



Rapport explicatif de la Convention sur les relations personnelles concernant les enfants *

Strasbourg, 15.V.2003

I. Introduction

1. La Troisième conférence européenne sur le droit de la famille, réunie sur le thème «Le droit de la famille dans l'avenir» (Cadix, Espagne, 20-22 avril 1995), a souligné que l'internationalisation constante des relations familiales dans une Europe unifiée donnait une importance sans cesse plus grande à la question du droit de visite transfrontière des enfants. La Conférence a noté que le Conseil de l'Europe devait envisager d'approfondir davantage cette question pour améliorer certains aspects relatifs au droit de visite. La Conférence a donc recommandé au Conseil de l'Europe de procéder à un examen plus approfondi de cette question pour améliorer les mécanismes de coopération internationale, spécialement au sujet du droit de visite transfrontière des enfants, afin de mettre en place des garanties qui assureraient le retour de l'enfant à la fin de la période de visite.

2. À la suite de cette proposition, le Comité d'experts sur le droit de la famille (CJ-FA), sous l'autorité du Comité européen de coopération juridique (CDCJ), a été chargé d'étudier les moyens d'améliorer le droit 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. Pour accomplir ce mandat, le CJ-FA a créé, en 1996, le Groupe de travail sur la garde et le droit de visite (CJ-FA-GT1). M. Sjaak JANSEN (Pays-Bas), Mme Nathalie RIOMET (France), M. Milos HATAPKA (Slovaquie) et M. Lawrence QUINTANO (Malte) ont présidé le CJ-FA. M. Sjaak JANSEN (Pays-Bas) et M. Werner SCHÜTZ (Autriche) ont présidé le CJ-FA-GT1.

3. Le Groupe de travail sur la garde et le droit de visite a élaboré le projet de Convention sur les relations personnelles concernant les enfants et son projet de rapport explicatif. Lors de la rédaction de ces projets, ceux-ci ont été discutés avec le Comité conventionnel sur la Convention relative à la garde (T-CC) et il a tenu pleinement compte des vues du TC-C et des renseignements fournis par les réponses au questionnaire sur le droit de visite établi par le CJ-FA (document CJ-FA (99) ACCESS).

4. Le projet de Convention a été approuvé par le Comité d'experts sur le droit de la famille (CJ-FA) lors de sa 34e réunion le 14 septembre 2001 et le 6 décembre 2001 par le Comité européen de coopération juridique (CDCJ) lors de sa 76e réunion.

(*) Le traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne est entré en vigueur le 1er décembre 2009. Par conséquent, à partir de cette date, toute mention de la Communauté économique européenne doit être lue comme l'Union européenne.

5. Le Comité européen de coopération juridique (CDCJ) a ensuite soumis le projet de Convention au Comité des ministres qui a adopté le texte de la Convention et autorisé la publication de son rapport explicatif lors de sa 110e session, le 3 mai 2002. La Convention a été ouverte à la signature, à Strasbourg, le 15 mai 2003, à l'occasion de la 112e Session du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.

II. Commentaire sur les dispositions de la Convention

Observations générales

6. Le changement de terminologie, dans la Convention, consistant à remplacer la notion de «visite» par celle de «relations personnelles» souligne 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. La notion de « relations personnelles » s'accorde mieux avec les conceptions modernes telles que la «responsabilité parentale» ou des «responsabilités parentales». Par ailleurs, l'usage fréquent, dans la jurisprudence relative à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales de 1950 (ci-après dénommée «la CEDH»), de la notion de «droit des deux parents et des enfants d'entretenir des relations personnelles» est un motif important de ce changement terminologique. C'est pourquoi le texte emploie l'expression «relations personnelles» au lieu de «droit de visite» lorsque l'enfant entretient des relations personnelles avec une personne chez laquelle il ne vit pas habituellement.

7. Le parent avec lequel l'enfant vit habituellement peut hésiter à consentir à l'exercice de relations personnelles nationales ou transfrontières, même réduites, car il craint, parfois à juste titre, que l'enfant ne soit rendu par l'autre parent (ou par une autre personne ayant des liens de famille avec l'enfant, voir paragraphe 34 ci-dessous). À l'inverse, un parent (ou toute autre personne ayant des liens de famille avec l'enfant), en particulier une personne dont les relations personnelles avec l'enfant sont inexistantes ou très limitées peut enfreindre le droit relatif à la garde en faveur de l'autre parent, notamment le droit de déterminer le lieu où l'enfant est censé vivre et prendre l'enfant avec soi pour s'assurer des relations personnelles régulières avec lui. De toute évidence, l'amélioration du régime des relations personnelles aiderait les enfants à rester régulièrement en relation avec leurs parents, y compris les parents ayant la garde jointe ou partagée et d'autres personnes appropriées. Un système amélioré pourrait aussi réduire considérablement les problèmes nationaux et transfrontières en matière de garde et de relations personnelles, y compris, pour éviter les déplacements sans droit ou la rétention de l'enfant.

8. Divers instruments juridiques internationaux concernant les enfants font état du droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses parents. La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (ci-après dénommée «la Convention des Nations Unies de 1989») mentionne expressément le droit de l'enfant «d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents» (voir l'article 9). La CEDH dispose, dans son article 8, que «toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale (...)». 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. Les organes d'application de la CEDH, la Cour européenne des Droits de l'Homme et par le passé, la Commission européenne des Droits de l'Homme ont reconnu l'existence de ce droit dans leur jurisprudence et ont considéré que ce droit ne peut être restreint ou exclu pour de sérieuses raisons que si cela est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant (par exemple, comme mesure nécessaire à la protection de la morale ou de la santé de l'enfant, etc.).

9. La détermination des personnes, outre ses parents, avec lesquelles l'enfant peut entretenir des relations personnelles, dans la mesure où cela n'est pas contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant, est d'une importance capitale. À ce propos, il faut relever que la Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants de 1980, STE n° 105 (ci-après dénommée «la Convention relative à la garde») fait référence à des «personnes» et que, selon certaines lois internes, des personnes autres que les parents peuvent entretenir des relations personnelles avec l'enfant. De fait, dans certains Etats, les législations les plus récentes en la matière ont eu tendance à élargir le cercle des personnes qui se voient accorder ou qui peuvent solliciter des relations personnelles avec un enfant. A cet égard, il convient de souligner que si certaines de ces lois accordent aux grands-parents le droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant, d'autres ne leur attribuent que le droit de demander à entretenir ces relations personnelles. La jurisprudence relative à la CEDH a reconnu la possibilité de demander de maintenir des relations personnelles entre une grand-mère et ses petits-enfants et la Cour européenne des Droits de l'Homme a déclaré ce qui suit : « La Cour note d'abord qu'il n'est pas contesté que les questions relatives aux relations entre la deuxième requérante et ses petits-enfants sont couvertes par l'article 8 de la Convention. Elle rappelle d'ailleurs à cet égard que la « vie familiale » au sens de l'article 8 englobe pour le moins les rapports entre proches parents, lesquels peuvent y jouer un rôle considérable, par exemple entre grands-parents et petits-enfants. Le « respect » de la vie familiale ainsi entendue implique, pour l'Etat, l'obligation d'agir de manière à permettre le développement normal de ces rapports » (Cour eur. DH, arrêt *Scozzari et Giunta c. Italie* du 13 juillet 2000, série A, par. 221). Lorsqu'il y a eu une vie familiale durant un certain temps ensemble, les personnes qui ont vécu dans le même ménage que l'enfant peuvent appartenir à ce groupe (par exemple, d'anciens parents nourriciers, le conjoint ou l'ex-conjoint d'un parent, une personne qui a cohabité avec un parent) (voir aussi les commentaires au paragraphe 47 ci-dessous).

10. En encourageant dans les Etats l'adoption de principes communs au sujet des relations personnelles concernant les enfants, le texte renforce aussi l'application des instruments internationaux qui traitent de l'enlèvement, du droit de garde et du lieu de résidence habituelle des enfants, en particulier la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1983, ci-après dénommée la «Convention de La Haye de 1980»), 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 (entrée en vigueur le 1er janvier 2002, ci-après dénommée «la Convention de La Haye de 1996»). C'est dans ce contexte qu'a été adopté le Règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs (ci-après dénommée «le Règlement du Conseil») le 29 mai 2000. Le Règlement est entré en vigueur le 1er mars 2001.

11. Quant aux relations entre cette Convention et les instruments juridiques internationaux existants qui comportent des dispositions relatives aux questions régies par cette Convention, il faut tout d'abord souligner que, hormis certaines dispositions sur le droit de visite qui figurent dans la Convention relative à la garde (STE n° 105) (voir l'article 19 de la présente Convention), la présente Convention supporte mais n'affecte pas la manière dont ces instruments internationaux opèrent (voir l'article 20 de la présente Convention). D'autre part, il a été montré que les dispositions des instruments internationaux en matière de relations personnelles sont insuffisantes et des mesures additionnelles peuvent être nécessaires pour renforcer leur efficacité, en particulier, des principes qui soient applicables uniformément par les Etats. Les principes généraux (voir chapitre II) à appliquer lors du prononcé, de la modification, de la suspension ou de la révocation de décisions relatives à des relations personnelles sont les principes de bonne pratique généralement admis et appliqués à l'heure actuelle par la majorité des Etats. Ces principes doivent être appliqués à tous les types de cas, qu'ils comportent ou ne comportent pas un élément international ; ils peuvent aussi servir de base pour la conclusion d'accords privés ou être utilisés dans le cadre de problèmes concernant les relations personnelles dans la médiation familiale. C'est pourquoi cette

Convention, en ne traitant pas uniquement de questions de procédure mais également de principes de fond, apporte de nouveaux éléments susceptibles de contribuer à la prévention ou à la réduction des conflits qui peuvent surgir dans les affaires de relations personnelles concernant les enfants.

12. Dans certains cas, les autorités de l'État où réside un parent, qui ne sont pas celles de l'État de la résidence habituelle de l'enfant, sont mieux placées pour déterminer les modalités pratiques selon lesquelles les relations personnelles devraient s'exercer. Il est donc nécessaire de favoriser la coopération entre les tribunaux de l'État de la résidence habituelle de l'enfant, qui seront, dans la plupart des cas, ceux qui prononcent les décisions relatives à la garde, et les tribunaux de l'État de la résidence habituelle de la personne chez laquelle doivent avoir lieu les relations personnelles, afin d'obtenir des informations plus fiables et plus pertinentes sur la manière de procéder pour que ces relations soient établies et exercées dans l'intérêt supérieur de l'enfant (voir aussi l'article 35 de la Convention de La Haye de 1996).

13. Les autorités judiciaires qui ont prononcé une décision relative aux relations personnelles peuvent adopter certaines mesures destinées à assurer, dans la mesure du possible, la mise en œuvre de la décision (par exemple la surveillance des relations) et le retour de l'enfant à l'issue de la visite ou l'absence de déplacement sans droit de l'enfant. Ceci peut être fait, par exemple, en exigeant d'une personne qui sollicite des relations personnelles, de déposer son passeport, par des garanties financières, par des engagements ou obligations acceptées envers les tribunaux, ou encore, par l'obligation, pour la personne sollicitant des relations personnelles, de présenter un document émanant de l'Etat où les relations doivent s'exercer, certifiant la reconnaissance et, le cas échéant, le caractère exécutoire d'une décision relative à la garde ou aux relations personnelles ou aux deux et ce, avant le prononcé de la décision sollicitée ou avant l'exercice des relations, etc. De cette manière, davantage d'enfants seront rendus à l'issue de la période de visite.

14. Si, malgré les dispositions de la présente Convention, l'enfant n'est pas rendu à l'issue d'une période de visite à l'étranger, la Convention laisse aux autres instruments internationaux applicables le soin d'organiser le retour de l'enfant au lieu où il vit habituellement. En instaurant un cadre plus précis pour l'exercice des relations personnelles, cette Convention facilitera probablement la tâche des tribunaux lorsqu'ils seront chargés d'ordonner le retour de l'enfant en vertu des autres instruments internationaux applicables.

15. Cette Convention laisse au droit interne de chaque pays la charge de déterminer :

i. quels enfants sont couverts par le paragraphe c de l'article 2. Les Etats pourraient de ce fait exclure l'application de cette Convention, lorsque, comme indiqué au paragraphe c de cet article, une décision relative aux relations personnelles ne peut être faite ou mise en œuvre, en particulier dans :

a. les cas où un enfant en dessous de l'âge de 18 ans a acquis la pleine capacité juridique, comme en cas de mariage ou d'émancipation ;

b. les cas où un enfant est en droit de décider de sa propre résidence avant l'âge de 18 ans ;

c. les cas où les tribunaux ne peuvent faire ou mettre en œuvre une décision relative aux relations personnelles concernant un enfant qui a atteint un certain âge ou à une compréhension suffisante et qui s'oppose fortement à toute relations personnelles ;

ii. les personnes (c'est à dire le père et la mère) à même d'être juridiquement reconnues comme étant les « parents » ;

- iii. les personnes qui sont à même d'être juridiquement reconnues comme ayant des liens de famille avec l'enfant (tel qu'entendu dans le cadre de la présente Convention et précisé aux paragraphes 34 et 46 à 51 ci-dessous) ;
- iv. l'intérêt supérieur de l'enfant ;
- v. lorsque l'enfant dispose d'un discernement suffisant ;
- vi. si les relations personnelles sont subordonnées au consentement de l'enfant.

Chapitre I – Objets de la Convention et définitions

Article 1 – Objets de la Convention

16. La Convention s'applique à différentes situations en rapport avec le droit aux relations personnelles et prévoit des solutions spécifiques. Elle a donc pour objets de définir les principes généraux à appliquer aux décisions relatives aux relations personnelles, d'établir des mesures de sauvegarde et des garanties adéquates pour assurer le bon déroulement des visites et le retour immédiat des enfants à l'issue de celles-ci, et d'instaurer une coopération entre tous les organes et autorités centrales et judiciaires concernés par une décision relative aux relations personnelles.

17. Les principes généraux de l'article 1, *littera a*, sont les principes généraux du chapitre II, qui doivent être mis en œuvre dans le droit interne des États Parties et doivent être appliqués par l'autorité judiciaire qui prononce la décision (voir les articles 2, *littera b*, et 3). De tels principes n'assisteront pas seulement les autorités judiciaires à respecter certaines normes au niveau national mais garantiront aussi que toutes décisions étrangères à mettre en œuvre par d'autres États Parties à cette Convention ont été fondées sur des normes fiables similaires.

