

**ENLÈVEMENT D'ENFANTS ET DROIT DE VISITE TRANSFRONTIÈRE :  
CONVENTIONS BILATÉRALES ET ÉTATS DE TRADITION ISLAMIQUE**

**RAPPORT DE RECHERCHE**

établi par Caroline Gosselain  
pour le Bureau Permanent

\* \* \*

**CHILD ABDUCTION AND TRANSFRONTIER ACCESS:  
BILATERAL CONVENTIONS AND ISLAMIC STATES**

**A RESEARCH PAPER**

drawn up by Caroline Gosselain  
for the Permanent Bureau

*Document préliminaire No 7 d'août 2002  
à l'intention de la Commission spéciale de septembre / octobre 2002*

*Preliminary Document No 7 of August 2002  
for the attention of the Special Commission of September / October 2002*

**ENLÈVEMENT D'ENFANTS ET DROIT DE VISITE TRANSFRONTIÈRE :  
CONVENTIONS BILATERALES ET ETATS DE TRADITION ISLAMIQUE**

**RAPPORT DE RECHERCHE**

établi par Caroline Gosselain  
pour le Bureau Permanent

\* \* \*

**CHILD ABDUCTION AND TRANSFRONTIER ACCESS:  
BILATERAL CONVENTIONS AND ISLAMIC STATES**

**A RESEARCH PAPER**

drawn up by Caroline Gosselain  
for the Permanent Bureau

## TABLES DE MATIERES

Page

<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>4</b>
<b>1. LES RELATIONS ENTRE PARENTS ET ENFANTS : DROIT ISLAMIQUE ET DROIT OCCIDENTAL COMPARÉS .....</b>	<b>6</b>
<b>2. LES INSTRUMENTS BILATÉRAUX.....</b>	<b>12</b>
<b>2.1 Les conventions bilatérales de coopération administrative et           judiciaire.....</b>	<b>13</b>
<b>2.2 Les accords d'entraide limitée .....</b>	<b>13</b>
<b>2.3 Accords bilatéraux inspirés des conventions multilatérales .....</b>	<b>14</b>
<i>2.3.1 Un accord classique : la Convention franco-égyptienne du 15 mars           1982 sur la coopération judiciaire en matière civile, sociale,           commerciale et administrative .....</i>	<i>14</i>
<i>2.3.2 Des accords spécifiques : La Convention franco-marocaine du 10 août           1981, relative au statut des personnes et de la famille et à la           coopération judiciaire ; la Convention franco-tunisienne du 18 mars           1982 relative à l'entraide judiciaire en matière de droit de garde des           enfants, de droit de visite et d'obligation alimentaire.....</i>	<i>15</i>
<i>2.3.3 Un accord novateur : la Convention franco-algérienne du 21 juin 1988           relative aux enfants de couples mixtes séparés franco-algériens.....</i>	<i>19</i>
<b>2.4 Accords consulaires de coopération .....</b>	<b>21</b>
<b>2.5 Protocoles d'accord administratifs .....</b>	<b>24</b>
<b>3. LES INSTRUMENTS EN PRATIQUE.....</b>	<b>26</b>
<b>3.1 Le rôles des Autorités centrales .....</b>	<b>26</b>
<b>3.2 Les Commissions consultatives .....</b>	<b>27</b>
<i>3.2.1 Relations de coopération .....</i>	<i>28</i>
<b>3.3 Le droit de visite.....</b>	<b>28</b>
<b>3.4 Procédures judiciaires - exécution des décisions relatives au droit de           garde et au droit de visite.....</b>	<b>28</b>
<b>4. L'AVENIR DE CES INSTRUMENTS .....</b>	<b>30</b>
<b>ANNEXES</b>	

## INTRODUCTION

L'éclatement des familles est devenue chose commune dans la société actuelle. Séparations, divorces, et remariages ponctuent la vie familiale. Cependant, lorsque les rapports matrimoniaux et les relations entre parents et enfants revêtent une dimension internationale, les conflits peuvent se durcir et prendre une ampleur démesurée. Dans ce contexte, l'enfant devient bien souvent l'exutoire des rancœurs familiales et la victime de sa double appartenance culturelle.

En effet, dans les couples mixtes, tant que l'entente règne entre les deux époux, l'enfant peut s'enrichir de sa multiculturalité. En cas de divorce, si l'un des parents rentre dans son pays ou décide de mettre une frontière entre l'enfant et son ex-époux, en déplaçant l'enfant de manière illicite, le conflit parental se double parfois d'un conflit culturel ou religieux qui se traduit par la confrontation de deux logiques juridiques différentes et difficilement conciliables. L'enfant, pris entre deux cultures, perd ses repères affectifs, sociaux et culturels.

Soucieuses de trouver des solutions appropriées et objectives à ces situations délicates et humainement dramatiques et, de protéger au mieux l'intérêt de l'enfant, diverses enceintes internationales ont élaboré des instruments spécifiques assurant une coopération institutionnalisée entre Etats. En 1980, la Conférence de La Haye de droit international privé et le Conseil de l'Europe ont ouvert deux Conventions à la signature des Etats : *la Convention du 25 mai 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfant* et *la Convention dite de Luxembourg du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde d'enfant*. En 1989, l'Organisation des Etats américains a également ouvert une Convention à la signature des Etats : *la Convention interaméricaine sur le retour international d'enfants dite de Montévidéo du 15 juillet 1989*.

Ultérieurement, d'autres Conventions relatives aux droits et à la protection des enfants verront le jour : *la Convention des Nations-Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant* - qui a jeté les bases pour une protection juridique de l'enfant de manière universelle. Il ne s'agit pourtant que d'un fondement. *La Convention de 1989*<sup>1</sup> encourage, dans plusieurs de ses dispositions une coopération entre les Etats visant à mettre en œuvre les principes qu'elle énonce. Ainsi l'article 11, qui traite des enlèvements et des non-retours internationaux illicites, incite à l'adhésion aux accords multilatéraux existants. L'article 35, quant à lui, incite les Etats à prendre toutes les mesures appropriées, entre autres sur le plan multilatéral, pour empêcher l'enlèvement, la vente et la traite d'enfants.

Enfin, *la Convention de La Haye de 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesure de protection des enfants* est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2002.

Sur cette base, et suite à la demande de certains Etats membres, le Bureau Permanent a conduit des travaux préliminaires afin d'identifier certaines des questions particulières qui surviennent au sujet de l'enlèvement international d'enfant et du droit de visite transfrontière concernant au moins un des Etats de tradition islamique. Le projet du Bureau Permanent est d'explorer de manière préliminaire les possibilités d'une coopération ultérieure pour ces affaires, la pertinence des instruments internationaux actuels, notamment les Conventions de La Haye de 1980 et de 1996 ainsi que les évolutions futures sur le plan international.

---

<sup>1</sup> A la date du 26 août 2002, la Convention comptait 191 Etats parties.

Dans un premier temps, ce rapport se concentrera sur les accords bilatéraux (consulaires, administratifs, ou de coopération et d'entraide judiciaire) existants entre des Etats de tradition islamique (dont certains sont membres de la Conférence de La Haye) et des Etats membres occidentaux de la Conférence<sup>2</sup>.

Afin de prendre en considération l'expérience, les avantages et les inconvénients de ce type d'accord de manière objective et de cerner les différences de conceptions juridiques et de sensibilité, un questionnaire informel a été élaboré par le Bureau Permanent et transmis à certaines Autorités centrales. Les réponses à ce questionnaire sont avant tout destinées à permettre au Bureau Permanent d'identifier les souhaits, les demandes et les difficultés des parties (prenantes) à ces accords.

Ce rapport de recherche tente donc de mettre en place des outils de réflexion et de discussion entre les Etats parties aux Conventions de La Haye et les pays de tradition islamique, afin de définir, pour l'avenir, les éléments d'une coopération respectant la diversité et assurant la protection de l'enfant.

---

<sup>2</sup> Une copie de chaque accord est jointe en annexe, Nos 2 à 12.

## 1. LES RELATIONS ENTRE PARENTS ET ENFANTS : DROIT ISLAMIQUE ET DROIT OCCIDENTAL COMPARÉS

Nous aborderons ici les relations entre parents et enfants dans le cadre des situations familiales mixtes. Celles-ci mettent en présence le plus souvent, mais pas uniquement, un national issu d'un pays de tradition islamique et un ressortissant d'un pays non-musulman à propos du mariage, du divorce, de l'autorité parentale, etc.

Ces situations se caractérisent, sur le plan juridique, par la coexistence de deux systèmes, laïc et religieux. En cas de divorce, lorsque le parent immigré rentre dans son pays, la question de la garde de l'enfant devient souvent source de conflit profond entre deux logiques juridiques difficilement conciliables et deux intérêts contradictoires, ayant chacun sa propre légitimité.

Actuellement, l'aménagement des rapports d'autorité au lendemain du divorce est guidé par « l'intérêt de l'enfant » en droit international<sup>3</sup>. Or cette notion est une notion cadre à contenu indéterminé et variable, et qui recouvre un éventail de réalités diverses au sein d'un même système juridique, chaque magistrat appréciant l'intérêt de l'enfant en fonction de son environnement familial et social. Cette diversité se marque d'autant plus lorsque qu'un juge se retrouve face à deux traditions et sensibilités juridiques différentes dont il n'est pas coutumier<sup>4</sup>.

Dans l'esprit de la Convention relative aux droits de l'enfant<sup>5</sup>, l'aménagement des rapports d'autorité se fonde sur une égale attribution des charges entre les parents de l'enfant jusqu'à sa majorité<sup>6</sup>, l'enfant bénéficiant généralement d'une relation « équilibrée » entre les deux parents.

L'égalité parentale<sup>7</sup> devant les charges liées au mariage et à la cohabitation est un principe caractéristique des systèmes juridiques dits « occidentaux » modernes<sup>8</sup>. En cas

<sup>3</sup> Principe institutionnalisé dans l'article 3 de la Convention des Nations Unies : « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

<sup>4</sup> L'intérêt de l'enfant est un principe reconnu dans tous les systèmes juridiques, cependant son contenu varie. Dans les systèmes dits « occidentaux », l'intérêt de l'enfant est fonction de l'appréciation du juge de la situation individuelle de l'enfant (l'interprétation de l'intérêt de l'enfant se fait au cas par cas). En revanche, dans les systèmes de droit musulman, l'intérêt de l'enfant se fonde sur « *des conceptions plus communautaires de la parenté et de la transmission des codes de conduites entre parents et enfants* » in M. Foblets « Le statut personnel de l'enfant d'une famille musulmane. Questions particulières relatives à la gestion par le droit de l'appartenance », *L'enfant et les relations familiales internationales*, Actes du VII Colloque de l'association famille et droit (Louvain-la-Neuve 19-20 octobre 2001), Bruxelles, Bruylant, sous presse.

