires par les juridictions algériennes (le juge des affaires familiales pour une décision de garde). Le juge aux affaires familiales est le juge compétent pour déclarer un jugement étranger exécutoire en matière de garde.
661. Tout cela sans préjudice aux règles prévues par les conventions internationales et les conventions judiciaires conclues entre l'Algérie et les autres pays (art. 608 du CPCA algérien).
662. En **droit libanais**, dans les affaires relevant de la compétence des tribunaux ecclésiastiques, les jugements étrangers rendus par des tribunaux civils sont exécutoires après être revêtus de l'exequatur par les tribunaux civils compétents. Si les jugements sont rendus par des tribunaux ecclésiastiques, l'exequatur est prononcé par les juridictions ecclésiastiques compétentes au Liban (art. 30 de la loi du 2 avril 1951 relative à la compétence des juridictions confessionnelles des communautés non musulmanes).
663. Pour les *juridictions de l'ordre judiciaire*, la demande de l'exequatur d'un jugement étranger est portée devant le Président de la cour d'appel civil du lieu du domicile ou de résidence du défendeur (art. 1013 du CPC libanais).

656. *Ibid.*

657. Informations fournies par la délégation tunisienne.

658. G. Parolin, *Rapport de recherche, op. cit.* note 34, page 129 (version française).

664. Au **Maroc**, une distinction doit être faite entre la reconnaissance et l'exécution de décisions étrangères. La reconnaissance ne requiert aucune procédure particulière, aussi les décisions et les mesures prises en vertu des conventions internationales telles que les conventions de La Haye de 1980 et de 1996 revêtant le caractère d'obligation. Dans les cas où il existe des décisions ou des procédures qui ont un effet exécutoire (exécution sur des personnes ou des biens), elles doivent être revêtues de l'exequatur<sup>659</sup>.
665. Pour les décisions entrant dans le champ d'application de la Convention de La Haye relative à la protection des enfants de 1996, l'article 26 de la Convention dispose que toute personne intéressée peut demander une déclaration rendant le jugement exécutoire, laquelle peut être refusée pour l'un des motifs prévus à l'article 23(2) de la Convention.
666. Pour les jugements rendus dans les États avec lesquels le Maroc est lié par des conventions, l'autorité centrale reconnaît ces jugements et les rend exécutoires en coordination avec les autorités compétentes.
667. Ainsi, selon la Convention bilatérale Maroc-France relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire de 1981, le parent victime d'un déplacement illicite et d'un non-retour peut également choisir de présenter, par l'intermédiaire de l'Autorité centrale de son pays, une demande visant à rendre exécutoire, sur le territoire de l'État de refuge, une décision de justice relative à l'exercice de l'autorité parentale rendue sur le territoire de la résidence habituelle de l'enfant avant son déplacement (pour les conditions et modalités de cette reconnaissance, se reporter à la convention d'aide mutuelle judiciaire, d'exequatur des jugements, et d'extradition en date du 5 octobre 1957 liant la France et le Maroc)<sup>660</sup>.
668. Selon la convention bilatérale, le parent qui souhaite obtenir la reconnaissance et l'exécution d'une décision de justice rendue en matière de garde d'enfant ou de droit de visite, peut également choisir d'engager **directement** une procédure d'exequatur auprès de la juridiction compétente de l'autre État, conformément aux dispositions du titre II de la convention de 1957. Selon les mêmes modalités de présentation que les demandes visant au retour d'un enfant, des demandes visant à la fixation ou la protection de l'exercice d'un **droit de visite** peuvent être adressées aux Autorités centrales par le parent qui n'a pas la garde de l'enfant. Comme lorsqu'il est saisi d'une demande de retour, le procureur (de la République pour la France, du Roi pour le Maroc) introduira une action devant l'autorité judiciaire compétente, afin d'obtenir une décision de justice reconnaissant un droit de visite au profit du parent qui ne demeure pas dans l'État de résidence habituelle de l'enfant.
669. Quant aux jugements rendus dans les autres cas, ils sont revêtus de l'exequatur par les tribunaux de première instance. Pour ce qui est des affaires familiales, c'est la section de la famille relevant du tribunal de première instance qui est compétente pour se prononcer sur l'exequatur.
670. En **Tunisie**, les actions relatives à l'exequatur des jugements étrangers sont introduites devant le tribunal de première instance de lieu du domicile de la partie contre laquelle la décision étrangère est

659. Informations fournies par la délégation marocaine.

660. Voir le texte de la Convention sur internet < [http://adala.justice.gov.ma/production/Conventions/fr/Bilaterales/France/CJ\\_exq\\_jugt\\_extradition\\_FR\\_58.htm](http://adala.justice.gov.ma/production/Conventions/fr/Bilaterales/France/CJ_exq_jugt_extradition_FR_58.htm) > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

invoquée. A défaut d'un domicile en Tunisie, l'action est portée devant le tribunal de première instance de Tunis (art. 16 du CDIP).

