



Strasbourg, le 5 décembre 2006
[cjfa/36e réunion plénière/documents/CJ-FA (2006)1]

CJ-FA (2006) 1 rév

COMITÉ EUROPÉEN DE COOPÉRATION JURIDIQUE
(CDCJ)

COMITÉ D'EXPERTS SUR LE DROIT DE LA FAMILLE
(CJ-FA)

Strasbourg, 15-17 novembre 2006

**RAPPORT À L'ATTENTION DU COMITÉ D'EXPERTS
SUR LE DROIT DE LA FAMILLE (CJ-FA)
COMPORTANT UNE ÉVALUATION DES INSTRUMENTS DU CONSEIL DE
L'EUROPE DANS LE DOMAINE DU DROIT DE LA FAMILLE**

**Rapport préparé par le Professeur Nigel Lowe
Professeur de droit
Directeur du Centre d'Etudes internationales sur le droit de la famille,
Cardiff, Royaume-Uni**

Rapport préparé par le Professeur Nigel Lowe, Professeur de droit et Directeur du Centre d'Etudes internationales sur le droit de la famille, Cardiff, Royaume-Uni*

I. Mandat et forme du rapport

Le mandat de ce rapport est triple :

- Évaluer les conventions, recommandations et règles existant dans le domaine du droit de la famille afin de vérifier si elles répondent aux besoins actuels de la société et reflètent les standards du Conseil de l'Europe ;
- examiner la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans le domaine du droit de la famille afin d'identifier les domaines dans lesquels le Comité européen de coopération juridique (CDCJ) et le CJ-FA peuvent contribuer efficacement à l'utilité et à l'amélioration de l'application de la Convention européenne des Droits de l'Homme, et
- formuler un avis sur la manière dont le Conseil de l'Europe et plus particulièrement le CDCJ peuvent assurer le suivi des instruments juridiques relatifs au droit de la famille dans ses Etats membres.

Les deux premiers éléments de notre mandat invitent implicitement à indiquer la direction que les travaux futurs du Conseil pourraient ou devraient prendre dans le domaine du droit de la famille.

Compte tenu de ce mandat, le rapport se présente comme suit :

- Introduction : on y traite de la question essentielle du rôle que le Conseil de l'Europe devrait jouer dans le domaine du droit de la famille et notamment des rapports entre son activité et celle d'autres organismes internationaux ; des différents types et objectifs des instruments adoptés et du problème de la ratification et de l'adhésion aux instruments du Conseil de l'Europe ;
- évaluation des instruments du Conseil de l'Europe existants en matière de droit de la famille ;
- modalités de contrôle souhaitables de ces instruments ;
- évaluation de la jurisprudence pertinente de la Cour européenne des Droits de l'Homme et de sa possible influence sur les travaux futurs du Conseil de l'Europe ; et enfin
- direction que pourrait prendre le futur programme sur le droit de la famille du Conseil de l'Europe.

* Je tiens à exprimer toute ma reconnaissance à Sharon Willicombe de la Cardiff Law School pour avoir réussi à taper ce rapport dans des conditions de très forte tension. Je voudrais également manifester ma gratitude pour l'aide que j'ai reçue de la part du Secrétariat du Conseil de l'Europe (et en particulier de la part de Tracey Hudson) en réponse à mes nombreuses questions.

II. Introduction

Le Conseil de l'Europe l'a déclaré lui-même :¹

« Ces trente dernières années furent une période d'intense activité législative dans le domaine du droit de la famille pour les Etats membres du Conseil de l'Europe. Le Conseil a prêté une attention particulière au besoin de réforme et a, notamment, élaboré un grand nombre d'instruments internationaux (Conventions et Recommandations) concernant ce sujet. »

On pourrait ajouter à cela que cette période a également été marquée par une intense activité dans le domaine du droit de la famille de la part de la Conférence de la Haye de droit international privé et, plus récemment, de celle de l'Union européenne.

(a) *Les rapports entre les travaux du Conseil de l'Europe et ceux de la Conférence de la Haye et de l'UE.*

L'analyse ne doit donc pas se limiter à la pertinence et à l'utilité actuelles et futures des instruments internationaux du Conseil de l'Europe (examen qui sera fait dans le prochain point) mais s'attacher également aux réalisations passées et à venir du Conseil de l'Europe au regard de celles des autres organismes internationaux. L'une des thèses majeures de ce rapport est qu'il faut éviter à tout prix un conflit entre les instruments internationaux (l'auteur de ce rapport a déjà exprimé ailleurs son inquiétude face à la prolifération des instruments internationaux et à la complexité qu'elle entraîne).² Il est de surcroît judicieux, d'un point de vue pratique, d'éviter que le Conseil ne vienne doubler le travail déjà accompli par d'autres. Comment, dès lors, l'activité du Conseil se situe-t-elle par rapport à celles de la Conférence de la Haye et de l'UE ?

(i) *La Conférence de la Haye*

Comme son nom permet de le supposer, la Conférence de la Haye a été traditionnellement associée au droit international privé tendant à promouvoir des règles de compétence et, partant, de reconnaissance et d'exécution acceptées d'un commun accord. Elle ne prétend pas, en général, régir le droit national.³ A la différence du Conseil de l'Europe, l'appartenance à la Conférence de la Haye (à présent il y a actuellement 65 Etats membres) est mondiale et les adhésions à l'échelle universelle d'Etats non membres sont courantes (voir ci-après). A l'égal du Conseil, la Conférence a beaucoup agi dans le domaine du droit de la famille. Depuis une trentaine d'années, elle a élaboré des conventions (la Conférence de la Haye ne crée pas d'instruments autres que des conventions, autrement dit il n'existe pas d'équivalent aux résolutions ou

¹ Réalisations du Conseil de l'Europe dans le domaine juridique - Droit de la famille et la protection DIR/JUR (2002) 9, p. 9.

² Voir, par ex., N. Lowe, "International Conventions Affecting the Law Relating to Children – A Cause for Concern?" [2001] *International Family Law* p. 171, aux pages 178, 179.

³ A titre d'exception, la Convention de la Haye de 1996 sur la protection des enfants affecte les dispositions nationales relatives à l'octroi de la responsabilité parentale.

recommandations indépendantes comme celles du Conseil de l'Europe)⁴ sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps,⁵ la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages,⁶ la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des obligations alimentaires,⁷ l'enlèvement international d'enfants,⁸ l'adoption internationale⁹ et sur la protection des enfants.¹⁰ Pour ce qui est du nombre d'Etats contractants, la Convention sur l'enlèvement et la Convention sur l'adoption internationale ont connu un succès tout particulier avec 76 ratifications ou adhésions d'Etats pour la première et 68 pour la seconde.

(ii) *L'Union européenne*

L'Union européenne est relativement une nouvelle venue dans le domaine du droit de la famille et elle a bien évidemment moins d'Etats membres que le Conseil de l'Europe même si, avec l'adhésion imminente de la Bulgarie et de la Roumanie, elle en comptera 27. Encore que l'UE dispose depuis longtemps d'un certain potentiel d'influence sur les questions du droit de la famille, jusqu'à une date récente, il ne s'est manifesté que de façon incidente.¹¹ Tout cela a changé avec la mise en œuvre, en mars 2001, du règlement du Conseil (CE) n° 1347/2000, 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, couramment désigné sous le nom de « Bruxelles II ».¹² Cet instrument avait été à l'origine rédigé comme convention avant d'être transformé en règlement (l'important, à cet égard, est que, conformément à l'article 249 CE, il est devenu directement applicable dans les Etats membres qui y étaient parties)¹³ sur la base du traité d'Amsterdam qui a carrément introduit la coopération judiciaire en matière civile dans le cadre communautaire. Dans le sillage du traité d'Amsterdam, le Conseil européen a posé ce qu'on appelle les « jalons de Tampere »¹⁴, énonçant notamment que

⁴ Conclusions et recommandations sont cependant faites dans le contexte des révisions de conventions particulières.

⁵ Convention de la Haye de 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps.

⁶ Convention de la Haye de 1973 (ndt : il faut lire « 1978 ») sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages.

⁷ Conventions de la Haye de 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires et concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires. Une nouvelle convention sur le recouvrement des aliments envers les enfants est actuellement en cours de préparation.

⁸ Convention de la Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

⁹ Convention de la Haye de 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.

¹⁰ Convention de la Haye de 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants. Il s'agit en fait de la troisième Convention sur la protection des enfants : la première remonte à 1902 et la seconde à 1961.

¹¹ Voir, par ex., la discussion chez C. Hamilton et K. Standy, *Family Law in Europe* (1^{ère} éd.), pp. 580-597.

¹² Bien qu'il soit le premier *règlement* relatif au droit de la famille, il a été inspiré par ce qui était alors la Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, connue sous le nom de Bruxelles I. Cette convention avait été aussi transformée en règlement (à savoir le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale), lequel n'est entré en vigueur que le 1^{er} mars 2002, quelle ironie, un an *après* Bruxelles II.

¹³ Autrement dit tous les Etats membres, à l'exception du Danemark.

¹⁴ D'après le nom du sommet qui s'est tenu à Tampere en octobre 1999, voir Bulletin de l'UE 10-1999.

« le renforcement de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et des jugements ainsi que le rapprochement nécessaire des législations faciliteraient la coopération entre autorités et la protection judiciaire des droits de la personne. » En d'autres termes, l'idée de base est que la libre circulation des décisions faciliterait la libre circulation des personnes au sein de l'Union. Le Conseil a donc approuvé le principe de reconnaissance mutuelle en tant que « pierre angulaire de la coopération judiciaire en matière civile .. au sein de l'Union. »¹⁵

Quoi qu'il en soit des jalons posés à Tampere, l'UE ne dispose pas d'une compétence législative illimitée. S'agissant du droit de la famille, sa compétence repose sur l'article 65 CE dont les dispositions liminaires se lisent comme suit :

« Les mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière ... et dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, visent entre autres à ... ».

En général, on estime¹⁶ que l'article 65 CE limite la compétence aux questions transfrontières compromettant le bon fonctionnement du marché intérieur, ce qui exclut donc les sujets du droit matériel de la famille purement internes. Toutefois, l'affaire n'est pas si simple car (1) il y a une difficulté intrinsèque à tracer une ligne sûre entre une question transfrontière et une question relevant uniquement du droit matériel interne ; (2) l'article 308 CE dispose que « si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser ... l'un des objets de la Communauté, sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, prend les dispositions appropriées. » Malgré le caractère large de cette disposition, il est cependant peu probable d'admettre qu'elle offre toute latitude pour adopter des dispositions de droit matériel, et (3) la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dont les articles 7, 9 et 24 garantissent respectivement le droit au respect de la vie privée et familiale, le droit de se marier et de fonder une famille et le droit des enfants notamment à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être, celui d'exprimer leur opinion librement (cette opinion doit être prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité) et celui d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec leurs deux parents, sauf si cela est contraire à leur intérêt. Bien que ces droits semblent empiéter sur le droit matériel interne, la Charte n'a pas été intégrée dans un traité et on considère que sa valeur est purement déclaratoire.¹⁷ Par ailleurs, l'article 51, paragraphe 2, CE* dispose que « la charte ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelle pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies dans les traités. » En dépit toutefois de la

¹⁵ Ibid., point 1.10.33.

¹⁶ Voir M. Jäntera-Järeborg, "Unification of international family law in Europe – a critical perspective", *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe* CEFL Serie n° 4 (éd. K. Boele-Wolki), p. 194.

¹⁷ Voir notamment la "Communication de la Commission sur la nature de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne", COM/2000/644 final, du 11 octobre 2000.

* Ndt: il faut sans doute lire "article 51, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux".

clarté de cette disposition, la Commission de l'UE s'est déjà appuyée sur la Charte¹⁸ pour inclure le droit de l'enfant au maintien de relations régulières et un droit d'être entendu dans le règlement Bruxelles II révisé (discuté ci-après).

La question de la compétence législative n'est pas seulement essentielle pour déterminer ce que l'UE elle-même peut faire mais elle limite également, dans le droit fil de la jurisprudence AETR¹⁹ (dans laquelle la Cour de Justice a déclaré que, chaque fois que la Communauté exerce sa compétence internationale en prenant des dispositions instaurant des règles communes, elle acquiert une compétence externe *exclusive* pour contracter avec les Etats tiers des obligations affectant ces règles ou en altérant la portée) la compétence autonome des Etats membres pris individuellement de ratifier des instruments plutôt internationaux ou d'y adhérer. Cela s'est révélé être un problème épineux s'agissant de la Convention sur les relations personnelles concernant les enfants qui a été ouverte à la ratification avec un certain retard en raison de la contestation quant à la compétence de la Communauté pour la signer.²⁰

A l'heure actuelle, il existe deux règlements qui touchent au droit de la famille, à savoir Bruxelles I et Bruxelles II révisé²¹ (qui connaît des appellations variées BIIR, Bruxelles IIA ou Bruxelles II bis). Bruxelles I fournit un large cadre à la reconnaissance et à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, y compris les questions d'obligation alimentaire, mais exclut expressément les questions d'état et les régimes matrimoniaux. Bruxelles II révisé établit des règles de compétence exclusives et particulières en matière d'actions matrimoniales (par ex., pour le divorce, l'annulation du mariage et la séparation, mais pas directement pour d'autres questions comme le soutien financier après le divorce) et de responsabilité parentale à l'égard des enfants et offre un régime logique de reconnaissance et d'exécution. Contrairement au règlement Bruxelles II initial, le règlement révisé s'applique à toutes les questions²² civiles touchant à l'attribution, à l'exercice, à la délégation, au retrait total ou partiel de la responsabilité parentale. Le règlement *ne s'applique toutefois pas* à l'établissement et à la contestation de la filiation, à l'adoption, au nom et prénoms, à l'émancipation, aux obligations alimentaires, aux trusts et successions ou aux mesures prises à la suite d'infractions pénales commises par des enfants.²³

¹⁸ Voir la proposition du 3 mai 2002 (COM/2002/222 final, p.7)

¹⁹ Voir affaire 22/70, *Commission des Communautés européennes c. Conseil des Communautés européennes*. Accord européen sur les transports routiers. Recueil 1971, p. 263, point 17 ; avis 2/91 "Convention n° 170 de l'OIT concernant la sécurité dans l'utilisation des produits chimiques au travail", Recueil 1993, p. I-1061, point 26 ; avis 1/94 "OMC", Recueil 1994, p. I-5267, point 77 ; Avis 2/92 « Troisième décision révisée du Conseil de l'OCDE relative au traitement national », Recueil 1995, p.I-521, point 31.