<sup>5</sup> Il convient de signaler que certains Etats de tradition islamique ont émis, lors de la signature et/ou lors de la ratification de cette Convention, des réserves, tant générales que spécifiques, précisant que leur engagement se faisait à la lumière du respect de la Charia (par exemple l'Iran, le Maroc, l'Egypte, le Pakistan). Voir Annexe N°1.

<sup>6</sup> Voir à ce sujet les articles 5 et 18, 1<sup>er</sup> alinéa de la *Convention des Nations Unies de 1989 relative aux droits de l'enfant*. Selon l'article 5, « [l]es Etats parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention » et l'article 18, 1<sup>er</sup> alinéa, stipule que « [l]es Etats parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant ».

<sup>7</sup> Cette responsabilité parentale commune porte aussi bien sur les droits, les devoirs, ainsi que sur le pouvoir de la personne et des biens de l'enfant.

<sup>8</sup> Voir Section 3, 1<sup>e</sup> alinéa, du *Children Act* du Royaume-Uni, article 371, 2<sup>e</sup> alinéa, du Code civil français, article 154 du Code civil espagnol, paragraphe 1626 du Code civil allemand (B.G.B) ; « Loi d'égalité parentale » autrichienne du 30 juin 1977 ; Article 373 du Code civil belge, section 4600 du Code californien.

de divorce et de séparation, ce principe de co-responsabilité peut prendre de multiples formes.

Certains droits européens ont tendance à accorder un « privilège de féminité » lors de l'attribution de l'autorité parentale après divorce<sup>9</sup>. D'autres systèmes tels que le modèle scandinave<sup>10</sup> ou celui des Etats d'Amérique du nord<sup>11</sup>, privilégient une « autorité/garde juridique conjointe »<sup>12</sup> ou une « autorité/garde physique conjointe »<sup>13</sup> entre ex-époux, via la conclusion d'accords sur le sort des enfants après divorce ou séparation.

Le principe de co-responsabilité parentale après divorce ou séparation n'est pas aménagé de manière similaire dans tous les systèmes juridiques dits « occidentaux ». Pendant longtemps, et encore actuellement dans certains droits, l'attribution de l'autorité parentale a été déséquilibrée, la mère bénéficiant de « l'ultime responsabilité » à l'exclusion de l'interférence de l'autre parent<sup>14</sup>. Une responsabilité parentale commune ne se traduit donc pas nécessairement par des pouvoirs égaux ; en revanche, elle offre à « chacun des parents le droit de participer à la décision »<sup>15</sup>, si nécessaire par l'intervention de l'autorité judiciaire.

Outre cette « responsabilité parentale commune », les systèmes « occidentaux » se caractérisent, comme nous venons de le voir, par la subordination de l'exercice de l'autorité parentale à « l'intérêt spécifique de l'enfant » *in concreto*. De nombreuses dispositions en droit espagnol<sup>16</sup>, allemand<sup>17</sup> ou italien<sup>18</sup> expriment cette conception. En droits anglais, l'intérêt de l'enfant est selon le « Children Act » de 1989, la « Paramount Consideration »<sup>19</sup>. Cette recherche de l'intérêt de l'enfant peut parfois conduire les autorités judiciaires ou administratives à transférer cette autorité/responsabilité parentale aux grands-parents ou à d'autres membres de la familles. Cette autorité parentale recouvre différents rapports.

<sup>9</sup> Selon l'article 297, 3<sup>e</sup> alinéa, du Code civil suisse (Z.G.B), la garde revient à un seul parent après divorce. Dans les faits, l'autorité parentale est attribuée dans 90% des cas à la mère. Cette préférence d'attribution à la mère a été confirmée par l'arrêt du Tribunal fédéral du 23 septembre 1982, lorsqu'elle est « à même de se vouer personnellement à l'éducation des enfants ». Le juge ne devra rejeter cette solution que pour « des raisons impérieuses ». Cette tendance s'est également illustrée dans la jurisprudence canadienne jusqu'au milieu des années 80, ainsi que dans la jurisprudence de la Cour Suprême du Minnesota (Etats-Unis) qui, dans son arrêt *Pikula* de 1982, consacrait les doctrines de « l'âge tendre » (*Tender years*) et de la « primauté des soins » (*Primary caretaker*).

<sup>10</sup> Voir par exemple la Loi danoise de l'enfant du 18 mai 1960, modifiée en 1986, la Loi suédoise de 1976, revue en 1980, et la Loi norvégienne de 1981, qui accordent une place privilégiée aux accords parentaux et à la médiation familiale dans le règlement de la situation des enfants après divorce.

<sup>11</sup> Ces droits se caractérisent par la place importante des *custody agreements* privilégiant la co-responsabilité parentale, et par la possibilité de conclure des accords prémaritaux relatifs aux conséquences du divorce, et à la médiation. Voir Code de Californie (section 4600d).

<sup>12</sup> La garde légale conjointe peut être décidée par le tribunal et n'implique pas une garde physique. Les parents prendront en commun les décisions relatives à la santé et à l'éducation de l'enfant.

<sup>13</sup> Cela implique que chaque parent dispose de « périodes significatives de contacts fréquents et réguliers avec l'enfant ».

<sup>14</sup> Voir arrêt *Kruger c. Kruger*, Cour d'appel d'Ontario, Canada, 5 septembre 1979.

<sup>15</sup> H. Fulchiron « L'éducation des enfants étrangers », *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales* (F. Dekeuwer-Défosser), Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1993, pp. 197-234.

<sup>16</sup> L'article 154, 3<sup>e</sup> alinéa, du Code civil espagnol (loi du 13 mai 1981) dispose que « si les enfants ont suffisamment de capacité de jugement, ils doivent être entendus avant même qu'on ne prenne une décision qui les concerne ».

<sup>17</sup> Voir à ce sujet le paragraphe 1626, 2<sup>e</sup> alinéa, du B.G.B allemand.

<sup>18</sup> Selon l'article 333 du Code civil italien, si l'autorité parentale s'exerce « au désavantage du mineur », l'intervention du judiciaire est requise.

<sup>19</sup> F. Boulanger, *Les Rapports juridiques entre les parents et les enfants, perspective comparatiste et internationale*, Paris, Economica, 1998, p. 37.

Dans la *Convention de La Haye de 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesure de protection des enfants*, « la responsabilité parentale » comprend l'autorité parentale ou tout autre rapport d'autorité analogue déterminant les droits, les pouvoirs et les obligations des parents, des tuteurs ou autre représentant légal à l'égard de la personne ou des biens de l'enfant<sup>20</sup>.

En droit musulman, la garde (Hadana) et la tutelle (Wilaya) de l'enfant sont basées sur une conception complémentaire des droits et obligations du père et de la mère, en fonction de l'âge de l'enfant.

Cette structure parentale partagée correspond à une certaine vision de l'intérêt de l'enfant *in abstracto* qui trouve sa source dans la tradition musulmane pluricentenaire et non dans l'appréciation d'un pouvoir judiciaire. En effet, dans les pays de tradition islamique, l'intérêt de l'enfant est dépendant de la conception de la famille et de la société édictée par l'Islam. Le Coran, source suprême de droit, élabore un ensemble de règles de conduite et d'obligations sociales conditionnant la structure et l'organisation de la famille. Cette vision est difficilement compatible avec la conception des systèmes occidentaux qui privilégient la recherche *in concreto* de l'intérêt de l'enfant.

Dans les pays de tradition islamique, les tâches parentales font l'objet d'un découpage spécifique et complémentaire et qui ne recouvre pas les mêmes notions que dans les systèmes juridiques dits « laïcs » pour lesquels il est basé sur un principe d'égalité.

La mère se voit attribuer la garde de l'enfant ou la « Hadana » (attribut de la maternité), c'est-à-dire la prise en charge quotidienne de l'enfant<sup>21</sup>. Cette prérogative s'exerce pendant une phase courte de la minorité de l'enfant<sup>22</sup> qui varie en fonction du sexe et selon les écoles de droit coranique. Cette prérogative maternelle prend fin, pour le garçon, au moment où il peut se passer des services de sa mère (selon l'école Hanafite) ou à la puberté (selon l'école Malékite), et à la consommation du mariage pour les filles. Confier la garde à la mère revient à lui confier l'entretien de l'enfant pendant une période déterminée et non à lui attribuer l'exercice de l'autorité parentale au sens occidental. C'est au père qu'est confiée cette responsabilité. En effet, ce dernier est titulaire de la tutelle permanente sur l'enfant, c'est-à-dire qu'il conserve la haute main sur son éducation et ce, dans les préceptes de la religion musulmane<sup>23</sup>.

Dans les systèmes juridiques de tradition islamique, en cas de conflit de nationalité dans une relation familiale mixte impliquant un ressortissant de l'un des pays de tradition islamique, son statut national (islamique) prédomine. Ainsi, par exemple les effets du mariage et de sa dissolution entre un conjoint égyptien et un conjoint français sont régis par la loi égyptienne. Etant donné que dans la majorité des mariages mixtes entre ressortissants de pays de tradition islamique et de pays occidentaux, le mari est musulman et sa femme une ressortissante d'un pays non-musulman, la loi islamique est appliquée comme étant celle du mari. Dans le cas de figure où une femme musulmane, ressortissante d'un pays de tradition islamique, épouserait un musulman ressortissant d'un Etat laïc, le statut national de l'épouse prévaudrait également sur celui du conjoint étranger. Ce privilège de « nationalité/religion » prévaut également en cas de conflit

<sup>20</sup> Article 1<sup>er</sup>, 2<sup>e</sup> alinéa, de la Convention de La Haye de 1996.

<sup>21</sup> La mère, lorsqu'elle exerce la Hadana, s'occupe de l'entretien, de la scolarisation, du bien être physique et moral de l'enfant ainsi que de son éducation dans la religion de son père.

<sup>22</sup> La garde est généralement définie comme étant l'éducation de l'enfant à une période où la présence féminine est un besoin pour l'enfant.

<sup>23</sup> Selon l'article 62 du Code algérien de la famille, « le droit de garde consiste en l'entretien, la scolarisation, et l'éducation de l'enfant dans la religion du père ainsi que la sauvegarde de la santé physique et morale », l'article 97 de la Moudawana dispose que la « garde consiste à préserver l'enfant, dans la mesure du possible, de ce qui pourrait lui être préjudiciable ; à l'élever et à veiller à ses intérêts » ; en droit tunisien, « la garde consiste à élever l'enfant et à assurer sa protection dans sa demeure » (art. 54 du Code de statut personnel).

transfrontière relatif à la garde de l'enfant<sup>24</sup>. Le père conserve l'autorité et doit pouvoir l'exercer sans entrave. On entend ainsi éviter que la mère non-musulmane ne profite du droit de garde pour élever les enfants dans une autre religion que celle du père, c'est-à-dire l'Islam<sup>25</sup>. La mère ne se verra confier la garde de son enfant qu'à condition qu'elle réside dans le même pays que le père<sup>26</sup>.