## **b) Les mécanismes de garantie de l'exécution d'une décision étrangère**

### **i) Les mécanismes existants (question F.2)**

671. En **droit algérien**, une décision étrangère qui répond aux conditions de l'article 605 du Code de procédure civile et administrative est exécutoire. Les exceptions qui peuvent être invoquées pour ne pas reconnaître une telle décision sont limitativement énumérées, à savoir :

- ne pas violer les règles de compétence ;
- avoir acquis force de chose jugée conformément aux lois du pays où elle a été rendue ;
- ne pas être contraire à des décisions déjà rendues par des juridictions algériennes et dont excipe le défendeur ;
- ne pas être contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs en Algérie.

672. Dans un arrêt de la Cour suprême, Chambre du statut personnel du 13 novembre 2013, il a été décidé que le jugement étranger qui est contraire aux dispositions du Code de la famille algérienne en matière de garde ne peut être déclaré exécutoire par les juridictions algériennes.

673. L'exécution a lieu par les huissiers de justice (art. 611 du CPCA), et en cas de refus d'exécuter, il y a recours à l'exécution forcée. Les magistrats du ministère Public sont tenus de requérir la force publique dans un délai maximum de 10 jours à dater du dépôt de la demande de réquisition (art. 604 du CPCA).

674. En **droit libanais**, selon l'article 1016 du Code de procédure civile, les tribunaux libanais refusent d'accorder l'exequatur quand un jugement définitif rendu par un tribunal libanais entre les parties a été rendu dans le même litige qui a conduit au jugement étranger, ou quand une affaire dans le même litige et les mêmes parties est toujours pendante devant les juridictions libanaises, et que les parties l'ont déposée dans une date antérieure à l'action à l'étranger.

675. L'exequatur des jugements étrangers est soumis à une procédure simplifiée, de caractère gracieux, introduite par voie de requête. Les conditions nécessaires à son octroi sont libérales et ne comportent pas notamment le contrôle de la loi appliquée par le juge étranger. La révision au fond du jugement étranger est d'autre part exclue, à charge cependant de réciprocité dans l'État du jugement étranger. Elle est cependant effectuée si ce jugement renferme des irrégularités flagrantes ou a été prononcé sur le fondement de faux documents. L'exequatur confère au jugement étranger la force exécutoire et l'autorité de la chose jugée qui lui sont attribuées dans le pays étranger.

676. Par ailleurs, en matière des conflits familiaux transfrontaliers, l'ordre public se conçoit comme relevant de la compétence exclusive des tribunaux religieux lorsque le mariage a été célébré religieusement. Il est également invoqué pour empêcher l'exécution d'une décision étrangère considérée trop « libérale » notamment lorsque les tribunaux étrangers décident la dissolution d'un mariage religieux. C'est ainsi que la cour d'appel du Mont Liban a refusé, dans un arrêt du 24 février 1992,

d'exécuter une décision française dissolvant un mariage célébré au Liban entre des époux résidant en France. Pour la cour, une juridiction étrangère ne peut pas juger lorsqu'une juridiction civile nationale ne le peut pas<sup>661</sup>.

677. Le jugement étranger qui a reçu l'exéquatur jouit du pouvoir exécutoire dont jouissent les jugements libanais et bénéficie des moyens d'exécution prévus par la loi (art. 1022 du CPC libanais).

678. Tel qu'indiqué ci-dessus, au **Maroc**, un certain nombre de traités internationaux et bilatéraux prévoient des règles spécifiques relatives au processus par lequel une décision étrangère est déclarée exécutoire. Lorsqu'il s'agit de rendre une décision étrangère exécutoire en vertu du droit national marocain, le tribunal saisi doit s'assurer de la régularité de l'acte et de la compétence de la juridiction étrangère de laquelle il émane. Il vérifie également si aucune stipulation de cette décision ne porte atteinte à l'ordre public marocain (art. 430 du CPC marocain).