²⁰ Le pouvoir à cet effet lui est reconnu par l'article 22, paragraphe 1. La Commission soutenait qu'avec la signature de Bruxelles II, les Etats membres avaient perdu leur compétence sur les sujets touchant aux relations personnelles. Même à l'heure actuelle, aucun Etat membre de l'UE n'a été en mesure de ratifier cette convention, voir ci-après. C'est ce qui a également empêché une ratification à l'échelon de l'UE de la Convention de la Haye de 1996 sur la protection des enfants.

²¹ Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil, du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000

²² Le règlement initial ne s'appliquait qu'aux questions de responsabilité parentale des enfants communs dans le cadre d'actions matrimoniales.

²³ Article 3. Ndt: il faut lire " article 1, paragraphe 3 ".

D'autres règlements sont en cours. Les négociations sont déjà bien avancées s'agissant de ce qui sera probablement connu sous le nom de Bruxelles III et qui porte sur la loi applicable au divorce, à l'annulation et à la séparation²⁴ et un Livre vert sur le règlement des conflits de lois en matière de régime matrimonial, traitant notamment de la question de la compétence judiciaire et de la reconnaissance mutuelle, vient d'être publié.²⁵ Son futur programme comprend également la médiation.²⁶

(iii) *La situation du Conseil de l'Europe*

Le mandat du Conseil de l'Europe aux fins de l'élaboration d'instruments internationaux dérive de l'article 1 du Statut de l'Europe* qui se lit comme suit :

« a. Le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont leur patrimoine commun et de favoriser leur progrès économique et social.

b. Ce but sera poursuivi au moyen des organes du Conseil, par l'examen des questions d'intérêt commun, par la conclusion d'accords et par l'adoption d'une action commune dans les domaines économique, social, culturel, scientifique, juridique et administratif, ainsi que par la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »

Nombre d'instruments adoptés par le Conseil se réfèrent à ce mandat général dans leur préambule, encore que dans des termes différents. C'est ainsi que la Convention européenne en matière d'adoption des enfants de 1967 évoque le « but du Conseil de l'Europe ... de réaliser une union plus étroite entre ses membres afin, notamment, de favoriser leur progrès social ». La Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage de 1975 évoque « le but du Conseil de l'Europe ... de réaliser une union plus étroite entre ses membres, notamment en favorisant l'adoption de règles communes dans le domaine juridique ». La Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine » de 1997 évoque le but « de réaliser une union plus étroite entre ses membres, et ... l'un des moyens d'atteindre ce but est la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». On trouve une autre variante dans la Résolution (77) 33 sur le placement des enfants et dans la Recommandation n° (79) 17* concernant la protection des enfants contre les mauvais traitements où est évoqué le but du Conseil de l'Europe « de réaliser une union plus étroite entre ses membres afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont leur patrimoine commun et de favoriser

²⁴ On parle souvent actuellement, à son propos, de Rome III.

²⁵ COM/(2006) 400 final.

²⁶ Voir la Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale Com (2004) 718 final (le 22 octobre 2004).

* Ndt : il faut lire " Statut du Conseil de l'Europe ".

* Ndt : il faut lire "Recommandation n° R (79) 17 ".

leur progrès économique et social ». D'autres instruments évoquent simplement le but « de réaliser une union plus étroite entre ses membres ».²⁷

Encore que son mandat s'étende sans l'ombre d'un doute à la réglementation et au contrôle internationaux, ce qui rend le Conseil unique dans le contexte européen (c'est-à-dire au regard de la Conférence de la Haye et de l'Union européenne), c'est qu'il est chargé d'harmoniser les droits internes. C'est ce que l'ancienne Chef de la Division du droit privé et international de la Direction des Affaires juridiques du Conseil de l'Europe a déclaré dans les termes suivants :²⁸

« En promouvant la réforme, l'harmonisation et la coopération juridiques, le Conseil de l'Europe aide les droits internes à faire face aux problèmes des familles tant nationales qu'internationales. »

Cette action normative guidée en partie par les arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme (il est bien entendu vital que l'activité du Conseil s'imprègne des décisions de la Cour)²⁹ pourrait non seulement être ce que le Conseil de l'Europe fait le mieux mais éviter également les conflits avec les instruments de la Haye ou de l'UE. Par conséquent, il est proposé d'ajouter ce critère à celui de la modernité et de l'utilité lors de l'appréciation des instruments existants. Ce critère jouera également un grand rôle lors de la planification des futurs travaux.. On développera donc ce thème tout au long de ce rapport mais, à ce stade, on peut simplement faire observer que les travaux actuels sur l'adoption et sur l'établissement et les conséquences du lien de filiation répondent traditionnellement à ce critère. D'un autre côté, la Convention sur la garde des enfants de 1980 s'est aventurée sur le terrain du droit international privé et, ironie du sort, tout en attirant un plus grand nombre de parties contractantes que d'autres instruments, elle a revêtu, dès le départ, une importance secondaire par rapport à la Convention de la Haye sur l'enlèvement d'enfants et elle est désormais pratiquement supplantée par le règlement Bruxelles II révisé (voir les développements ci-après).

(b) Les types d'instruments adoptés par le Conseil

Un des traits singuliers de l'activité du Conseil est la variété des types d'instruments internationaux adoptés, conventions, recommandations et, désormais, « Livres blancs ». Les conventions sont des instruments internationaux familiers et ne requièrent pas de plus ample discussion. Les recommandations, elles, sont inhabituelles. Quoiqu'elles soient souvent le résultat de longues consultations et conditionnées également à l'accord général des Etats, les recommandations ont un statut inférieur à celui des conventions. Elles ne sont pas formellement signées ou ratifiées par les Etats membres et bien qu'il

²⁷ Voir la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants de 1996 et la Convention européenne sur la nationalité de 1997.

²⁸ Margaret Killerby "The Council of Europe's Contribution to Family Law (Past, Present and Future)" in *Families Across Frontiers* (éd. N Lowe et G.Douglas), p. 13, à la page 25.

²⁹ En effet, comme le proclame le paragraphe 1 de la Déclaration de Varsovie adoptée lors du Troisième Sommet des Chefs d'Etat et de Gouvernement, Varsovie, mai 2005 (CM/2005 145 révisé), "Le Conseil de l'Europe s'attachera à sa mission essentielle qui est de préserver et promouvoir les droits de l'homme, la démocratie et l'Etat de droit. Toutes ses activités doivent contribuer à cet objectif fondamental".

existe un pouvoir de contrôle de leur application (l'article 15 du Statut du Conseil de l'Europe habilite le Comité des Ministres à « inviter [les gouvernements] à lui faire connaître la suite donnée par eux auxdites recommandations »), leur « non-respect » n'est pas sanctionné. Elles ont été justement qualifiées de « directives » dans un commentaire³⁰ et d'« aspirations internationales » dans un autre.³¹

Alors à quoi servent-elles? D'abord, elles ont été et peuvent être utilisées pour pousser les Etats membres à appliquer des conventions existantes. En second lieu, elles peuvent être utilisées comme base de futures conventions et, en troisième lieu, elles ont l'avantage d'encourager internationalement les Etats membres à garantir la conformité de leur législation nationale aux recommandations tout en leur reconnaissant une liberté d'action s'agissant du « comment » et du « quand ». La Cour européenne des Droits de l'Homme peut également y avoir recours pour déterminer la portée usuelle d'une solution juridique particulière.

Il ne semble toutefois pas qu'il existe une politique du Conseil sur l'usage des recommandations, ce qui mérite examen (voir les développements ci-après). Un des points à aborder pourrait être de savoir si le Conseil devrait être habilité à retirer ou à modifier une recommandation.

Pour être complet, force est d'évoquer le « Livre blanc » sur les « Principes relatifs à l'établissement et aux conséquences juridiques du lien de filiation ». Il s'agit là clairement d'un document à des fins de consultation mais il constitue d'une certaine manière un point de départ dans le domaine des instruments juridiques du droit de la famille. Il pose la question de savoir si ce genre de Livres Blancs devrait devenir une pratique courante ou du moins plus courante.

(c) *Ratification et adhésion*

Il est préoccupant de constater le nombre relativement faible de ratifications s'agissant notamment des dernières conventions sur le droit de la famille. Ce qui est tout particulièrement décevant, c'est que la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants de 1996 n'a recueilli que 10 ratifications et la Convention sur les relations personnelles concernant les enfants de 2003, 3 ratifications, chacun de ces textes ayant par ailleurs fait l'objet de 14 autres signatures. Dans le cas de cette dernière convention, la question de la compétence individuelle des Etats membres de l'Union européenne pour ratifier a certainement compliqué les choses et il est possible que cette question se pose aussi désormais pour la convention de 1996. Cela montre toutefois qu'il est nécessaire d'aborder ces sujets le plus tôt possible lors de la préparation de la nouvelle convention quoiqu'en prévoyant la compétence de la Communauté européenne pour ratifier, comme le fait la Convention sur les relations personnelles, on puisse toutefois contribuer d'une certaine façon à résoudre les problèmes.

Il semble judicieux de faciliter le plus large engagement possible vis-à-vis des conventions du Conseil de l'Europe. Il conviendrait donc d'encourager le statut

³⁰ Killerby, op.cit., p. 14.

³¹ Lowe et Douglas, *Bromley's Family Law* (10^{ème} éd.), p. 27.

d'observateur au stade préparatoire tout comme les adhésions. A cet égard, il est remarquable que les Etats-Unis aient adhéré à la Convention européenne sur la cybercriminalité de 2001 et que le Canada, le Japon, le Montenegro et l'Afrique du Sud l'aient signée. Il s'agit là d'un précédent utile pour de futurs instruments sur le droit de la famille. Par ailleurs, il y a lieu de mentionner un autre développement fort bien venu qui intéresse directement le domaine du droit de la famille, à savoir l'invitation lancée au Canada, au Mexique, au Japon et aux Etats-Unis à participer à titre d'observateurs à côté du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies et de la Communauté européenne à la première réunion du comité permanent de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants de 1996, qui s'est tenue en juin 2006.³²

Pour ce qui est des adhésions, il importe de prêter attention aux différentes procédures particulières. La Convention en matière d'adoption de 1967 et la Convention sur le statut juridique des enfants nés hors mariage de 1975 disposent simplement qu'après leur entrée en vigueur, le Comité des Ministres « pourra inviter tout Etat non membre du Conseil à adhérer ... ». D'un autre côté, si les adhésions à la Convention sur la garde des enfants de 1980 se font à l'invitation du Comité des ministres, elles sont soumises à une décision « à l'unanimité des représentants des Etats contractants ayant le droit de siéger au Comité ». On retrouve un libellé identique dans la Convention sur les relations personnelles concernant les enfants et la Convention sur l'adoption (révisée) fait l'objet d'une proposition en ce sens. La Convention sur l'exercice des droits des enfants de 1996 offre une disposition différente et plus approfondie puisque le Comité des ministres peut, de sa propre initiative ou sur proposition du Comité permanent, et 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, ainsi que la Communauté européenne, à adhérer à la Convention mais là encore à l'unanimité des voix des représentants des Etats contractants ayant le droit de siéger au Comité des Ministres.

Toutes ces dispositions donnent l'impression que l'adhésion est peu usitée et, eu égard notamment au droit de veto reconnu aux Etats contractants dans un grand nombre de conventions, difficile. On pourrait se montrer plus ouvert à l'adhésion en disposant, dans les conventions à venir, que c'est à l'Etat intéressé lui-même de faire une demande d'adhésion, laquelle demande serait simplement soumise à l'approbation du Comité des ministres après consultation des Etats contractants.

III. Évaluation des instruments existants

(a) *Convention européenne en matière d'adoption des enfants de 1967 et Projet de convention européenne en matière d'adoption des enfants (révisée)*

La Convention européenne en matière d'adoption des enfants de 1967 a été la première convention dans le domaine du droit de la famille élaborée par le Conseil. Son but était d'actualiser et d'harmoniser les législations des Etats membres et ainsi d'éviter un conflit de lois lorsque l'adoption implique un transfert de l'enfant d'un Etat dans un autre. La

³² T-ED 3 (2006) E.

Convention traite des conditions de l'adoption et du type d'adoption et contient des dispositions touchant à certaines des conséquences telles que nom, nationalité et succession. Elle a vite attiré 19 ratifications et trois signatures quoique, depuis, elle ait été dénoncée par la Suède et partiellement dénoncée par le Royaume-Uni (le seul cas de dénonciation d'un instrument du Conseil dans le domaine du droit de la famille). La Convention est aussi potentiellement la première convention relative au droit de la famille à faire l'objet d'une révision complète.³³ Une telle révision est opportune.

Bien que le mandat pour ce rapport ne s'étende peut-être pas à un commentaire des dispositions particulières du projet, on peut faire observer que (i) l'exigence du consentement de l'enfant (article 4, paragraphe 1, b)) peut donner lieu à controverse. C'est ainsi qu'une telle recommandation n'a précisément pas été retenue dans la loi sur l'adoption et les enfants de 2002 en Angleterre et au Pays de Galles en raison, notamment, de la charge inutile qu'elle ferait peser sur l'enfant. Ne vaudrait-il pas mieux en rester à la seule consultation telle qu'elle est visée à l'article 5, paragraphe 2 ? (ii) Quoique la proposition d'article 6, paragraphe 2, limitant une nouvelle adoption à certains cas, reprenne l'article 6, paragraphe 2, de la convention de 1967, on peut se demander si elle n'est pas trop stricte. C'est ainsi notamment qu'on ne voit pas bien si elle permet une nouvelle adoption après l'échec par opposition à la « fin » de la première (on peut se demander si l'article 6, paragraphe 2, d) pourrait être interprété dans le sens de ce cas de figure).

Une autre remarque s'impose, celle de l'absence de tout mécanisme de contrôle, question qu'il importe d'aborder avant la mise au point définitive de l'instrument (pour plus de détails, voir ci-après).

Ceci dit, la Convention en matière d'adoption (révisée) répond aux exigences de modernité et d'utilité et s'accorde heureusement bien avec la Convention de la Haye sur l'adoption internationale de 1993. Elle constituera donc un instrument complémentaire utile dans le domaine du droit de la famille.