18. L'article 1, *littera b*, porte sur l'établissement de sauvegardes et de garanties appropriées pour veiller au bon déroulement des visites et au retour de l'enfant à l'issue de celles-ci (voir ci-dessous le commentaire de l'article 10). Ces sauvegardes et garanties ne concernent pas seulement les relations personnelles transfrontières, mais également les relations nationales. Ainsi, lorsque les parents résident dans le même État, il peut être souhaitable, s'il existe, le moindre danger réel que l'enfant ne soit pas rendu à l'issue de la visite, d'exiger, par exemple, des garanties financières ou, selon les cas, même le dépôt de passeports ou de documents d'identité ou les deux, afin d'assurer que l'enfant sera retourné au lieu où il vit habituellement.

19. L'article 1, *littera c*, traite de la nécessité d'instaurer une coopération entre les différents organes impliqués dans les affaires concernant les relations personnelles. Il vise d'abord à promouvoir la coopération entre les organes similaires (par exemple la coopération directe entre les autorités judiciaires de pays différents) et ensuite à favoriser la coopération entre des organes de différentes catégories, par exemple entre les autorités centrales et les autorités judiciaires du même pays ou de pays différents.

Article 2 – Définitions

20. Cet article définit certains termes utilisés dans la Convention.

21. L'article 2, *littera a*, définit les «relations personnelles» et indique que ces relations peuvent s'exercer non seulement entre l'enfant et le parent avec lequel il ne vit pas habituellement mais également entre l'enfant et d'autres personnes avec lesquelles il ne vit pas habituellement, notamment les personnes qui ont des liens de famille avec l'enfant (voir paragraphe 34 ci-dessous). Lorsqu'en vertu de l'article 5 paragraphe 2, les États ont étendu la disposition concernant les relations personnelles à d'autres personnes (par exemple des

personnes ayant des liens personnels étroits avec l'enfant), les Etats pourront décider librement quels types de relations personnelles doivent s'appliquer (voir les commentaires sur l'article 5 ci-dessous).

a. Relations personnelles

22. L'article 2, *littera a*, indique que le droit de l'enfant et de certaines personnes d'entretenir des relations personnelles entre eux peut prendre des formes différentes. Trois niveaux de relations personnelles sont ainsi distingués :

– Le premier niveau vise les relations personnelles directes : cela signifie « les relations de personne à personne » (face à face) entre l'enfant et les parents ou d'autres personnes qui ont des liens de famille avec l'enfant (ou d'autres personnes si les Etats ont élargi le cercle de ces personnes conformément au paragraphe 2 de l'article 5). Les relations personnelles directes amènent généralement l'enfant à s'absenter du lieu où il vit habituellement et son séjour, limité dans le temps, chez l'une des personnes visées à l'article 4 ou 5, ou la rencontre entre l'enfant et l'une de ces personnes. Les relations personnelles directes sont généralement le moyen le plus approprié d'entretenir des relations personnelles;

– Le deuxième niveau vise d'autres formes de relations que les relations personnelles directes : les relations entre l'enfant et les autres personnes s'établissent par des moyens autres que « les relations de personne à personne » ou face-à-face, par exemple par téléphone, par lettre, par télécopie, par courrier électronique, etc. Cette forme de relations personnelles peut être utilisée en plus des relations personnelles directes ou même à la place des relations personnelles directes dans des circonstances déterminées lorsque des relations personnelles directes ne sont pas possibles (par exemple si elles sont contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant ou bien si l'enfant vit très loin et les relations personnelles directes régulières sont très difficiles;

– Le troisième niveau couvre la communication, aux personnes sollicitant des relations, d'informations concernant l'enfant (par exemple, envoi de photographies récentes, de bulletins scolaires, de bulletins de santé, etc.) ou la communication à l'enfant d'informations sur ces personnes. Cette forme de relations personnelles peut être utilisée d'abord en plus des deux autres niveaux de relations personnelles ou même à la place de telles relations personnelles dans des circonstances déterminées lorsque l'un ou les deux niveaux de relations personnelles sont contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant.

23. L'information fournie à l'enfant ou celle le concernant doit respecter l'intérêt supérieur de l'enfant et les intérêts d'autres personnes impliquées suivant les cas.

24. En raison de son importance en tant que droit humain, le droit d'obtenir et d'entretenir des relations personnelles régulières entre un enfant et ses parents ne peut être restreint ou exclu que lorsque cela est nécessaire à l'intérêt supérieur de l'enfant, conformément à l'article 4 de la Convention. Si des relations personnelles sans surveillance ne sont pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant, des relations personnelles sous surveillance devraient être disponibles.

b. Décision relative aux relations personnelles

25. La Convention assure que les parents qui ont une décision sur la garde ou la résidence, particulièrement dans les cas de décision sur la garde ou la résidence jointe ou partagée, sont aussi habilités à faire usage des dispositions de cette Convention lorsque l'enfant reste avec l'autre parent. Par contre, ceci ne s'appliquera qu'aux cas dans lesquels la période de résidence est d'une durée considérable. Autrement, le droit d'un des parents et de l'enfant d'entretenir des relations personnelles devrait, normalement, être considéré comme étant couvert par le temps passé ensemble résultant d'une décision de résidence partagée.

26. L'article 2, *littera b*, définit le terme «décision relative aux relations personnelles». Selon la définition, une décision relative aux relations personnelles est une décision prononcée par une autorité judiciaire ou un accord confirmé par elle, quel que soit le type de relations personnelles concerné (relations personnelles directes ou d'autres formes de relations).

27. Dans le contexte de la présente Convention, le terme «décision relative aux relations personnelles » englobe également les accords conclus entre les parties, généralement entre les parents, au sujet des relations personnelles directes ou des autres formes de relations, qui ont été élaborés en la forme d'un acte authentique reçu et exécutoire, lorsque ces accords sont prévus par la législation interne de l'Etat où l'accord a été conclu et, en cas de relations personnelles transfrontières, des Etats dans lesquels il doit être appliqué. L'inclusion à la fois des accords homologués par un tribunal et les actes authentiques dans le champ d'application de la Convention s'explique par le fait que, dans de très nombreux cas, les relations personnelles avec un enfant ne découlent pas d'une décision judiciaire mais d'accords privés. Cependant, pour faciliter la mise en œuvre de ces accords, la Convention ne s'applique qu'aux accords qui ont été homologués par une autorité judiciaire compétente ou qui revêtent la forme d'un acte authentique reçu et exécutoire au regard de la législation où l'accord a été conclu. Les simples accords privés qui n'entrent pas dans ces catégories sont donc exclus du champ d'application de la présente Convention. Cependant, la décision de l'autorité judiciaire pourrait tenir compte de la possibilité pour les parents d'établir un accord privé, en prévoyant un cadre général pour un tel accord (par exemple en disposant que les relations personnelles n'auraient lieu qu'à l'étranger si les deux parents en ont conclu ainsi par écrit).

28. Au cours des travaux préparatoires de la présente Convention, le Comité d'experts sur le droit de la famille (CJ-FA) et son Groupe de travail sur la garde et le droit de visite (CJ-FA-GT1) ont souligné à quel point il est important de favoriser les accords entre les parties, notamment sur les questions qui concernent les enfants. À cet effet, ils ont encouragé les États à recourir davantage à la médiation familiale, conformément aux dispositions de la Recommandation (98) 1 du Comité des Ministres aux États membres sur la médiation familiale. Les accords conclus dans le cadre d'une médiation, homologués par l'autorité judiciaire compétente, sont donc inclus dans la notion de «décision relative aux relations personnelles ».

29. Les mots «accord (...) qui revêt la forme d'un acte authentique reçu et exécutoire» visent un document qui n'est pas fondé sur une «décision» d'une autorité judiciaire mais qui a été conclu ou enregistré sous le contrôle d'une autorité publique. Par exemple, selon le droit écossais, ce type d'acte peut concerner tout aspect de la réorganisation des affaires des conjoints après le divorce telles que les questions relatives aux enfants, par exemple la résidence ou les relations personnelles. Pour que ces actes obtiennent la même force exécutoire qu'une décision de justice, ils doivent être inscrits aux registres publics existants dans les tribunaux supérieurs écossais, connus sous le nom de «*Books of Council and Session*» et «*Books of the Sheriff Court*». Dans d'autres systèmes juridiques, les parties peuvent faire authentifier leur accord devant un notaire ou un bureau de protection de l'enfance, ce qui confère un certain degré « d'authenticité » à un acte au demeurant purement privé, sans que l'autorité authentifiait l'accord n'exerce un contrôle décisif sur son contenu. Puisque de tels documents ne sont pas connus toutefois dans tous les systèmes juridiques, ils n'entrent dans le champ d'application de la présente Convention que lorsque des dispositions en vue de tels documents existent dans l'Etat Partie où ils sont conclus et, dans les cas transfrontières, dans l'Etat Partie où les relations personnelles doivent s'exercer.

30. Dans le contexte de la présente Convention, la notion de «décision relative aux relations personnelles» englobe aussi une décision interdisant des relations personnelles comme moyen de sauvegarder l'intérêt supérieur de l'enfant («décision interdisant les relations personnelles»). Il en résulte que, même dans le cas où l'autorité compétente décide d'interdire les relations personnelles, ladite autorité doit, avant de prononcer la décision, prendre en considération toutes les formes possibles de relations personnelles (voir article 2 , *littera a*) et appliquer les principes contenus dans le Chapitre II de la présente Convention

(par exemple, informer l'enfant et lui permettre d'exprimer son avis conformément à l'article 6 de la Convention).

c. Enfant

31. L'article 2, *littera c*, définit l'enfant comme une personne âgée de moins de 18 ans à l'égard de laquelle une décision relative aux relations personnelles peut être prononcée ou exécutée dans un Etat Partie. L'âge de 18 ans est l'âge de la pleine capacité juridique dans tous les États membres du Conseil de l'Europe (voir à ce sujet la *Résolution (72) 29 du Comité des Ministres sur l'abaissement de l'âge de la pleine capacité juridique*). De plus, l'article 1 de la Convention des Nations Unies de 1989 énonce qu'« un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de 18 ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt, en vertu de la législation qui lui est applicable ». La Convention reconnaît qu'il est conforme à l'intérêt des enfants que le champ d'application de la Convention s'étende jusqu'à l'âge de 18 ans et non pas de 16 ans comme, par exemple, dans le cas de la Convention relative à la garde (STE n° 105). Ce choix contribuera à assurer la continuation des relations personnelles avec l'enfant et une certaine continuité car d'autres instruments s'appliqueraient au-delà de l'âge de 18 ans, en particulier ceux prévoyant des mesures de protection des majeurs incapables. Cependant, il convient également de tenir compte du fait que certains systèmes juridiques prévoient qu'une personne de moins de 18 ans peut obtenir sa pleine capacité juridique (par exemple par le mariage) ou décider de sa propre résidence à un âge antérieur. Lorsque de tels cas s'appliquent en vertu de la législation de l'Etat où l'enfant vit habituellement ou en cas de relations personnelles transfrontières, en vertu de la législation de l'Etat où les relations doivent s'exercer, il ne sera pas possible de prononcer ou exécuter une décision relative aux relations personnelles. Dans le droit interne de certains pays, il n'est pas possible pour les tribunaux de prononcer ou exécuter une décision relative aux relations personnelles lorsque l'enfant est âgé de plus de 16 ans ou encore lorsqu'il est plus jeune, si l'enfant s'y oppose fortement.

32. Puisque la présente Convention a été étendue aux enfants proches de l'âge de la majorité, il faut tenir dûment compte de la maturité et de l'autonomie croissante de l'enfant. Par exemple, dans le cas où un enfant qui a suffisamment de discernement refuse d'entretenir des relations personnelles, il faut prendre en considération ses souhaits, non seulement au moment du prononcé de la décision relative aux relations personnelles mais aussi ultérieurement, au stade de l'exécution. Les États devraient être encouragés à inscrire des dispositions sur ces points dans leur législation nationale (voir également ci-dessous le commentaire de l'article 6).

33. La Convention reconnaît qu'il est normalement dans l'intérêt supérieur de des enfants de maintenir des relations personnelles avec leurs parents et d'autres personnes ayant des liens familiaux avec l'enfant. Bien que les décisions relatives aux relations personnelles dans la plupart des cas concernent un enfant qui vit habituellement dans la maison familiale avec l'autre parent ou avec une personne ayant des liens familiaux avec l'enfant, les décisions relatives aux relations personnelles peuvent aussi concerner un enfant qui vit habituellement dans une institution ou des familles d'accueils ou au sein d'une institution public. Les Etats ont la faculté, dans des cas individuels, d'exclure du bénéfice des relations personnelles les enfants qui vivent dans des familles d'accueil ou en institution. Si les relations personnelles sont exclues pour ces enfants, les Etats membres du Conseil de l'Europe auront toujours à respecter en particulier l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de sa Cour (voir en particulier infra concernant l'article 4 et la jurisprudence de la Cour).

d. Liens de famille

34. L'article 2 *littera d* définit la notion de « liens de famille » telle qu'elle est entendue dans le cadre de cette Convention (tel que précisé aux paragraphes 46 à 51). Les liens de famille désignent des relations étroites telles celles qui existent entre un enfant et certaines personnes (par exemple les grands-parents ; frères et sœurs) et qui résultent du droit ou d'une relation de famille de fait. Par le terme « relations familiales » on entend les relations

familiales reconnues conformément au droit interne de l'Etat en particulier qui ne doivent pas nécessairement correspondre à la filiation génétique – en cas par exemple d'adoption ou de recours à la médecine génésique. Une telle relation étroite peut découler aussi d'une relation de famille de fait : c'est le cas lorsqu'une personne a vécu dans le même foyer que l'enfant, d'où l'existence d'une vie familiale pendant une certaine période (par exemple anciens parents nourriciers, conjoint d'un parent ou ex-conjoint qui n'est pas le parent de l'enfant, personne ayant cohabité avec l'un des parents et l'enfant). Comme indiqué aux paragraphes 15 et 49 du présent rapport explicatif, les Etats disposent d'une certaine marge d'appréciation dans la mise en œuvre de ce droit, en ce qui concerne la définition des personnes que la législation nationale considère comme ayant des liens de famille avec l'enfant. Toutefois, les États Parties sont tenus par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 8 de la CEDH. Les tribunaux peuvent notamment procéder à des arrangements spécifiques devant une situation où plusieurs personnes seraient habilitées à réclamer le droit d'entretenir des relations personnelles.

e. Autorités judiciaires

35. La définition de l' «autorité judiciaire» qui figure à l'article 2 *littera e* se fonde sur la définition énoncée à l'article 2 de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants de 1996 (STE n° 160). À cet égard, il convient de souligner qu'outre les tribunaux, toute autorité administrative ayant des compétences judiciaires dans les procédures familiales est englobée dans la définition de l'expression «autorité judiciaire». Les autorités administratives sont incluses parce que les compétences qui appartiennent aux tribunaux sont aussi exercées, dans certains États, par des autorités administratives pour certaines catégories de procédures familiales. C'est le cas, notamment, du pouvoir de prononcer des décisions relatives aux relations personnelles ou d'homologuer des accords privés concernant ces relations.