679. Par ailleurs, l'article 128, alinéa 2 du code de la famille prévoit que « *Les jugements de divorce, de divorce judiciaire, de divorce Khol' ou de résiliation de mariage, rendus par les juridictions étrangères sont susceptibles d'exécution s'ils sont rendus par un tribunal compétent et fondés sur des motifs qui ne sont pas incompatibles avec ceux édictés par le présent code pour mettre fin à la relation conjugale. Il en est de même pour les actes conclus à l'étranger devant les officiers et les fonctionnaires publics compétents, après avoir satisfait aux procédures légales relatives à l'exequatur, conformément aux dispositions des articles 430, 431 et 432 du code de procédure civile* ».

680. Ainsi, l'incompétence, le caractère non définitif de la décision et toute atteinte à l'ordre public (telle que l'adoption ou le mariage interconfessionnel impliquant une musulmane) peuvent être invoqués pour ne pas reconnaître une décision étrangère<sup>662</sup>.

681. La Cour suprême du Maroc est allée dans ce sens dans son arrêt n° 180 rendu dans le dossier de statut personnel n° 277/99 en date du 24 avril 2003 en affirmant « *qu'il n'y a aucune disposition qui exclut de l'exequatur les jugements étrangers rendus en matière de statut personnel tant que les conditions requises par la loi sont remplies* »<sup>663</sup>.

682. En **droit tunisien**, dans les cas où il n'existe pas une convention bilatérale, les jugements étrangers devenus exécutoires en Tunisie sont exécutés conformément à la loi tunisienne mais sous réserve de réciprocité (art. 18 du CDIP).

683. Les jugements étrangers sont revêtus de la formule exécutoire en dehors des cas de refus prévus par l'article 11 du Code du droit international privé. Ainsi, l'exequatur n'est pas accordé aux décisions judiciaires étrangères si :

- l'objet du litige relève de la compétence exclusive des tribunaux tunisiens ;
- les tribunaux tunisiens ont déjà rendu une décision non susceptible de recours par les voies ordinaires sur le même objet, entre les mêmes parties et pour la même cause.

661. G. Parolin, *Rapport de recherche*, op. cit. note 34, page 58 (version française).

662. G. Parolin, *Rapport de recherche*, op. cit. note 34, page 57 (version française).

663. Disponible sur internet <<http://l.ahjucaf.org/Maroc,7307.html>. > (dernière consultation le 31 décembre 2018).

- la décision étrangère est contraire à l'ordre public<sup>664</sup> au sens du droit international privé tunisien, ou a été rendue à la suite d'une procédure n'ayant pas préservé les droits de la défense ;
- la décision étrangère a été annulée, ou son exécution suspendue conformément à la législation du pays où elle a été rendue, ou n'est pas encore exécutoire dans le pays où elle a été rendue (art. 11 du CDIP).

684. C'est ainsi que l'exequatur n'a pas été accordé à un jugement étranger sur la garde tant qu'un jugement non susceptible de recours a été rendu par un tribunal national (cour d'appel de Tunis, jugement n° 90330 du 12 novembre 2002<sup>665</sup>).

685. A défaut de contestation par l'une des parties et lorsque les conditions de l'exequatur sont remplies, le contenu des décisions contentieuses et gracieuses étrangères aura une force probante devant les juridictions et les autorités administratives tunisiennes (art. 12 du CDIP).

## ii) Le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant (question F.3)

686. En **droit algérien**, les mécanismes sont censés prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant, principe devant être respecté dans toutes les procédures concernant l'enfant.

687. Au **Maroc**, on peut citer à cet égard un arrêt de la cour d'appel d'Agadir du 19 février 2014<sup>666</sup>. L'existence d'un jugement étranger qui détermine la résidence habituelle des enfants chez leur mère, leur stabilité psychologique, éducative et sociale, et le suivi d'un traitement pour l'un d'eux, rendent leur intérêt supérieur de maintenir leur statut de vivre en France ce qui justifie la décision de les faire retourner dans leur résidence habituelle.

688. En **droit tunisien**, ces mécanismes sont censés prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant en contrôlant le respect des principes juridiques fondamentaux (le droit de la défense et le principe de la confrontation entre les parties) et le respect des règles d'ordre public du droit international privé.

689. Selon l'article 50 du Code de droit international privé en effet, la « garde est soumise, soit à la loi en vertu de laquelle le lien matrimonial a été dissous, soit à la loi nationale de l'enfant ou de son domicile. Le juge appliquera la loi la plus favorable à l'enfant ». C'est ainsi que le tribunal de première instance de Tunis a appliqué en l'espèce la loi tunisienne qui est la plus favorable à l'enfant tant que le droit tunisien prend en considération et en premier lieu l'intérêt de l'enfant (jugement n° 32779 du 11 juillet 2000<sup>667</sup>).