(b) *La Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage de 1975 et le « Livre blanc sur les principes relatifs à l'établissement et aux conséquences juridiques du lien de filiation »*

La Convention de 1975, ratifiée par 21 Etats et signée par quatre autres, cherche à assimiler le statut de l'enfant né hors mariage à celui de l'enfant né dans le mariage. Malgré l'importance qu'elle a eue lors de sa conclusion, le besoin de sa mise à jour s'est fait sentir depuis longtemps et, lors de sa 30^{ème} réunion, en septembre 1997, le CJ-FA a chargé le Groupe de travail N° 2 sur le statut juridique des enfants d'élaborer un rapport concernant des principes relatifs à l'établissement et aux conséquences juridiques du lien de filiation. En 1998, le groupe de travail a reçu mandat de mettre au point les principes à inclure dans un instrument international (convention ou recommandation) sur le statut juridique des enfants à la lumière des propositions faites au cours du XXVII^{ème} Colloque de droit européen sur les problèmes juridiques relatifs au lien de filiation

³³ Quoique la Convention sur les relations personnelles concernant les enfants de 2003 modifie et remplace l'article 11, paragraphes 2 et 3, de la Convention sur la garde de 1980, voir ci-après.

(Malte, 1997). Lors de cette réunion, le groupe de travail a présenté un « Livre Blanc » sur les principes relatifs à l'établissement et aux conséquences juridiques du lien de filiation qui a été adopté par le CJ-FA en 2001 et publié pour consultation.³⁴ Le CJ-FA a reçu mandat de rédiger un rapport prenant en considération les observations présentées sur le Livre Blanc. Au moment où nous écrivons ces lignes, il ne l'a toutefois toujours pas fait.

Avant d'examiner plus en détail le Livre blanc, il y a lieu également de mentionner la Recommandation N° R (84) 4 sur les responsabilités parentales. Cette recommandation comporte 11 principes concernant l'attribution et l'exercice des responsabilités parentales (encore qu'il puisse être signalé que la différence entre *attribution* et *exercice* n'est pas clairement définie dans la Recommandation).³⁵ Quoiqu'elle vienne largement compléter la Convention de 1975, il y a quelques chevauchements dans la Recommandation, par exemple l'obligation d'entretien de tous les parents à l'égard de l'enfant (article 6 de la Convention et Principe 8 de la Recommandation) ainsi que la possibilité, pour le parent chez lequel l'enfant ne réside pas, de maintenir des relations personnelles avec l'enfant (article 8 et Principe 8). Dans d'autres cas, les rapports entre les dispositions commandent une analyse minutieuse. C'est ainsi que, tandis que l'article 7 dispose que « lorsque la filiation d'un enfant né hors mariage est établie à l'égard des deux parents, l'autorité parentale ne peut être attribuée de plein droit au père seul », le Principe 7 (2) permet, dans ce cas, que les responsabilités parentales soient exercées par le père seul. Les deux dispositions sont compatibles puisque la première traite de l'attribution et la dernière de l'exercice de l'autorité/des responsabilités parentale(s). En bref, toutefois, les rapports entre les deux instruments ne sont pas dépourvus de problème et toute révision de la Convention de 1975 devrait aussi tenir compte de la Recommandation N° R (84) 4 afin d'éviter tout à la fois l'inconvénient d'avoir deux instruments et la possibilité d'un conflit ou d'une incompatibilité entre eux.

Le Livre blanc comprend trois parties : Partie A : principes relatifs à l'établissement du lien de filiation juridique ; Partie B, Principes relatifs à certaines conséquences juridiques du lien de filiation ; Partie C, Conséquences juridiques possibles lorsque la filiation n'a pas été établie. Les parties A et B sont étoffées et comportent respectivement 17 et 11 principes (la Partie C n'en contient qu'un) et devraient largement actualiser et remplacer la Convention de 1975 tout en couvrant d'autres domaines. Les dispositions de substitution ne se présentent pas dans le même ordre que celles de la Convention de 1975 ; c'est ainsi que, alors que les Principes 1 et 2 correspondent en gros aux articles 2 et 3 de la Convention (établissement de la filiation maternelle et paternelle respectivement), l'article 6 serait remplacé par le Principe 26 du Livre blanc (obligation d'entretien des parents) et l'article 7 par un mélange des principes 19 et 20 (qui est investi des responsabilités parentales et qui les exerce). Il serait utile d'énoncer ce qui découle de quoi dans le rapport explicatif.

Les Principes du Livre blanc ne recouvrent pas l'ensemble des dispositions de la Convention de 1975. L'une de celles-ci, l'article 9 qui porte sur la succession (un enfant né hors mariage devrait avoir les mêmes droits dans la succession qu'un enfant né dans le mariage) fait toutefois l'objet d'une discussion expresse aux points 85 et 86 du Livre blanc.

³⁴ CF-FA (2001) 16 révisé.

³⁵ C'est-à-dire qu'il n'y a pas de parties séparées de la Recommandation qui se concentrent respectivement sur l'attribution ou l'exercice. En fait, quelques-uns des principes, tel le principe 7, portent sur les deux.

Mais on ne trouve rien sur l'article 10 aux termes duquel le mariage ultérieur de ses parents confère à l'enfant le statut juridique d'un enfant né dans le mariage. Il est bien entendu possible qu'on juge aujourd'hui cette disposition dépassée et superflue mais le silence du Livre blanc à cet égard n'aide vraiment pas. Un autre article, l'article 8, qui traite du droit de visite, n'est pas non plus abordé dans le Livre blanc bien que cela relève de la Convention sur les relations personnelles concernant les enfants mais, là encore, un rappel exprès dans le rapport explicatif serait utile.

Les Principes du Livre blanc actualisent et remplacent généralement aussi ceux qui ont été posés par la Recommandation N° R (84) 4 quoiqu'ici également, ils suivent un ordre différent. Le Principe 18 du Livre blanc (qui définit les responsabilités parentales) équivaut au Principe 1 de la Recommandation ; le Principe 19 (1) (attribution des responsabilités parentales) équivaut au Principe 5 de la Recommandation ; le Principe 20 (dans la mesure où il traite de l'exercice plutôt que de l'attribution des responsabilités parentales) équivaut au Principe 2 ; le Principe 21 (droit de l'enfant d'exprimer son opinion etc.) équivaut au Principe 3 ; le Principe 22 (conséquences du divorce etc.) équivaut au Principe 6 ; le Principe 23 (conséquences du décès) équivaut au Principe 9 ; les Principes 24 et 25 (déchéance des responsabilités parentales) correspondent au Principe 4 et le Principe 26 (obligation d'entretien) équivaut au Principe 8 de la Recommandation. Le Livre blanc ne comporte toutefois pas de renvoi systématique à la Recommandation alors que, selon nous, il devrait en être ainsi. De surcroît, tous les Principes de la Recommandation ne trouvent pas leur équivalent dans le Livre blanc. C'est le cas en particulier du Principe 10 (exercice conjoint des responsabilités par commun accord) et du Principe 11 (droit d'être informé de l'exercice des responsabilités). Nous estimons qu'il faudrait s'attaquer à ces lacunes.

Tout en proposant un système rationnel, le Livre blanc n'est pas à l'abri des critiques. Tout d'abord, il ne distingue pas clairement entre l'attribution et l'exercice des responsabilités parentales et ne précise pas s'il convient de distinguer filiation juridique et parents exerçant des responsabilités parentales. D'autre part, il est peut-être étrange (au plan de la structure) d'aborder les questions de l'entretien (Principe 26) , du nom (Principe 27) et de la nationalité (Principe 28) après l'examen des responsabilités parentales. Une autre lacune est l'absence de mention de la citoyenneté. Troisièmement, les Principes 15 et 16 (sur l'adoption) sont certainement trop larges et font en tout cas double emploi avec le projet de Convention en matière d'adoption. Quatrièmement, le Livre blanc, on l'a vu, ne couvre pas toutes les dispositions de la Convention de 1975 et de la Recommandation de 1984. Il faut également tenir compte des arrêts récents de la Cour européenne des Droits de l'Homme³⁶ selon lesquels les restrictions apportées à la capacité d'intenter une action en paternité ne doivent être ni disproportionnées ni discriminatoires. Par ailleurs, il serait judicieux de consulter et de prendre en considération les « Principes concernant les responsabilités parentales » récemment définis par un collège d'experts, la Commission permanente pour le droit européen de la

³⁶ Par ex. *Paulik c. Slovaquie* (requête n° 10699/05), [2006] 3 FCR 323, *Tavli c. Turquie* (requête n° 11449/02), *Rozanski c. Pologne* (requête n° 55339/00, [2006], 2 FCR 178, *Mizzi c. Malte* (requête n° 26111/01) [2006] 1 FLR 1048 et *Shofman c. Russie* (requête n° 74826/01) [2006] 1 FLR 680. Il faut également mentionner l'affaire *Mikulic c. Croatie* [2002] 1 FCR dans laquelle l'incapacité d'un tribunal à établir la paternité a été considérée comme une violation des droits de l'enfant au titre de l'article 8 de voir son identité personnelle déterminée sans délai inutile ; et *Karcheva et autre c. Bulgarie* (requête n° 60939/00) [2006] 3 FCR 434, dans laquelle la durée excessive (plus de 6 ans) de procédures afin de contester la paternité a été considérée comme une violation de l'article 6.

famille (CEFL). Pour tenir compte de ces critiques, on pourrait examiner la possibilité de consacrer un titre aux conséquences du lien de filiation pour l'enfant.

En dépit des observations ci-dessus, un nouvel instrument (qui, pour l'auteur devrait être une convention) sur le lien de filiation nous semble être essentiel. Ledit instrument devrait *clairement* remplacer la Convention de 1975 et la Recommandation de 1984. Ce nouvel instrument répondrait aux critères de modernité et d'utilité et n'entrerait pas en conflit avec l'un quelconque des instruments internationaux existants. Nous estimons que la plus haute priorité devrait être reconnue au travail en ce domaine.

(c) *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*

La Convention de 1980 est, de toutes les conventions européennes dans le domaine du droit de la famille, celle qui fait l'objet de l'acceptation la plus large puisque 34 Etats l'ont ratifiée, un y a adhéré et un autre l'a signée. Elle a été complétée par deux recommandations, la Recommandation n° R (95) 6 et la Recommandation n° R (99) 7. Ces deux recommandations exhortaient les Etats qui ne l'avaient pas encore fait à signer et à ratifier tout à la fois la Convention européenne et la Convention de la Haye sur l'enlèvement de 1980. La Recommandation de 1995 visait également à encourager les Etats à améliorer la mise en œuvre du droit de visite transfrontière auprès des enfants et, consciente qu'un délai peut survenir dans le rapatriement d'un enfant lorsqu'aucun des parents ne peut ou ne veut supporter les frais du rapatriement, exhortait les Etats à « assurer le retour rapide d'un enfant conformément à la décision d'un tribunal ». La Recommandation de 1999 encourageait les Etats contractants à retirer leurs réserves et à prendre, « chaque fois que ce sera possible », 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.

Quoique l'on voie communément dans la Convention un instrument visant à traiter avant tout de l'enlèvement d'enfants ou, pour reprendre ses termes mêmes, un « déplacement sans droit », ce texte a un champ d'application plus large, à savoir, comme son titre l'indique, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le droit de visite à l'égard des enfants de moins de 16 ans. A l'époque où elle a été conçue ³⁷, un besoin urgent se faisait sentir d'une forme quelconque de réglementation dans ce domaine et il n'existait pas d'instrument voire même de proposition concurrents.³⁸ Cependant, malgré son caractère novateur tant en ce qui concerne l'extension de la technique de reconnaissance et d'exécution des décisions en matière de garde (ignorée jusque-là par d'autres instruments) que la création d'une autorité centrale chargée de gérer l'activité quotidienne de la convention, cet instrument a vite été éclipsé

³⁷ À savoir la septième Conférence des ministres européens de la justice (Bâle, 1972) qui a examiné les moyens d'amélioration de la coopération en matière de tutelle et de garde des enfants sur la base d'un rapport présenté par le ministre de la Justice autrichien d'alors, Christian Boda, voir Rapport explicatif de la Convention et R.L. Jones "Council of Europe Convention on Recognition and Enforcement of Decisions Relating to the Custody of Children" (1981) 30 ICLQ 467.

³⁸ L'activité de la Haye en matière d'enlèvement d'enfants n'a pas démarré avant 1976, voir Lowe, Everall et Nicholls, *International Movement of Children, Law Practice and Procedure*, au point 12.1.

par la Convention de la Haye sur l'enlèvement entrée en vigueur juste trois mois après la convention européenne.

On a généralement jugé la Convention européenne plus complexe que celle de la Haye³⁹ et quoique les Etats aient estimé pratique de ratifier les deux instruments, l'évidence s'est imposée que la Convention européenne n'était invoquée que dans une minorité de cas.⁴⁰ Dans un domaine toutefois, la Convention de Strasbourg l'emporte sur celle de la Haye, à savoir le droit de visite car, contrairement à cette dernière, la première impose clairement aux juridictions l'obligation de reconnaître et d'exécuter les décisions à cet égard.⁴¹ Mais même cet avantage a été pour ainsi dire annulé par le règlement Bruxelles II révisé qui est entré en vigueur au 1^{er} mars 2005 et qui prévaut à la fois sur la Convention européenne et sur celle de la Haye.⁴² Désormais, dans les relations entre les Etats membres de l'Union européenne (à l'exception du Danemark), la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde ou de droit de visite relèvent *exclusivement* du règlement Bruxelles II révisé. Cela signifie que la Convention européenne ne peut être invoquée que par des Etats ou « à l'encontre » d'États contractants qui ne sont pas parties à Bruxelles II à savoir (à la date de ce rapport) la Bulgarie, le Danemark, l'Islande, le Liechtenstein, la Moldavie, la Norvège, la Roumanie, la Serbie, la Suisse, l'ex-République yougoslave de Macédoine, la Turquie et le Montenegro. A partir de leur adhésion à l'Union européenne en 2007, la Bulgarie et la Roumanie deviendront parties à Bruxelles II. Mais même dans ces conditions, à l'exception du Liechtenstein qui est le seul Etat contractant à la Convention à ne pas être Partie à la Convention de la Haye, il est probable qu'en règle générale, c'est la Convention de la Haye qui sera invoquée et non la Convention européenne. Même l'avantage de recourir à la Convention européenne en ce qui concerne le droit de visite va diminuer si les Etats décident de ratifier la Convention de la Haye de 1996 sur la protection des enfants et la Convention du Conseil de 2003 sur les relations personnelles concernant les enfants puisque toutes deux concernent également ce domaine.