Chapitre II – Principes généraux à appliquer aux décisions relatives aux relations personnelles

Article 3 – Application des principes

36. Cet article prévoit que les Etats Parties doivent adopter toutes les mesures, législatives ou autres, nécessaires pour garantir l'application, par les autorités judiciaires, des principes énoncés dans ce chapitre lorsqu'elles prononcent, modifient, suspendent ou révoquent une décision relative aux relations personnelles d'un enfant. Conformément aux règles de droit international public, chaque Etat Partie s'engage à assurer la conformité de sa législation avec les principes de cette Convention et adopte des mesures à cette fin. Ces principes correspondent à ceux qui sont généralement admis et appliqués par les tribunaux européens en matière de relations personnelles (avec ou sans élément d'extranéité). Ces principes doivent être applicables, dans la mesure du possible et le cas échéant, à tous les types de relations personnelles mentionnés à l'article 2 *littera a*.

37. Si une décision relative aux relations personnelles a été prononcée, la décision met normalement fin au différend et règle les modalités et la périodicité des relations personnelles. Cependant, lorsque la décision n'est plus appropriée, en particulier en cas de changement des circonstances ou bien d'occurrence de nouveaux éléments de preuve rendant la décision contraire aux intérêts de l'enfant, il peut être nécessaire de modifier, voire de suspendre ou de révoquer la décision relative aux relations personnelles. Dans ces cas, l'autorité judiciaire qui a la compétence (y compris au niveau international), devrait pouvoir modifier ou adapter la décision relative aux relations personnelles, conformément au droit interne applicable et aux dispositions de tout instrument international pertinent.

38. L'article 15, qui traite des modalités de mise en œuvre des décisions relatives aux relations personnelles transfrontières, permet aux autorités judiciaires des Etats Parties où la décision relative aux relations personnelles transfrontières doit être mise en œuvre, de fixer ou d'adapter les conditions pour sa mise en œuvre, ainsi que toute mesure de sauvegarde ou toute garantie qui lui est attachée étant entendu que ces adaptations visent à faciliter l'exercice des relations personnelles. Cependant, l'article 15 concerne uniquement la mise en œuvre de la décision et interdit un examen quant au fond.

Article 4 – Relations personnelles entre un enfant et ses parents

39. L'article 4 s'applique aux relations personnelles entre un enfant et ses parents (c'est à dire les parents reconnus comme tels par la loi, comme indiqué au paragraphe 34 ci-dessus). L'article 4 paragraphe 1 reconnaît l'importance du droit d'un enfant et de ses deux parents d'obtenir et d'entretenir des relations personnelles régulières. Ceci devrait être le premier principe à appliquer aux décisions relatives aux relations personnelles par les autorités judiciaires. Les deuxième et troisième paragraphes contiennent les dérogations et restrictions au droit mentionné à l'article 4 paragraphe 1.

40. Ce droit fondamental d'un enfant et de ses parents d'obtenir et d'entretenir des relations personnelles est déjà prévu au niveau du droit interne de la plupart des Etats membres du Conseil de l'Europe et au niveau des instruments internationaux. Ce droit est protégé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, sous l'angle du droit au respect de la vie familiale prévu à l'article 8 de la CEDH. Cette jurisprudence tient compte de la Convention des Nations Unies de 1989 relative aux droits de l'enfant et en particulier de son article 9 paragraphe 3 qui prévoit que « les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ».

41. L'article 4 paragraphe 2 de la présente Convention prévoit que les relations personnelles entre un enfant et ses parents ne peuvent être restreintes ou exclues, que lorsque cela est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Le seul critère doit donc être l'intérêt supérieur de l'enfant. Toutefois, il ne doit y avoir aucun doute quant à la nécessité, dans l'intérêt supérieur de l'enfant, de restreindre ou d'interdire ce qui est essentiellement un droit de l'homme. L'appréciation, par les autorités judiciaires, de la nécessité d'une restriction ou même d'une exclusion éventuelles du droit prévu à l'article 4 paragraphe 1 doit donc tenir compte des éléments suivants : il ne doit pas exister d'autre solution moins restrictive; la restriction ou l'exclusion éventuelle en question doit être proportionnelle ; la nécessité de la restriction ou de l'exclusion doit être dûment justifiée. Plus les relations personnelles sont restreintes, plus les raisons invoquées pour justifier cette restriction doivent être sérieuses. Par exemple, des relations personnelles sont contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'elles lui font courir un grave danger physique ou psychologique de la part de ses parents. Quand un parent n'a jamais manifesté auparavant le moindre intérêt pour l'enfant, un contact risque de perturber gravement l'enfant. Dans les cas où un enfant ayant un discernement suffisant refuse d'entretenir des relations personnelles avec un parent, il est possible que ces relations aient un effet défavorable sur l'enfant. Les Etats Parties possèdent une marge d'appréciation pour déterminer les cas où la restriction ou l'interdiction des relations personnelles est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Les règles pertinentes de droit interne doivent néanmoins prendre en compte que les relations personnelles en tant que telles sont dans l'intérêt supérieur de l'enfant et qu'on ne devrait les restreindre ou même les exclure, dans des cas individuels, qu'au cas où l'on prouve qu'elles sont contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant, par exemple, lorsqu'un régime juridique visant à protéger l'intérêt supérieur de l'enfant dans des circonstances particulières a été mis en place conformément au droit d'un Etat.

42. À cet égard, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme établit que, conformément au paragraphe 2 de l'article 8 de la CEDH, lorsque la loi donne au tribunal interne compétence pour accorder ou refuser un droit d'entretenir des relations personnelles, le refus doit être «prévu par la loi»; elle prévoit de même que, pour déterminer si le refus d'un droit d'entretenir des relations personnelles constitue une mesure «nécessaire dans une société démocratique», les intérêts des parents doivent être mis en balance avec ceux de l'enfant, ces derniers ayant un poids prépondérant. Dans différentes affaires, dont la plupart concerne des enfants pris en charge par des établissements publics, la Cour européenne des Droits de l'Homme a conclu à une violation de l'article 8 de la CEDH en raison des restrictions imposées aux relations personnelles entre les requérants et leurs enfants (Cour eur. D.H., arrêts *O., H., W., B. et R. c. Royaume-Uni* du 8 juillet 1987, Série A N° 120-A, 121-A, 121-B et 121-C; Cour eur. D.H., arrêt *Olsson c. Suède (n° 1)* du 24 mars 1988, Série A n° 130; Cour eur. D.H., arrêt *Eriksson c. Suède* du 22 juin 1989, Série A n° 156; Cour eur. D.H., arrêt *Margareta et Roger Anderson c. Suède* du 25 février 1992, Série A n° 226; Cour eur. D.H., arrêt *Olsson c. Suède (n° 2)* du 27 novembre 1992, Série A n° 250; Cour eur. D.H., arrêt *Johansen c. Norvège* du 7 août 1996 ; Cour eur. D.H., décision *Holdry c. Allemagne* du 12 janvier 1999 ; Cour eur. D.H., arrêt *Nuutinen c. Finlande* du 27 juin 2000 ; Cour eur. D.H., arrêt *Gnahore c. France* du 19 septembre 2000, Cour eur. D.H. arrêt *K. et T. c. Finlande* du 12 juillet 2001). Ces restrictions peuvent prendre différentes formes : une relation non régulière (visite uniquement le jour de l'anniversaire de l'enfant, par exemple) ou une relation sous surveillance peuvent être considérées comme des restrictions au droit aux relations personnelles.

43. En fait, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, en matière de relations personnelles, s'inspire du principe fondamental suivant lequel les Etats ont des obligations positives inhérentes au respect effectif de la vie familiale (Cour eur. D.H., arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, Série A n° 31; Cour eur. D. H., arrêt *X et Y c. Pays-Bas* du 26 mars 1985, Série A n° 91), parmi lesquelles celle d'entretenir et de développer les liens familiaux (Cour eur. D.H., arrêt *Kroon et autres c. Pays-Bas* du 27 octobre 1994, Série A n° 297-C), et la CEDH s'applique tant aux enfants qu'aux adultes (Cour eur. D.H., arrêt *Nielsen c. Danemark* du 22 novembre 1988, Série A n° 144). En outre, la Cour européenne des Droits de l'Homme reconnaît que l'intérêt supérieur de l'enfant est d'une importance cruciale (Cour eur. D.H., arrêt *Johansen c. Norvège* du 7 août 1996, Série A) et qu'il faut dûment tenir compte des souhaits et des sentiments des enfants pour statuer sur les requêtes les concernant (Cour eur.D.H., arrêt *Hokkanen c. Finlande* du 23 septembre 1994, Série A n° 299-A).

44. Selon le paragraphe 3 de l'article 4 de la présente Convention, lorsqu'il n'est pas dans l'intérêt supérieur d'un enfant d'entretenir des relations personnelles sans surveillance avec un parent (par ex. dans le cas de violences domestiques, de risque d'abus, de risque d'enlèvement de l'enfant, un parent qui n'a pas vu l'enfant depuis longue date, etc.), il faut envisager la possibilité d'exercer des relations personnelles directes surveillées ou d'autres formes de relations personnelles, en particulier puisque le maintien de relations personnelles régulières avec les deux parents est normalement dans le long terme, dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Les relations sous surveillance ne peuvent s'exercer que si des conditions fondamentales (personnes, lieux, etc.) sont réunies. A cet égard, il convient de souligner que lorsqu'il y a un risque d'enlèvement d'enfant, certaines questions de sécurité devront être examinées ; souvent, en effet, non seulement un membre de la famille ou une tierce personne doit être présent ou surveiller l'exercice de la relation : il faut également que des locaux adaptés soient mis à la disposition des intéressés. Il pourrait être possible de prévoir cette surveillance à chaque fois qu'elle est nécessaire si les bureaux d'aide sociale à la jeunesse et autres services sociaux pouvaient fournir leur concours. La surveillance des relations devrait revêtir normalement un caractère temporaire et devrait se dérouler dans un endroit neutre (par exemple, elle pourrait avoir lieu au domicile de tierces personnes offrant leur assistance ou dans les locaux des services sociaux ou des bureaux d'aide sociale à la jeunesse). Les relations personnelles surveillées temporaires doivent faire l'objet de contrôles périodiques, de préférence sur demande, pour veiller à ce qu'elles restent conformes à l'intérêt supérieur de l'enfant. L'idée sous-jacente est que les relations personnelles sont surveillées uniquement pendant une durée limitée de telle sorte qu'à long terme, lorsque cela

est dans l'intérêt supérieur de l'enfant, la surveillance des relations personnelles ne soit plus nécessaire.

45. Les relations personnelles directes sont généralement la meilleure manière d'entretenir des relations personnelles et l'autorité judiciaire devrait normalement considérer ce type de relations personnelles avant d'explorer d'autres formes d'entretenir des relations personnelles. Toutefois, conformément à la définition prévue à l'article 2 littera a de la Convention, d'autres formes de relations personnelles (par exemple des contacts par téléphone, lettre, fax, courrier électronique ou la communication d'informations sur l'enfant – ou sur la personne sollicitant des relations avec l'enfant - par l'envoi de photographies récentes, de bulletins scolaires, de bulletins de santé, etc.) peuvent être établies en plus des relations personnelles directes et même les remplacer dans certaines circonstances. Par relations personnelles sous surveillance, on entend normalement les relations personnelles directes.

Article 5 – Relations personnelles entre un enfant et d'autres personnes que ses parents

46. Comme indiqué au paragraphe 9 ci-dessus, il est important que les enfants et certaines personnes autres que les parents, qui ont des liens de famille avec l'enfant, entretiennent avec lui des relations personnelles, en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'expression « les personnes qui ont des liens de famille », énoncée à l'article 5 paragraphe 1, est empruntée à la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Bien que dans la plupart des cas de cette jurisprudence l'expression y soit employée pour distinguer la « vie de famille », fondée sur des relations hors mariage, de la « vie de famille » fondée sur le mariage, son utilité est de montrer très clairement que certains facteurs, autres que légaux, peuvent faire apparaître qu'une relation est suffisamment constante pour créer des liens de famille.

47. Le cercle des « personnes autres que ses parents » qui peuvent obtenir et entretenir des relations personnelles avec l'enfant, comporte trois catégories différentes de personnes :

– La première comprend des personnes ayant des relations familiales étroites avec l'enfant découlant du droit. Il relève du droit interne des Etats de définir ceux qui entrent dans cette catégorie. Dans la plupart des Etats sont comprises des personnes telles que les grands-parents, les frères et sœurs. A cet égard, force est de souligner que, lors de l'élaboration de la Convention, certaines législations européennes n'accordaient aucun droit en particulier aux grands-parents en matière de relations personnelles. Cependant, dans certaines législations européennes, soit les grands-parents avaient un droit aux relations personnelles, soit ils n'avaient que le droit d'en faire la demande. Dans ce dernier sens, comme nous l'avons vu ci-dessus au paragraphe 9, la Cour européenne des Droits de l'Homme a déclaré dans une affaire concernant la prise en charge des enfants par un établissement public: « La Cour note d'abord qu'il n'est pas contesté que les questions relatives aux relations entre la deuxième requérante et ses petits-enfants sont couvertes par l'article 8 de la Convention. Elle rappelle d'ailleurs à cet égard que la « vie familiale » au sens de l'article 8 englobe pour le moins les rapports entre proches parents, lesquels peuvent y jouer un rôle considérable, par exemple entre grands-parents et petits-enfants. Le « respect » de la vie familiale ainsi entendue implique, pour l'Etat, l'obligation d'agir de manière à permettre le développement normal de ces rapports » (Cour eur. DH, arrêt Scozzari et Giunta c. Italie du 13 juillet 2000, série A, par. 221). Les Etats qui prévoient déjà un droit aux relations personnelles et non pas simplement un droit à en faire la demande sont libres de maintenir leur système.