690. On cite également à cet égard un arrêt rendu par la Cour de cassation le 21 mai 2009<sup>668</sup>. La Cour avait été saisie d'un divorce demandé par une femme tunisienne d'un égyptien domicilié en Égypte. Pour la Cour, « même si la femme obtenait un jugement de divorce en Égypte, celui-ci ne serait pas reconnu en

Pour des décisions qui n'ont pas accordé l'exequatur à des jugements étrangers pour non-respect de l'ordre public national, voir : . 664 ادهلي امو 250. ص، قباس عجرم، يناوزغلا لكالامو يلداشال يفظل قيلعت، صاخلا يلودلا نوناقلا لاجم 665. 235. ص، قباس عجرم، يناوزغلا لكالامو يلداشال يفظل قيلعت، صاخلا يلودلا نوناقلا لاجم.

666. Arrêt non publié, fourni par la délégation marocaine.

667. 627. ص، قباس عجرم، يناوزغلا لكالامو يلداشال يفظل قيلعت، صاخلا يلودلا نوناقلا لاجم.

668. M. Ben Jemia, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public international », disponible sur internet < <http://www.leaders.com.tn/article/13329-monia-ben-jemia-y-a-t-il-du-nouveau-en-matiere-d-ordre-public-international> > (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

*Tunisie pour sa contrariété à l'ordre public international* ». La Cour considère en effet que « si la femme peut obtenir en Égypte un divorce *kholoo*<sup>669</sup> (par sa volonté unilatérale), conformément à la loi égyptienne de 2000, elle devrait renoncer à tous ses droits financiers, y compris la dot et que la décision rendue n'y serait pas susceptible de voies de recours. Ce divorce, estime la Cour, est contraire aux choix fondamentaux de la Tunisie qui reposent sur la garantie de la dignité de la femme et de l'égalité entre les sexes, le respect de sa liberté de se marier et de divorcer en bénéficiant du double degré de juridiction ». En ce qui concerne la garde qui avait été accordée à la mère par les juges du fond, la Cour rejette aussi le pourvoi fondé sur le fait que le mari domicilié à l'étranger ne peut surveiller l'éducation de ses enfants et l'existence d'une décision égyptienne la lui accordant. La Cour considère en effet que « la garde a été accordée conformément à l'intérêt de l'enfant contrairement à la décision égyptienne qui ne peut dès lors être reconnue pour sa contrariété à l'ordre public international ».

### iii) La possibilité de communication avec les points de contact centraux (question F.4)

691. Il s'agit dans cette section de déterminer si le juge civil ou religieux qui déclare une décision exécutoire est en droit ou l'obligation de communiquer avec les points de contact centraux ou les bureaux de coopération internationale pour l'exécution des jugements afin de garantir ou de vérifier l'exécution du jugement par l'autorité compétente dans son pays. Les réponses ci-dessous ont été communiquées par les groupes de travail nationaux.
692. En **Algérie**, le juge civil n'est pas obligé de communiquer avec les points focaux centraux ou les bureaux de coopération internationale.
693. Au **Liban**, il n'a ni le droit ni l'obligation.
694. Au **Maroc**, le juge a le droit de communiquer avec les points de contact.
695. En **Tunisie**, un juge civil a le droit de communiquer avec les points focaux centraux ou les bureaux de la coopération internationale pour l'exécution des jugements étrangers. On rappelle qu'il existe au sein du ministère de la Justice une structure dénommée la Direction des affaires civiles.

## 6. Observations finales

696. Les États concernés par cette étude sont parties à la CNUDE. Cette convention prime sur les lois nationales et, par conséquent, ses dispositions sont applicables devant les juridictions nationales en ce qui concerne notamment la garde et la visite, sous réserve de la prise en considération des Déclarations faites par l'Algérie et le Maroc.
697. Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant reconnu à l'article 3, paragraphe 1<sup>er</sup> de la CNUDE est dans une large mesure respecté devant les tribunaux des États concernés, son application faisant parfois défaut du moment que l'éducation religieuse est en jeu. Ainsi, les exigences religieuses sont

669. [Khul'"divorce] خلع.