La solution islamique ne s'appuie pas sur des principes fondamentaux d'égalité (égalité entre l'homme et la femme, comme personne, parent, époux) et de non-discrimination en vigueur dans les systèmes occidentaux. Dans de tels affrontements familiaux, la donnée religieuse et culturelle l'emporte sur toute autre considération. La loi islamique s'appliquera en tant que loi du mari. La primauté du statut musulman sera respectée « tant, sur le plan des conflits de lois, par l'éviction de la loi étrangère, que sur celui des conflits de juridictions par le refus d'accorder l'exequatur aux décisions étrangères qui n'auraient pas été appliquées »<sup>27</sup>.

Ce privilège de nationalité/religion, renforcé pour certains auteurs par celui de « masculinité », est d'application, soit en vertu de dispositions spécifiques du Code civil<sup>28</sup>, soit en vertu de la jurisprudence, dans l'ensemble des pays de tradition islamique, exception faite du Liban. En effet, le système juridique libanais est un système dit « inter-communautaire » et non « inter-confessionnel »<sup>29</sup>. Cela signifie que l'Etat libanais ne s'appuie pas sur une religion - il est neutre -, mais plutôt que le droit se fonde sur les règles des diverses communautés religieuses ayant un statut égal. Le système de droit libanais n'accorde donc aucun statut privilégié à un droit spécifique basé sur la religion ou la nationalité. Cette vision est également partagée par les autres pays arabo-musulman lorsqu'aucune partie de tradition islamique n'est impliquée dans un litige transfrontière, le privilège de nationalité/religion n'a plus de raison d'être.

Contrairement aux systèmes juridiques de tradition islamique, les systèmes occidentaux se sont écartés, dans l'attribution du droit de garde, du principe de privilège de « nationalité » pour rechercher progressivement des solutions plus neutres, dans un souci d'objectivité des rattachements. En effet, dès 1902 dans les Conventions de La Haye relatives à la tutelle de l'enfant<sup>30</sup> et à la protection des mineurs « la résidence habituelle »<sup>31</sup> apparaît pour la première fois comme critère de rattachement subsidiaire en matière de conflits de loi, la nationalité restant le critère de rattachement principal. La *Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la Compétence des autorités et la loi applicable en matière des mineurs* accorde une place plus grande à la résidence habituelle<sup>32</sup>. En effet, les autorités de l'Etat de résidence habituelle d'un mineur ont la possibilité de prendre les mesures judiciaires ou administratives tendant à sa

<sup>24</sup> Le père transmet son nom et sa religion à son enfant quelle que soit la religion de la mère. En effet, l'Islam, étant à la fois religion et système politico-juridique, soumet tout musulman au Coran et à la tradition islamique.

<sup>25</sup> L'article 61 du Code de statut personnel tunisien modifié par la loi du 18 janvier 1981, prévoit, pour que la tutelle du père soit effective, la perte de la garde par la mère si elle modifie sa résidence et s'installe « à une distance qui empêche le tuteur d'accomplir son devoir envers son pupille ».

<sup>26</sup> En Tunisie, pour les couples mixtes divorcés résidents, la garde est le plus souvent attribuée à la mère lorsque celle-ci est résidente sur le territoire tunisien.

<sup>27</sup> J. Deprez « Droit international privé et conflits de civilisations, aspects méthodologiques », *Recueil des cours*, tome 211, 1988 (IV), p. 127.

<sup>28</sup> Voir article 13 du Code civil algérien, article 14 des Codes civils libyen et égyptien, et article 15 des Codes civils syrien et jordanien.

<sup>29</sup> Un système confessionnel induit que l'Etat est fondé sur une conception religieuse donnée, comme par exemple l'Islam et que celle-ci jouit d'un statut privilégié.

<sup>30</sup> *Convention de La Haye du 12 juin 1902 pour régler la tutelle des mineurs*. En particulier voir l'article 3 qui établit la résidence habituelle comme critère de rattachement subsidiaire à la loi nationale.

<sup>31</sup> Il faut noter que la résidence habituelle n'est définie dans aucune convention de La Haye, le but étant de garder cette notion dénuée de toute règle technique qui peuvent engendrer les rigidités et les incompatibilités que l'on rencontre parfois entre différents systèmes juridiques.

<sup>32</sup> Voir l'article 1<sup>er</sup> de la Convention.

protection ; cependant, il faut tenir compte des possibilités de modification des mesures prises selon

la résidence habituelle, par l'Etat de la nationalité du mineur. Enfin, la Convention de La Haye de 1996<sup>33</sup> accorde la préséance à la résidence habituelle, tant en termes de règle de compétence qu'à titre de conflit de lois<sup>34</sup>. Ce critère de rattachement offre l'avantage d'être neutre et objectif.

Malgré cette objectivité affichée, les systèmes occidentaux ne sont pas toujours exempts de réaction de méfiance, voire de défiance, vis-à-vis des autres systèmes juridiques y compris ceux d'inspiration coranique. En effet, l'examen de la jurisprudence belge de ces dernières années « révèle que la plupart des magistrats appliquent systématiquement la loi belge, quand bien même la nationalité des parties voudrait qu'ils appliquent la loi étrangère d'origine ». Ce choix est délibéré : soit il s'agit de faire prévaloir l'intérêt de l'enfant, soit il s'agit de favoriser au maximum l'intégration de la famille ou étrangère (ou binationale) dans la société belge, par « l'application de la législation interne, jugée plus protectrice de la femme et des enfants »<sup>35</sup>. Cette tendance se marque également dans la jurisprudence française.

Cependant, il y a également d'autres exemples de jurisprudence qui admettent et prennent en compte l'intérêt supérieur de l'enfant défini selon son environnement culturel. Par exemple, la Cour d'appel anglaise a statué, dans l'affaire *Osmam/Elasha*, que les enfants devaient rentrer au Soudan, bien que cela puisse signifier pour la mère un droit de visite limité. La Cour a alors fait remarquer qu'« un problème survient lorsqu'un Etat dont le système s'inspire du fondement *judéo-chretien* condamne un système d'inspiration islamique à l'origine conçu et mis en œuvre afin de promouvoir et de protéger l'intérêt des enfants au sein de cette société, en conformité avec ses traditions et ses valeurs »<sup>36</sup>. La Cour souligne que lorsque les liens entre les enfants et leur culture d'origine sont suffisamment étroits, les spécificités culturelles doivent être respectées au sein de ce système juridique déterminant l'intérêt supérieur de l'enfant. Il a cependant été noté que cela ne serait pas toujours le cas, et que chaque affaire est à apprécier selon les faits. Dans le cas d'espèce, les enfants avaient été élevés au Soudan, pays avec lequel ils avaient gardé des liens étroits. Lorsque les liens paraissent plus lâches et que les valeurs du système d'origine sont complètement incompatibles avec le système juridique occidental, il se peut que la décision soit différente. Il demeure que cette jurisprudence démontre que l'on ne peut faire simple abstraction des systèmes juridiques influencés par d'autres cultures.

Les différences de philosophie, d'esprit, de logique<sup>37</sup> et de confession entre les divers systèmes étudiés sont manifestes. La difficulté réelle n'est pas celle de la reconnaissance et du respect de ces divergences légitimes, mais celle de la détermination du principe, du critère applicable aux relations familiales inter-culturelles. Il s'agira d'accommoder les modèles et les institutions diverses relatifs à l'autorité parentale qui remplissent les mêmes fonctions dans des pays de traditions culturelles et juridiques différentes et ce, en conformité avec le droit fondamental de l'enfant de maintenir un contact direct et des relations personnelles régulières avec ses deux parents.

---

<sup>33</sup> Voir l'article 5, 1<sup>er</sup> alinéa, de la Convention : « [I]es autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'Etat contractant de la résidence habituelle de l'enfant sont compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens ».

<sup>34</sup> Voir également l'Arrêt Rivière de la Cour de Cassation française du 17 avril 1953.

<sup>35</sup> M. Foblets « Le statut personnel de l'enfant d'une famille musulmane. Questions particulières relatives à la gestion par le droit de l'appartenance », *L'enfant et les relations familiales internationales*, Actes du VII Colloque de l'association famille et droit (Louvain-la-Neuve 19-20 octobre 2001), Bruxelles, Bruylant, sous presse.

<sup>36</sup> Voir affaire *hala bin Osman c Elasha Maidi Elasha*, Cour d'appel (Royaume-Uni), 24 juin 1999, p. 11, paragraphe F.

<sup>37</sup> J.-Y. Carlier « Le respect du statut personnel musulman. De quel droit par quel droit ? », *Le statut personnel des musulmans*, (J.-Y. Carlier et M. Werwilghen), Bruylant, 1992, p. 385.

## 2. LES INSTRUMENTS BILATÉRAUX

Les instruments bilatéraux ont un but identique, assurer une coopération effective entre les Etats relative aux conflits concernant le droit de garde et le droit de visite transfrontière, les moyens pour atteindre ces objectifs varient en fonctions des instruments concernés. Il existe différents types de conventions bilatérales, comme le montre les accords bilatéraux conclus entre, par exemple :

- l'Australie et l'Égypte : « Accord entre le Gouvernement Australien et le Gouvernement de la République Arabe d'Égypte concernant la coopération relative au bien être des enfants »<sup>38</sup>, Le Caire, le 22 octobre 2000 ;
- la Belgique et le Maroc : « Protocole d'accord instituant une Commission consultative belgo-marocaine en matière civile »<sup>39</sup> ; Rabat, le 29 avril 1981 ;
- la Belgique et la Tunisie : « Protocole d'accord instituant une Commission consultative tunisio-belge en matière civile »<sup>40</sup> ; Tunis, le 7 avril 1989 ;
- le Canada et l'Égypte : « Accord entre le Gouvernement du Canada et la République Arabe d'Égypte concernant la coopération relative aux aspects consulaires des affaires familiales »<sup>41</sup>; Le Caire le 10 Novembre 1997 ;
- le Canada et le Liban : « Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la République libanaise concernant la coopération en certaines matières consulaires à caractère humanitaire »<sup>42</sup> ;
- la France et l'Algérie : « Echange de lettres franco-algérien relatif à la coopération et à l'entraide judiciaire »<sup>43</sup> ; Alger, le 18 septembre 1980 ; suivi par la « Convention entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République algérienne démocratique relative aux enfants de couples mixtes séparés franco-algériens »<sup>44</sup> ; Alger, le 21 juin 1981 ;
- la France et l'Égypte : « 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 »<sup>45</sup> ; Paris, le 15 mars 1982 ;
- la France et le Liban : « Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République libanaise concernant la coopération en certaines matières familiales »<sup>46</sup> ; Paris, le 12 juillet 1999 ;

---

<sup>38</sup> Voir le texte de l'accord en annexe No 2.