– La deuxième catégorie englobe les personnes qui ont une relation de famille *de fait* avec l'enfant. Ici c'est le lien de fait avec l'enfant qui est déterminant, indépendamment de tous liens de famille découlant du droit. Cette catégorie ne concerne pas seulement les personnes qui ont actuellement des liens de famille de fait avec l'enfant mais aussi les personnes qui ont eu des liens de famille de fait avec

l'enfant dans un passé récent (par exemple, d'anciens parents nourriciers, le conjoint ou l'ex conjoint d'un des parents, une personne ayant vécu dans le même foyer que l'enfant pendant une très longue période – par exemple une personne ayant cohabité avec un des parents et l'enfant – un membre de la famille de l'enfant tel qu'un oncle ou une tante). Dans l'affaire de Boyle contre le Royaume-Uni qui portait sur la demande d'un oncle tendant à entretenir des relations personnelles avec son neveu, qui avait été pris en charge par un établissement public, l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme a considéré que la demande de cet oncle était admissible et qu'il devrait y avoir une garantie procédurale en vertu de l'article 8 paragraphe 2 de la CEDH, i.e. un forum ou un mécanisme (et pas nécessairement un tribunal) pour obtenir un examen objectif et significatif de la demande du requérant (non-parent) en matière de relations personnelles et de ses griefs quant à l'approche adoptée par ceux agissant au nom d'une autorité locale (voir le rapport de la Commission européenne des droits de l'homme, du 9 février 1993 sur l'affaire *Terence Boyle contre Royaume-Uni*). La Cour a donné acte au Gouvernement et à M. Boyle du règlement amiable auquel ils ont abouti et a décidé de rayer cette affaire du rôle (Cour eur. D.H., *arrêt Boyle c. Royaume-Uni* du 28 mars 1994, Série A n° 282-B).

– La troisième catégorie, mentionnée au paragraphe 2 de l'article 5, concerne les personnes, autres que celles ayant des liens de famille avec l'enfant, déterminées librement par chaque Etat Partie. Il s'agit par exemple des personnes qui ont des liens personnels étroits avec l'enfant (voir paragraphe 51 ci-dessous).

48. Conformément à la jurisprudence susmentionnée de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 8, on pourrait dire que certaines personnes, autres que les parents, qui ont des liens de famille avec l'enfant pourraient, au moins dans les situations où l'enfant est placé dans une institution publique, avoir le droit de demander à obtenir des relations personnelles avec lui. De plus, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les États Parties ont une obligation positive de faciliter l'exercice des droits (« implique, pour l'Etat, l'obligation d'agir de manière à permettre le développement normal de ces rapports »). Toutefois, le droit des parents d'élever leurs enfants est également protégé par l'article 8 de la CEDH. En particulier, si un droit aux relations personnelles est demandé par des tiers, ces relations doivent de ce fait servir l'intérêt supérieur de l'enfant, prenant en compte les droits des parents.

49. Compte tenu des considérations qui précèdent, on pourrait dire ce qui suit :

– Les personnes, autres que les parents, qui ont des liens de famille avec un enfant, pourraient avoir un droit à réclamer à entretenir des relations personnelles. Toutefois, ce droit n'est pas placé sur un pied d'égalité avec le droit d'entretenir des relations personnelles d'un enfant et de ses parents parce qu'il existe une présomption de relations personnelles au bénéfice des parents légalement reconnus et de leurs enfants, et que les parents et l'enfant ne peuvent être privés de leur droit d'entretenir des relations personnelles, que lorsque cela est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant (voir le paragraphe 1 et 2 de l'article 4 de la présente Convention). L'enfant et les personnes, autres que les parents, qui ont des liens de famille avec l'enfant n'ont pas un droit d'obtenir et d'entretenir des relations personnelles mais pourraient seulement avoir un droit de demander à entretenir des relations personnelles, à condition que de telles relations répondent à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Dans la mise en oeuvre de ce droit, les États disposent d'une certaine marge d'appréciation en ce qui concerne la définition des personnes que la législation nationale considère comme ayant des liens de famille avec l'enfant. Toutefois, les États Parties sont tenus par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 8 de la CEDH. Les tribunaux peuvent notamment procéder à des arrangements spécifiques devant une situation où plusieurs personnes seraient habilitées à réclamer le droit d'entretenir des relations personnelles ;

En ce qui concerne le droit des personnes ayant des liens de famille avec l'enfant de demander à entretenir des relations personnelles, il convient de garder à l'esprit que de telles relations personnelles devraient normalement prendre en compte les points de vues des parents de l'enfant.

– Les législations nationales pourraient envisager que les relations personnelles avec une personne ayant des liens de famille doivent être subordonnées au consentement de l'enfant qui possède un discernement suffisant (possibilité pour l'enfant de refuser les relations personnelles ou de s'y opposer) (voir ci-dessus le commentaire de l'article 2 et, ci-dessous, le commentaire de l'article 6). Il suffit que le droit interne prévoit la possibilité de demander des relations personnelles directes (relations de personne à personne) ou d'autres formes de relations personnelles (par exemple, lettres, courrier électronique).

– Ce droit reconnu à l'enfant et à certaines personnes, autres que les parents, qui ont des liens de famille avec l'enfant de demander à entretenir des relations personnelles sera toujours subordonné à la condition que de telles relations ne soient pas contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant. Même si ces relations personnelles sont initialement, en elles-mêmes, conformes à l'intérêt supérieur de l'enfant, si elles viennent à créer des frictions familiales, le tribunal peut estimer que ces relations, eu égard à toutes les circonstances, sont finalement contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant.

50. Le paragraphe 1 de l'article 5 confère aux personnes visées et à l'enfant la possibilité d'établir des relations personnelles (« des relations personnelles peuvent être instituées »), ce qui signifie que les autorités judiciaires ne doivent pas rejeter *ad limine* une demande d'obtenir de telles relations si des liens de famille de fait existent avec l'enfant. Certains Etats ont établi un système de filtrage, en vertu duquel certaines personnes nécessitent l'autorisation du tribunal pour réclamer des relations personnelles (le Royaume-Uni) ou en vertu duquel la tâche de décider si des démarches doivent être instituées a été confiée à un organe spécial (la Suède).

51. Selon le paragraphe 2 de l'article 5, les États sont libres d'étendre la possibilité d'obtenir et d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant à des personnes autres que celles mentionnées au paragraphe 1. Ces autres personnes sont déterminées librement par chaque Etat Partie. Il s'agit par exemple des personnes qui ont des liens personnels étroits avec l'enfant sans avoir avec lui «des liens de famille» (par exemple, un enseignant qui a des liens personnels étroits avec l'enfant). Les États peuvent aussi prévoir la possibilité, pour ces personnes ou pour l'enfant, de demander d'obtenir et d'entretenir des relations personnelles. Dans ces cas, les Etats pourront décider librement quels types de relations personnelles, telles que définies à l'article 2.a, pourront être obtenus et entretenus avec l'enfant. Ainsi, une personne autre que les parents de l'enfant et n'ayant pas avec lui des liens de famille, pourrait avoir, par exemple, des relations personnelles directes ou d'autres formes de relations personnelles, telles que par courrier ou, simplement, recevoir des informations sur l'enfant.

Article 6 – Le droit de l'enfant à être informé et à exprimer son opinion

52. L'article 6 énonce quelques-uns des droits procéduraux de l'enfant qui s'inspirent de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants (STE n° 160) : les droits d'être informé, d'être consulté, d'exprimer son opinion (voir les articles 3 et 6 de la convention susmentionnée). A condition que cela ne soit pas manifestement contraire à ses intérêts supérieurs, l'enfant à qui ces droits sont reconnus est l'enfant que le droit interne considère comme ayant un discernement suffisant.

53. Selon le rapport explicatif de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants (STE n° 160), il appartient aux États de définir les critères qui leur permettent d'apprécier si l'enfant est capable de former et d'exprimer ses propres opinions et les États sont naturellement libres de retenir l'âge de l'enfant parmi ces critères. Si la législation interne n'a pas fixé d'âge précis auquel l'enfant est réputé avoir un discernement suffisant, l'autorité judiciaire déterminera, selon la nature de l'affaire, le niveau de discernement nécessaire pour que l'enfant soit considéré comme capable de former et d'exprimer ses propres opinions.

54. Dans les cas où le droit interne considère que l'enfant a un discernement suffisant, l'autorité judiciaire s'assure, avant de prononcer une décision au sujet des relations personnelles, que l'enfant reçoit toute l'information pertinente. Ceci peut être particulièrement important quand l'enfant n'a pas de représentant spécial et que l'autorité judiciaire a des raisons de penser que les détenteurs des responsabilités parentales n'ont pas donné cette information à l'enfant. Il n'est pas nécessaire que la totalité des informations soit révélée à l'enfant car certains éléments d'information sont susceptibles de nuire au bien-être de l'enfant, quels que soient son âge et sa capacité de discernement. De plus, une fois qu'il a été décidé de communiquer des informations à l'enfant, ces informations doivent être adaptées, dans leur forme et dans leur contenu, à son âge et à son discernement.

55. L'autorité judiciaire a également l'obligation de s'assurer que l'enfant est consulté d'une manière appropriée à son discernement et qu'il a l'opportunité d'exprimer ses opinions. L'autorité judiciaire peut consulter l'enfant en personne ou décider de charger un agent des services d'aide à l'enfance ou à des organes appropriés de recueillir les vues de l'enfant et de les communiquer à l'autorité judiciaire (voir l'article 6 littera b de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, STE n°160).

56. Le paragraphe 2 de l'article 6 dispose qu'il faut tenir dûment compte de l'opinion de l'enfant, ainsi que de ses souhaits et sentiments exprimés (à ce sujet, voir aussi l'article 6 littera c de la Convention STE n°160 susmentionnée, en vertu duquel l'autorité judiciaire doit tenir dûment compte de l'opinion exprimée par l'enfant). Toutefois, le paragraphe 2 de l'article 6 ne confère pas à l'enfant un droit absolu à consentir ou à s'opposer à l'établissement d'une décision relative aux relations personnelles le concernant car il n'est pas toujours conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant de lui accorder un tel droit. C'est à l'autorité judiciaire de prononcer la décision finale en tenant compte des souhaits et sentiments de l'enfant ainsi que des autres circonstances.

Article 7 – Résolution des litiges en matière de relations personnelles

57. L'article 7 précise les obligations des autorités judiciaires (« prendre toutes mesures appropriées ») lorsqu'elles ont à résoudre des litiges en matière de relations personnelles.

58. L'article 7 littera a établit que les autorités judiciaires doivent s'assurer que les deux parents sont informés de l'importance que revêtent, pour l'enfant et pour chacun d'eux, l'établissement et l'entretien de relations personnelles régulières avec leur enfant. Il vise en somme à faire prendre conscience aux parents du fait que l'article 4 de la présente Convention contient un droit fondamental (de l'enfant et de ses parents) d'obtenir et d'entretenir des relations personnelles régulières entre leur enfant et eux-même. Ceci implique aussi un devoir pour chacun des parents d'agir dans l'intérêt supérieur de l'enfant et de ne pas empêcher ou de créer des obstacles à l'exercice de ce droit aux relations personnelles de l'enfant avec les deux parents. Ce paragraphe reflète l'essentiel du contenu de l'article 9 de la Convention des Nations Unies de 1989 qui prévoit le droit de l'enfant séparé de l'un de ses parents ou de ses deux parents d'entretenir régulièrement des relations personnelles et un contact direct avec les deux parents. Cela est également reflété à l'article 8 de la CEDH qui garantit le droit de chaque mère et de chaque père d'entretenir des relations personnelles avec ses enfants, selon l'interprétation de cet article donnée par la Commission européenne des droits de l'homme et par la Cour européenne des droits de l'homme.

59. L'information qui doit être donnée aux deux parents, devrait souligner que «les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement» (article 18, paragraphe 1, de la Convention des Nations unies de 1989) et ces responsabilités impliquent que le parent avec lequel l'enfant vit habituellement doit veiller à ce que l'autre parent ait des relations personnelles régulières avec l'enfant. Il incombe également à un parent qui ne vit pas habituellement avec l'enfant de veiller à avoir effectivement des relations personnelles régulières avec l'enfant.

60. Cette information doit être procurée, en particulier mais non pas exclusivement, par les autorités judiciaires. Par exemple, les médiateurs, les travailleurs sociaux, etc., qui s'occupent également d'une affaire peuvent donner eux aussi cette information.

61. L'article 7 littéra b tend à encourager les parents et les autres personnes qui ont des liens de famille de fait (dès lors que les Etats ont étendu, conformément au paragraphe 2 de l'article 5, les catégories de personnes pouvant demander à entretenir des relations personnelles avec l'enfant, les dispositions de l'article 7 littéra b. pourraient aussi s'appliquer à ces personnes) avec l'enfant à conclure des accords amiables au sujet des relations personnelles, en particulier en utilisant la médiation familiale et d'autres procédures de règlement des conflits familiaux. À cet égard, il convient de rappeler que la Recommandation n° (98) 1 sur la médiation familiale recommande aux gouvernements des États membres d'instituer ou de promouvoir la procédure de médiation pour résoudre les conflits familiaux et de viser à éviter le litige devant les tribunaux. La même Recommandation conseille aussi l'utilisation d'autres modes de règlement des litiges familiaux que la médiation. Le paragraphe 11 de l'exposé des motifs de la Recommandation n° (98) 1 sur la médiation familiale prévoit que : «(...) la multiplication des divorces incitait les Etats à instaurer et à préconiser divers modes de règlement amiable des litiges familiaux. Ces modes ne sont pas tous qualifiés de «médiation familiale», même si leurs buts et objectifs peuvent être semblables. Parmi ces méthodes figurent, par exemple, la conciliation, le conseil en conciliation (médiation qui inclut des conseils), le conseil familial, etc... ». À son tour, l'article 13 de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants (STE n° 160) mentionne qu'il faut encourager la mise en oeuvre de la médiation ou de toute autre méthode de résolution des conflits qui touchent les enfants, et l'utilisation de ces méthodes pour conclure des accords afin d'éviter des procédures devant les autorités judiciaires. Toutefois la médiation familiale constitue rarement une solution réaliste dans les cas de relations transfrontières. Des problèmes pratiques tels que : la distance géographique ; les difficultés d'organisation ; les dynamiques de la relation entre les parents et le manque de communication entre eux peuvent rendre le recours à la médiation familiale difficile dans des cas particuliers. Dans ces cas, il peut être nécessaire d'effectuer un travail de préparation avec chacun des parents dans les pays respectifs de leur résidence, en vue de faciliter la participation volontaire des deux parents à la médiation. Dans les cas impliquant des relations personnelles transfrontières, il importe de reconnaître qu'à moins que tous les organes et les agences impliqués pour faciliter la médiation ne donnent toute l'information appropriée et ne motivent les parents, la médiation a peu de chances d'avoir lieu, et si elle a lieu, elle a peu de chances de succès. En vue de fournir les plus grandes chances de succès, il importe également que les organes et agences réalisent toute la coordination et les arrangements organisationnels nécessaires avant toute tentative de médiation. Il importe également que les organes et agences développent les critères relatifs à l'utilisation de la langue et des techniques appropriées à la médiation dans les cas comportant un élément international. En règle générale, il serait utile que les autorités judiciaires dans les Etats Parties aient une compréhension suffisante de la médiation, par le biais d'une formation ou par l'octroi d'une information ou de toute autre manière, afin de leur permettre de faciliter et encourager le recours à la médiation.