Quelles sont les conclusions à tirer de ces développements ? Elles sont au nombre de deux. En premier lieu, il ne sert à rien de promouvoir activement la Convention. Elle a pour l'essentiel atteint son but mais en même temps, si les Etats choisissent de la maintenir (et aucun Etat ne l'a dénoncée à ce jour), il n'est nul besoin, même si c'était possible, de révoquer la Convention dans son ensemble, par exemple en encourageant sa dénonciation. En second lieu, l'histoire de la Convention illustre bien les dangers et la complexité de traiter de questions de droit international privé. Cela ne veut pas dire que le Conseil ne devrait jamais s'aventurer sur ce terrain mais qu'il doit être au moins conscient du risque de problèmes que cela implique.

(d) La Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants de 1996

³⁹ Voir C. Bruch " How to Draft a Successful Family Law Convention : Lessons from the Child Abduction Convention " in Doek, Van Loon et Vlaardingerbroek (éd.) *Children on the Move* 47, à la page 54.

⁴⁰ C'est-à-dire dans moins de 10% des cas, voir N. Lowe et A. Perry, "International Child Abduction – The English Experience" (1999) 48 ICLQ 127

⁴¹ Et, d'ailleurs, dans *Re G (A Minor) Enforcement of Access Abroad* [1993] Fam 216, le juge Hoffmann LJ a expressément conseillé aux praticiens du droit anglais de recourir à la Convention européenne plutôt qu'à celle de la Haye

⁴² Voir respectivement l'article 60 d) et e) du règlement révisé.

La Convention de 1996 qui a été ratifiée par 10 Etats et signée par 14 autres vise avant tout à étayer la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et notamment son article 12, paragraphe 2, en offrant à l'enfant le droit d'être entendu dans les procédures judiciaires.

En 1990, l'Assemblée parlementaire a adopté une Recommandation relative aux droits des enfants⁴³ dans laquelle elle invitait notamment le Comité des Ministres à prendre des dispositions pour examiner la possibilité d'élaborer un instrument juridique qui garantisse entre autres les droits des enfants lors des procédures judiciaires. Pour donner suite à cette invitation, le comité d'experts sur le droit de la famille a été chargé de préparer un instrument approprié sur certaines questions concernant les droits des enfants non déjà couvertes par la Convention des Nations Unies. Ce Comité a décidé⁴⁴ d'élaborer un texte « qui faciliterait l'exercice des droits des enfants en renforçant leurs droits procéduraux » en veillant, pour reprendre les termes de l'article 1, paragraphe 2, « à ce qu'ils puissent, eux-mêmes, ou par l'intermédiaire d'autres personnes ou organes, être informés et autorisés à participer aux procédures les intéressant devant une autorité judiciaire ».

L'article 1, paragraphe 3, limite l'application de la Convention aux « procédures familiales, en particulier celles relatives à l'exercice des responsabilités parentales, s'agissant notamment de la résidence et du droit de visite à l'égard des enfants » cependant que l'article 1, paragraphe 4, fait obligation aux Etats contractants de « désigner ... au moins trois catégories de litiges familiaux devant une autorité judiciaire auxquelles la présente Convention a vocation à s'appliquer ». Curieusement, ces « litiges familiaux » ne sont pas définis dans la Convention mais, d'après le rapport explicatif⁴⁵, des exemples de catégories qui *peuvent* être indiqués sont la garde, la résidence, le droit de visite, le lien de filiation, la légitimité (déclaration, contestation), l'adoption, la tutelle; l'administration des biens de l'enfant ; l'assistance éducative ; la déchéance ou la limitation des responsabilités parentales ; la protection contre les traitements cruels et dégradants et le traitement médical.

On peut débattre du caractère judiciaire de l'article 1, paragraphe 4, dans la mesure où il signifie que, même parmi les Etats contractants, un manque d'uniformité est possible s'agissant des domaines couverts par la Convention. D'autre part, il permet aux Etats d'indiquer des domaines relativement étroits. Une autre difficulté est le libellé assez vague du rapport explicatif qui pourrait être donc être interprété en ce sens qu'il permet aux Etats de désigner leurs propres catégories de litiges.

Les dispositions matérielles de la Convention importantes portent sur :

- les droits procéduraux des enfants – notamment le droit, s'ils sont considérés par le droit interne comme ayant un discernement suffisant, d'être informés et d'exprimer

⁴³ Recommandation 1121 (1990).

⁴⁴ Voir Margaret Killerby "The Council of Europe's Contribution to Family Law ", op. cit. note 26, p. 25.

⁴⁵ Publié par le Conseil de l'Europe, 1997, voir point 17.

leur opinion dans les procédures (article 3) ainsi que celui de demander la désignation d'un représentant spécial (article 4);

- le rôle des autorités judiciaires – notamment l'obligation d'examiner si elles disposent d'informations suffisantes afin de prendre une décision dans l'intérêt supérieur de l'enfant et, à défaut, obtenir des informations supplémentaires; s'assurer que l'enfant ayant un discernement suffisant a reçu toute information pertinente; consulter l'enfant dans les cas appropriés; permettre à l'enfant d'exprimer son opinion et tenir dûment compte de l'opinion qu'il a exprimée (article 6); agir promptement (article 7); et désigner un représentant spécial dans les cas où les détenteurs des responsabilités parentales se voient privés de la faculté de représenter l'enfant à la suite d'un conflit d'intérêts avec lui (article 9);
- le rôle des représentants - en particulier fournir à l'enfant, s'il a un discernement suffisant, toute information pertinente et des explications relatives aux conséquences éventuelles de la mise en pratique de son opinion, déterminer cette opinion et la porter à la connaissance du tribunal (Article 10).

En outre, l'article 13 encourage les Etats à mettre en œuvre la médiation ou toute autre méthode de résolution des conflits afin d'éviter des procédures devant une autorité judiciaire.

Une autre innovation de la Convention est la création d'un Comité permanent pour suivre la mise en œuvre de la Convention et faire des recommandations ou proposer des amendements (article 16)⁴⁶.

On avait pensé que la Convention de 1996 susciterait un large mouvement de ratification⁴⁷ mais (à ce jour) la réaction a été plus discrète (voir ci-dessus). On suppose que l'une des raisons du défaut de ratification de la Convention par les Etats est leur réticence à assumer eux-mêmes les coûts de l'observation de ce texte même pour les trois domaines de litiges familiaux qu'ils désignent. L'ironie veut qu'une bonne partie des critiques adressées à la Convention tourne autour de l'idée qu'elle ne va pas assez loin; on regrette notamment qu'elle fasse « marche arrière » vis-à-vis des objectifs de l'article 12 de la Convention des Nations Unies en ne s'appliquant qu'aux enfants *considérés par le droit interne* comme ayant un discernement suffisant, ce qui, pour un commentateur⁴⁸ « permet à un Etat d'adopter un âge arbitraire et extrêmement élevé comme critère du discernement suffisant des enfants quelle que soit la compétence réelle des enfants en-dessous de cet âge ». D'autres⁴⁹ dénoncent sa « faiblesse » et son « manque d'efficacité » surtout par comparaison avec la Convention européenne des Droits de l'Homme.

⁴⁶ Aux termes de l'article 18, le Comité permanent aurait dû avoir été invité à se réunir dans les trois ans suivant l'entrée en vigueur de la Convention. En fait, il a fallu attendre juin 2006 pour qu'il se réunisse (voir Comité permanent de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants (T-ED), T-ED 3 (2006) E), près de six ans après l'entrée en vigueur de la Convention. Voir également ci-après.

⁴⁷ Voir Killerby, op. cit. à la note 26, p. 25.

⁴⁸ J. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law* (2ème éd.), p. 201. Pour une critique exhaustive, voir aussi C. Sawyer, "One Step forward, two Steps back - the European Convention on the Exercise of Children's Rights" [1999] 11 CFLQ 151.

⁴⁹ M. Freeman *The Moral Status of Children*, p. 39.

Quoi qu'il en soit de ces critiques, la Convention n'en poursuit pas moins un objectif vraiment utile. Le Comité d'experts sur le droit de la famille a eu tout à fait raison de voir qu'une des faiblesses de la Convention des Nations Unies est l'impossibilité, pour les enfants, d'exercer leurs droits matériels et de prendre les mesures procédurales propres à les étayer. La Convention de 1996 essaie de s'attaquer à cette faiblesse encore que de façon limitée. Reprocher à la Convention de ne pas aller assez loin n'est pas entièrement légitime car (a) elle *ne déroge pas* à la Convention des Nations Unies en sorte que l'article 12 de cette dernière continue à imposer aux Etats parties à cette convention une obligation internationale à large portée⁵⁰ et (b) affirmer que les Etats pourraient déterminer *arbitrairement* un âge élevé de discernement, c'est négliger l'influence de la Convention européenne des Droits de l'Homme et le contrôle éventuel de la Cour de Strasbourg. Ladite Cour est peu susceptible d'admettre qu'une fixation arbitraire du discernement satisfait à l'exigence d'un procès équitable au titre de l'article 6 ou justifie une ingérence dans la vie familiale garantie par l'article 8.

Le manque d'efficacité en ce qui concerne la mise en œuvre de la Convention est une critique qui porte mieux encore qu'on puisse discuter du point de savoir si la mise en place d'un système de suivi plus efficace encouragerait le nombre de ratifications. Il est certain que le Comité permanent n'agit pas comme un comité de contrôle chargé de garantir le respect, par les Etats, de leurs obligations. On pourrait peut-être envisager la possibilité de « renforcer » le rôle du Comité permanent sur ce point.

Pour toutes ses imperfections, la Convention de 1996 mérite de continuer à s'appliquer. Elle est le seul instrument de droit international à tenter d'énoncer les obligations au titre de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant. Elle touche à un domaine de la plus haute importance, un domaine qui est susceptible de gagner au lieu de perdre en importance dans la mesure où les systèmes juridiques tentent de plus en plus de renoncer à traiter les enfants comme des victimes passives de l'effondrement des familles pour voir en eux des participants et des acteurs dans leur système de justice concernant la famille. Il est donc recommandé de faire de nouveaux efforts en vue d'encourager les Etats à ratifier la Convention ou au moins à expliquer pourquoi ils ne sont pas disposés à le faire.

(e) Convention sur les relations personnelles concernant les enfants de 2003

La Convention européenne sur les relations personnelles concernant les enfants a finalement été ouverte à la signature le 3 mai 2003⁵¹ et à ce jour elle a été ratifiée par 3 Etats et signée par 14 autres. Une pierre d'achoppement à la ratification est la compétence des Etats membres de l'Union européenne pris individuellement pour le faire (ce qui a été discuté ci-dessus).

⁵⁰ Ce qui peut donc donner lieu à des observations défavorables de la part du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies chargé de contrôler la mise en œuvre de cette convention.

⁵¹ Il avait été prévu d'ouvrir la Convention à la signature au cours de la 6^{ème} Conférence sur le droit de la famille en octobre 2002 mais la date a été repoussée afin de résoudre le conflit quant à la compétence des Etats membres de l'UE pour la signer et la ratifier.

La Convention trouve son origine dans une Recommandation adoptée lors de la troisième Conférence européenne sur le droit de la famille, « Le droit de la famille dans l'avenir »,⁵² qui a fait observer que « l'internationalisation constante des relations familiales dans une Europe unifiée donne une importance sans cesse plus grande à la question du droit de visite transfrontière des enfants ».⁵³ Les travaux ont commencé en 1996 avec la création, par le CJ-FA, d'un groupe de travail sur la garde et le droit de visite.

(i) *Champ d'application et système de la Convention*

L'article 1 énonce trois objets pour la Convention, à savoir :

- « (a) définir des principes généraux à appliquer aux décisions relatives aux relations personnelles ;
- (b) établir des mesures de sauvegarde et des garanties appropriées pour assurer le bon déroulement des visites et le retour immédiat des enfants à l'issue de celles-ci ;
- (c) instaurer une coopération entre les autorités centrales, les autorités judiciaires et d'autres organes afin de promouvoir et d'améliorer les relations personnelles entre les enfants et leurs parents, et les autres personnes qui ont des liens de famille avec eux. »

Quoique le second objet touche principalement et le troisième objet exclusivement aux relations personnelles transfrontières, le premier objet vise à l'établissement de principes généraux que les juridictions nationales devraient observer lors de l'examen de questions portant sur les relations personnelles. L'idée sous-jacente à cet objet est exprimée dans le préambule aux termes duquel « les mécanismes institués pour mettre en œuvre des décisions de justice étrangères relatives aux relations personnelles concernant les enfants ont plus de chances de donner des résultats satisfaisants lorsque les principes sur lesquels se fondent ces décisions étrangères sont analogues aux principes en vigueur dans l'Etat qui les met en œuvre ».

Le choix, dans la Convention, de la notion de « relations personnelles » plutôt que de celle de « visite » répond à un souci délibéré de changement de terminologie et vise à « s'accorde(r) mieux avec les conceptions modernes telles que la " responsabilité parentale " ou des " responsabilités parentales " ».⁵⁴

La notion de relations personnelles elles-mêmes est largement définie par l'article 2 pour inclure les relations personnelles lors d'un séjour limité dans le temps, d'autres formes de communication et toute communication d'information tant à l'enfant qu'à son sujet.⁵⁵ Une

⁵² Cadix (Espagne), avril 1995.

⁵³ Voir le Rapport explicatif de la Convention, point 1.

⁵⁴ Rapport explicatif, point 6.

⁵⁵ C'est -à-dire les enfants âgés de moins de 18 ans, "à l'égard (desquels) une décision relative aux relations personnelles peut être prononcée ou exécutée dans un Etat Partie" (article 2, c)). Cette dernière condition garantit, à l'instar du règlement Bruxelles II révisé, l'application des lois nationales qui permettent à un enfant mineur de moins de 18 ans d'obtenir la pleine capacité juridique (par exemple par le mariage) ou de celles en vertu

« décision relative aux relations personnelles » est définie comme une décision d'une autorité judiciaire (ce qui englobe à la fois un tribunal et une autorité administrative ayant des pouvoirs équivalents) quel que soit le niveau de relations personnelles. Une décision englobe également « un accord relatif à des relations personnelles qui a été homologué par une autorité judiciaire compétente ou qui revêt la forme d'un acte authentique reçu et exécutoire ». Le rapport explicatif précise que « l'inclusion à la fois des accords homologués par un tribunal et des actes authentiques ...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 ». Il y a lieu toutefois de distinguer ces derniers des simples accords privés qui sont exclus du champ d'application de la Convention.

Reconnaissance et exécution des décisions relatives aux relations personnelles transfrontières.