<sup>39</sup> Voir le Protocole d'accord en annexe No 3.

<sup>40</sup> Voir le Protocole d'accord en annexe No 4.

<sup>41</sup> Voir l'intégralité de l'accord en annexe No 5.

<sup>42</sup> Voir l'intégralité de l'accord en annexe No 6.

<sup>43</sup> Voir le texte de l'échange de lettres en annexe No 7.

<sup>44</sup> Voir l'intégralité de la Convention en annexe No 8.

<sup>45</sup> Voir l'intégralité de la Convention en annexe No 9.

<sup>46</sup> Voir annexe No 10.

- la France et le Maroc : « 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 »<sup>47</sup>; Rabat, le 10 août 1981 ;
- la France et la Tunisie : « 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'obligation alimentaire »<sup>48</sup>; Paris, le 18 mars 1982.

Même si chacun de ces accords aspire aux mêmes objectifs, leur étendue et les moyens prévus pour leur concrétisation diffèrent. En effet, ces accords constituant autant d'instruments taillés sur mesure, reflétant les besoins spécifiques des Etats parties, ils agissent entre autres comme des remèdes spécifiques à l'enlèvement international d'enfant dans chaque pays, dans le contexte de la relation bilatérale.

Nous avons classé ces instruments bilatéraux en différentes catégories et sous-catégories :

- les conventions bilatérales de coopération administrative et judiciaire :
  - accords d'entraide limitée,
  - accords bilatéraux inspirés des Conventions multilatérales,
  - accords bilatéraux spécifiques ;
- les accords consulaires de coopération ;
- les protocoles d'accord administratifs.

## **2.1 Les conventions bilatérales de coopération administrative et judiciaire**

Nous ferons une distinction entre les accords dits d'entraide limitée et les accords inspirés des conventions multilatérales de La Haye et de Luxembourg.

## **2.2 Les accords d'entraide limitée**

Grâce aux accords caractérisés par le principe général d'entraide en matière de droit de garde et de droit de visite, les Etats s'engagent à effectuer des recherches en vue de localiser l'enfant déplacé, à donner des informations sur la situation matérielle et morale de l'enfant, ainsi que sur les mesures de protection prises à son égard le cas échéant, et à favoriser son retour volontaire.

Il convient de souligner que la France et l'Algérie ont conclu un accord de ce type : l'échange de lettres franco-algérien relatif à la coopération et à l'entraide judiciaire<sup>49</sup>.

Le champ d'application de cet accord est subsidiaire à celui de la Convention franco-algérienne du 21 juin 1988 relative aux enfants de couples mixtes séparés franco-algériens sur laquelle nous reviendrons plus loin. L'échange de lettres s'applique aux enfants naturels, aux enfants adoptés et à ceux dont les deux parents sont français ou algériens.

---

<sup>47</sup> Voir le texte de la Convention en annexe No 11.

<sup>48</sup> Voir annexe No 12.

<sup>49</sup> Accord publié en France par le décret No°80-774 du 1<sup>er</sup> octobre 1980.

Un mécanisme de coopération et d'entraide entre les ministères de la Justice des pays respectifs est institué par l'article 3. Cette entraide réciproque est mise en œuvre en vue d'assurer « la recherche et la localisation des enfants dont le droit de garde est contesté ou méconnu »<sup>50</sup>. Les autorités compétentes des ministères de la Justice doivent satisfaire aux demandes de renseignements concernant les conditions de vie de l'enfant. Elles doivent prêter leur concours pour « obtenir la remise volontaire de l'enfant par voie de conciliation et pour faciliter l'exécution des décisions relatives aux droits de garde et de visite »<sup>51</sup>. Dans l'article 7, l'Algérie s'engage unilatéralement à accorder de plein droit aux demandeurs français l'aide judiciaire dans le cadre du droit de garde et du droit de visite.

### **2.3 Accords bilatéraux inspirés des conventions multilatérales**

Ils s'inspirent de deux modèles multilatéraux déjà cités ; à savoir la Convention de Luxembourg du 20 mai 1980 et celle de La Haye du 25 octobre 1980.

Ces accords ont en commun :

- d'accorder la préséance à « la résidence habituelle » comme facteur de rattachement de la protection de l'enfant ;
- d'octroyer un statut équivalent pour le droit de garde (considéré comme corollaire du droit de visite) et le droit de visite qui sont protégés et défendus par l'institution et la coopération d'Autorités centrales spécifiques ;
- de veiller à ce que l'intérêt de l'enfant réside dans le rétablissement rapide de la situation initiale en cas de déplacement illicite ;
- d'octroyer de l'aide judiciaire de plein droit.

Au-delà de ces modèles communs, les accords bilatéraux marquent leur originalité par la création de « commissions mixtes consultatives » réunissant des représentants des Affaires étrangères et de la Justice, à intervalle régulier et à la demande de l'un ou l'autre Etat. Ces Commissions ont pour but d'aplanir les difficultés, de faciliter le règlement des dossiers individuels les plus complexes que les parties estiment opportun de leur soumettre.

Comme chaque convention se fonde sur la particularité de la relation bilatérale, leurs caractéristiques principales présentent un degré plus au moins élevé d'hétérogénéité. Aussi procéderons-nous à une étude théorique des dispositifs conventionnels, de manière synthétique. L'approche pratique fera l'objet d'un autre chapitre de cette étude.

#### **2.3.1 Un accord classique : la Convention franco-égyptienne du 15 mars 1982 sur la coopération judiciaire en matière civile, sociale, commerciale et administrative**

Cette Convention vise à mettre en œuvre une coopération étroite pour la protection des enfants pendant la durée de la garde<sup>52</sup>. La notion de droit de garde ne recouvrant pas la même définition en droit égyptien qu'en droit français, il est spécifié que la Convention ne s'applique en Egypte que pendant la durée du droit maternel de garde (Hadana) ou à

<sup>50</sup> Article 4 de l'échange de lettres.

<sup>51</sup> Voir l'article 5 de l'accord.

<sup>52</sup> Cette notion est définie au regard du concept du droit musulman (voir chapitre 1).

l'issue de cette période (Dam), elle institue des Autorités centrales<sup>53</sup> et met en œuvre la protection du droit de visite via une procédure judiciaire et non *ex lege*<sup>54</sup>.

Les Autorités centrales remplissent les fonctions suivantes : elles recherchent et localisent les enfants déplacés, donnent des informations sur la situation matérielle et morale de l'enfant et sur les mesures de protection prises à son égard le cas échéant ; assurent leur remise volontaire et coopèrent en vue d'organiser le droit de visite du parent non gardien. Elles introduisent ou favorisent l'ouverture d'une procédure judiciaire d'urgence afin d'obtenir le retour de l'enfant. A cette fin, elles peuvent acheminer les demandes visant à obtenir la reconnaissance ou l'exécution des décisions de garde.

Outre des autorités centrales, la Convention fait état également d'un groupe de travail chargé de faciliter le fonctionnement pratique de la Convention et d'approfondir la coopération judiciaire entre les deux Etats.

Il est à noter que la Convention met en œuvre une règle de compétence indirecte et spécifique d'exequatur en matière de garde. En effet, d'après la lettre du texte de l'article 26, alinéa 8, la juridiction de l'Etat d'origine qui a rendu la décision de garde sera considérée internationalement compétente par le juge de l'exequatur s'il s'agissait du tribunal de la résidence du parent avec lequel habitaient le ou les enfants, ou la résidence de la famille, à moins qu'il ne s'agisse d'une décision par défaut.

Cette procédure d'exequatur doit être menée d'urgence dans un délai de moins de six semaines. A défaut, l'Autorité centrale de l'Etat requis doit informer l'Autorité centrale requérante des motifs de retard.

Tout comme dans la Convention de La Haye de 1980, la procédure de remise judiciaire de l'enfant<sup>55</sup> établie dans cette Convention, revêt le caractère d'une action possessoire et conservatoire puisqu'elle vise à « la remise en l'état de la situation antérieure au déplacement illicite et le retour de l'enfant ». Cependant, cette procédure ne sanctionne que la violation d'un droit de garde judiciairement attribué<sup>56</sup>. Le juge de l'Etat requis a donc une compétence liée, il ne peut ordonner le retour de l'enfant qu'à condition que la décision de garde soit exécutoire dans l'Etat d'origine et qu'elle ait été rendue par le tribunal de la résidence de la famille ou de la résidence du parent avec lequel habite l'enfant.

### **2.3.2 Des accords spécifiques : La Convention franco-marocaine du 10 août 1981, relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire ; la Convention franco-tunisienne du 18 mars 1982 relative à l'entraide judiciaire en matière de droit de garde des enfants, de droit de visite et d'obligation alimentaire**

De toutes les conventions bilatérales citées et étudiées dans le cadre de cette étude, les Conventions franco-marocaine et franco-tunisienne apparaissent l'une et l'autre comme les plus proches des Conventions de Luxembourg de 1980 et de La Haye de 1980.

La Convention franco-marocaine couvre des matières assez diverses. Les deux premiers chapitres de cet instrument mettent en place des règles de conflit de lois et de juridiction en matière de statut personnel. Nous développerons ici seulement le

<sup>53</sup> Les autorités centrales sont les ministères de la Justice respectifs des Etats.

<sup>54</sup> Voir les articles 35 à 37.

<sup>55</sup> Voir article 37.

<sup>56</sup> La seule condition de mise en œuvre de l'action de remise de l'enfant contenue dans l'article 37 est « le déplacement de l'enfant en violation d'une décision judiciaire exécutoire par le tribunal compétent sur la garde » au sens de l'alinéa 8 de l'article 26 de la présente convention.

troisième chapitre<sup>57</sup>, qui traite du volet du droit de garde des enfants et du droit de visite.

Afin de faciliter la reconnaissance et l'exécution des décisions et d'assurer la remise de l'enfant déplacé et protéger le droit de visite, ces deux accords - comme les autres conventions bilatérales de ce type - organisent, en matière de garde des enfants et de droit de visite, une entraide judiciaire qui s'articule autour de l'institution d'Autorités centrales celles-ci ayant les mêmes attributions que celles détaillées dans la Convention franco-égyptienne. Les Autorités centrales sont assistées dans leur tâche par des Commissions consultatives mixtes, instances judiciaires et diplomatiques chargées de « faciliter le règlement des problèmes les plus difficiles qui seront soumis aux Autorités centrales »<sup>58</sup>.