62. L'article 7 littéra c prévoit que, lorsqu'elles ont à résoudre des litiges en matière de relations personnelles, les autorités judiciaires doivent, avant de prendre une décision, s'assurer qu'elles disposent de suffisamment d'informations pour prendre une décision dans l'intérêt supérieur de l'enfant et, s'il y a lieu, se procurer des informations complémentaires auprès d'autres instances ou personnes concernées, notamment auprès des titulaires des responsabilités parentales. A cet égard, il importe tout particulièrement de reconnaître que le

juge de la résidence habituelle de l'enfant dispose normalement d'informations plus fiables relativement à toutes les circonstances entourant l'enfant et sa famille. Les instruments juridiques internationaux les plus récents reflètent également cette position. Conformément à l'article 6 de la présente Convention, les autorités judiciaires devraient pouvoir obtenir aussi, au besoin, d'autres informations supplémentaires auprès de l'enfant lorsque celui-ci a un discernement suffisant. Ce paragraphe correspond au contenu de l'article 6 littera a de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants (STE n° 160) concernant le rôle des autorités judiciaires lors de la prise de décision afin de donner application aux droits des enfants.

Article 8 – Accords concernant les relations personnelles

63. Comme indiqué ci-dessus, les parents et les autres personnes ayant des liens de famille (dès lors que les Etats ont étendu, conformément au paragraphe 2 de l'article 5, les catégories de personnes pouvant demander à entretenir des relations personnelles avec l'enfant, les dispositions de l'article 8 pourraient aussi s'appliquer à ces personnes) avec l'enfant devraient être encouragés à conclure des accords à l'amiable au sujet des relations personnelles. Il est normalement conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant, des parents et de ces autres personnes de décider par eux-mêmes de quelle manière devront se dérouler les relations personnelles entre eux et l'enfant. Une autre raison supplémentaire d'encourager les accords est qu'une décision concernant les relations personnelles prononcée par l'autorité judiciaire ne contiendra généralement pas tous les détails au sujet des relations personnelles avec l'enfant durant les années à venir, attendu qu'il faut tenir compte de l'évolution des circonstances. Par conséquent, les personnes concernées devront ultérieurement régler d'un commun accord les arrangements détaillés nécessaires pour donner effet à cette décision. Ainsi, l'article 8 paragraphe 1 dispose que les Etats Parties doivent encourager les parents et autres personnes concernées à respecter les principes définis aux articles 4 à 7 lorsqu'ils concluent ou modifient des accords concernant les relations personnelles avec un enfant.

64. Compte tenu du caractère fondamental et essentiel des principes énoncés aux articles 4 à 7, les parties sont encouragées à respecter ces principes même lorsqu'elles concluent des accords privés concernant les relations personnelles.

65. Afin d'éviter tout doute au sujet de ces accords, en particulier des arrangements suivant lesquels un enfant doit passer un temps déterminé avec une personne ou doit être emmené dans une autre juridiction, les accords devraient être de préférence conclus par écrit par les personnes concernées. Il serait possible, par exemple, de rédiger un bref document signé par ces personnes qui indiquerait le nom de l'enfant, le lieu où il vit habituellement, les dates et le lieu auxquels s'exercent les relations personnelles et le nom de la personne qui doit avoir des relations personnelles avec l'enfant. Ce type de document doit contenir tous les détails essentiels de la relation personnelle. L'importance d'une compréhension commune entre les parties est reconnue en conférant à celles-ci une vaste autonomie pour établir des accords concernant les relations personnelles qu'elles pourraient décider de soumettre ensuite aux autorités judiciaires pour homologation.

66. Bien qu'un document écrit n'ayant pas été homologué par une autorité judiciaire ne lie pas une autorité judiciaire, il fournirait néanmoins à cette autorité, au cas où des difficultés surviendraient concernant l'exercice des relations personnelles, des indications utiles quant à l'intention des personnes. Ces indications pourraient aider à faciliter le retour de l'enfant dans le lieu où il vit habituellement en temps opportun.

67. Pour donner à ces accords la même force juridique qu'une décision judiciaire et en faciliter ainsi l'application, le paragraphe 2 de l'article 8 dispose que, sur demande, les autorités judiciaires doivent homologuer les accords concernant les relations personnelles avec un enfant. Hormis les cas où le droit interne ne prévoit pas l'homologation de tels accords, celle-ci ne peut être refusée que si l'accord est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant. L'autorité judiciaire peut tenir compte des principes énoncés aux articles 4 à 7 de la présente Convention pour vérifier que l'accord est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Article 9 – La mise en oeuvre de décisions relatives aux relations personnelles

68. Cet article dispose que les Etats Parties doivent assurer, par des moyens appropriés, que les décisions relatives aux relations personnelles sont mises en œuvre. Lorsque la Convention était élaborée, la législation nationale de certains Etats manquait de moyens pour assurer une mise en œuvre effective des décisions relatives aux relations personnelles. Accorder des relations personnelles à un parent sans la possibilité de mettre en œuvre de telles relations personnelles n'est pas conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Les Etats Parties sont libres de choisir les mesures de mise en œuvre nécessaires pour donner effet aux décisions relatives aux relations personnelles.

69. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que la non-exécution de décisions judiciaires relatives aux droits et responsabilités parentaux, y compris des décisions relatives aux relations personnelles, peut constituer une violation du droit au respect de la vie familiale prévu à l'article 8 de la CEDH. Etant donné que les Etats disposent d'une marge d'appréciation à cet égard, la Cour examine si les mesures prises par les autorités judiciaires ou l'administration étaient *adéquates* et *suffisantes* pour permettre au requérant d'exercer son droit au respect de sa vie familiale (voir par exemple : Cour eur. DH. *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, arrêt du 25 janvier 2000 – ce qui était important pour la Cour dans cette affaire n'était pas la question de savoir si le droit interne disposait de mesures suffisantes, ni de savoir si elles étaient appliquées correctement, mais de savoir si elles sont capables de réunifier le demandeur et ses enfants ; voir aussi Cour eur. DH arrêt *Nuutinen c. Finlande* du 27 juin 2000 et Cour eur. DH, arrêt *Hokkanen c. Finlande* du 23 septembre 1994, Série A n° 299-A).

70. Dans un certain nombre d'affaires précédentes concernant la durée de la procédure (Article 6 paragraphe 1 de la CEDH), la Cour avait déjà jugé que les procédures judiciaires concernant les relations entre les enfants et leurs parents, y compris les procédures d'exécution (faisant partie intégrale du procès dans le sens de l'Article 6 conformément à une jurisprudence bien établie de la Cour), exigent une « *diligence exceptionnelle* » (voir par exemple, Cour eur. DH, arrêt *H. c. Royaume-Uni*, du 8 juillet 1987, série A, n° 120 ; Cour eur. DH, arrêt *Johansen*, du 7 août 1996, Recueil des arrêts 1996-III, paragraphe 88 ; Cour eur. DH, arrêt *Paulsen-Medalen et Svensson* du 15 février 1998).

71. Enfin, il est rappelé que l'article 7 de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants (STE n° 160) dispose que : « Dans les procédures intéressant un enfant, l'autorité judiciaire doit agir promptement pour éviter tout retard inutile. Des procédures assurant une exécution rapide de ses décisions doivent y concourir. En cas d'urgence, l'autorité judiciaire a, le cas échéant, le pouvoir de prendre des décisions qui sont immédiatement exécutoires. »

72. Dès-lors, les Etats sont tenus de prévoir des recours appropriés, qui pourraient comprendre l'exécution de toutes mesures de sauvegarde ou toutes garanties assurant qu'une décision relative aux relations personnelles est mise en œuvre aussitôt que possible.

Article 10 – Mesures de sauvegarde et garanties à prendre concernant les relations personnelles

73. Cet article contient des exemples de solutions pratiques qui pourraient, le cas échéant, être utilisées pour promouvoir et garantir une bonne mise en œuvre des relations personnelles nationales ou transfrontières avec l'enfant, avant, pendant et après leur déroulement. Les sauvegardes et garanties font partie des principales mesures à prendre pour faciliter l'exercice normal du droit aux relations personnelles telles que définies à l'article 2 lettre a. En vertu de l'article 10 paragraphe 1, les Etats Parties doivent prévoir et promouvoir l'utilisation de mesures de sauvegarde et de garanties. Les mesures de sauvegarde et les garanties indiquées au paragraphe 2 de l'article 10 ne constituent pas une liste exhaustive et en plus des exigences de l'article 4 paragraphe 3 et de l'article 14 paragraphe 1 lettre b, les Etats sont libres de choisir trois ou davantage de catégories de

mesures de sauvegarde ou de garanties existant dans leur droit interne. Les Etats peuvent donc adopter toute autre mesure de sauvegarde et toute autre garantie qu'ils jugeront nécessaire, pour assurer la bonne mise en œuvre des relations personnelles avec les enfants.

74. Les Etats doivent communiquer à travers leurs autorités centrales, au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, dans un délai de trois mois à compter de l'entrée en vigueur de la Convention à leur égard, au moins trois catégories de mesures de sauvegarde et garanties existant dans leur droit interne. Comme indiqué au paragraphe 73, en plus de ces mesures de sauvegarde et garanties, les relations personnelles sous surveillance (article 4 paragraphe 3) et la reconnaissance et déclaration d'exequatur à l'avance des décisions relatives aux relations personnelles (article 14 paragraphe 1 lettre b) sont prévues en tant qu'obligation conventionnelle. Il est requis que les changements concernant les mesures de sauvegarde et les garanties existantes soient communiqués de la même manière aussitôt que possible. En plus de l'information concernant les mesures de sauvegarde et les garanties prévues en vertu de l'article 10 paragraphe 1, les autorités centrales sont tenues, en vertu de l'article 12 lettre b de la Convention, de se communiquer réciproquement sur demande, toute information supplémentaire plus détaillée concernant ces mesures de sauvegarde et ces garanties.

75. En vertu de l'article 10 paragraphe 2, lorsque les circonstances de l'affaire l'exigent, l'autorité judiciaire, qui sera normalement une autorité judiciaire de l'État où l'enfant a sa résidence habituelle, peut, à tout moment, subordonner une décision relative aux relations personnelles d'un enfant à des mesures de sauvegarde et à des garanties en vue d'assurer à la fois la bonne mise en œuvre de la décision et le retour de l'enfant au lieu où il vit habituellement, à l'issue de la période de visite, ou l'absence de déplacement sans droit de l'enfant. Dans le cas de relations personnelles transfrontières, les mesures de sauvegardes et les garanties nécessaires peuvent dépendre du degré auquel les Etats étrangers sont tenus d'assurer le retour de l'enfant à l'issue de la période de visite. Par conséquent, bien que les mesures de sauvegarde et les garanties ne seront pas ordonnées automatiquement, elles seront établies, lorsqu'en fonction des circonstances particulières de l'affaire, elles sont nécessaires. Ces mesures de sauvegarde et ces garanties sont divisées en deux groupes. Le premier est composé des mesures de sauvegarde et des garanties qui sont établies en vue d'assurer que la décision relative aux relations personnelles est mise en œuvre. Le second est constitué des mesures de sauvegarde et des garanties qui sont établies en vue d'assurer le retour de l'enfant à l'issue de la période de visite ou d'empêcher son déplacement sans droit. Comme précisé ci-dessus, ces mesures peuvent être ordonnées à tout moment, avant ou pendant l'exercice des relations personnelles ou après que les relations personnelles aient eu lieu, par exemple au moment de prononcer ou de modifier la décision relative aux relations personnelles ou à un stade ultérieur, en cas d'évolution de la situation.

76. Le paragraphe 2 lettre a de l'article 10 porte sur les mesures de sauvegarde et les garanties propres à assurer la mise en œuvre de la décision relative aux relations personnelles. A titre d'exemple, l'exercice de la relation peut être subordonné à la surveillance lorsque, conformément au paragraphe 3 de l'article 4, il n'est pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'entretenir des relations personnelles sans surveillance avec l'un de ses parents (dans le cas de violences domestiques, de risque d'abus, de risque d'enlèvement de l'enfant, ou un parent qui n'a pas vu l'enfant depuis longtemps, etc.). Dans ce cas, le parent avec lequel l'enfant vit habituellement sera plus rassuré lorsque les relations entre l'enfant et l'autre parent ont lieu sous surveillance. Le paragraphe 3 de l'article 4 requiert des Etats Parties qu'ils prévoient la possibilité de relations personnelles directes surveillées. Par suite, ces Etats ne peuvent exclure la surveillance des relations parmi les mesures de sauvegarde et les garanties existantes.

77. Le paragraphe 2 *littera a* de l'article 10 mentionne une autre mesure de sauvegarde et garantie visant à assurer la mise en œuvre de la décision : l'obligation pour une personne (par exemple la personne sollicitant les relations personnelles, la personne avec laquelle l'enfant vit ou les deux) de supporter les frais de voyage et d'hébergement de l'enfant et, si nécessaire, toute autre personne l'accompagnant si l'enfant ne peut pas voyager tout seul car il ou elle est trop jeune.