**souvent** déterminantes en matière de garde notamment en ce qui concerne l'Algérie, le Liban et le Maroc.

698. En cas de déplacement et de non-retour illicites, et en dehors de l'existence d'un traité multilatérale ou bilatérale, les procédures en référé ainsi que celles de protection de l'enfant en danger restent les plus pertinentes pour préserver l'intérêt supérieur de l'enfant. Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est également pris en compte pour l'exécution des jugements étrangers sur le territoire national lorsque les conditions de l'exequatur sont remplies.

## Recommandations

### Documents of guidance in the resolution of cross-border family disputes

- Lorsqu'il s'agit de conflits familiaux internationaux en Europe et dans la région de la Méditerranée Sud, il est recommandé de prendre en considération les bonnes pratiques développées dans « LE MANUEL DE BONNES PRATIQUES DANS LE CADRE DES CONFLITS TRANSFRONTALIERS EN MATIERE FAMILIALE ET PLUS PARTICULIEREMENT DES CONFLITS FAMILIAUX TRANSFRONTALIERS RELATIFS A LA RESPONSABILITÉ PARENTALE » préparé dans le cadre du projet Euromed Justice III<sup>670</sup>.
- Les résultats de cette étude comparative et du manuel réalisé au cours du projet Euromed Justice III doivent être diffusés auprès des juges, de l'administration et de tous les acteurs concernés qui s'occupent de questions liées aux enfants en matière de droit de la famille.

### Promotion et meilleure application du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant (article 3 de la CNUDE)

- Il est rappelé que dans toutes les actions concernant les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale (voir l'article 3 de la CNUDE).
- Les États sont encouragés à prendre toutes les mesures appropriées pour permettre la mise en œuvre du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ils promeuvent des outils pour aider tous ceux qui appliquent le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant conformément de la CNUDE.
- Il est rappelé que les États devraient soumettre des rapports au Comité des droits de l'enfant conformément à l'article 44 de la CNUDE.
- Les États devraient assurer une large diffusion de leurs rapports au public dans leur propre pays conformément à l'article 44(6) de la CNUDE et y compris communiquer aux magistrats et parties intéressées les observations générales et les conclusions finales du Comité des droits de l'enfant.
- Les États proposent des formations aux magistrats et aux parties prenantes en charge des questions liées au droit des enfants consacrées dans la CNUDE et la manière par laquelle ce droit est applicable.
- Les États prennent des mesures qui favorisent la spécialisation des juges traitant des affaires familiales transfrontalières. La création de tribunaux spécialisés et/ou la spécialisation d'un ou de plusieurs juges pour traiter des conflits familiaux transfrontaliers à l'intérieur d'une structure judiciaire est recommandée. Les États offrent et/ou encouragent une formation initiale et continue pour les questions de droit international de la famille.
- Dans la mesure du possible, les juges et tous les acteurs concernés en charge de questions relatives aux enfants aident à garantir l'application du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant de la CNUDE. A ce titre, les juges pourraient, à titre d'exemple contribuer à la sensibilisation et à la promotion du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant en :

670. *Manuel de bonnes pratiques dans le cadre des conflits transfrontaliers en matière familiale, et plus particulièrement des conflits familiaux transfrontaliers relatifs à la responsabilité parentale*, 2012, disponible sur internet <[http://www.euromed-justice-iii.eu/fr/system/files/A-FR%20-%20Hirsch%20-%201%20Para%20imprimir.%20FINAL.%20Hirsh.%20FR.%20JFE%20ASA.%2026%206%202014%20\\_0.pdf](http://www.euromed-justice-iii.eu/fr/system/files/A-FR%20-%20Hirsch%20-%201%20Para%20imprimir.%20FINAL.%20Hirsh.%20FR.%20JFE%20ASA.%2026%206%202014%20_0.pdf)> (dernière consultation le 1<sup>er</sup> avril 2018).

- réfléchissant sur les mesures prises pour évaluer l'intérêt supérieur de chaque enfant dans les litiges relatifs à la garde et le contact dans le bien-fondé de leur décision (dans les limites autorisées par le droit procédural national) ;
- échanger des bonnes pratiques avec les collègues aux niveaux national et international ;
- publier les décisions de justice pertinentes (sans mentionner les noms des parties selon le droit procédural national).

## Indication d'un juge auprès du Réseau international de juges de La Haye

- Les États sont encouragés à désigner un juge pour le Réseau international de juges de La Haye.