Les Autorités centrales désignées en vertu des Conventions sont les ministères de la Justice des Etats respectifs. Leur attributions<sup>59</sup>, qui sont les mêmes que celles qui figurent dans l'article 3 et 5 de la Convention de Luxembourg de 1980 et dans l'article 7 de la Convention de La Haye de 1980, s'articulent autour de deux grands axes : une assistance judiciaire mutuelle<sup>60</sup> et une coopération concernant l'exercice du droit de garde et de visite sur les territoires des pays concernés. Cette coopération vise à garantir sur le territoires des Etats parties, le libre exercice du droit de garde et du droit de visite « sous la seule condition de l'intérêt de l'enfant »<sup>61</sup>.

Tout comme dans la Convention franco-égyptienne, ces conventions ne contiennent aucune disposition sur la compétence directe des tribunaux. Le régime général de reconnaissance et d'exécution des décisions judiciaires en matière civile et commerciale est fixé par le Titre II d'une autre Convention franco-marocaine : la *Convention du 5 octobre 1957 relative à l'aide mutuelle judiciaire, à l'exequatur des jugement et à l'extradition*. Les dispositions de cette Convention ont été légèrement assouplies dans la Convention de 1981 en matière de garde et de droit de visite<sup>62</sup> et ne représentent qu'un changement minime puisqu'elles ne portent que sur la force des jugements susceptibles d'être reconnus ou exécutés<sup>63</sup>. En effet, en vertu de l'article 16, lettre c, de la Convention de 1957, la décision doit avoir l'autorité de la chose jugée alors que l'article 18 de la Convention de 1981 n'exige des décisions relatives à la garde ou au droit de visite que leur caractère exécutoire.

Le régime<sup>64</sup> institué dans la Convention franco-tunisienne est régi quant à lui par le titre II de la *Convention franco-tunisienne du 28 juin 1972 relatif à l'entraide judiciaire en matière civile et commerciale et à la reconnaissance et l'exécution judiciaire*. Le régime appliqué est le même que celui développé pour la relation franco-marocaine.

---

<sup>57</sup> Voir les articles 15 à 25 de la Convention.

<sup>58</sup> Article 16, 2<sup>e</sup> alinéa, et article 2, 2<sup>e</sup> alinéa.

<sup>59</sup> Voir les articles 17 et 20 de la Convention franco-marocaine, et les articles 3 et 5 de la Convention franco-tunisienne.

<sup>60</sup> Les autorités centrales peuvent établir des attestations concernant la teneur de leurs dispositions législatives sur le droit de garde et le droit de visite.

<sup>61</sup> Article 5 de la Convention franco-tunisienne. Les rédacteurs de la Convention franco-marocaine vont plus loin, les autorités centrales doivent coopérer « sous la seule condition de l'intérêt de l'enfant, sans aucune restriction tirée du droit interne » (article 19). Cette disposition a pour but d'éviter les problèmes causés par la différence de principe qui prévaut à l'attribution des droits de garde et de visite dans le système français et marocain.

<sup>62</sup> Les articles 18, 20 et 24 de la Convention de 1981 ajustent le régime général mis en place par la Convention de 1957.

<sup>63</sup> Les autres dispositions de l'article 16 de la Convention de 1957 devront être respectées.

<sup>64</sup> Voir les articles 4 et 10 de la Convention de 1982.

Par ailleurs l'exécution et la reconnaissance des décisions étrangères sont<sup>65</sup> régies par des règles spécifiques qui sont différentes d'une convention à l'autre.

Selon l'article 24 de la Convention franco-marocaine, la reconnaissance ou l'exécution d'une décision en matière de garde ne peut être refusée par le juge lorsque les conditions de compétence judiciaire et législative suivantes sont respectées :

---

<sup>65</sup> Au regard de la lettre du texte des Conventions, il apparaît que ces règles ne concernent que les décisions de garde.

1. le tribunal d'origine qui a rendu la décision est celui :
  - a) de la résidence commune effective des parents ;
  - b) de la résidence du parent avec lequel l'enfant vit habituellement ;
2. le tribunal d'origine a appliqué :
  - a) si les parents sont de la même nationalité, leur loi nationale commune ;
  - b) en l'absence de nationalité commune des parents :
    - soit la loi de leur résidence commune effective ;
    - soit la loi de la résidence du parent avec lequel l'enfant vit habituellement.

La Convention se soucie d'une part de l'autorité compétente et, d'autre part, de la loi applicable. Cependant, l'introduction d'une règle de conflit de lois apparaît discutable puisque la Convention de 1957 qui organise le régime d'exequatur ne prévoit que le contrôle de la compétence du tribunal qui a statué (et non celui de la loi appliquée). Pour certains auteurs<sup>66</sup>, il faut considérer que cet article énumère une condition alternative<sup>67</sup>.

La règle énoncée dans l'article 10 de la Convention franco-tunisienne est beaucoup moins complexe : le juge ne peut refuser l'exequatur lorsque le tribunal qui a rendu la décision relative à la garde est celui de la résidence commune effective des parents ou celui de la résidence des parents avec lequel vit habituellement l'enfant.

Pour finir, la procédure d'exequatur - et ceci vaut pour les deux Conventions franco-marocaine et franco-tunisienne - peut être introduite par le Ministère public à la demande des Autorités centrales. La juridiction saisie doit statuer d'urgence et au-delà d'un délai de six semaines, l'Autorité centrale de l'Etat requis doit informer l'Autorité centrale requérante du déroulement de la procédure<sup>68</sup>.

Les articles 25 et 11 des Conventions respectives, mettent en œuvre une action en remise judiciaire de l'enfant inspirée directement de l'article 13 de la Convention de La Haye de 1980 et visant à faire cesser une voie de fait. L'enfant doit être rendu au parent gardien sans que cette décision de retour ne préjuge au fond sur l'attribution définitive du droit de garde. Comme dans l'article 13 de la Convention de La Haye de 1980 les deux causes de refus de restitution de l'enfant envisagées dans ces instruments sont :

- l'exercice non-effectif de la garde ;
- la remise de l'enfant qui serait de nature à mettre en cause sa santé et sa sécurité de l'enfant<sup>69</sup>.

La protection du droit de visite est assurée par les Autorités centrales qui sont chargées de saisir les juridictions compétentes via le Ministère public afin que la décision relative au droit de visite soit déclarée exécutoire dans l'autre Etat ou que « soit fixé ou protégé

---

<sup>66</sup> F. Monéger « La Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire », *Revue critique de droit international privé*, 1984, p. 279.

<sup>67</sup> L'exequatur sera accordée lorsque le tribunal compétent en vertu de l'article 24 aura appliqué une autre loi que celle indiquée par la règle de conflit déterminé dans cet article et aussi lorsqu'un tribunal incompétent selon l'article 24 aura appliqué une loi compétente au sens de cet article.

<sup>68</sup> Disposition identique à celle énoncée par l'article 11 de la Convention de La Haye.

<sup>69</sup> Selon les deux Conventions, les motifs de refus doivent être appréciés en considération de la situation sociale de l'enfant et la teneur des dispositions législatives relatives au droit de garde dans l'Etat de résidence habituelle de l'enfant.

l'exercice du droit de visite et d'hébergement de l'enfant dans l'autre Etat au profit de celui des parents qui n'a pas la garde »<sup>70</sup>.

Il est à noter que la Belgique a également négocié des accords de ce type avec le Maroc. En juillet 1991, trois Conventions étaient signées entre ces deux Etats portant respectivement sur :

- la loi applicable et la reconnaissance des mariages et de leur dissolution ;
- la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires en matière de d'obligations alimentaires ;
- la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires en matière de droit de garde et de droit de visite.

Cependant, aucune procédure de ratification à l'égard de ces trois Conventions n'a été poursuivie. Suite à la volonté du Maroc de s'inscrire progressivement dans le système de La Haye, des négociations sur le plan bilatéral avec la Belgique ont pu être relancées. Après une relecture des trois Conventions débutées en mai 2001, la Belgique et le Maroc ont conclu, le 26 juin 2002, deux nouvelles conventions bilatérales relatives aux obligations alimentaires et au droit de garde et de visite qui s'inspirent directement des principes établis par la Convention de La Haye de 1980<sup>71</sup>.

Il convient de souligner que lors d'une visite officielle à son homologue néerlandais à La Haye en mai 2000, le Ministre de la Justice du Maroc a fait une déclaration marquant l'intention du Maroc d'adhérer à la Convention de La Haye de 1980.

D'autre part, le Maroc a ratifié la Convention de 1996, le 22 août 2002<sup>72</sup>. Il est ainsi le premier Etat musulman à ratifier une convention multilatérale prévoyant des règles précises de coopération en matière de responsabilité parentale et protection des enfants. Il s'agit là d'une avancée significative en matière de droit de la famille entre pays islamiques et occidentaux, la ratification jetant un pont important entre la Charia, loi islamique, et les principes juridiques occidentaux.

### **2.3.3 Un accord novateur : la Convention franco-algérienne du 21 juin 1988 relative aux enfants de couples mixtes séparés franco-algériens**

La coopération administrative instituée par l'Echange de lettre du 18 septembre 1980<sup>73</sup> n'était pas de nature à répondre au particularisme des relations familiales franco-algériennes. En effet, les enfants issus de couples mixtes franco-algériens sont le plus souvent des enfants nés d'une mère française et d'un père algérien, dont la garde est généralement confiée, après la séparation, à la mère par une juridiction française. Les pères voulant avoir la garde des enfants ont déplacé leurs enfants en Algérie, les privant de tout contact avec leur famille maternelle et ont obtenu bien souvent une décision algérienne contraire entérinant la situation de fait.

Dans ce contexte, les rédacteurs de la Convention de 1988 ont tenu compte de la spécificité de la relation franco-algérienne et de la double appartenance culturelle de l'enfant. Le nouvel instrument est un texte de circonstance et précurseur qui vise à assurer la primauté du droit de l'enfant de circuler librement entre le domicile de ses deux parents séparés<sup>74</sup>. Cet objectif ne peut être atteint sans une protection équilibrée

<sup>70</sup> Article 22, 2<sup>e</sup> alinéa et article 8, 2<sup>e</sup> alinéa.

<sup>71</sup> Ces textes, n'ayant pas encore reçus l'approbation des parlements respectifs, sont indisponibles au public.

<sup>72</sup> Cette Convention entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2002.

<sup>73</sup> Voir ci-dessus le point 2.2.