78. Le *littera a* prévoit également le dépôt d'une garantie par la personne chez qui l'enfant vit habituellement en vue d'assurer que la personne sollicitant les relations personnelles n'est pas empêchée d'avoir des relations personnelles. Cela permettrait d'assurer que les personnes ayant obtenu des relations personnelles ne trouvent pas, lorsqu'ils arrivent à leur destination, que la personne qui s'occupe de l'enfant refuse de leur permettre d'avoir des relations avec l'enfant. La confiscation de la garantie financière pourrait couvrir les frais de voyage de la personne habilitée à entretenir des relations personnelles avec l'enfant en fonction du droit interne de l'Etat concerné.

79. Le paragraphe 2 *littera a* de l'article 10 énonce enfin la possibilité d'infliger une amende (civile, pénale ou administrative, suivant les systèmes juridiques) à l'encontre de la personne avec la quelle l'enfant vit habituellement, dans le cas où cette personne refuserait de se conformer à la décision relative aux relations personnelles concernant l'enfant. Cette amende pourrait être une mesure particulièrement efficace dans les cas par exemple où il est à craindre que l'attitude négative de la personne risque de se poursuivre à l'avenir.

80. Le paragraphe 2 *littera b* de l'article 10 mentionne des exemples de mesures de sauvegarde et de garanties pouvant être prises pour empêcher le déplacement sans droit de l'enfant lorsque les relations s'exercent dans le lieu où l'enfant vit habituellement (ou dans un autre lieu) et pour assurer le retour de l'enfant à l'endroit où il vit habituellement à l'issue de la période de visite.

81. S'agissant du dépôt du passeport ou d'autres documents d'identité de la personne avec laquelle l'enfant ne vit pas habituellement et, éventuellement, du dépôt du passeport ou du document d'identité de l'enfant, la personne qui sollicite les relations personnelles pourrait être tenue de présenter un document indiquant qu'elle a notifié ce dépôt à l'autorité consulaire compétente pendant la période de la visite. En outre, les Etats pourraient envisager de créer un dispositif qui permettrait aux tribunaux d'informer directement les services consulaires des décisions relatives au dépôt de ces passeports. À cet égard, il pourrait être utile d'établir une communication simple et directe entre le tribunal qui prend la décision concernant les relations personnelles et les services consulaires. L'autorité centrale pourrait, le cas échéant, servir d'intermédiaire et directement informer l'autorité centrale dans l'autre Etat concerné. Ces deux mesures pourraient empêcher la délivrance d'un nouveau passeport. Le dépôt des passeports pourrait néanmoins être une mesure préventive dans les territoires de groupes d'Etats qui ont aboli ou réduit les contrôles aux frontières entre eux tels que ces pays qui ont ratifié l'Accord de Schengen.

82. Le dépôt de garanties financières avant l'exercice de relations personnelles, par le parent avec lequel l'enfant ne vit pas habituellement, peut permettre de décourager un déplacement sans droit ou le non-retour de l'enfant à l'issue d'une période de visite. En fait, bien que le dépôt de garanties financières ne soit en pratique pas souvent utilisé, il est peut-être l'une des sauvegardes les plus efficaces. Le dépôt des garanties financières pourrait être fait dans l'Etat où l'enfant vit habituellement ou dans celui où la visite doit avoir lieu. Cependant, il est nécessaire de tenir compte de la situation financière de la personne concernée et du coût de la vie dans l'Etat de sa résidence habituelle avant de prendre une décision sur le dépôt de garanties financières. La décision relative à l'emploi des garanties financières en cas de déplacement sans droit ou de non-retour variera d'un système juridique à l'autre. Le tribunal pourrait, par exemple, ordonner la confiscation de la garantie financière et prononcer une décision sur son emploi (au profit de l'enfant, par exemple, pour financer la procédure de retour etc.).

83. D'autres sauvegardes et garanties directement liées aux garanties financières sont les sûretés réelles sur les biens de la personne sollicitant des relations personnelles avec l'enfant. Une hypothèque ou un dépôt de garantie sont quelques exemples de sûretés réelles. Ces sûretés réelles pourraient être faites d'avance pour éviter un déplacement sans droit ou un non-retour. Si le déplacement sans droit ou le non-retour a eu lieu après l'exercice des relations personnelles, la mise sous séquestre des biens pourrait avoir lieu pour assurer le retour de l'enfant à l'endroit où il vit habituellement, conformément au droit interne de l'Etat concerné.

84. Les engagements sont l'une des sauvegardes ou garanties importantes qui peuvent être utilisées dans le cadre des décisions relatives aux relations personnelles :

– Dans certains systèmes juridiques, en particulier les systèmes de *common law*, les engagements (également appelées «*stipulations*» ou «*conditions*» dans certaines législations) sont des promesses ou des assurances données à un tribunal par une partie au litige qui peuvent être adaptées aux besoins de chaque cas particulier. Un engagement est un accord qui est conclu avec le tribunal et non pas avec la partie adverse et qui ne confère donc pas de droits individuels à celle-ci. Bien que les engagements puissent être donnés à la demande du tribunal, ils sont en fait, dans la majorité des cas, donnés volontairement par la partie au litige, soucieuse de prouver sa bonne foi. Les engagements font partie de la décision judiciaire et ont, à ce titre, force exécutoire. En tant que partie intégrante de l'ordre juridique, ils doivent être respectés et exécutés. Un manquement à un engagement, qui équivaut à un manquement à toute autre injonction, est considéré comme un outrage au tribunal et son auteur encourt une peine d'emprisonnement, d'amende ou de mise sous séquestre des biens.

– Les engagements sont utilisés aussi très couramment en dehors du domaine du droit de la famille mais certains États leur donnent une importance de premier plan dans les matières familiales. Comme les parties en présence sont encouragées à régler leurs différends, les engagements sont utiles dans la mesure où il y a de plus grandes chances que les parties se conforment à des conditions auxquelles elles ont consenti, d'autant que cette modalité peut aussi réduire le coût du litige. L'un des aspects importants des engagements est qu'ils peuvent porter sur des questions qui vont au-delà du pouvoir de décision du tribunal.

– Les engagements peuvent comprendre des indications précises concernant l'exercice des relations personnelles, par exemple la promesse de ne pas laisser l'enfant entrer en relation avec certaines personnes ou de permettre à l'enfant d'avoir des contacts téléphoniques avec le parent exerçant la garde à certaines dates déterminées. Ils peuvent également inclure des promesses à caractère préventif, comme la promesse de déposer un passeport ou de fournir des garanties financières.

– Dans certains pays, notamment en Angleterre et au Pays de Galle, les tribunaux, en particulier les juridictions d'appel, ont mis au clair le fait que certaines restrictions doivent être apportées à l'utilisation des engagements dans les affaires internationales lorsque ces engagements sont délivrés envers le tribunal d'un Etat autre que celui dont les tribunaux ont compétence pour connaître du fond d'une affaire. En particulier, ils doivent être limités, quant à leur portée et à leur durée, à ce qui est nécessaire pour la réalisation des objectifs des instruments internationaux et ne devraient durer qu'autant qu'il est nécessaire au tribunal de la résidence habituelle de l'enfant pour assumer son rôle normal en tant que forum pour la prise de décision en relation avec l'enfant, de telle sorte que l'on n'empiète pas sur la compétence de ces tribunaux. Ils ne doivent pas atteindre un degré de détail tel que, soit la procédure serait entravée par une enquête prolongée sur la portée ou la faculté de concrétiser des engagements proposés, soit ils fourniraient des motifs d'appel. Les tribunaux doivent en outre veiller à ne pas rechercher ou accepter des engagements qui donneraient aux auteurs d'enlèvements un avantage financier ou tactique abusif.

– Conformément à l'article 10 paragraphe 3, toute mesure de sauvegarde ou garantie (notamment les engagements donnés pendant la procédure concernant les relations personnelles avec les enfants), fait partie de la décision du tribunal. Les engagements peuvent être exécutés de la même manière que les autres décisions en instituant les procédures appropriées de reconnaissance et exécution dans l'Etat dans le quel la décision (y compris les engagements) doit être exécutée. Par exemple, les juges participants à la Conférence judiciaire de *common law* sur la garde internationale des enfants, en septembre 2000, ont estimé que les engagements sont un instrument utile dans les cas transfrontières concernant des enfants et, tels qu'ils sont établis pour protéger les enfants, les juges sont fondés à et tenus de présupposer que les tribunaux et les services d'aide sociale étrangers accorderont le même poids qu'eux-mêmes à tout manquement aux engagements considérés comme essentiels au bien-être de l'enfant. L'intérêt général exige que les tribunaux de chaque niveau de juridiction appuient cette politique, qui conduit à un règlement rapide des litiges et, par conséquent, à des économies de temps et de coût pour les parties et les fonds publics.

85. Pour s'assurer que l'enfant ne sera pas enlevé ni retenu illégalement, il peut être utile de solliciter de la personne entretenant des relations personnelles avec lui à se présenter régulièrement, avec l'enfant, devant un organe compétent. Cette mesure de sauvegarde peut être pertinente en particulier lorsque l'enfant doit séjourner, pendant une durée limitée, chez la personne autorisée à entretenir des relations personnelles avec lui. Si la personne en question ne se présente pas à une date fixée à l'avance, la police peut réagir très rapidement et commencer à rechercher l'enfant. Le choix de cet organe est laissé à l'appréciation des Etats. Il pourrait s'agir d'un service de protection de la jeunesse, d'un poste de police ou d'un commissariat du lieu où les relations doivent s'exercer ou encore du parquet ou du bureau d'un juge. Toutefois, en opérant leur choix, les Etats doivent avoir à l'esprit la nécessité d'assurer que la présentation devant une instance compétente n'a pas un effet inverse sur l'enfant : à titre d'exemple, la présentation au poste de police, lorsqu'il n'y a pas de lieu adéquat à cette fin, risque de perturber profondément l'enfant.

86. Pour s'assurer du retour de l'enfant après une visite à l'étranger, un moyen efficace peut être par exemple de requérir de la personne sollicitant le prononcé d'une décision lui permettant d'exercer des relations personnelles avec un enfant, qu'elle présente, avant le prononcé de ladite décision ou avant que les relations personnelles n'aient lieu, un document émanant des autorités de l'Etat où les relations doivent s'exercer, certifiant la reconnaissance et le caractère exécutoire d'une décision sur la garde ou sur les relations personnelles en faveur de l'autre parent avec lequel l'enfant vit habituellement. Ceci empêcherait tout doute en ce qui concerne l'octroi de la garde, dans l'Etat où les relations personnelles doivent avoir lieu.

87. Lorsqu'il n'y a pas de doute sur la garde, une autre garantie pourrait consister en la délivrance d'une décision relative aux relations personnelles permettant que ces relations aient lieu en dehors de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant mais d'exiger, avant que l'enfant n'effectue éventuellement ce voyage à destination de ce pays, la présentation d'un document certifiant la reconnaissance et le caractère exécutoire d'une décision relative aux relations personnelles, avant qu'elle ne soit prononcée, dans cet autre Etat. Cela pourrait accélérer l'exécution de toute obligation de retourner l'enfant au terme de la période de visite mentionnée dans la décision (voir l'article 14 paragraphe 1 lettre b).

88. Parmi les autres mesures de sauvegarde et les autres garanties, on peut également envisager l'imposition de conditions en rapport avec le lieu où les relations doivent s'exercer. Par exemple, s'il existe des raisons valables de craindre l'enlèvement de l'enfant, le tribunal pourrait empêcher une personne de déplacer l'enfant d'un endroit spécifique ou interdire à l'enfant de quitter le pays. Cette interdiction pourrait être enregistrée dans un système d'information national ou transfrontière en vue d'empêcher le départ de l'enfant du territoire de l'Etat concerné.

89. Le paragraphe 3 de l'article 10 requiert que ces sauvegardes et garanties doivent revêtir la forme écrite ou être prouvées par écrit afin qu'elles aient un caractère certain. Ces sauvegardes et garanties pourraient être consignées dans le même document que celui qui contient la décision relative aux relations personnelles ou dans une annexe à ce document. Dans tous les cas, tout document qui établit ces sauvegardes et garanties doit être considéré comme faisant partie de la décision concernant les relations personnelles et constitue par conséquent, une obligation exécutoire.

90. Le paragraphe 4 de l'article 10 dispose que si des mesures de sauvegarde ou des garanties doivent être mises en oeuvre dans un autre Etat Partie, l'autorité judiciaire doit de préférence ordonner les mesures de sauvegarde et les garanties qui sont susceptibles d'être mises en oeuvre dans cet Etat Partie. Puisque la liste des mesures de sauvegarde et des garanties prévues à l'article 10 paragraphe 2 est simplement indicative (en plus des mesures de sauvegarde et garanties prévues à l'article 4 paragraphe 3 et à l'article 14 paragraphe 1 littera b), il est clair que ces mesures et d'autres mesures ne seront pas identiques dans tous les pays. Pour plus d'information, voir les commentaires à l'article 12 littera b. Dans tous les cas, le juge de cet autre Etat Partie peut faire jouer l'article 15 et adapter les mesures de sauvegarde ou garanties qui figurent dans la décision relative aux relations personnelles en vue de faciliter l'exercice des relations personnelles.

Chapitre III – Mesures destinées à promouvoir et améliorer les relations personnelles transfrontières

Article 11 – Autorités centrales

91. L'article 11 prévoit une coopération entre les États par l'intermédiaire d'autorités centrales désignées à cette fin par chaque État Partie. Cette structure de coopération entre les États en matière de protection de l'enfant est aujourd'hui bien établie au titre de la Convention relative à la garde (STE n° 105), comme de la Convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. Comme la présente Convention est destinée à compléter ces deux instruments internationaux ainsi que la Convention de La Haye de 1996, il paraît souhaitable que les mêmes autorités centrales soient chargées de traiter les demandes au titre de toutes ces conventions.

92. Le paragraphe 2 de l'article 11 tient compte des situations dans les Etats fédéraux et dans les Etats ayant plusieurs systèmes juridiques. Toutefois, l'expérience tirée d'autres instruments internationaux montre que, lorsque plusieurs autorités centrales sont désignées au sein d'un même État Partie, il est préférable, pour éviter tout retard inutile, que l'une d'entre elles soit chargée de recevoir les communications venant de l'étranger et de les transmettre à l'autorité centrale compétente en la matière en vertu du droit interne de cet État.