## Promotion et meilleure application du droit de l'enfant à être entendu (article 12 de la CNUDE)

- Il est rappelé que les enfants devraient avoir la possibilité d'être entendus dans toute procédure judiciaire et administrative leur concernant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organe approprié, selon les règles procédurales du droit national. Une place importante devrait être accordée aux opinions de l'enfant en fonction de son âge et de son degré de maturité (article 12 de la CNUDE).
- Les modalités d'audition de l'enfant doivent être adaptées aux particularités de l'affaire et dans un environnement favorable eu égard la situation individuelle de l'enfant.
- Promotion de la résolution amiable des conflits et mise en place de services spécialisés pour la résolution amiable des conflits familiaux transfrontaliers
- Les juges et tous les acteurs concernés traitant des conflits familiaux transfrontaliers, lorsque cela est possible et approprié, encouragent le règlement à l'amiable de ces différends tout en veillant à ce que la résolution rapide des différends ne soit pas compromise.
- La mise en place de mécanismes de résolution extrajudiciaire des litiges à l'amiable pour la résolution des conflits familiaux transfrontaliers, et en particulier la mise en place de services de médiation familiale transfrontalière devrait être encouragée.
- Les États sont encouragés à désigner un Point de contact central pour la médiation familiale transfrontalière conformément aux Principes pour la mise en œuvre de structures de médiation dans le cadre du Processus de Malte.

## Prévenir le déplacement transfrontalier ou le non-retour illicite de l'enfant

- Les États prennent des mesures pour lutter contre le déplacement et le non-retour illicites d'enfants à l'étranger et promouvoir la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux ou l'adhésion à des accords existants (voir l'article 11 de la CNUDE). En particulier, les États qui ne sont pas encore parties à la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants analyseraient les solutions offertes par cette Convention et envisageraient d'adhérer à celle-ci<sup>671</sup>.

---

671. Le représentant de la Jordanie a exprimé des réserves quant à une possible adhésion de la Jordanie à cette Convention.

## Annexe – questionnaire

### A. Jurisdiction compétente pour connaître des questions familiales transfrontalières impliquant des enfants (particulièrement concernant la responsabilité parentale, y compris les droits de garde et contact) :

1. *En vertu du droit national (interne/local), quelle est la juridiction compétente pour rendre une décision sur les questions relatives aux conflits familiaux transfrontaliers impliquant des enfants.*
2. *Dans le cas d'un litige purement national, ladite juridiction serait-elle également compétente ?*
3. *Dans quel cas le tribunal compétent est-il un tribunal religieux ?*
4. *Les parties sont-elles libres de choisir un tribunal ?*
5. *Quel serait l'impact sur la détermination de la juridiction compétente si :*
  - a) *les parties sont de nationalité différente ;*
  - b) *les parties sont de religion différente*
6. *Existe-t-il des juges spécialistes statuant en cas de litiges familiaux transfrontaliers ?*
7. *Y-a-t-il une concentration de compétence, c'est-à-dire existe-t-il des tribunaux spécialisés qui sont compétents pour les questions familiales transfrontalières ?*
8. *Les cas de déplacement ou de non-retour transfrontalier illicite d'enfants sont-ils traités par un tribunal/juge spécialisé ?*
9. *S'il n'y a pas de concentration de compétence en matière de conflit international familial, quel tribunal/juge serait, d'après vous, le mieux placé pour gérer ces affaires dans votre juridiction ? (notamment des affaires de déplacement ou de non-retour illicite d'enfant).*
10. *Dans votre système juridique, comment sont réglés les conflits internes de compétence/de juridiction ?*
11. *Comment vos tribunaux procèdent-ils face aux conflits internationaux de juridiction/compétence ? (Par exemple, le tribunal de votre système judiciaire a été saisi d'une requête en garde par un parent et le tribunal d'un autre pays a été saisi par l'autre parent d'une demande identique concernant le même enfant).*

### B. Application des articles 3, 9 et 10 de la CNUDE par les tribunaux nationaux compétents pour se prononcer sur des affaires familiales transfrontalières :

1. *Les observations du Comité de la CNUDE et les rapports initiaux de votre pays sont-ils communiqués aux juges civils et religieux ?*
2. *Y-a-t-il des observations formulées par le Comité de la CNUDE pour votre pays qui sont pertinentes pour l'enlèvement et la garde d'enfants ?*
3. *Comment le principe énoncé à l'Article 3(1) de la CNUDE est-il appliqué dans votre pays ? Plus particulièrement, l'intérêt supérieur de l'enfant est-il une considération primordiale dans les procédures relatives à la garde et au contact ?  
(Veuillez indiquer les dispositions pertinentes du droit national et/ou de la jurisprudence)*
4. *Comment un juge dans votre pays évaluera-t-il l'intérêt supérieur de l'enfant dans une affaire concernant la garde dans un contexte purement national ? En particulier, quels facteurs seront pris en compte pour mener cette évaluation dans un cas individuel ? Veuillez répondre à cette question pour*

les juges civils (A) et/ou les juges religieux (B) – en fonction de celui qui est compétent dans votre pays pour traiter des procédures relatives à la garde.