<sup>74</sup> Cet objectif se matérialisera au plan mondial dans la Convention des Nations Unies *relative aux droits de l'enfant* (article 8, 1<sup>e</sup> alinéa, et article 9, 3<sup>e</sup> alinéa).

des intérêts respectifs des deux parents qui se traduit concrètement par la mise en place de mécanismes particuliers<sup>75</sup> et novateurs : une règle de compétence unique en matière de garde et une règle de fond - le droit de visite est un corollaire obligatoire du droit de garde, assorti de garanties pour les deux parents (voir ci-après). La Convention comprend également les dispositions classiques des instruments inspirés des conventions multilatérales : l'intervention d'autorités centrales qui assurent des fonctions de coordination, de localisation des enfants déplacés, d'information<sup>76</sup> et l'octroi d'une aide judiciaire de plein droit<sup>77</sup>, l'institution d'une commission paritaire<sup>78</sup>. Cependant, ces mécanismes ne s'appliquent qu'à un nombre restreint d'enfants.

Le champ d'application *ratione personae* est circonscrit aux enfants légitimes des conjoints franco-algériens, séparés ou divorcés<sup>79</sup>, comme le montrent les travaux parlementaires<sup>80</sup> ainsi que les dispositions des articles 5 et 6 qui parlent de « domicile conjugal », de « conjoint séparé ». L'exclusion du champ d'application des enfants naturels, et celle des enfants adoptés, est liée à la situation de ces derniers dans les systèmes juridiques des pays de tradition islamique, qui ignorent la filiation naturelle<sup>81</sup> ainsi que l'institution de l'adoption<sup>82</sup>. Les enfants binationaux sont également exclus du domaine d'application de la Convention<sup>83</sup>. Il est à noter qu'aucune condition liée à l'âge de l'enfant, malgré des majorités légales différentes, n'a été fixée.

Concernant les mécanismes spécifiques institués dans cet instrument<sup>84</sup> :

- a) La Convention énonce une règle unique de compétence en matière de garde en vertu de laquelle la juridiction compétente est celle du lieu du domicile conjugal entendu comme lieu de vie familiale (article 5)<sup>85</sup>.
- b) Elle établit également une règle de fond innovante, un lien obligatoire entre le droit de garde et le droit de visite transfrontière : « toute décision judiciaire rendue par les juridictions des parties contractantes et statuant sur la garde de

<sup>75</sup> Ces mécanismes figurent dans le chapitre II de la Convention.

<sup>76</sup> Voir les articles 1 et 2.

<sup>77</sup> Voir l'article 3.

<sup>78</sup> Voir l'article 12.

<sup>79</sup> Sur ce point, la Convention franco-algérienne se différencie des autres conventions conclues par la France avec l'Égypte, le Maroc et la Tunisie qui n'excluent pas de manière explicite les enfants naturels. La Convention franco-marocaine du 10 août 1981, la Convention franco-égyptienne du 15 mars 1982 ainsi que la Convention franco-tunisienne du 18 mars 1982 disposent de « la garde des enfants », sans autres précisions quant à la qualité des enfants, les enfants naturels restent en discussion. Cependant, vu la position prise par le droit islamique vis-à-vis de ces institutions (pas d'existence juridique), il apparaît donc que les enfants naturels sont également exclus du champ d'application des Conventions franco-marocaine et franco-tunisienne.

<sup>80</sup> Voir Rapport Le Déaut, projet No 115 – Discussion et adoption le 7 juillet 1988, p. 14.

<sup>81</sup> Voir l'article 40 du Code de la famille algérien qui dispose que « la filiation est établie par le mariage valide, la reconnaissance de paternité, la preuve, le mariage apparent ou vicié et tout mariage annulé après la consommation (...) ».

<sup>82</sup> En vertu de l'article 46 du Code de la famille, cette institution n'est pas reconnue telle quelle par le droit algérien « l'adoption est interdite par la Charia et la loi ». Cependant, le droit de la famille algérien (article 116 du Code de la famille) connaît l'institution de la *kafala*, c'est-à-dire le recueil légal d'enfant qui constitue « l'engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation, et la protection de l'enfant mineur au même titre que le ferait un père pour son fils ». Mais la *kafala* n'a aucune conséquence sur la filiation car « l'enfant recueilli peut être de filiation connue et inconnue, et s'il est de parents connus il doit garder sa filiation d'origine » (article 119 et 120 du Code de la famille).

<sup>83</sup> Une condition de nationalité est fixée, l'accord ne s'applique qu'aux enfants issus de parents dont, en vertu de la législation de l'un ou de l'autre Etat, l'un a la nationalité française et l'autre la nationalité algérienne. La Convention exclut donc de son champ d'application les couples algériens résident en France et inversement, ainsi que les couples composés d'un français ou d'un algérien et d'un ressortissant d'un pays tiers.

<sup>84</sup> L'originalité de la Convention se fonde sur l'intangibilité du droit de garde et l'automatisme du droit de visite.

<sup>85</sup> Cette disposition peut être source de difficultés. En effet, il faut savoir localiser le lieu de vie familiale commune, lieu qui peut être différent de la résidence actuelle du père ou de la mère et celui-ci doit obligatoirement se trouver sur le territoire de l'un des deux Etats.

l'enfant attribue un droit de visite, y compris transfrontière, à l'autre parent »<sup>86</sup>. Une seule exception à ce principe a été prévue : « en cas de circonstances exceptionnelles mettant directement en danger la santé physique ou morale de l'enfant, le juge doit adapter les modalités pratiques de ce droit, en conformité avec l'intérêt de l'enfant »<sup>87</sup>. L'effectivité de ce droit de visite transfrontière serait illusoire sans garantie de protection des intérêts du parent non gardien.

- c) Le système mis en place en faveur du parent disposant du droit de visite se présente comme suit : le juge compétent (en vertu de l'article 5) doit lui accorder un droit de visite transfrontière ; le parent gardien s'expose, quant à lui à des poursuites pénales<sup>88</sup> s'il ne respecte pas ce droit de visite ; par ailleurs le jugement (décision judiciaire exécutoire) qui attribue ce droit emporte autorisation de sortie du territoire<sup>89</sup>, quel que soit le droit appliqué au fond.
- d) La protection des intérêts du parent gardien contre les abus du droit de visite est également prise en compte par cet instrument, grâce à des moyens spécifiques, qui visent à garantir le retour effectif de l'enfant après l'obtention simplifiée de l'exequatur des dispositions relatives au droit de visite transfrontière. Cependant, celle-ci est limitée à la seule partie du jugement concernant le droit de visite<sup>90</sup>. Cette limitation permet toutefois, en cas d'exercice abusif du droit de visite, d'ordonner le retour de l'enfant auprès du parent gardien. En effet, si, à l'expiration de la période fixée pour le séjour transfrontière, l'enfant n'est pas renvoyé au parent titulaire de la garde (article 8, 1<sup>e</sup> alinéa), ou lorsque l'enfant a été déplacé en dehors de la période fixée dans le jugement (article 8, 2<sup>e</sup> alinéa), il y a « reconnaissance et exécution immédiate des dispositions judiciaires exécutoires portant sur le droit de visite transfrontière »<sup>91</sup>. Il faut souligner que cette exequatur n'est pas automatique, selon l'article 8, alinéa 2<sup>e</sup>, « elle ne peut être refusée », ce qui sous-tend que celle-ci doit être demandée par le parent gardien. L'effectivité du retour de l'enfant est assurée par les dispositions de l'article 11 qui prévoient l'exécution forcée de la décision d'exequatur. Ainsi le procureur de la République a l'obligation de requérir « l'utilisation de la force publique pour une exécution forcée assurant le retour effectif de l'enfant sur le territoire d'où il est parti »<sup>92</sup>.

## 2.4 Accords consulaires de coopération

Alors que certains Etats se sont inspirés des Conventions multilatérales de Luxembourg de 1980 et de La Haye de 1980 pour la rédaction des textes d'accords bilatéraux, d'autres ont choisi, de s'inspirer de deux autres conventions universellement reconnues, la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant* et la *Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires*.

En vertu de l'article 11 de la Convention relative aux droits de l'enfant, « les Etats parties doivent prendre les mesures nécessaires pour lutter contre le déplacement

<sup>86</sup> Article 6, 2<sup>e</sup> alinéa, de la Convention.

<sup>87</sup> Article 6, 3<sup>e</sup> alinéa, de la Convention.

<sup>88</sup> L'article 7, 2<sup>e</sup> alinéa, oblige le Procureur de la République à poursuivre l'auteur de l'infraction de non-présentation d'enfant. Cette disposition n'existe dans aucune autre convention bilatérale de ce type. De plus, elle déroge au principe français d'autonomie des autorités judiciaires en la matière.

<sup>89</sup> Cette disposition vise à dépasser le pouvoir de blocage que les pères tiennent de la puissance paternelle en droit algérien.

<sup>90</sup> Cette disposition particulière vise à contourner les difficultés liées aux conceptions différentes de la notion de droit de garde entre les systèmes dits occidentaux et les systèmes de tradition islamique.

<sup>91</sup> Selon le Rapport Le Déaut, cet article 8 est « au cœur de l'efficacité du dispositif de la Convention, c'est l'outil privilégié de la libre circulation des enfants entre la France et l'Algérie ». Rapport Le Déaut, *op. cit.* pp. 8-9.

<sup>92</sup> Article 11, 2<sup>e</sup> alinéa, de la Convention.

d'enfants et les non-retour illicites d'enfants à l'étranger et, à cette fin, favoriser la conclusions d'accords bilatéraux ou multilatéraux ». L'article 5, alinéas e) et h) de la Convention sur les relations consulaires institue quant à lui un principe d'assistance pour les autorités consulaires d'un pays à l'égard de ses ressortissants. Ainsi, les fonctions consulaires consistent entre autres à « prêter secours et assistance aux ressortissants [...] de l'Etat d'envoi, à sauvegarder, dans les limites fixées par les lois et les règlements de l'état de résidence, les intérêts des mineurs [...] ressortissants de l'Etat d'envoi [...] ».

Forts de ces principes, des Etats tels que l'Australie, la France, le Canada, l'Egypte et le Liban ont conclu des accords bilatéraux dits « consulaires »<sup>93</sup>. Ces accords visent à promouvoir et mettre en œuvre une coopération entre les Etats parties en vue de régler cette question difficile de la garde des enfants et, de manière plus large, d'assurer la protection des droits de l'enfant. Le premier accord de ce type a été conclu entre le Canada et l'Egypte : *Accord concernant la coopération relative aux aspects consulaires des affaires d'ordre familial du 10 novembre 1997*. D'autres ont vu le jour, entre la France et le Liban concernant la coopération en certaines matières familiales, entre l'Australie et l'Egypte concernant la protection du bien-être des enfants<sup>94</sup>, et entre le Canada et le Liban concernant la coopération en certaines matières consulaires humanitaires.

Ces accords ont en commun :

- de veiller à ce que l'intérêt de l'enfant réside dans le respect du droit d'avoir des relations personnelles directes et régulières avec chacun de ses deux parents ;
- de faciliter le respect du droit de visite du parent non-gardien ; et,
- de mettre en place des Commissions consultatives chargées d'assurer le règlement amiable des contentieux familiaux et particulièrement ceux relatifs à la garde et au droit de visite de l'enfant.