Quoique la Convention n'établisse pas de règles de compétence ni ne traite directement de questions sur la reconnaissance et l'exécution, on a néanmoins jugé nécessaire d'adopter une disposition pour souligner « 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. »⁵⁶ En conséquence, l'article 14 précise que les Etats parties doivent prévoir :

- « (a) un système de reconnaissance et d'exécution des décisions rendues dans d'autres Etats Parties relatives aux relations personnelles et au droit de garde;
- (b) une procédure par laquelle des décisions relatives aux relations personnelles et au droit de garde rendues dans un autre Etat Partie peuvent être reconnues et déclarées exécutoires avant l'exercice des relations personnelles dans l'Etat requis. »

La reconnaissance et l'exécution préalables sont tout à la fois essentielles et novatrices. Comme l'indique le rapport explicatif,⁵⁷ cette disposition constitue « la garantie la plus importante pour faciliter l'exercice normal du droit à des relations personnelles transfrontières ». Son principal avantage est « 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 [sera] moins tenté de retenir l'enfant à la fin d'une période de visite ».

En vertu de l'article 15, l'autorité judiciaire de l'Etat Partie dans lequel doit être mise en œuvre une décision rendue dans un autre Etat Partie concernant des relations personnelles transfrontières peut, lorsqu'elle reconnaît ou déclare exécutoire une telle décision ou à un stade ultérieur,

desquelles les tribunaux ne peuvent pas prononcer ou exécuter de décisions lorsque l'enfant est âgé de 16 ans ou plus, par exemple, en Ecosse.

⁵⁶ Rapport explicatif, point 108.

⁵⁷ Point 111.

« fixer ou adapter les modalités de sa mise en œuvre ainsi que les mesures de sauvegarde et les garanties attachées à ladite décision, si cela est nécessaire pour faciliter l'exercice de ces relations, sous réserve que les éléments essentiels de la décision soient respectés et en tenant compte, en particulier, de tout changement de circonstances et des dispositions prises par les intéressés. En aucun cas, la décision ne peut faire l'objet d'un examen au fond ».

L'article 15 s'inspire de l'article 11, paragraphe 2, de la Convention européenne relative à la garde des enfants de 1980 qu'il remplace.⁵⁸ Le nouveau libellé est destiné à résoudre les problèmes actuels quant à l'interprétation dudit article.⁵⁹

L'article 16 examine le problème crucial du retour de l'enfant à l'issue d'une période de relations transfrontières. Il est rédigé en ces termes :

« 1. Lorsque, à l'issue d'une période de relations personnelles transfrontières fondées sur une décision relative aux relations personnelles, le retour de l'enfant ne s'est pas effectué, les autorités compétentes doivent assurer, sur demande, le retour immédiat de celui-ci, le cas échéant, en appliquant les dispositions pertinentes des instruments internationaux, celles du droit national et, si cela est approprié, par la mise en œuvre des mesures de sauvegarde et des garanties éventuellement prévues par la décision relative aux relations personnelles.

2. Une décision concernant le retour de l'enfant doit, dans la mesure du possible, intervenir dans les six semaines suivant la date de la demande. »

Comme le déclare le Rapport explicatif⁶⁰, bien que la présente Convention ne porte pas elle-même 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.

L'article 11 fait obligation à chaque Etat Partie de désigner une autorité centrale qui exercera les fonctions prévues par la présente Convention dans les cas de relations personnelles transfrontières. A l'image de la Convention européenne relative à la garde de 1980, l'article 12 enjoint les autorités centrales de « coopérer entre elles et promouvoir la coopération entre les autorités compétentes de leurs pays respectifs, y compris les autorités judiciaires » et d'agir « avec toute la diligence nécessaire ». Soulignant l'importance de la coopération internationale, l'article 13 somme les autorités judiciaires et « les services sociaux et d'autres organes » de coopérer dans les procédures relatives aux relations personnelles transfrontières. Les autorités centrales sont en particulier priées d'aider les autorités judiciaires des Etats Parties à communiquer les unes avec les autres, et à obtenir les informations et l'aide nécessaires pour leur permettre d'atteindre les objectifs de la Convention et d'aider les enfants, les parents et les autres personnes

⁵⁸ Voir l'article 19 aux termes duquel l'article 11, paragraphes 2 et 3, de la Convention de 1980 cesse également de s'appliquer.

⁵⁹ Voir Rapport explicatif, point 117. Ces "problèmes" ne sont toutefois pas énoncés dans le rapport mais ils concernent notamment la question de savoir si le *lieu* où s'exerce la relation personnelle constitue un "élément essentiel" de la décision.

⁶⁰ Point 118.

entretenant des liens de famille avec l'enfant à engager une procédure concernant les relations personnelles transfrontières.

(ii) *Commentaire*

La Convention relative aux relations personnelles peut contribuer de manière positive à aborder le sujet épineux du droit de visite ou des relations personnelles. Il est d'abord utile d'avoir des principes généraux acceptés d'un commun accord à appliquer aux décisions et il est avantageux de disposer d'une Convention qui reflète les conceptions modernes sur la question notamment en parlant de « relations personnelles » plutôt que de « droit de visite » et en définissant cette notion de la manière qui convient.

En ce qui concerne les relations personnelles transfrontières, certaines dispositions peuvent revêtir de l'importance. La plus intéressante d'entre elles est peut-être celle de la reconnaissance préalable qui semble être une bonne idée. La disposition sur le retour de l'enfant à l'issue d'une période de relations transfrontières pourrait venir aussi compléter fort utilement d'autres instruments notamment en imposant une décision dans les six semaines. Les pouvoirs de modifier une décision relative au droit de visite visés à l'article 15 pourraient bien constituer une amélioration de l'article 11 de la Convention européenne relative à la garde de 1980 encore que l'existence du règlement Bruxelles II modifié vienne sérieusement en limiter la possibilité d'application. Les dispositions en matière de coopération sont en général bien conçues encore qu'on ait peut-être laissé passer l'occasion de promouvoir et de faciliter des règlements amiables.

Quoique la Convention relative aux relations personnelles réponde au double critère de la modernité et de l'utilité, la difficulté majeure qu'elle présente est celle de son interaction avec les autres instruments internationaux portant sur le droit de visite. La Convention n'en réussit pas moins à réaliser un équilibre subtil entre le souci de ne pas empiéter sur les autres conventions en matière de compétence, de reconnaissance et d'exécution, tout en apportant une contribution positive à l'examen des problèmes (en supposant que les conventions soient interchangeables). Des efforts concertés devraient être faits afin d'encourager de nouvelles signatures et ratifications.

f) Autres instruments

Le temps et la place nous manquent pour nous permettre d'analyser en détail l'ensemble des recommandations du Conseil dans le domaine du droit de la famille. Certaines d'entre elles, telle la Résolution (72)29 sur l'abaissement de l'âge de la pleine capacité juridique et éventuellement la Résolution (78)37 sur l'égalité des époux en droit civil, ont vraisemblablement rempli leur objectif mais n'appellent pas d'autre action. D'autres, telles la Résolution (77)12 concernant la nationalité des conjoints de nationalité différente et la Résolution (77)13 concernant la nationalité des enfants nés dans le mariage ont été dans une certaine mesure dépassées par la Convention européenne sur la nationalité de 1997. Ce qui soulève la question, déjà évoquée, de savoir si l'on peut révoquer des recommandations. Mais un certain nombre d'autres continuent à présenter de l'importance. C'est ainsi, par exemple, que la Recommandation n° R (98)1 sur la

médiation familiale et la Recommandation n° R (98)⁸ sur la participation des enfants à la vie familiale et sociale restent d'une actualité et d'une pertinence considérables. Elles viennent compléter la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants de 1996 et leur application gagnerait à faire l'objet d'un suivi parallèle à celui de cette convention (cependant on devrait tenir compte des propositions de l'UE et l'éventuel intérêt de la Conférence de la Haye à propos de la médiation). Une autre paire de recommandations, la Recommandation n° R (79) 37* concernant la protection des enfants contre les mauvais traitements et la Recommandation n° R (85)** sur la violence au sein de la famille présentent également une importance et un intérêt actuels majeurs et pourraient bénéficier d'un examen visant à déterminer le niveau du respect de leurs dispositions et à vérifier si l'on pourrait ou devrait les transformer en conventions.

Un autre groupe de recommandations dignes d'être examinées sont celles qui portent sur les questions de droit public concernant les enfants, à savoir la Recommandation n° R (87) 6 sur les familles nourricières, la Recommandation n° R (91)⁹ sur des mesures d'urgence concernant la famille et (éventuellement) la Recommandation n° R (87)²⁰ sur les réactions sociales à la délinquance juvénile. Les questions de droit public ne relèvent pas du domaine de compétence de l'Union européenne et, comme elles ne sont pas essentiellement des questions de droit international privé, elles ne sont pas étudiées par la Conférence de la Haye. En même temps, ces questions sont d'actualité et elles ont donné lieu à un grand nombre d'arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme (sur lesquelles on reviendra ci-après).⁶¹ Cela pourrait donc constituer un autre domaine d'action pour le Conseil à l'avenir .

IV Le suivi des instruments⁶²

Elaborer un instrument international est une chose, en contrôler le respect en est une autre. Il est extrêmement important de contrôler la mise en œuvre des instruments dans la mesure où il existe un besoin évident de savoir si et comment fonctionne un instrument donné. Le Conseil l'a reconnu et, de fait, à sa réunion du mois d'octobre 2005, le Bureau du CDCJ a chargé le Secrétariat d'élaborer des propositions concrètes sur le suivi, le CJ-FA ayant en charge cette activité initiale dans le domaine du droit de la famille. A la lumière de cette instruction, le CJ-FA a, en outre, été invité à établir un mécanisme de suivi.⁶³ Il résulte de cette instruction/invitation que la question du suivi est un élément essentiel de la fonction assignée à cette étude.

Nous nous attaquerons à cette question en passant en revue les mécanismes de suivi existants des différents instruments du Conseil relatifs au droit de la famille. Nous allons

* Ndt : il faut lire "Recommandation n° R (79) 17 " .

** Ndt : il faut lire "Recommandation n° R (85) 4 " .

⁶¹ Voir, par ex., *KA c. Finlande* [2003] 1 FLR 696, *Venema c. Pays-Bas*, [2003] 1 FLR 552, *P, C et S c. Royaume-Uni* [2002] 2 FLR 631, *TP et KM c. Royaume-Uni* (requête n° 28945/95) [2001] 2 FLR 549 , *K et T c. Finlande* [2001] 2 FLR 707 et *Scott c. Royaume-Uni* [2000] 1 FLR 958.

⁶² Je souhaiterais exprimer ma gratitude à Maaïke Voorhoeve (doctorante à l'Université d'Amsterdam) pour sa contribution à l'élaboration de ce paragraphe.

⁶³ Voir le Bureau du Comité européen de la coopération juridique sur le "suivi de l'application des instruments relevant de la compétence du CDCJ". CDCJ-BU (2006) 2.

aussi nous intéresser aux mécanismes de suivi auxquels recourent d'autres instruments relatifs au droit de la famille, en l'occurrence les instruments élaborés par la Conférence de La Haye sur le droit international privé et l'Union européenne. Nous appuyant sur cette étude, nous formulerons des propositions sur la manière de procéder dans le cas présent.

Avant de commencer, il nous faut encore préciser ce que l'on entend par "disposition relative au suivi". Il existe bien entendu des mécanismes de contrôle direct tels que l'obligation formelle de contrôler la mise en œuvre d'un instrument donné, l'obligation qui est faite aux Etats de rendre compte de la manière dont ils s'acquittent de leurs obligations au titre de l'instrument en question ou encore la création d'un comité permanent en charge de surveiller l'application d'un instrument. A côté de cela, il existe des mécanismes que l'on pourrait qualifier de "mécanismes de suivi souples (soft)" dans le cadre desquels les Etats doivent informer l'Assemblée des mesures prises pour mettre en œuvre un instrument donné ou communiquer au Secrétaire Général les coordonnées de(s) autorité(s) qu'ils sont tenus de mettre en place (pareilles désignations montrent par elles-mêmes que l'Etat applique les normes de l'instrument en question). Toutes ces méthodes se retrouvent dans les instruments relatifs au droit de la famille.

(a) *Les mécanismes de suivi prévus par les instruments du Conseil relatifs au droit de la famille*

(i) *Les mécanismes de suivi généraux*

Avant d'examiner les mécanismes de suivi spécialement prévus par les différents instruments, il convient de souligner qu'il existe des moyens plus généraux de contrôler le respect des normes élaborées par le Conseil. La Cour européenne des droits de l'homme qui se prononce sur les violations alléguées de la Convention européenne, en particulier, dans le domaine du droit de la famille, sur les violations alléguées des articles 8 (droit au respect de la vie familiale) et 12 (droit de se marier) est, bien entendu un organe essentiel en la matière. Bon nombre d'instruments du Conseil relatifs au droit de la famille prennent pour point de départ les droits individuels énoncés dans la Convention européenne des droits de l'homme. Les requêtes étant dirigées contre un Etat en particulier, les décisions de la Cour ont, par la force des choses, une portée individuelle et, même si l'arrêt rendu par la Cour est susceptible d'avoir des répercussions importantes pour les autres Etats, le recours à la Cour de Strasbourg ne saurait passer pour un mécanisme de contrôle général satisfaisant.

Dans ce contexte, il convient aussi de mentionner le Commissaire aux droits de l'homme dont le rôle en matière de suivi de l'application des normes élaborées par le Conseil de l'Europe est complémentaire de celui de la Cour. Le Commissaire a plusieurs fonctions, parmi lesquelles la fonction de fournir des conseils et d'aider les Etats membres s'il" [...] (i) identifie d'éventuelles insuffisances dans le droit et la pratique des Etats membres en ce qui concerne le respect des droits de l'homme tels qu'ils ressortent des instruments du Conseil de l'Europe", celle d'"encourage[r] la mise en œuvre effective de[s] normes [relatives aux droits de l'homme] par les Etats membres et [de] les aide[r], avec leur accord, dans leurs efforts visant à remédier à de telles insuffisances" (article 3e). Le Commissaire exerce ses fonctions en toute indépendance et avec impartialité en respectant la compétence des organes de contrôle mis en place dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme ou d'autres instruments du Conseil de l'Europe relatifs aux droits de l'homme. Le Commissaire

ne se saisit pas de requêtes individuelles. Il ne peut donc pas faire droit à une requête lui demandant de saisir les tribunaux nationaux ou internationaux ou encore les administrations nationales de réclamations individuelles..." De surcroît, à l'instar de la Cour, la compétence du Commissaire est limitée à la Convention européenne des droits de l'homme. Pour résumer, sauf à modifier son mandat, le Commissaire ne saurait passer pour une instance de suivi général.