93. Selon le paragraphe 3 de l'article 11, l'on doit notifier au Secrétaire général du Conseil de l'Europe, en tant que dépositaire de la Convention, toute désignation concernant les autorités centrales. Après avoir été informé d'une telle désignation, le Secrétaire général doit procéder à la notification comme indiqué à l'article 27.

Article 12 – Obligations des autorités centrales

94. Cet article, comme l'article 3 de la Convention relative à la garde (STE n° 105), concerne la coopération entre les autorités centrales et la coopération entre les autorités nationales compétentes, y compris les autorités judiciaires. L'objectif est d'assurer que ces autorités considèrent à la fois les aspects nationaux des affaires internationales qui leur sont soumises et les aspects internationaux. Une telle coopération devrait permettre d'accélérer les procédures.

95. Cette coopération devrait être aussi active que possible et comprendre : l'échange d'informations sur la législation nationale au sujet des responsabilités parentales (comprenant les relations personnelles) en général (article 12 littera b) ; toute autre information plus

détaillée concernant les mesures de sauvegarde et garanties en plus de celle déjà fournie conformément à l'article 10 et leurs services sociaux existants (y compris les services juridiques financés par le secteur public ou d'une autre manière), ainsi que les changements ultérieurs éventuels dans la législation et les services (article 12 *littera* b). L'information devrait aussi porter sur l'évolution d'affaires précises (article 12 *littera* d) ; ainsi que la communication d'informations sur les difficultés rencontrées dans l'application de la présente Convention qui pourraient être à caractère général ou liées à une affaire précise (article 12 *littera* e).

96. En vertu de l'article 12 *littera* c, l'une des obligations majeures des autorités centrales consiste à prendre ou à faire prendre toutes les mesures appropriées afin de découvrir où se trouve l'enfant dans l'Etat concerné ou dans un autre Etat Partie. Dans le cas de relations transfrontières, le titulaire de responsabilités parentales peut essayer d'empêcher l'exercice des relations personnelles en cachant l'endroit où se trouve l'enfant. Par conséquent, les autorités centrales peuvent recevoir des demandes fréquentes de la part de parents qui sont habilités à avoir des relations personnelles à prendre des mesures pour trouver l'enfant. Pour les cas précités, lorsque l'adresse de l'enfant ou du parent de l'enfant ne peut être donnée au parent qui est habilité à exercer les relations personnelles (refus du parent, etc.), il serait très utile que les autorités publiques puissent communiquer ces informations aux autorités centrales sans les divulguer au demandeur.

Article 13 – Coopération internationale

97. Cet article reconnaît la nécessité d'établir une coopération étroite entre les autorités judiciaires, les autorités centrales et les services sociaux et autres organes des États Parties concernés.

98. Puisque la présente Convention ne traite pas de la compétence (cette question est réglée par plusieurs autres conventions internationales), en cas de relations personnelles transfrontières, les États concernés, désignent le plus souvent l'État où l'enfant a sa résidence habituelle et l'État où les relations personnelles auront lieu. Cette coopération s'étend à l'ensemble des différentes mesures à prendre du début à la fin de la période de visite.

99. La nécessité d'instaurer une coopération plus étroite recouvre, en particulier, la nécessité de mettre en place des dispositifs pour améliorer la coopération entre les autorités judiciaires des différents pays, notamment en ce qui concerne les procédures concernant les relations personnelles transfrontières (le devoir de coopérer couvre la situation avant, pendant et après le commencement d'un procès). Cette coopération devrait s'exercer volontairement et sans faire intervenir nécessairement les autorités centrales. Cependant, il faut souligner l'assistance importante que les autorités centrales peuvent, suivant l'article 13 paragraphe 2, procurer aux autorités judiciaires.

100. Puisque les juges ont un rôle important et une mission difficile à accomplir lorsqu'ils examinent des affaires concernant la garde et les relations personnelles transfrontières, des mesures ont été prises dans certains pays pour veiller à ce que ces affaires soient tranchées par des juges qui ont reçu une formation spécialisée et qui possèdent une certaine expérience en la matière. Cependant, dans d'autres pays les règles applicables en matière de compétence ne sont pas uniformes et les affaires ne sont pas forcément attribuées à un juge ou à un tribunal particulier. En outre, certaines affaires qui n'ont, au départ, qu'un caractère interne, se transforment parfois, en cours de procédure, en affaires transfrontières complexes.

101. Les juges ont un rôle essentiel à jouer dans les affaires transfrontières et devraient, comme indiqué à l'article 7 *littera* b, encourager les parents eux-mêmes à conclure des accords appropriés au sujet de la garde de leurs enfants et des relations personnelles, en recourant, le cas échéant, à la médiation. La Recommandation n° (98) 1 sur la médiation familiale et son exposé des motifs contiennent des informations utiles à cet effet.

102. Les juges doivent, bien entendu, tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant et de l'opinion de celui-ci et à cette fin, il est possible de se reporter aux dispositions pertinentes de la présente Convention (voir en particulier l'article 6), à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour eur. DH *Sahin c. Allemagne*, arrêt du 11 octobre 2001) et aux différents instruments internationaux en la matière, notamment la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants (STE n° 160) et la Convention des Nations-Unies de 1989.

103. Quand bien même dans certains États, l'étendue de la faculté pour les tribunaux de coopérer peut être incertaine (pour des raisons constitutionnelles, par exemple), il est clair que la coopération entre les tribunaux à l'échelle nationale et à l'échelle internationale est permise dans tous les Etats, lorsqu'elle ne concerne pas la décision à prendre sur le fond d'une affaire. Cette coopération peut être directe ou menée à travers les autorités centrales (voir article 13 paragraphe 2).

104. Dans certains cas, les autorités de l'État où les relations personnelles doivent avoir lieu, et qui ne sont pas celles de l'État où l'enfant a sa résidence habituelle, pourraient disposer d'informations plus appropriées pour déterminer les modalités pratiques d'exercice des relations personnelles. Par conséquent, il est nécessaire de favoriser les contacts directs entre le tribunal de la résidence habituelle de l'enfant et celui du lieu où les relations personnelles doivent se dérouler, afin d'obtenir des informations plus fiables et plus appropriées quant à la méthode à suivre pour que les relations personnelles s'établissent et s'exercent conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant (voir l'article 35 de la Convention de La Haye de 1996). En outre, de tels contacts pourraient permettre au tribunal de l'État où l'enfant a sa résidence habituelle d'être mieux informé sur les mesures de sauvegarde et les garanties qui existent dans l'État où vit le parent qui n'exerce pas la garde si ce parent demande une décision concernant les relations personnelles dans l'État où l'enfant a sa résidence habituelle.

105. Au sujet de la coopération entre les services sociaux, il convient de souligner le rôle important que ces organes peuvent jouer dans les affaires qui concernent les relations personnelles, notamment les affaires transfrontières. Les services sociaux locaux peuvent recueillir des informations, évitant ainsi tout problème linguistique ou culturel et faciliter la communication afin de parvenir à une solution conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant, en coopération avec les autorités centrales. A cet égard, les autorités compétentes devraient être conscientes du fait que l'exercice du droit aux relations personnelles dans une situation internationale peut poser des problèmes pratiques et affectifs graves aux parties et qu'une aide peut leur être apportée en leur facilitant l'accès aux services sociaux et de médiation et l'utilisation de «lieux neutres» tels que des centres de visites. Il convient de souligner l'importance de la coopération transnationale entre les autorités locales et les tribunaux dans le but de réduire le nombre des conflits. Il faut rappeler à ce propos la pertinence des dispositions figurant au chapitre V de la Convention de La Haye de 1996.

106. Le paragraphe 2 de l'article 13 prévoit que les autorités centrales aident les autorités judiciaires de manière à faciliter la communication, l'échange d'informations et l'entraide entre elles. Ce paragraphe vise à faciliter la coopération entre les tribunaux concernés. Le tribunal, avant de décider sur une demande pour l'octroi des relations personnelles, devrait avoir la possibilité de prendre contact avec le tribunal du pays où vit la personne sollicitant les relations personnelles – à travers les canaux des autorités centrales (ou directement d'après l'article 13 paragraphe 1) – pour obtenir les informations nécessaires. Ceci est une *lex specialis* au regard des traités multilatéraux et bilatéraux dans le domaine de l'assistance judiciaire générale.

107. Dans les affaires concernant les relations personnelles transfrontières, l'aide des autorités centrales pour initier des procédures est essentielle et plus décisive que dans les affaires nationales, parce que les premières impliquent normalement deux systèmes juridiques différents et que, très souvent, le requérant ne connaît même pas la langue de l'Etat où il entend introduire une requête. Cette aide, selon l'article 13 paragraphe 3, sous-entendrait non seulement la mise à disposition d'une liste d'avocats, mais aussi d'une aide

pour obtenir, par exemple, l'aide judiciaire. Les autorités centrales doivent garder à l'esprit et encourager les parties à parvenir à un accord amiable avant d'initier une procédure. Le paragraphe 3 de l'article 13 prévoit que les autorités centrales doivent aider les enfants, les parents et les autres personnes qui ont des liens de famille avec l'enfant, en particulier, à initier des procédures concernant des relations personnelles transfrontières. Si les Etats ont étendu, conformément au paragraphe 2 de l'article 5, les catégories de personnes pouvant demander à entretenir des relations personnelles avec l'enfant, les autorités centrales doivent aussi, lorsque cela est possible, aider ces autres personnes ayant des liens personnels étroits avec l'enfant à initier des procédures.

Article 14 – Reconnaissance et exécution des décisions relatives aux relations personnelles transfrontières

108. Quoique cette Convention n'établisse pas de règles de compétence, ni ne traite directement de questions sur la reconnaissance et l'exécution, l'article 14 souligne l'obligation des Etats Parties d'établir, le cas échéant, en accord avec les instruments internationaux applicables, les moyens de faciliter l'exercice des relations personnelles transfrontières et le droit de garde dans le cas de décisions relatives à des relations personnelles transfrontières.

109. Cependant, cette Convention n'exige pas d'un Etat la mise en œuvre de ces parties de la décision relatives à des relations personnelles transfrontières qui rentreraient en conflit avec le droit interne (par exemple une décision relative à des relations personnelles avec un enfant qui conformément au droit interne a déjà acquit une pleine capacité juridique - voir également l'article 2 *littera c* qui définit un enfant comme étant une personne « à l'égard de laquelle une décision relative aux relations personnelles peut être prononcée ou exécutée dans un Etat Partie »).

110. L'article 14 paragraphe 1 *littera a* requiert des Etats Parties qu'ils créent un système pour la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux relations personnelles transfrontières et aux droits de garde. A cet égard, il est nécessaire de souligner qu'un des problèmes majeurs se présentant lors de l'élaboration de la Convention en cette matière est l'inexistence ou l'insuffisance de procédures ou de systèmes nationaux pour reconnaître les décisions relatives aux relations personnelles transfrontières étrangères. L'établissement de tels systèmes ou procédures faciliterait l'exercice normal des relations personnelles et des droits de garde. Ces questions ont été considérées dans une certaine mesure par la Convention de La Haye de 1996 et par le Règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs.

111. L'article 14 paragraphe 1 *littera b* traite de la garantie la plus importante pour faciliter l'exercice normal du droit à des relations personnelles transfrontières. En cas de relations transfrontières, la reconnaissance et la déclaration d'exequatur – préalablement à l'exercice des relations (par l'Etat du lieu où les relations personnelles doivent être exercées), d'une décision relative aux relations personnelles et/ou à la garde, prononcée par les autorités judiciaires d'un autre Etat (généralement l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant) – encourageraient le parent avec lequel l'enfant vit habituellement à ne pas faire obstacle à l'entretien de relations personnelles transfrontières avec l'autre parent. Le principal avantage de la reconnaissance d'une décision relative au droit de garde et/ou aux relations personnelles préalablement à l'exercice des relations serait de faciliter le prompt retour de l'enfant à l'issue d'une période de visite, en cas de déplacement ou rétention de l'enfant et, par conséquent, le parent n'ayant pas la garde de l'enfant serait moins tenté de retenir l'enfant à la fin d'une période de visite. Pour toutes ces raisons, une procédure pour la reconnaissance et la déclaration d'exequatur des décisions relatives au droit de garde ou aux relations personnelles prononcées à l'étranger est obligatoire pour les parties à la présente Convention.

112. L'article 14 paragraphe 2 a pour finalité de garantir la réciprocité (formelle et factuelle, selon les cas) de la reconnaissance et de l'exécution des décisions relatives aux relations personnelles, pour les Etats dont la législation en matière de reconnaissance et d'exécution de décisions étrangères exige une telle condition. Cette disposition est notamment utile pour les situations où l'Etat d'origine et l'Etat d'exécution ne peuvent se fonder sur aucun autre traité.

Article 15 – Modalités de la mise en œuvre des relations personnelles transfrontières

113. Selon l'article 15, l'autorité judiciaire de l'État Partie dans lequel une décision relative aux relations personnelles transfrontières doit être exécutée peut, lorsqu'elle la reconnaît ou la déclare exécutoire ou à n'importe quel moment après, fixer ou adapter les modalités d'exécution établies dans la décision prononcée dans un autre État Partie si cela est nécessaire pour faciliter l'exercice de la relation personnelle et pour permettre d'adapter la décision à la situation de fait où elle doit être exécutée. Il convient de souligner, à ce propos, que les modalités d'exercice d'un droit d'entretenir des relations personnelles varient considérablement d'un État à l'autre et que, dans certains cas, les autorités judiciaires de l'État où la décision relative aux relations personnelles doit être exécutée pourront avoir davantage d'informations pertinentes pour décider des modalités pratiques suivant lesquelles les relations personnelles doivent s'exercer. Les amendements autorisés par cet article relèvent uniquement du domaine de l'exécution du droit et peuvent donc, si nécessaire, être apportés par les tribunaux de tout pays dans lequel la décision relative aux relations personnelles doit être mise en œuvre. Naturellement, ceci n'exclut pas la possibilité pour les tribunaux d'un Etat Partie de refuser l'exécution d'une décision relative aux relations personnelles en invoquant un motif de refus conformément avec les instruments internationaux pertinents ou avec le droit interne de cet Etat.