Ces Accords sont de nature administrative et visent à faciliter, par des mécanismes de consultation et par des recommandations, la résolution des contentieux relatifs aux enlèvements d'enfants, au droit de visite transfrontière et à la protection des droits des enfants. Ces fonctions sont assurées par des Commissions mixtes consultatives<sup>95</sup>, réunissant des fonctionnaires de chaque Etat, du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, du ministère de la Justice et de l'intérieur et également de la Gendarmerie royale<sup>96</sup>. Parfois un coordinateur (et agent de liaison) est également désigné afin d'assurer le suivi des travaux des Commissions.

Celles-ci sont habilitées, conformément à la loi de chaque partie contractante, à faire respecter le droit de visite du parent non-gardien y compris en entreprenant les démarches nécessaires pour faciliter l'obtention de visas ou autres titres de transport pour ce dernier ou pour l'enfant ; faire respecter le droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles et régulières avec ses deux parents<sup>97</sup> ; veiller à promouvoir une coopération étroite et une connaissance entre les autorités concernées des parties contractantes, communiquer et échanger avec ces dernières des renseignements et des documents relatifs aux dossiers qui leur sont soumis ; émettre des recommandations<sup>98</sup> auprès des autorités compétentes afin de faciliter l'exécution de toute solution privée entre les parents et parties intéressées aux contentieux ; suivre l'évolution des dossiers présentés afin de faire des rapports d'étape.

---

<sup>93</sup> Ce type d'accord favorise le développement de relations amicales entre les Etats et assure protection et assistance aux étrangers résidants sur le territoire d'autres Etats.

<sup>94</sup> Cette Convention s'inspire directement de celle conclue entre le Canada et l'Egypte. Vu le succès de cette première négociation, l'Australie a décidé de suivre l'exemple du Canada.

<sup>95</sup> Dans le cadre de l'accord franco-libanais, la Commission est désignée comme une instance de concertation, de coordination et de consultation.

<sup>96</sup> Les membres de la Gendarmerie royale du Canada sont représentés au sein des Commissions consultatives Egypto-canadienne et canado-libanaise.

<sup>97</sup> Sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ou, plus précisément, sauf circonstances exceptionnelles mettant directement en danger la santé physique ou morale de l'enfant.

<sup>98</sup> L'étendue de ces recommandations figure uniquement dans l'article 6 de l'accord égypto-australien.

Dans la Convention franco-libanaise, la Commission consultative n'est pas en charge de cette fonction, cependant elle a un rôle plus étendu et similaire à celui des Autorités centrales. En effet, la Commission franco-libanaise est chargée « de prendre les mesures nécessaires pour aider à la conciliation entre les parties en présence, en vue notamment de faciliter le retour de l'enfant déplacé illicitement [...] » ; d'assurer l'information des parents sur la localisation, la situation matérielle et morale des enfants ainsi que l'état des procédures. La Commission franco-libanaise se démarque également des autres car elle peut entendre toute personne susceptible de l'éclairer<sup>99</sup>.

Ces mécanismes ne s'appliquent pas à tous, le champ d'application *ratione personae* est limité. La Convention libano-canadienne n'implique que les personnes possédant la nationalité canadienne ou libanaise. Il semble qu'il en soit de même dans l'accord franco-libanais puisque la Commission est habilitée à examiner les dossiers concernant des ressortissants de l'une ou de l'autre partie. Pour les deux autres accords (Canada-Egypte/Australie-Egypte) le champ d'application s'étend de manière plus large ; il concerne les personnes possédant la nationalité canadienne/australienne ou égyptienne, ou la double nationalité.

La Constitution de Commissions consultatives ne restreint pas le champ d'action des Etats, ces dossiers peuvent être réglés via d'autres moyens (judiciaire, pénal).

Les dossiers qui seront soumis aux Commissions sont transmis par voie diplomatique.

Il est important de signaler que les devoirs et les obligations internationales des Etats parties à ces accords consulaires de coopération ne sont pas limités par la conclusion de ce type d'accord.

## 2.5 Protocoles d'accord administratifs

En l'absence d'un cadre juridique pour régler les contentieux en matière civile (état des personnes et droit de la famille), y compris le volet enlèvement d'enfants entre pays d'immigration et d'émigration de tradition islamique, certains pays ont décidé de conclure des protocoles d'accord administratifs (bilatéraux) fondés sur des principes de coopération, de concertation et d'information. Ces protocoles instituent des « Commissions consultatives mixtes »<sup>100</sup> chargées de régler les contentieux civils par voie amiable et sont dépourvus de tout pouvoir contraignant. Ces accords, qui sont des réponses ponctuelles à des problèmes spécifiques, visent à aplanir les difficultés et à maintenir des relations ouvertes entre pays d'origine et pays d'accueil.

La Belgique a conclu deux accords de ce type, l'un avec la Tunisie<sup>101</sup> et l'autre avec le Maroc<sup>102</sup>. Les textes de ces deux protocoles étant presque conformes, à l'exception d'un ou deux détails, nous nous limiterons à une étude d'ensemble.

Ces protocoles d'accord instituent des Commissions consultatives belgo-marocaine/tunisienne en matière civile, réunissant des représentants des ministères des Affaires étrangères et de la Justice de chacun des deux Etats (Article 1). Elles sont chargées notamment<sup>103</sup> de « soumettre aux deux gouvernements toute proposition de nature à faciliter le règlement de questions qui, dans les relations entre les deux Etats,

<sup>99</sup> Article 8 de l'accord conclu entre la France et le Liban.

<sup>100</sup> Ces Commissions sont composées de représentants des ministères des Affaires étrangères et de la Justice de chacun des deux Etats.

<sup>101</sup> Le protocole d'accord instituant une Commission consultative tunisio-belge en matière civile du 29 avril 1989.

<sup>102</sup> Le protocole d'accord instituant une Commission consultative belgo-marocaine en matière civile du 29 avril 1981.

<sup>103</sup> Ces Commissions sont également chargées de communiquer l'information juridique en matière civile.

peuvent créer des difficultés en matière civile<sup>104</sup>, notamment dans le domaine de l'état et de la capacité des personnes, et du droit de la famille »<sup>105</sup>. De plus, ces Commissions peuvent aussi connaître de cas individuels en vue de favoriser leur règlement amiable. Elles se réunissent une fois par an, à la demande de l'un ou l'autre des Etats. Pour certains dossiers difficiles, une coordination avec les Autorités judiciaires est également établie.

Nous avons tenté, à travers ce chapitre, de broser un tableau précis des conventions bilatérales existantes en matière d'enlèvement d'enfants et de droit de visite transfrontière entre les Etats de tradition islamique et les Etats dits « occidentaux ». Ce tableau ne saurait être complet sans une étude des ces instruments dans la pratique.

---

<sup>104</sup> Article 2 du protocole d'accord belgo-tunisien.

<sup>105</sup> Article 2 du protocole d'accord belgo-marocain.

### 3. LES INSTRUMENTS EN PRATIQUE

Afin de cerner la pertinence des instruments bilatéraux en vigueur, le Bureau Permanent a établi un questionnaire exploratoire qui a été adressé à certains Etats membres de la Conférence de La Haye avec leur accord (la Belgique, le Canada et la France). Les personnes interrogées et les autorités concernées ont été invitées à commenter le questionnaire, ainsi qu'à identifier les questions concernant le fonctionnement des conventions bilatérales qui n'y auraient pas été abordées.

Cet état des lieux s'appuie sur les réponses apportées au questionnaire, sur les contacts/réunions tenues avec certaines Autorités centrales, sur des écrits universitaires et sur les conclusions de différentes conférences qui se sont tenues sur le sujet<sup>106</sup>.

Grâce à ces diverses contributions, il est possible de formuler une première synthèse des grandes tendances qui transparaissent au travers de l'application de ces conventions et accords bilatéraux. Il convient de souligner que les conclusions formulées sont de nature provisoire.

#### 3.1 Le rôles des Autorités centrales

Dans les accords bilatéraux inspirés des conventions multilatérales, les Autorités centrales sont des institutions de coordination générale qui assurent une assistance judiciaire et une coopération visant à garantir l'exercice effectif du droit de garde et du droit de visite sur leur territoire. Elles ont pour obligation de communiquer mutuellement, de manière directe entre elles et de saisir les autorités judiciaires, y compris le Parquet, pour assurer la bonne application de la Convention.

Dans la pratique, les Autorités centrales européennes éprouvent des difficultés plus ou moins importantes avec les Autorités centrales des pays de tradition islamique telles que :

- retard ou inertie dans l'engagement des procédures demandées ;
- communications difficiles en temps réel relatives au déroulement des procédures (dates d'audience, communication très lente des décisions rendues) ;
- difficulté d'obtenir des copies lisibles et intégrales de documents officiels (jugement, décision, rapport) ;
- manque de coopération dans la localisation de l'enfant déplacé ;
- confirmation aléatoire de l'enregistrement des demandes introduites parfois due à une désorganisation totale de l'administration.

Le retard dans l'engagement des procédures judiciaires par les Autorités centrales de tradition islamique s'explique par le fait qu'elles privilégient, au détriment des procédures judiciaires, la recherche de solution par voie amiable. Cela marque un véritable renversement de tendance de la part de ces autorités, qui se marque jusque dans l'organigramme des institutions (Autorités centrales, commissions consultatives) mises en place dans le cadre des conventions bilatérales. L'Egypte a par exemple, institué « un comité des sages », dans le cadre de la Convention franco-égyptienne. L'autorité centrale égyptienne transmet toutes les demandes adressées par l'autorité

---

<sup>106</sup> Congrès d'Osnabrück 23-24 octobre 1998, voir à ce sujet : C. von. Bar, « Islamic Law and its Reception by the Courts in the West », Volume 57, Köln, C. Heymans Verlag KG, 1999 ; Forum euro-méditerranéen sur l'enlèvement international d'enfants, Rome, 12-13 mars 2001 ; Forum international sur la responsabilité parentale, Bruxelles, 7-8 octobre 2001.

centrale française, à ce comité qui est chargée de rechercher des solutions amiables écartant dès lors l'application première de la Convention<sup>107</sup>.