Contrairement à la Cour et au Commissaire, le Comité des Ministres joue un rôle important en matière de suivi *général* de la mise en œuvre des instruments. Selon l'article 15 du Statut du Conseil de l'Europe, le Comité des Ministres a compétence pour surveiller la mise en œuvre des recommandations: "Les conclusions du Comité des Ministres peuvent, s'il y a lieu, revêtir la forme de recommandations aux gouvernements des États membres. Le Comité peut inviter ceux-ci à lui faire connaître la suite donnée par eux auxdites recommandations."⁶⁴

L'Assemblée parlementaire a constitué une commission de suivi qui a en charge de contrôler le respect par les Etats membres des obligations assumées au titre du Statut de l'Organisation, de la Convention européenne des droits de l'homme et de toutes les autres Conventions du Conseil de l'Europe, et de vérifier si leurs autorités honorent les engagements contractés par suite à l'adhésion de l'Etat membre concerné au Conseil de l'Europe.

L'article 52 de la Convention européenne des droits de l'homme autorise le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe à demander à tout Etat Partie de lui fournir des explications sur la manière dont son droit interne assure l'application effective de toutes les dispositions de cette Convention. En ratifiant la Convention européenne des droits de l'homme, les Etats Parties acceptent l'obligation de fournir les explications requises.

Pour finir, il convient encore de mentionner que le Comité des Ministres a chargé le CDCJ de suivre la mise en œuvre des instruments relevant de son domaine de compétence. Selon l'article 4. B. iii. de son mandat, le CDCJ a entre autres pour tâche d'assurer : "... le suivi du fonctionnement et de la mise en œuvre des instruments internationaux relevant de son domaine de compétence ...". De plus, selon l'article 4. D, le CDCJ aide les Etats à : "i. mettre en œuvre les réformes appropriées: a. concernant leur législation interne: b. pour la mise en œuvre d'instruments internationaux ...". Le CDCJ doit aussi, d'après l'article 4. D ii: "... collect(er) des informations par le biais: a. publications ...; b. conférences ...".

La compétence du Comité d'exercer un suivi sur la mise en œuvre des Conventions trouve sa source dans la pratique internationale en matière de traités. L'organe qui adopte une convention a aussi pour fonction de contrôler la mise œuvre par les Parties Contractantes parce qu'il existe un besoin en ce sens.

⁶⁴ De surcroît, d'après la règle 9, partie II des Règles du Comité des Ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts et des termes des règlements amiables (adopté par le Comité des Ministres le 10 mai 2006 lors de 964^e réunion des Délégués des Ministres), le Comité des Ministres assure le suivi de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans cette perspective, "Le Comité des Ministres est en droit de prendre en considération toute communication transmise par des organisations non gouvernementales, ainsi que par des institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme, concernant l'exécution des arrêts conformément à l'article 46, paragraphe 2, de la Convention."

(ii) *Les mécanismes de suivi spécifiques prévus par les instruments relatifs au droit de la famille*

La plupart des instruments juridiques à l'étude, notamment les Conventions, n'ont pas de mécanisme de suivi direct. Un certain nombre d'entre-eux obligent cependant les Etats à notifier au Secrétaire Général les mesures prises pour satisfaire aux exigences découlant de l'instrument.⁶⁵ Il en est ainsi de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants de 1967 (articles 1 et 2) et de la Convention qui est censée la remplacer (article 1 du projet de Convention)⁶⁶ de même que de la Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage de 1975 (article 1). Une obligation similaire figure dans certaines Résolutions plus anciennes (voir, par exemple, la Résolution (72) 1 relative à l'unification des concepts juridiques de "domicile" et de "résidence"; la Résolution (72) 29 sur l'abaissement de l'âge de la pleine capacité juridique et la Résolution (78) 37 sur l'égalité des époux en droit civil). La Recommandation (79) 37 concernant la protection des enfants contre les mauvais traitements va plus loin, en invitant "les gouvernements des Etats membres à informer *tous les cinq ans* le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe des suites qu'ils auront données à la présente recommandation." Une autre variante nous est proposée par l'article 2 de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants de 1967 qui oblige chaque Partie Contractante à notifier au Secrétaire Général les mesures prises pour se conformer aux dispositions énoncées dans la partie III de la présente Convention (qui porte sur les "dispositions supplémentaires" à la Convention) et "si, après avoir donné effet, elle *cesse* de donner effet à l'une quelconque de ces dispositions " (c'est nous qui soulignons).

Aucun des instruments susmentionnés ne précise ce que le Secrétaire Général doit faire de ces notifications – il n'existe, par exemple, aucune obligation de les publier pas plus qu'il n'existe de sanction en cas d'omission de notifier les mesures prises au Secrétaire Général.

La Convention sur les relations personnelles concernant les enfants de 2003 n'a pas de mécanisme de contrôle direct mais elle prévoit l'obligation (article 11) de notifier au Secrétaire Général toute désignation effectuée en application du présent article (désignation d'une autorité centrale qui exercera les fonctions prévues par la présente Convention dans les cas de relations personnelles transfrontières). Il existe aussi une disposition (article 21) qui permet à toute Partie à la Convention de proposer des amendements. Ces propositions doivent être communiquées au CDCJ qui est tenu de transmettre au Comité des Ministres son avis sur l'amendement proposé. Il n'est pas exclu que ce processus opère comme un mécanisme de contrôle.

Aucune des Recommandations adoptées à partir des années quatre-vingts, en particulier celles sur les responsabilités parentales, les mesures d'urgence concernant la famille et la médiation familiale, ne contient de disposition relative au suivi, qu'il s'agisse d'un contrôle direct ou d'un suivi "souple".

⁶⁵Selon une interprétation stricte de ce genre de disposition, il n'existe pas d'obligation de notification si, avant la ratification, le droit d'un Etat est déjà conforme à l'instrument en question ; pour le détail, voir ci-dessous.

⁶⁶ Le projet de Convention fait aussi obligation aux Etats Parties de notifier au Secrétaire Général le nom et l'adresse de l'autorité compétente pour recevoir les demandes de renseignements fondées sur l'article 14 (Article 28).

De tous les instruments relatifs au droit de la famille, seuls deux ont, ce qu'il faut honnêtement qualifier de "mécanisme de contrôle direct". Le premier de ces instruments est 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 qui, en son article 28, charge le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe d'inviter les représentants des autorités centrales⁶⁷ désignées par les Etats contractants "à se réunir en vue d'étudier et de faciliter le fonctionnement de la Convention."

Selon l'article 28, la première réunion devait être convoquée à l'issue de la troisième année qui suit la date d'entrée en vigueur de la Convention et, à l'initiative du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, à tout autre moment après cette date.⁶⁸

Le suivi fait l'objet de plus amples développements dans la Convention sur l'exercice des droits des enfants de 1996. En effet, l'article 16 prévoit de constituer un comité permanent qui a expressément pour tâche de "sui[vre] les problèmes relatifs à la présente Convention. Il est habilité à examiner toute question pertinente relative à l'interprétation ou à la mise en œuvre de la Convention et adopter (à la majorité des trois quarts des voix exprimées) des recommandations à ce sujet. Il peut aussi proposer des amendements à la Convention et fournir conseil et assistance aux organes nationaux créés pour promouvoir l'exercice des droits des enfants. L'article 20, qui est calqué sur la disposition correspondante de la Convention de 1980, prévoit qu' "à l'issue de la troisième année qui suit la date d'entrée en vigueur de la présente Convention et, à son initiative, à tout autre moment après cette date, le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe invitera le Comité permanent à se réunir. En fait, il a fallu attendre juin 2006, soit près de six ans après l'entrée en vigueur de la Convention, pour que le Comité se réunisse pour la première fois, ce en raison des "contraintes budgétaires et des limitations de personnel".⁶⁹

(iii) Les dispositions relatives au suivi des instruments comparables de la Conférence de La Haye et de l'UE et la pratique y afférent

Les dispositions relatives au suivi figurant dans les instruments du Conseil de l'Europe présentent-elles des similitudes avec celles contenues dans les instruments relatifs au droit de la famille élaborés par la Conférence de La Haye et l'Union européenne ?

Chose étonnante, la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international des enfants conclue en 1980 ne contient pas de disposition relative au suivi mais, dans les faits, le Bureau Permanent convoque périodiquement (environ tous les quatre ans) une commission spéciale afin d'examiner le fonctionnement de la Convention. A ce jour, il y a eu cinq réunions de ce genre. Cette pratique a expressément été incorporée, à la fois, dans la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière internationale de 1993 (voir article 42) et la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants (voir article 56). Cette dernière disposition charge le "Secrétaire Général de la

⁶⁷ L'article 2(3) oblige les Etats contractants à notifier au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe toute désignation effectuée en application du présent article.

⁶⁸ Il y a eu 10 réunions en tout. La dernière en date s'est tenue en juin 2006.

⁶⁹ Le Comité permanent de la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant T-ED 3 (2006) E.

Conférence de La Haye sur le droit international privé de convoquer périodiquement une Commission spéciale afin d'examiner le fonctionnement pratique de la Convention”.

Le Règlement révisé ("Bruxelles II") recourt à une technique similaire : son article 65 prévoit expressément qu'il sera procédé à un contrôle « au plus tard le 1^{er} janvier 2012, et ensuite tous les cinq ans ». Ce contrôle prendra la forme d'un rapport élaboré sur la base des informations fournies par les États membres que la Commission présentera notamment au Parlement européen et au Conseil.

(b) Commentaires et recommandations

Cette étude montre clairement que les dispositions relatives au suivi des instruments relevant du droit de la famille du Conseil de l'Europe – si est tant qu'ils en contiennent – diffèrent grandement. En d'autres termes, les instruments ne font pas apparaître de pratique uniforme en matière de contrôle et de suivi des instruments. Etant donné l'évidente importance de savoir comment fonctionnent les instruments, il est proposé que *tous* les futurs instruments du Conseil de l'Europe, qu'il s'agisse de Recommandations ou (plus particulièrement) de Conventions, contiennent une ou des dispositions expresses sur le suivi (en fait, tous les groupes de travail ou comités en charge d'élaborer un instrument devraient systématiquement examiner cette question). L'on pourrait être tenté de proposer d'établir un système de suivi unique type mais pareille solution ne serait pas appropriée compte tenu de la diversité des instruments élaborés par le Conseil de l'Europe. S'agissant des Conventions, il doit être possible de mettre en place un contrôle régulier. Dans cette perspective, l'on pourrait envisager de créer un Comité permanent comme il en existe un dans le cadre de la Convention sur l'exercice des droits des enfants de 1996 ou simplement donner mandat au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe de tenir une réunion avec les représentants compétents, comme le font la Convention de 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants et les Conventions de La Haye. Ces “réunions” pourraient, par exemple, prendre la forme de réunions intergouvernementales, comme le sont les réunions du CDCJ, ou de conférences plus générales. Ces dernières présentent l'avantage d'être plus “ouvertes”. En revanche, elles ont l'inconvénient d'être très onéreuses.

Pour ce qui est de la fréquence des réunions, il paraît raisonnable de tenir une réunion assez rapidement après l'entrée en vigueur de la Convention et le choix du Conseil d'exiger la tenue d'une réunion à l'issue de la troisième année après l'entrée en vigueur, à la fois, dans la Convention de 1980 et celle de 1996, est certainement défendable. Mais force est de constater au vu de l'expérience faite avec la Convention de 1996 que les moyens financiers ne permettent pas toujours de se conformer strictement à une obligation de ce genre. Il paraît, en conséquence, préférable de recourir au "système de La Haye", à savoir de charger le Secrétaire Général de convoquer des réunions "périodiquement". Ce système traite bien évidemment aussi des réunions ultérieures – il semble préférable à l'obligation précise, contenue dans le règlement révisé "Bruxelles II", qui veut que les réunions ultérieures aient lieu tous les cinq ans. Il est aussi plus satisfaisant, est-il prétendu, que celui qui consiste simplement à laisser toute latitude en la matière au Secrétaire Général. *Cette proposition emporte nécessité d'apporter des modifications au projet de Convention en matière d'adoption en vue d'y insérer une ou des dispositions relatives au contrôle de même que tout nouvel instrument sur le lien de filiation devra expressément prévoir un mécanisme de suivi.*

Il existe un certain nombre de recommandations telles que la Recommandation R (98) 1 sur la médiation familiale et la Recommandation R (98) 8 sur la participation des enfants à la vie familiale et sociale auxquelles un mécanisme de contrôle formel pourrait parfaitement convenir même si tel n'est pas le cas de toutes les recommandations (dans cette perspective, la question de l'application de ces Recommandations pourrait être examinée en même temps que celle de la Convention sur l'exercice des droits des enfants de 1996 – pour le détail : voir ci-dessous). Pour les Recommandations - en général celles dont l'objectif est plus restreint telles que la Recommandation R (95) 6 et la Recommandation R (99) 4 qui recommandent notamment que les gouvernements des Etats membres signent et ratifient 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 et la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants de 1980 ou la Résolution 72 (29) qui recommande d'abaisser l'âge de la majorité à 18 ans -, il pourrait suffire d'exiger des Etats qu'ils notifient les mesures prises aux fins de leur application au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe. Cette obligation de notification devrait toutefois (a) clairement comprendre l'obligation d'exposer, si aucune nouvelle mesure n'a été prise à cet effet⁷⁰, de quelle manière la législation satisfait d'ores et déjà aux exigences de l'instrument concerné et (b) obliger le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe à publier ces réponses et de conduire, par la suite, des enquêtes de suivi.

Les propositions précédentes concernent les instruments futurs ; reste cependant la question de savoir que faire des instruments existants. Il ne s'agit pas d'un sujet aussi vaste que cela dès lors qu'il s'agit des *conventions* relatives au droit de la famille. La Convention européenne en matière d'adoption des enfants de 1967 est en cours de révision. Des travaux sont aussi en cours pour moderniser la Convention sur le statut juridique des enfants nés hors mariage de 1975. 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, qui en tout état de cause contient une disposition de contrôle direct, est devenue largement redondante comme il a été soutenu précédemment. La Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants de 1996 contient une disposition de contrôle direct et son Comité permanent s'est réuni récemment. Reste la Convention de 2003 sur les relations personnelles concernant les enfants qui est en vigueur depuis le 1^{er} septembre 2005. C'est dire qu'il faudrait procéder à son évaluation dans un futur très proche (en l'occurrence à la fin de l'année 2008 ou en 2009). Il est proposé que le Secrétaire Général prenne une initiative pour faire le point, dans un futur proche, sur la Convention (elle seule ou en même temps que d'autres instruments), celle-ci ne comportant aucune disposition à cet effet.