(Veuillez indiquer les dispositions pertinentes du droit national et/ou de la jurisprudence.)

5. La même évaluation s'applique-t-elle aux procédures relatives au contact ? Veuillez expliquer les différences, s'il y en a. Prière de distinguer à nouveau entre les décisions rendues par les juges civils (A) et celles rendues par les juges religieux (B).
6. Quelles sont les difficultés particulières rencontrées pour apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant dans des procédures portant sur la garde ou le contact ? Prière de distinguer à nouveau entre les décisions rendues par les juges civils (A) et celles rendues par les juges religieux (B).
7. Y-a-t-il des implications différentes si l'intérêt supérieur de l'enfant dans une affaire portant sur la garde ou le contact est évalué dans le contexte suivant :
  - a) un divorce ou une séparation, ou
  - b) un projet de relocalisation transfrontière ? (Par exemple, la mère souhaite déménager avec son enfant de 4 ans dans un pays voisin et le père maintient sa résidence habituelle dans votre pays). Prière d'ignorer les cas de déplacement ou de non-retour illicite dans cette question – un chapitre distinct ci-dessous y est consacré.
8. L'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans des affaires portant sur la garde ou le contact se fait-elle de manière différente lorsque les parents sont de religion différente ? Prière de distinguer à nouveau entre les décisions rendues par les juges civils (A) et celles rendues par les juges religieux (B).
9. L'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans des affaires portant sur la garde ou le contact se fait-elle de manière différente lorsque ces affaires présentent un élément international (par exemple, un des parents est de nationalité étrangère ou un des parents vit à l'étranger) ? Prière de distinguer à nouveau entre les décisions rendues par les juges civils (A) et celles rendues par les juges religieux (B).
10. Quelle est la durée normale pour obtenir une décision sur la garde dans votre pays ? Prière de répondre à cette question pour les tribunaux civils (A) et/ou les tribunaux religieux (B).

## **C. Application de l'Article 12 de la CNUDE par les tribunaux nationaux compétents pour se prononcer sur les questions familiales transfrontalières.**

1. Comment les principes énoncés à l'Article 12 de la CNUDE sont-ils appliqués dans votre pays ? En particulier, les enfants d'un âge et d'un degré de maturité suffisants ont-ils l'occasion d'être entendus dans des procédures portant sur la garde ou le contact ? Prière de répondre à cette question pour les juges civils (A) et/ou les juges religieux (B).
2. (Veuillez indiquer les dispositions de loi pertinentes.)
3. A partir de quel âge les enfants sont-ils entendus dans le contexte de procédures portant sur la garde ou le contact ? Prière de répondre à cette question pour les juges civils (A) et/ou les juges religieux (B).
4. Par qui les enfants sont-ils entendus (le juge, un psychologue, un travailleur social etc.). Prière de répondre à cette question pour les tribunaux civils (A) et/ou les tribunaux religieux (B).
5. Dans quelle mesure l'opinion de l'enfant peut-elle être prise en compte par le juge dans son appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans des procédures portant sur la garde ou le contact ? Prière de répondre à cette question pour les juges civils (A) et/ou les juges religieux (B).
6. Le tribunal peut-il nommer un représentant légal (tuteur d'instance etc.) pour préserver l'intérêt supérieur de l'enfant dans des procédures portant sur la garde ou le contact ? Prière de répondre à cette question pour les juges civils (A) et/ou les juges religieux (B).

7. A partir de quel âge l'enfant peut-il de lui-même porter une affaire devant les tribunaux ? Prière de répondre à cette question pour les tribunaux civils (A) et/ou les tribunaux religieux (B).