### 3.2 Les Commissions consultatives

Parallèlement aux Autorités centrales, des commissions mixtes consultatives ont été instituées par toutes les conventions bilatérales. Précisément, les conventions consulaires et les protocoles d'accords administratifs (qui ne sont pas des conventions d'entraide judiciaire) ont comme apport essentiel de créer des Commissions consultatives, instances de concertation et de médiation chargées d'examiner les dossiers relatifs à l'exercice des droits de garde et de visite transfrontière, et de faciliter leur règlement par voie amiable. Ces commissions mixtes devraient se tenir chaque année. Cependant, il n'est pas toujours possible de les réunir aussi régulièrement, faute de moyen ou de disponibilité des autorités respectives. L'avantage de telles commissions est d'offrir un cadre de travail assez souple et de négocier au cas par cas des questions telles que les problèmes de visa relatifs à l'exercice du droit de visite ou le financement du déplacement de l'enfant dans l'exercice du droit visite.

Dans la pratique, la tenue de ces réunions permet, d'une part, d'apprécier les difficultés d'application des conventions et, d'autre part, d'améliorer l'effectivité de l'action des Autorités (centrales) des pays de tradition islamique. Ainsi, à la veille de ces réunions, de nombreuses décisions de justice sont rendues et de nouveaux éléments d'information sont communiqués (sur le fonctionnement précis du système juridico-judiciaire, la durée des procédures, la situation judiciaire des parents) alors que les procédures s'éternisaient depuis des mois. Etant donné que chaque réunion fait l'objet de pressions médiatiques et politiques, les autorités sont davantage disposées à obtenir des résultats concrets, et ce afin de démontrer à l'opinion publique qu'elles agissent concrètement.

Lors de la dernière réunion de la Commission mixte franco-libanaise, les autorités libanaises ont été sensibilisées au sort des enfants déplacés et à la précarité du statut des mères françaises dont le droit de visite était systématiquement refusé. Des résultats tangibles ont été enregistrés, un droit de visite collectif a été organisé au Liban et des demandes de droit de visite pour les mères françaises ont été acceptées par les autorités libanaises.

Depuis la mise en œuvre de l'Accord consulaire entre le Canada et l'Egypte, le nombre de dossiers d'enlèvement d'enfant a diminué, des solutions amiables sur l'aménagement du droit de visite ont été trouvées dans plusieurs dossiers.

Par ailleurs, la Commission peut prendre également la forme d'un groupe de travail chargé d'approfondir les relations de coopération entre les deux Etats. Les travaux de la Commission consultative belgo-marocaine ont abouti à l'élaboration et à la signature de trois conventions en 1991<sup>108</sup>, dont deux qui ont été modifiées et signées en juin 2002 par les deux Etats<sup>109</sup>.

<sup>107</sup> Pour rappel, les autorités centrales, à défaut de remise volontaire de l'enfant, ont l'obligation de saisir le parquet et les autorités judiciaires via le Ministère public aux fins d'exécution dans l'Etat requis des décisions de l'Etat requérant, pour les demandes de remise d'un enfant déplacé, ou pour fixer ou protéger l'exercice du droit de visite.

<sup>108</sup> La Convention sur la loi applicable et la reconnaissance des mariages et leur dissolution ; La Convention sur la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires en matière d'obligation alimentaire ; La Convention relative à la reconnaissance et à l'exécution des décisions judiciaires en matière de droit de garde et de droit de visite. Voir communiqué de presse du Vice-Premier Ministre et Ministre de la Justice et des Classes moyennes de Belgique, Malchior Watelet, 15 juillet 1991.

<sup>109</sup> La Convention sur la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires en matière d'obligation alimentaire, la Convention relative à la reconnaissance et à l'exécution des décisions judiciaires en matière de droit de garde et de droit de visite.

Cependant les résultats dans le cadre des Commissions consultatives et au travers de la coopération des Autorités centrales sont longs à obtenir et souvent insuffisants en nombre.

### **3.2.1 Relations de coopération**

Un autre constat a trait au type de coopération existant entre les pays dits occidentaux et les pays de tradition islamique, lequel se caractérise par un déséquilibre marqué. En effet, dans la plupart des dossiers traités et abordés au travers des conventions bilatérales, les Autorités centrales/compétentes occidentales sont bien souvent les Autorité requérantes, c'est-à-dire celles qui introduisent les demandes de retour et de droit visite. Aussi la relation de coopération entre la France et l'Algérie apparaît-elle comme la plus déséquilibrée de toutes puisque dans toutes les affaires, l'Autorité centrale française est l'autorité requérante. Or, il a été constaté que la coopération fonctionne de manière plus efficace lorsqu'elle ne se déroule pas à sens unique.

### **3.3 Le droit de visite**

Les Autorités centrales des Etats de tradition islamique saisissent les Autorités centrales étrangères majoritairement pour des demandes de droit de visite. La recherche d'une solution doit en priorité se faire par voie amiable, car les autorités centrales islamiques ne souhaitent pas avoir recours aux juridictions étrangères pour régler un tel litige.

Cette approche de non-intervention des juridictions étrangères, explique la réticence de certaines Autorités – centrales - islamiques de saisir leur juridiction d'une requête de droit visite pour une mère européenne.

Ainsi, pour pallier cette difficulté, les parents qui souhaitent exercer un droit visite dans les pays de tradition islamique sont invités à introduire eux-mêmes des demandes de droit visite régulier, sur place, devant les juridictions de ces Etats.

L'aménagement pratique ne pourra se faire dans la majorité des cas qu'avec l'accord du père. En outre, par manque de structure adaptée à l'encadrement de ce droit de visite, la mère devra exercer son droit de visite soit dans la famille et sous le contrôle du père, soit dans des lieux peu confortables comme les commissariats de police ou Palais de justice.

Cependant, l'aménagement du droit visite pose également des difficultés dans le sens inverse : le père, ressortissant d'un Etat de tradition islamique adresse une demande auprès des autorités occidentales. Des difficultés ayant trait aux conditions d'entrée et de séjour sur le territoire européen peuvent se poser, surtout si le père a fait l'objet de poursuites pénales pour déplacement illicite d'enfants. La Justice, ainsi que les mères des enfants enlevés, sont réticents à octroyer, après le retour de l'enfant, un droit de visite au père dans son Etat d'origine. C'est pourquoi, dans une première étape, les juridictions occidentales n'accorderont des droits de visite que très encadrés, dans des espaces neutres et en présence de psychologues par exemple, sur le territoire national de la mère.

### **3.4 Procédures judiciaires - exécution des décisions relatives au droit de garde et au droit de visite**

L'obstacle majeur à une bonne application des ces conventions bilatérales reste la différence entre les systèmes juridiques occidentaux et ceux de tradition islamique.

En dépit des conventions signées, le respect et l'exécution des décisions étrangères rendues sont refusés (refus d'exequatur ou d'exécution forcée d'une décision rendue) par les tribunaux de tradition islamique, au nom de l'incompatibilité avec l'ordre public interne fondé sur la loi coranique. En effet, l'ordre public est interprété de manière très large et se confond généralement avec la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, apprécié

comme étant l'éducation de l'enfant par le père dans sa religion (i.e. l'Islam) et cantonnée sur le territoire national de ce dernier.

Par conséquent, un enfant ne pourra que difficilement sortir du territoire du pays dont le père est ressortissant sans son autorisation, et ce, même dans le cas où un jugement d'exequatur d'une décision belge, par exemple, fixant la résidence de la mère en Belgique, ou une décision de remise de l'enfant à sa mère, ont été rendues.

L'autre frein est relatif à la longueur des procédures. En effet, les pays de tradition islamique exigent qu'un jugement définitif (relatif au divorce ou à la garde de l'enfant) soit rendu avant d'introduire une procédure d'exequatur. Cette procédure prendra des mois, voire des années avant de se concrétiser, le père interjetant appel quasi systématiquement à une décision favorable à la mère. De plus, l'exécution des décisions n'est envisageable qu'avec l'accord du père et il est difficile, voire impossible d'obtenir auprès des autorités compétentes l'exécution forcée d'un jugement.

#### 4. L'AVENIR DE CES INSTRUMENTS

Il est vraisemblablement inopportun de vouloir, à ce stade d'exploration préliminaire, tirer des conclusions sur l'efficacité des conventions bilatérales et sur l'effectivité de la coopération entre les Etats de tradition islamique et les pays occidentaux sur les problèmes d'enlèvement internationaux d'enfants. Toutefois plusieurs constats peuvent être établis.

Les conventions bilatérales fonctionnent avec difficulté, une bonne application de ce type d'instrument étant liée à divers facteurs, politiques, culturels et judiciaires ainsi qu'au degré d'investissement des autorités compétentes. La recherche d'une solution harmonieuse (par voie amiable ou judiciaire) dans un cadre bilatéral ou multilatéral passe par la bonne connaissance des modèles et institutions juridiques diverses relatifs à l'autorité parentale et qui remplissent les mêmes fonctions dans des pays de traditions juridiques et culturelles différentes et ce, en conformité avec le droit de l'enfant de maintenir des relations régulières avec ses deux parents.

A défaut d'une telle connaissance, toute coopération judiciaire - convention d'entraide judiciaire - ou amiable - accord consulaire et protocole d'accord administratif - conduit à écarter, par l'exception de l'ordre public, le droit étranger. Un exemple relatif à la conception de la responsabilité parentale, révélateur de la nécessité d'une bonne connaissance au sens de respect des traditions juridiques de chacun, nous a été donné au travers de cette recherche. Dans les systèmes occidentaux les parents exercent une co-responsabilité. En revanche, dans les pays de tradition islamique, les droits et les obligations des parents font l'objet d'un découpage spécifique et complémentaire.

A la lumière de ce constat, il paraît nécessaire, comme l'ont rappelé les autorités et les personnes interrogées, d'affiner les expériences en matière de formation des magistrats, avocats, et praticiens, et d'encourager la création de réseaux de communication. En effet, sans une relation de confiance entre les autorités, aucune coopération ne peut être efficace. Cette confiance ne peut s'acquérir que par une connaissance des particularités des systèmes juridiques de tradition différentes.

Nous pouvons conclure qu'à défaut d'apporter des solutions globales, la coopération bilatérale est un cadre juridique élémentaire et utile, servant de canal d'information et de communication entre autorités, d'une part, et d'autre part, rendant possible dans certains cas, et c'est là l'essentiel, le retour d'enfant et l'aménagement d'un droit de visite transfrontière.

En parallèle à cette coopération bilatérale, il serait nécessaire de développer une coopération multilatérale suivie, renforçant le dialogue, entre Etats de tradition islamique et les Etats occidentaux, en vue de protéger au mieux, l'intérêt et l'épanouissement des enfants ayant une double appartenance.

Par sa nature et son expertise, la Conférence de La Haye est le forum approprié pour l'encadrement d'un tel dialogue<sup>110</sup>.

---

<sup>110</sup> Voir les conclusions des professeurs Marie-Claire Foblets et Hugues Fulchiron établies à l'issue du *Forum international sur la responsabilité parentale : responsabilité privée, publique ? Enjeux et conséquences pour l'enfant*, Bruxelles, 7-8 octobre 2001, p. 7.