S'agissant des Recommandations, il serait utile de connaître (a) le degré d'observation par les Etats et (b) les Recommandations que les Etats membres jugent toujours importantes. Il est proposé d'élaborer un questionnaire dans ce sens, de publier les réponses et de les diffuser aux fins d'examen par le CDCJ au moins. Selon les réponses données à ce questionnaire, il pourrait être utile de convoquer une Conférence européenne sur le droit de la famille plus particulièrement destinée à évaluer le travail accompli par le Conseil de l'Europe dans le domaine du droit de la famille. Cette Conférence pourrait aussi servir à déterminer la direction future des activités du Conseil.

⁷⁰ Voir aussi ci-dessous, pour un examen de la question relative au contrôle *avant* la ratification.

Il serait erroné, en examinant les questions relatives au suivi des instruments, d'ignorer la question liée aux coûts et aux moyens d'un tel exercice. Les contrôles exhaustifs prennent un temps considérable et sont onéreux. Ils ne mettent pas seulement à contribution les finances du Conseil de l'Europe mais aussi celles des Etats membres. Pareils coûts sont à l'évidence à mettre en balance avec les autres priorités (même s'il est possible de les réduire en organisant des réunions au cours desquelles plusieurs instruments sont examinés en même temps).⁷¹ Il est absolument essentiel de savoir comment fonctionnent les instruments dans la mesure où il ne sert à rien d'élaborer des instruments qui sont ineffectifs. Le moment paraît opportun pour faire le point sur les instruments.

Une dernière question liée au suivi des instruments peut être évoquée à ce stade. Il s'agit du "suivi" *avant* la ratification.

La question du suivi a trait à la mise en œuvre d'un instrument après sa ratification. La situation précédant la ratification peut également jouer un rôle important. Plus la législation nationale est mise en conformité avec l'instrument avant la ratification, moins le suivi sera appelé à intervenir lorsqu'il s'agira d'adapter le droit national aux normes du Conseil de l'Europe. Des conseils peuvent être donnés aux Etats dans le cadre des programmes d'aide et de coopération du Conseil de l'Europe.

Même si l'on part du principe que les Etats sont tenus par une obligation générale de mettre leur droit national en conformité avec un instrument *avant* sa ratification⁷², force est de constater que pareille exigence est rarement énoncée explicitement.⁷³ C'est pourquoi il n'en est pas toujours ainsi. Le Bureau des traités ne le vérifie pas. Bon nombre d'instruments prévoient la possibilité de formuler des réserves pour mettre le droit national en conformité avec l'instrument progressivement. Quelques instruments exigent de revoir périodiquement les réserves. Ce pourrait être l'occasion d'exercer un contrôle en obligeant les Etats à motiver la formulation de la réserve au moment de l'adhésion et lors de la reconduction de la réserve.

Les Nations unies recourent aux "adhésions en bloc" afin de faciliter la tâche à l'Etat auquel il incombe de mettre son droit national en conformité avec les instruments. Le Conseil pourrait, lui aussi, user de pareil outil en l'associant à la tenue d'une conférence de faible envergure ou, au moins, à la nomination d'un expert qui pourrait apporter son aide à l'Etat. Une autre possibilité serait d'accroître les compétences du Bureau des traités dans ce domaine, par exemple en le chargeant d'examiner si la législation nationale est conforme à l'instrument.

⁷¹ Le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye a, par exemple, prévu de faire le point sur la Convention de 1996 sur la protection des enfants en même temps que sur la Convention de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

⁷² Art. 18 de la Convention de Vienne sur les traités :

Un Etat doit s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but :

(a) lorsqu'il a signé ou a échangé les instruments constituant le traité, sous réserve de ratification, d'acceptation ou d'approbation, tant qu'il n'a pas manifesté son intention de ne pas devenir partie au traité ; ou

(b) lorsqu'il a exprimé son consentement à être lié par le traité, dans la période qui précède l'entrée en vigueur du traité et à condition que celle-ci ne soit pas indûment retardée.

⁷³ Conseil de l'Europe : il en est ainsi pour la Convention sur la protection des données à caractère personnel seulement.

V L'évaluation de la jurisprudence pertinente de la Cour européenne des droits de l'homme⁷⁴

Depuis 2000, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu une pléthore de décisions dans le domaine du droit de la famille. L'étude qui va suivre est donc nécessairement sélective.

Il a déjà été fait mention de certains arrêts de la Cour, à la fois, en liaison avec des questions liées à la paternité et des questions de droit public concernant les enfants. La jurisprudence est examinée un peu plus en détail dans le paragraphe qui va suivre.

(a) Les questions liées à la paternité

Un certain nombre de décisions récentes portent sur les limitations imposées aux actions en recherche ou en désaveu de paternité, voire même à l'interdiction d'engager pareilles actions. Dans l'arrêt *Rozanski c. Pologne*⁷⁵, il est constaté que l'incapacité dans laquelle se trouvait le père (qui n'était pas marié à la mère de l'enfant) d'engager l'une quelconque des procédures (en l'occurrence désigner un tuteur ou demander au procureur du district de le faire) qui s'offraient à lui pour établir sa paternité ne méconnaît pas les droits qu'il tire de l'article 8 de la Convention. A l'inverse, que ce soit dans l'arrêt *Shofman c. Russie*⁷⁶ ou dans l'arrêt *Mizzi c. Malte*⁷⁷, il est conclu à la violation des droits découlant de l'article 8 notamment du fait de l'incapacité des maris respectifs de renverser la présomption de paternité, nonobstant les preuves découlant des tests d'ADN effectués. Les limitations doivent être proportionnées au but légitime poursuivi. En d'autres termes, il n'est pas exclu que certaines limitations (par exemple, l'imposition de délais d'action) puissent être justifiées, à condition cependant de n'être ni arbitraires ou discriminatoires, ni dénuées motifs. Une illustration de ce dernier point nous est donnée par l'arrêt *Znamenskaya c. Russie*⁷⁸ dans lequel la mère qui entendait contester l'enregistrement de son ex-mari comme étant le père de son enfant mort-né, en a été empêchée, les tribunaux nationaux jugeant que la législation pertinente s'appliquait uniquement aux enfants vivants et que l'enfant mort-né n'avait en aucun cas acquis de droits civils. Il est jugé que cette situation dans laquelle on avait fait prévaloir une présomption légale sur une réalité biologique et sociale, sans tenir compte des faits établis et des souhaits des personnes concernées et sans que la décision ait réellement profité à quiconque, était constitutive d'une violation manifeste de l'article 8. Pour finir, l'on peut encore citer l'arrêt *Mikulic c. Croatie*⁷⁹ dans lequel il est conclu à la violation des droits que l'enfant (qui était né hors mariage) tire de l'article 8 de voir l'incertitude concernant son identité personnelle levée dans les meilleurs délais du fait de l'incapacité des tribunaux nationaux d'établir la paternité.

⁷⁴ Je souhaiterais exprimer ma gratitude à Katarina Horosova, chercheur adjoint du centre d'études internationales sur le droit de la famille de la faculté de droit de l'université de Cardiff.

⁷⁵ Requête n° 55339/00, [2006] 2 FCR 178.

⁷⁶ Requête n° 74826/01, [2006] 1 FLR 680.

⁷⁷ Requête n° 26111/01, [2006] 1 FLR 1048. Voir aussi *Paulik c. Slovaquie (requête n° 10699/05)*, [2006] 3 FCR 323 et *Tavli c. Turquie (requête n° 11449/02)*,

⁷⁸ Requête n° 77785/01, [2005] 2 FCR 406.

⁷⁹ [2002] 1 FCR 720. A noter aussi *Karcheva et autre c. Bulgarie (requête n° 60939/00)* [2006] 3 FCR 434, dans laquelle la durée excessive de procédures afin de contester la paternité a été considérée comme une violation de l'article 6.

Cette jurisprudence présente de l'intérêt pour les travaux actuels sur le lien de filiation.⁸⁰

(b) Les questions de droit public concernant les enfants

Comme on pouvait s'y attendre, au vu de la gravité de la question, bon nombre d'arrêts de la Cour portent sur le retrait ou l'omission de l'Etat de retirer l'enfant à ses parents pour le placer à l'assistance publique. Ils portent aussi sur un certain nombre d'autres droits de la Convention.

Une série d'arrêts, tous dirigés contre le Royaume-Uni, portent sur des allégations de violation de l'article 3 (dans ces affaires, sur le droit de ne pas être soumis à des peines inhumaines ou dégradantes). Ainsi dans l'arrêt *E c. Royaume-Uni*⁸¹, l'omission des autorités locales de protéger les enfants des abus sexuels auxquels se livrait leur beau-père (qui avait déjà été condamné pour attentat à la pudeur et qui, comme les autorités locales ne l'ignoraient pas, vivait toujours à la maison en violation de l'ordonnance de libération conditionnelle) est jugée contraire à l'article 3. De même dans l'arrêt *Z c. Royaume-Uni*⁸², il est conclu à la violation de l'article 3, les autorités locales, qui avaient connaissance des faits, ayant omis de prendre des mesures de protection adéquates eu égard à la négligence et aux abus graves dont étaient victimes les quatre enfants requérants aux mains de leurs parents.

L'article 5 (le droit à la liberté, etc) a été invoqué sans succès par le requérant dans l'arrêt *Koniarska c. Royaume-Uni*⁸³. Dans cette affaire, le requérant était détenu en application d'une ordonnance de placement dans un centre de détention pour jeunes délinquants, son but étant de le soumettre à une "éducation surveillée" au sens de la Convention.

La plupart des affaires portent toutefois sur des allégations de violation de l'article 8 (droit au respect de la vie familiale) et/ou de l'article 6 (droit à un procès équitable). Elles portent sur une multitude de questions. A titre d'exemple, certaines ont trait à la question du retrait à la naissance de l'enfant. Ainsi, dans l'arrêt *K et T c. Finlande*,⁸⁴ il est conclu à la violation de l'article 8 au motif qu'il n'a pas été démontré qu'il existait des raisons extraordinairement impérieuses pour soustraire un bébé aux soins de sa mère, contre le gré de celle-ci, immédiatement après la naissance. Une décision similaire a été adoptée dans l'arrêt *P, C et S c. Royaume-Uni*⁸⁵ dans lequel il est conclu à la violation de l'article 8 (en dépit du fait que la mère avait antérieurement perdu la garde de son premier enfant et qu'elle avait été condamnée pour lui avoir délibérément fait du tort), la mesure draconienne consistant à

⁸⁰Comme c'est le cas de l'arrêt *Odièvre c. France* [2003] 1 FCR 621 dans lequel la Cour conclut (étonnamment) à l'absence de violation des droits découlant de l'article 8 du fait de l'impossibilité d'un enfant d'obtenir des informations sur sa mère biologique qui avait accouché sous X.

⁸¹[2003] 1 FLR 348. Cf l'arrêt *DP et JC c. Royaume-Uni* [2003] 1 FLR 50 dans lequel la Cour conclut à l'absence de violation de l'article 3 (et de l'article 8), l'autorité locale n'ayant pas connaissance de l'affaire alors même qu'au vu des faits l'absence de recours effectif emportait violation de l'article 13.

⁸²Requête n ° 29392/95, [2001] 2 FLR 612.

⁸³Requête n ° 33670/96 (12 octobre, 2000).

⁸⁴[2001] 2 FLR 707. A noter le constat de violation de l'article 8 du fait de l'omission des autorités de prendre des mesures adéquates pour réunir la famille.

⁸⁵[2002] 2 FLR 631. Comparer également avec l'arrêt *Haase c. Allemagne* (requête n 11057/2) [2004] 2 FLR 39 dans lequel la décision d'un tribunal (adoptée en l'absence des parents) ayant pour effet de les priver de leur droits parentaux et leur refusant le droit de visite, est, compte-tenu de l'absence d'urgence, qualifiée d'ingérence injustifiable dans le droit au respect de la vie familiale contraire à l'article 8.

retirer l'enfant à sa mère peu après la naissance ne saurait passer pour nécessaire dans une société démocratique aux fins de protéger l'enfant, la mère n'étant en rien soupçonnée d'avoir des comportements mettant la vie de l'enfant en danger.

D'autres affaires soulignent le caractère temporaire du placement et l'obligation positive qui en découle pour l'Etat de prendre des mesures pour faciliter la réunification de la famille dès que cela est raisonnablement faisable. Voir à cet égard les arrêts *R c. Finlande*⁸⁶ et *KA c. Finlande*.⁸⁷ Un autre aspect lié au retrait à la naissance de l'enfant et à son maintien par la suite a trait à l'exigence d'une procédure équitable. L'impossibilité de prendre part à la prise de décision peut s'analyser en une violation de l'article 6. Voir à cet égard les arrêts *Venema c. Pays-Bas*,⁸⁸ *P, C et S c. Royaume-Uni*⁸⁹ et *L c. Finlande*.⁹⁰ L'on peut aussi mentionner l'arrêt *TP et KM c. Royaume-Uni*,⁹¹ dans lequel l'omission des autorités locales de communiquer un élément de preuve capital (un enregistrement vidéo de l'entretien de l'enfant dans lequel celui-ci révélait avoir subi des abus sexuels) qui a privé la mère de la possibilité effective de répondre aux allégations selon lesquelles sa fille, K.M., ne pouvait pas lui être confiée de nouveau sans risque, est jugée contraire à l'article 8.

Parmi les affaires soulevant d'autres questions figure l'arrêt *MG c. Royaume-Uni*,⁹² dans lequel il est conclu à la violation de l'article 8, le requérant (qui avait effectué plusieurs séjours en placement volontaire) n'ayant pas reçu de copie intégrale de son dossier établi par les services sociaux et l'arrêt *L c. Royaume-Uni*⁹³ dans lequel la communication d'un rapport préparé par un expert en vue d'une procédure de placement, le rapport en question étant accessible à toutes les parties à ladite procédure, est jugé compatible avec l'article 8.

Il est affirmé qu'il existe, comme il appert de ce résumé succinct, suffisamment de d'éléments, compte-tenu en particulier des Recommandations existantes sur les mesures d'urgence concernant la famille (R (91) 9), les réactions sociales à la délinquance juvénile (R (87) 20) et les familles nourricières (R (87) 6), qui justifient que les questions de droit public concernant les enfants figurent parmi les domaines d'action futurs possibles du Conseil de l'Europe.