### **D. Résolution des conflits à l'amiable – dans quelle mesure les tribunaux soutiennent-ils et respectent-ils l'accord parental en matière de garde/contact– comment l'intérêt supérieur de l'enfant est-il préservé dans ces cas ?**

1. Comment un juge traitera-t-il les accords parentaux en matière de garde et de contact concernant les enfants lorsqu'on lui demande de les incorporer dans sa décision ou d'homologuer l'accord ?
  - (i) En règle générale, le juge se livrera-t-il à une appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant ?
  - (ii) Le juge interviendra-t-il uniquement lorsqu'il se rend compte que l'accord est manifestement contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ?
  - (iii) Peut-on présumer que les accords parentaux servent normalement l'intérêt supérieur de l'enfant ?
  - (iv) Le juge entendra-t-il l'opinion de l'enfant dans ces cas ?Prière de répondre à cette question pour les juges civils (A) et/ou les juges religieux (B).
2. Si votre Etat devait volontairement désigner un « point de contact central » pour la médiation familiale internationale (au sens de la structure de médiation familiale s'inscrivant dans le processus de Malte)<sup>672</sup>, où ce point de contact central pourrait-il être établi d'après vous ?

### **E. Déplacement ou non-retour transfrontalier illicite (au sens du droit civil et non du droit pénal)**

3. Comment vos tribunaux procèdent-ils face aux conflits liés à un déplacement ou non-retour illicite d'un enfant ? (Par exemple, l'enfant séjourne dans votre pays pour rendre visite à son père pendant les vacances au terme desquelles le père refuse de renvoyer l'enfant dans le pays où celui-ci réside habituellement)
  - a) Avez-vous des mécanismes spécifiques applicables dans votre pays ? Merci de les décrire (y compris les mécanismes spécifiques prévus par des accords bilatéraux) ;
  - b) Pouvez-vous résoudre ces litiges en appliquant plutôt le mécanisme de reconnaissance de décisions étrangères en matière de garde ? ;
  - c) Autre, merci de préciser.
2. Veuillez indiquer la jurisprudence spécifique pour illustrer la manière dont ces affaires sont tranchées ? Prière de répondre à cette question pour les tribunaux civils (A) et/ou les tribunaux religieux (B).
3. Quelles bonnes pratiques pouvez-vous recommander dans le traitement des litiges en matière de déplacement ou de non-retour illicite de l'enfant ?
4. Votre système juridique prévoit-il des procédures accélérées dans les cas de déplacement ou de non-retour transfrontalier illicite d'un enfant ? Prière de répondre à cette question pour les juges civils (A) et/ou les juges religieux (B).
5. Quelle est la durée moyenne de ces procédures ? Prière de répondre à cette question pour les tribunaux civils (A) et/ou les tribunaux religieux (B).

672. Voir le site internet suivant <<https://assets.hcch.net/docs/11ebdcab-17e4-45d3-8adf-200c4d4be9e4.pdf>> (dernière consultation le 31 décembre 2018).

6. Existe-t-il des procédures accélérées dans votre système juridique permettant l'application des mesures provisoires et protectrices ?
7. Comment peut-on s'assurer que l'enfant concerné ne perd pas le contact avec le parent délaissé dans une situation de déplacement ou de non-retour transfrontalier illicite ? Prière de répondre à cette question pour les tribunaux civils (A) et/ou les tribunaux religieux (B).
8. Les enfants d'un âge et d'un degré de maturité suffisants sont-ils entendus dans des cas de déplacement ou de non-retour transfrontalier illicite ? Prière de répondre à cette question pour les tribunaux civils (A) et/ou les tribunaux religieux (B).
9. Le tribunal peut-il nommer un représentant légal (tuteur d'instance etc.) pour préserver l'intérêt supérieur de l'enfant dans des procédures portant sur un déplacement ou le non-retour illicite d'un enfant ? Prière de répondre à cette question pour les juges civils (A) et/ou les juges religieux (B).

## **F. Exécution des décisions étrangères en matière de garde/de contact.**

1. Dans votre pays, quelle serait la juridiction ou l'autorité compétente pour se prononcer sur le caractère exécutoire d'une décision en matière de garde de l'enfant ?
2. Quels sont les mécanismes qui garantissent l'exécution d'une décision étrangère dans les conflits de famille transfrontaliers portant sur la garde ou le contact ?
3. Ces mécanismes tiennent-ils compte de l'intérêt supérieur de l'enfant ?
4. Un juge civil ou religieux qui déclare une décision exécutoire a-t-il le droit/l'obligation de communiquer avec les points de contact centraux ou les bureaux de coopération internationale pour l'exécution des jugements afin de garantir/vérifier l'exécution du jugement par l'autorité compétente dans son pays ?