114. Lorsque les autorités judiciaires de l'État requis fixent, adaptent ou complètent les modalités d'exercice des relations personnelles, elles ne peuvent pas modifier les éléments essentiels de la décision concernant ces relations. Le respect des éléments essentiels de la décision relative aux relations personnelles a une grande importance car le risque existerait sinon que deux décisions contradictoires concernant les relations personnelles soient prises dans deux États différents. Quoi qu'il en soit, la possibilité, reconnue aux autorités judiciaires de l'État Partie dans lequel la décision concernant des relations personnelles transfrontières doit être exécutée, de fixer ou d'adapter les modalités d'application et d'exercice du droit d'entretenir des relations personnelles doit s'entendre non pas comme la possibilité donnée au tribunal de restreindre ou d'élargir le droit d'entretenir des relations personnelles mais comme un moyen de faciliter la mise en œuvre de ce droit. L'examen du fond est interdit, à moins qu'un tribunal ait compétence quant au fond pour modifier la décision.

115. Quand les autorités judiciaires de l'État requis fixent, adaptent ou complètent les modalités d'exercice des relations personnelles, elles doivent tenir compte des changements de circonstances et des arrangements faits par les personnes concernées. Un changement de circonstances sera normalement constitué par un facteur nouveau qui ne nécessitera une adaptation pratique sans conduire à un changement de la décision dans le fond (par exemple, le parent qui a le droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant a déménagé d'une ville à une autre dans l'Etat requis, ou la personne habilitée à avoir des relations personnelles pendant son jour de congé, ne prend plus cette journée le dimanche, comme c'était indiqué dans la décision, mais le lundi désormais, l'obligation pour l'enfant de préparer des examens ou de suivre un traitement médical). Concernant les arrangements faits par les intéressés (par exemple, l'accord relatif aux personnes auxquelles l'enfant ne peut rendre visite parce qu'elles pourraient lui causer des perturbations émotionnelles), il s'impose de rappeler, tout d'abord, que ces personnes concernées doivent être encouragées à régler leurs conflits et, ensuite, que lorsqu'elles se sont mises d'accord, elles seront davantage susceptibles de se conformer à leur accord.

116. En vue d'éviter les problèmes éventuels de mise en œuvre des mesures de sauvegarde et des garanties en raison des différences entre les systèmes juridiques des Etats Parties, le tribunal de l'Etat où une telle mesure doit être mise en oeuvre est habilité à adapter cette mesure selon sa propre législation, lorsque la décision est déclarée exécutoire. Il serait toutefois alors tenu d'accepter dans son propre droit, autant que faire se peut, la mesure de sauvegarde ou la garantie ordonnée à l'étranger. Il faudrait pour cela qu'une telle modification ne constitue pas un examen de la décision au fond. En outre, il ne devrait pas s'agir d'une modification d'un "élément essentiel" de la décision. L'adaptation des mesures de sauvegarde et des garanties peut être l'un des éléments sujets à modification, à condition qu'elles ne soient pas levées complètement.

117. L'article 15 de la présente Convention reproduit l'essentiel du contenu du paragraphe 2 de l'article 11 de la Convention relative à la garde (STE n° 105) mais résout les problèmes actuels quant à son interprétation (voir les commentaires ci-dessous concernant l'article 19).

Article 16 – Retour d'un enfant

118. L'article 16 vise les situations où, conformément à une décision relative aux relations personnelles (cette notion inclut un accord homologué conformément à l'article 2 *littera* b.), un enfant a été emmené à l'étranger pour la mise en œuvre du droit aux relations personnelles et où, à l'expiration de la période de visite, l'enfant n'est pas renvoyé au lieu où il vit habituellement. Bien que la présente Convention ne porte pas sur la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux relations personnelles, l'article 16 est une garantie supplémentaire importante du bon exercice du droit aux relations transfrontières et incitera le parent ayant la garde de l'enfant à permettre ces relations transfrontières.

119. Les autorités compétentes (autorités centrales, autorités judiciaires, forces de police, services sociaux, etc.) sont tenues, en vertu de l'article 16, de prendre toutes les mesures nécessaires et, le cas échéant, d'employer tous les moyens à leur disposition en vertu de leur législation nationale pour découvrir où se trouve l'enfant (en cas de déplacement sans droit) et pour assurer le retour de l'enfant au lieu où il vit habituellement.

120. L'article 16 est fondé sur l'idée que pour garantir le retour de l'enfant, il est nécessaire, en premier lieu, le cas échéant, d'appliquer les instruments internationaux pertinents qui portent sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et de relations personnelles, ainsi que le rétablissement de la garde des enfants (paragraphe 1 de l'article 16) et, le cas échéant, de mettre en oeuvre les mesures de sauvegarde et les garanties de la décision concernant les relations personnelles. La reconnaissance à l'avance (voir article 14 paragraphe 1 *littera* b) améliorera et facilitera le retour prompt de l'enfant.

121. Les autorités compétentes sont invitées à agir sur demande. Il convient de rappeler que l'article 14 de la Convention relative à la garde (STE n° 105) prévoit que les demandes concernant l'exécution peuvent être introduites par une simple requête (voir également les conventions de La Haye de 1980 et de 1996).

122. Le paragraphe 2 de l'article 16 prévoit également que la décision relative au retour de l'enfant doit être prise, dans la mesure du possible, dans un délai de six semaines à compter de la date de la demande. A cet égard, il convient de noter qu'en vertu de la Recommandation n° R (91) 9 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les mesures d'urgence concernant la famille, dans les affaires portant sur le retour d'un enfant, les tribunaux et autres autorités compétentes doivent faire usage des mesures appropriées pour retrouver la trace de l'enfant et doivent prononcer une décision exécutoire dans les six semaines à compter de la réception de la requête complète par la personne ou l'autorité concernée. De plus, la Recommandation n° R (99) 7 du Comité des Ministres aux Etats membres sur l'application de la Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants recommande aux gouvernements des Etats membres «de prendre la décision concernant la reconnaissance et l'exécution dans un délai de six semaines à partir de la date du début de la

procédure devant l'autorité judiciaire» (paragraphe c de la Recommandation). Enfin, il faut relever également que les États devront tenir compte de la disposition de la CEDH qui exige que les affaires soient jugées dans un délai raisonnable (article 6), d'où il résulte que tout retard dans une affaire urgente concernant un enfant pourrait être considéré comme n'étant pas raisonnable.

Article 17 – Frais

123. En vertu de l'article 17, le demandeur qui saisit une autorité centrale n'est pas tenu d'acquitter les frais engendrés par les services de cette autorité centrale, même si sa demande est rejetée. Contrairement aux dispositions prévues par la Convention relative à la garde (STE n° 105), cet article ne vise que les autorités centrales des États Parties et non pas les tribunaux. Le coût de la procédure judiciaire et les honoraires des avocats ne sont donc pas couverts par ses dispositions. Ce sont le droit interne et les systèmes d'assistance judiciaire des États respectifs qui déterminent si ces frais incombent aux parties et dans quelle mesure. Les États membres du Conseil de l'Europe doivent, toutefois, respecter les dispositions de l'article 6 de la CEDH concernant le droit à un procès équitable et, par conséquent, peuvent être tenus de fournir une aide ou assistance judiciaire si la nature de l'affaire l'exige.

Article 18 – Conditions de langues

124. Le présent article suit l'article 6 de la Convention relative à la garde (STE n° 105) et régit les communications entre les autorités centrales qui devraient avoir lieu de préférence dans la langue officielle ou l'une des langues officielles de l'État requis. Ce système tendra à accélérer l'exécution dans l'État requis des décisions venant de l'État requérant. Cependant, le paragraphe 3 de l'article 18 introduit la possibilité pour les États Parties de s'opposer à l'utilisation du français ou de l'anglais mais pas de s'opposer aux deux langues officielles du Conseil de l'Europe dans les demandes, communications et autres documents qui vont être envoyés à leurs autorités centrales, en application de la Convention. Les États sont libres d'utiliser une autre langue sur une base bilatérale ou d'accepter des communications dans d'autres langues.

Chapitre IV – Relations avec d'autres instruments

Article 19 – Relations avec la Convention relative à la garde

125. L'article 19 dispose que, dans les cas où les deux États concernés sont des États Parties à la présente Convention et à la Convention relative à la garde (STE n° 105), les dispositions de la Convention relative à la garde (STE n° 105) concernant le droit de visite ne s'appliquent pas. Par souci de cohérence, la présente Convention reprend, pour l'essentiel, le contenu des paragraphes 2 et 3 de l'article 11 de la Convention relative à la garde (STE n° 105). À cet égard, il convient de se reporter en particulier aux articles 15 et 16 du chapitre III de la présente Convention sur les «mesures destinées à promouvoir et améliorer les relations personnelles transfrontières». L'article 13 paragraphe 3 établit clairement qu'il y a une obligation pour les autorités centrales d'assister les enfants, les parents et d'autres personnes d'intenter des actions en ce qui concerne des relations personnelles transfrontières. Les paragraphes 2 et 3 de l'article 11 de la Convention relative à la garde (STE n° 105), qui sont interprétés de manière différente par certains États Parties, ne s'appliqueront plus entre les États Parties à cette Convention et à la Convention relative à la garde (STE n° 105).

Article 20 – Relations avec d'autres instruments

126. La présente Convention, en encourageant dans les États l'adoption de principes semblables concernant les relations personnelles avec les enfants, maintient et renforce l'application des instruments internationaux ou règles communautaires en vigueur et à venir qui traitent ou traiteront de l'enlèvement, du droit de garde, du lieu de résidence habituelle ou

des relations personnelles concernant les enfants. La Convention indique clairement qu'elle n'a pas d'effet sur les instruments existants ou futurs qui contiennent des dispositions concernant des matières régies par cette Convention.

127. Les instruments qui se rapprochent le plus avec la présente Convention ont été énumérés expressément pour faciliter la tâche des praticiens. Il est évident que la présente Convention non seulement ne porte pas atteinte à l'application de ces instruments mais au contraire promeut leur application et facilite leur mise en œuvre.

128. Le paragraphe 3 de l'article 20 de la Convention contient une référence spécifique aux règles de la Communauté et dispose que les Etats Parties, qui sont membres de la Communauté européenne, n'appliquent dans leurs relations mutuelles la Convention que dans la mesure où il n'existe aucune règle Communautaire régissant le sujet particulier concerné. Dans ce contexte, le texte suivant revêt une importance particulière : le Règlement (CE) n°1347/2000 du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs du 29 mai 2000.

Chapitre V – Amendements à la Convention

Article 21 – Amendements

129. Des amendements aux dispositions de la présente Convention peuvent être proposés par les Parties. Ils doivent être communiqués à tous les Etats membres du Conseil de l'Europe, à tout signataire, à toute Partie ainsi qu'à tout Etat ou à la Communauté européenne, invités à signer la Convention ou à y adhérer.

130. Le Comité européen de coopération juridique (CDCJ) rédigera un avis sur l'amendement proposé, tenant compte notamment de l'avis de toutes les Parties et il le soumet au Comité des Ministres. Après examen de l'amendement proposé et de l'avis soumis par le CDCJ et, après consultation des Parties à la Convention qui ne sont pas membres du Conseil de l'Europe, le Comité des Ministres peut adopter l'amendement. Ces amendements adoptés par le Comité des Ministres doivent être transmis aux Parties pour acceptation.

Chapitre VI – Clauses finales

Article 22 – Signature et entrée en vigueur

131. La présente Convention est ouverte à la signature non seulement des Etats membres du Conseil de l'Europe, mais également de la Communauté européenne et de l'Etat non-membre du Conseil de l'Europe (Saint-Siège) qui a participé à son élaboration.

132. Si la Communauté devient Partie à la Convention, l'expression Etat(s) Partie(s) doit être comprise comme incluant également la Communauté européenne chaque fois que cela s'avère approprié.

133. Les autres paragraphes de l'article 22 concernant les modalités selon lesquelles les Etats peuvent exprimer leur consentement à être liés par la Convention ainsi que celles concernant l'entrée en vigueur de la Convention, sont semblables, avec les modifications nécessaires, aux clauses finales d'autres conventions et accords conclus dans le cadre du Conseil de l'Europe.

Article 23 – Adhésion à la Convention

134. Le Comité des Ministres peut, après consultation des Parties, inviter tout Etat non-membre du Conseil de l'Europe qui n'a pas participé à l'élaboration de la Convention à adhérer à la Convention.

Article 24 – Application territoriale

135. Le paragraphe 1 de l'article 24 traite des particularités des territoires auxquels s'applique la présente Convention. A cet égard, il convient de souligner qu'il serait incompatible avec l'objet et le but de la Convention que les Etats Parties excluent des parties de leur territoire de l'application du présent instrument sans raisons valables (par exemple l'existence de systèmes juridiques différents applicables aux questions visées par la Convention).

136. Le paragraphe 2 de l'article 24 concerne l'extension de l'application de la Convention aux territoires dont les Etats Parties assurent les relations internationales ou au nom desquels ils sont autorisés à prendre des engagements.

Article 25 – Réserves

137. L'article 25 implique que les Parties à la Convention sont liées par toutes les dispositions du texte et qu'elles ne peuvent exclure l'application de certaines dispositions. En particulier, les principes normatifs généraux à appliquer aux décisions relatives aux relations personnelles (chapitre II de la Convention) sont essentiels pour faciliter l'exercice normal du droit d'entretenir des relations personnelles et toute restriction résultant d'une réserve serait incompatible avec l'objet et le but de la Convention. De plus, ces principes sont les principes de bonne pratique généralement admis et appliqués, à l'heure actuelle, par la majorité des Etats: ils constituent les normes minimales qui devraient être appliquées de manière uniforme par les Etats dans les affaires relatives aux relations personnelles. C'est pourquoi, le présent article sur les réserves est inclus afin d'éviter toute interprétation *a contrario* du silence de la Convention sur ce point, en particulier en tenant compte du caractère obligatoire des dispositions de la Convention.

Article 26 – Dénonciation

138. Conformément à la Convention de Vienne des Nations Unies sur le droit des traités, l'article 26 prévoit la possibilité pour une Partie de dénoncer la Convention.

Article 27 – Notifications

139. L'article 27 énumère les notifications que le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe est tenu de faire, en qualité de dépositaire de la Convention, de même qu'il définit les instances devant recevoir notification (les Etats ou la Communauté européenne).