(c) *Les litiges de droit privé concernant les enfants*⁹⁴

Comme l'on pouvait s'y attendre, un certain nombre d'affaires sur lesquelles la Cour s'est prononcée portent sur des litiges de droit privé, en particulier des litiges relatifs au droit de visite. L'une des violations les plus courantes de l'article 8 consiste en l'omission de l'Etat de faire exécuter, ou de le faire avec la diligence voulue, une ordonnance relative au droit de

⁸⁶ Requête n° 34141/96, [2006] 2 FCR 264.

⁸⁷ [2003] 1 FLR 696.

⁸⁸ [2003] 1 FLR 552. Voir aussi *Moser et autre c Autriche (requête n° 12643/02)*, [2006] 3 FCR.

⁸⁹ *Supra*. Mais comparer avec les arrêts *Gnahore c France* (2002) 34 EHRR 38 et *Scott c. Royaume-Uni* [2000] 1 FLR 958.

⁹⁰ [2000] 2 FLR 118.

⁹¹ Requête n° 28945/95, [2001] 2 FLR 549.

⁹² [2002] 3 FCR 289.

⁹³ [2000] 2 FLR 332.

⁹⁴ L'examen qui va suivre omet de mentionner des affaires dans lesquelles il était allégué que l'expulsion etc constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale et donc une violation de l'article 8.

visite. Voir à cet égard les arrêts *Zawadka c. Pologne*,⁹⁵ *Kosmopoulou c. Grèce*⁹⁶ et *Hansen c. Turquie*.⁹⁷ Un certain nombre d'autres affaires portent sur l'absence de mesures d'exécution pour obtenir le retour d'un enfant qui avait été enlevé.⁹⁸ Ces arrêts, même s'ils sont en soi importants, risquent cependant de présenter un intérêt limité pour cette étude. Les arrêts qui ont trait à la possibilité de l'enfant de faire entendre sa voix, qui constitue l'objectif premier de la Convention de 1996 sur l'exercice des droits des enfants, présentent certainement un intérêt plus grand pour cette étude. A cet égard, l'on peut citer l'arrêt *C c. Finlande*⁹⁹ dans lequel la Cour a estimé que l'on avait accordé une *trop grande* importance aux points de vue des enfants, leur accordant de fait un droit de veto. Sont également importants : les arrêts *Sahin c. Allemagne* et *Sommerfeld c. Allemagne*¹⁰⁰. Dans ce dernier, la Grande Chambre, désavouant la chambre, a estimé que ce serait allé trop loin que d'affirmer que les tribunaux doivent dans tous les cas entendre la déposition de l'enfant à l'audience. Dans l'arrêt *Sahin*, la Cour a considéré que les tribunaux qui n'avaient pas entendu l'enfant, alors âgée de cinq ans environ, étaient en droit de se fonder sur les conclusions d'un expert mais qu'en revanche le fait de ne pas demander d'expertise indépendante était susceptible de méconnaître les exigences de l'article 8.¹⁰¹

(d) *Affaires diverses*

Toutes les affaires déferées à la Cour européenne des droits de l'homme ne concernent pas directement les enfants, voire même ne les concernent pas du tout. A titre d'exemples, l'on peut citer deux affaires¹⁰² dirigées contre l'Allemagne dans lesquelles des modifications apportées à la législation avaient eu pour effet de priver les requérants du bénéfice des allocations familiales. La Cour a, dans les circonstances de l'espèce, conclu à la violation de l'article 14 combiné à l'article 8. D'autres affaires récentes, qui ont abouti, portent sur l'apatridie,¹⁰³ l'incapacité de se marier¹⁰⁴ et le refus des autorités nationales d'autoriser une femme mariée à utiliser son nom de jeune fille.¹⁰⁵

Ces arrêts sont en soi importants mais présentent peu d'intérêt pour la planification, à ce stade, des activités futures du Conseil dans le domaine du droit de la famille.

⁹⁵ Requête n° 48542/99, [2006] 1 FLR 371. Mais comparer, par exemple, avec l'arrêt *Süss c. Allemagne* (requête n° 40324/98), [2006] 1 FLR 522 dans lequel il est conclu à l'absence de violation, le requérant ayant personnellement contribué à la longueur de la procédure et à l'arrêt *Glaser c. Royaume-Uni* [2001] 1 FLR 253 – la complexité de la procédure justifiant sa durée.

⁹⁶ Requête n° 60457/00, [2004] 1 FLR 800.

⁹⁷ Requête n° 36141/97, [2004] 1 FLR 142. Voir également les arrêts *Lebbnik c. Pays-Bas* (2005) 40 EHRR 18 et *Nuutinen c. Finlande* (2002) 34 EHRR 15.

⁹⁸ Voir à cet égard les arrêts *Karadzic c. Croatie* (requête n° 35030/04), [2004] 1 FCR 36, *Gil et AUI c. Espagne* (requête n° 56673/00), [2005] 1 FLR 190, *Maire c. Portugal* (requête n° 48206/00), [2004] 2 FLR 653, *Sylvester c. Autriche* (requête n° 36812/97 et 40104/98), [2003] 2 FLR 210 et *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie* (2001) 31 EHRR 212.

⁹⁹ Requête n° 18249/02, [2006] 2 FCR 195.

¹⁰⁰ [2003] 2 FLR 671.

¹⁰¹ Voir par exemple les arrêts *Palau-Martinez c. France* (requête n° 64927/01), [2004] 2 FLR 810 et *Elshoz c. Allemagne* [2000] 2 FLR 486.

¹⁰² Voir les arrêts *Okpisz c. Allemagne* (2006) 42 EHRR 32 et *Niedzwięki c. Allemagne* (2006) 42 EHRR 33.

¹⁰³ Voir l'arrêt *Sisojeva c. Lettonie* (2006) 43 EHRR 33.

¹⁰⁴ Arrêt *B c. Royaume-Uni* (2006) 42 EHRR 11.

¹⁰⁵ Arrêt *Ūnal Tekeli c. Turquie* (2006) 42 EHRR 53.

VI L'orientation que pourrait prendre le futur programme d'action du Conseil dans le domaine du droit de la famille

La priorité immédiate pour le Conseil est à l'évidence de mener à leur terme les travaux en cours dans le domaine du droit de la famille. Cela signifie d'abord mettre au point définitivement le projet de Convention européenne en matière d'adoption des enfants. Pareil instrument devrait tenir compte, à la fois, des observations formulées dans cette étude et, bien entendu, de tous les autres commentaires éventuellement reçus. Il devrait également inclure des dispositions expresses sur le suivi et une déclaration expresse aux termes de laquelle la Convention de 1967 cessera d'être en vigueur après la ratification de ce nouvel instrument. Le rapport explicatif gagnerait à expliquer la façon dont s'opèrera la substitution entre les dispositions du nouvel instrument et celles de la Convention de 1967. Dans cette perspective, il serait utile d'y inclure une liste de « dérivations ».

La deuxième priorité pour le Conseil est d'achever ses travaux sur le lien de filiation. Dans cette perspective, il est recommandé que le nouvel instrument soit une Convention et non une Recommandation. Pareille Convention devrait prendre pour point de départ le "Livre blanc" sur les principes relatifs à l'établissement et aux conséquences juridiques du lien de filiation en tenant compte (a) des commentaires reçus au cours de la période de consultation, (b) des observations formulées dans cette étude, (c) de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme et idéalement (d) des Principes sur les responsabilités parentales élaborés par la Commission sur le droit européen de la famille qui sont sur le point d'aboutir. Le nouvel instrument devrait également contenir des dispositions expresses sur le suivi et prévoir explicitement qu'il se substituera, à la fois, à la Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage de 1975 et à la Recommandation R (84) 4 sur les responsabilités parentales. Le rapport explicatif devrait clairement énoncer et expliquer que les nouvelles dispositions sont équivalentes ou liées, à la fois, à celles de la Convention européenne de 1975 et de la Recommandation de 1984 et intégrer une liste de dérivations.

Un troisième point à ne pas ignorer en examinant les priorités a trait à l'évaluation. Il faut s'interroger sur l'opportunité de convoquer une Conférence européenne de grande envergure pour faire le point sur tous les instruments relatifs au droit de la famille du Conseil de l'Europe.

Hormis les priorités susmentionnées, il faut encore s'interroger sur les nouveaux domaines d'action que le Conseil pourrait investir. Les Recommandations existantes font apparaître deux domaines, à savoir la violence domestique et les questions de droit public intéressant les enfants. Tous deux sont d'actualité et répondent aux critères relatifs à l'élaboration des normes énoncés dans l'introduction. Il n'est pas exclu que, s'agissant de la violence domestique, les Recommandations aillent d'ores et déjà assez loin, quoique il serait important de savoir dans quelle mesure les Etats membres s'y conforment. Cela plaide pour le moins pour un examen de la question. S'agissant des questions de droit public intéressant les enfants, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-dessus examinée au paragraphe V) montre qu'il existe un besoin de se pencher sur cette question. Dans ces conditions, il est proposé de songer sérieusement à investir dans ce domaine.

Dans une perspective d'avenir, il serait très souhaitable de se pencher sur le droit du divorce et la situation juridique des personnes vivant en concubinage. Une fois encore l'un et l'autre de ces sujets sont d'actualité et répondent aux critères relatifs à l'élaboration des normes exposés dans l'introduction. Il est souhaitable de se pencher sur la question du divorce dans la mesure où la mobilité croissante de la population (favorisée par la liberté de circulation au sein de l'Union européenne) exerce une pression croissante en faveur d'une harmonisation de ce domaine essentiel du droit civil. L'on peut mettre à profit le travail accompli par la CEFL qui, s'appuyant sur les rapports relatifs à la situation existant dans 22 pays européens qu'elle avait demandés, a élaboré un ensemble de Principes relatifs au divorce.¹⁰⁶

Pour ce qui est de la situation des personnes vivant en concubinage, il est un certain nombre de faits qui montrent que ce sujet est en passe de devenir un sujet de préoccupation croissante dans de nombreux pays européens. Là encore la mobilité croissante de la population fait naître un besoin évident d'harmoniser, dans une certaine mesure, les droits et la protection.

VII Résumé des propositions et recommandations

(a) Questions générales

- Le Conseil devrait éviter de refaire ce qui déjà été fait par la Conférence de La Haye sur le droit international privé et l'Union européenne. Il faut à tout prix éviter les conflits entre les instruments internationaux.
- Les instruments existants du Conseil devraient être jugés au vu de leur modernité, leur utilité et leur compatibilité avec les instruments élaborés par d'autres organes internationaux.
- Les travaux futurs du Conseil devraient être axés sur l'élaboration de normes à laquelle pousse pour partie les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme.
- Les rapports entre les Recommandations et les Conventions exigent une attention minutieuse. Il faut s'interroger sur la nécessité de disposer de lignes directrices sur le rôle des Recommandations futures.
- Il faudrait consentir des efforts pour élargir la portée des engagements souscrits au titre des Conventions et encourager les adhésions.
- Les futures Conventions devraient adopter une attitude ouverte à l'égard des adhésions.

(b) Les instruments existants

- Dans l'ensemble, le projet de Convention en matière d'adoption des enfants doit être salué (même s'il faut régler certains détails de rédaction et y inclure une disposition de suivi spécifique).
- Il faut remplacer la Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage de 1975 et la Recommandation R (84) 4 sur les responsabilités parentales par un instrument s'inspirant du "livre blanc" sur les principes relatifs à

¹⁰⁶ Voir K Boele-Woelki, F Ferrand, C González Beilfuss, M Jänterä-Jareborg, N Lowe, D Martiny et W Pintens *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses* (2002).

- l'établissement et aux conséquences juridiques du lien de filiation. Ce nouvel instrument devrait prendre la forme d'une convention et constituer la priorité des priorités des activités futures du Conseil.
- La Convention européenne sur la "garde des enfants" de 1980 est devenue largement redondante. Il faudrait se garder d'en faire la promotion à l'avenir.
 - La Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants de 1996 vaut la peine d'en faire la promotion. Des efforts devraient être faits pour augmenter le nombre des ratifications et des adhésions (à cet égard, l'élargissement de la participation en qualité d'observateur au sein du comité directeur mérite d'être saluée).
 - La Convention européenne sur les relations personnelles concernant les enfants de 2003 mérite d'être soutenue et des efforts devraient être faits pour augmenter le nombre des ratifications (acte étant pris du problème concernant l'"EU") et des adhésions. Le Secrétaire Général du Conseil devrait convoquer, en temps voulu, une réunion pour faire le point sur la Convention.
 - La Recommandation sur la violence familiale et la protection des enfants et celle sur les questions de droit public concernant les enfants ont conservé toute leur importance et gagneraient à faire l'objet d'une évaluation, en s'interrogeant notamment sur le point de savoir si elles pourraient ou devraient être transformées en Convention.
 - Il faudrait faire la promotion de la Recommandation sur la médiation familiale et de celle sur la participation des enfants à la vie familiale et sociale qui sont d'une grande importance de nos jours.

(c) *Contrôle*

- A l'avenir, *tous les instruments* devraient contenir des dispositions expresses sur le suivi. Le "système de La Haye" qui consiste à charger le Secrétaire Général du soin de convoquer "périodiquement" des réunions pourrait être une solution adéquate pour les Conventions et les Recommandations "majeures".
- Pour les Recommandations "mineures", il pourrait suffire que les Etats notifient au Secrétaire Général qu'ils s'y conforment, à condition cependant qu'il y ait une obligation de publier les réponses et une possibilité d'examiner et d'évaluer celles-ci.
- L'on pourrait envisager d'organiser une Conférence européenne sur le droit de la famille plus particulièrement destinée à faire le point sur l'utilité des instruments existants (en particulier les Recommandations).

(d) *Le Programme futur des travaux du Conseil dans le domaine du droit de la famille*

- La priorité devrait clairement être donnée à l'achèvement des travaux en cours sur l'adoption et le lien de filiation.
- Le nouvel instrument sur le lien de filiation devrait être une Convention qui se substituerait à la Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage de 1975 et à la Recommandation R (84) 4 sur les responsabilités parentales.
- En examinant les priorités, il faudrait aussi tenir compte de la nécessité de disposer et/ou de mettre en œuvre une stratégie cohérente d'évaluation. Il faudrait s'interroger sur l'opportunité de convoquer une Conférence européenne pour faire le point sur les instruments relatifs au droit de la famille ?

- La violence domestique et les questions de droit public concernant les enfants pourraient constituer d'autres domaines d'action. Il est proposé d'accorder la priorité à ce dernier du fait de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.
- Dans une perspective d'avenir, un autre domaine d'action envisageable pourrait être a) le divorce - en mettant à profit le travail accompli par la CEFL - et (b) la position juridique des personnes vivant en concubinage.