

La question de l'assimilation d'un droit de véto de sortie du territoire d'un enfant à la définition de la garde d'enfant au sens de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980

Soumis le 06/09/2018 par Ines Amar dans [MBDE](#) / [Droits internationaux](#)

Supreme Court of the United States, Timothy Mark Cameron Abbott v Jacquelyn Vaye Abbott, 560 U.S. 1, 130 S.Ct. 1983, No. 08-645 (17 mai 2010)

Une mère ayant la garde d'un enfant quitte le Chili avec celui-ci et se rend aux États-Unis. Le père a un droit de visite ainsi qu'un droit ne exeat lui permettant de s'opposer à ce que l'enfant sorte du pays. La mère entame une nouvelle procédure de divorce et tente de faire supprimer le droit de véto du père. Le père demande le retour de l'enfant, avançant la sanction prévue par la Convention de la Haye en cas d'enlèvement illicite car contraire au droit de garde. La mère avance qu'il a un simple droit de visite, ce qui ne lui donne pas droit au retour de l'enfant.

La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants impose une sanction originale. Elle permet le retour de l'enfant au pays de sa résidence habituelle (Article 1er Convention du 25 octobre 1980) si l'enfant a été victime d'un enlèvement ou non-retour illicite. Toutefois, cette sanction ne s'applique que si le droit de garde du parent resté dans le pays de résidence habituelle a été violé (Article 8 et Article 12) . Si l'enlèvement ou le non-retour viole un simple droit de visite, alors d'autres mesures ou sanctions (Article 21), moins efficaces, s'appliquent. Dans le cas étudié ici, la mère a le droit de garde, et le père a un simple droit de visite, mais il s'accompagne d'un droit ne exeat lui permettant de s'opposer à ce que l'autre parent quitte le Chili avec l'enfant. Conformément à la Convention, on applique le droit chilien pour déterminer le contenu du droit de garde. C'est toutefois la Convention qui doit déterminer si ce droit peut être qualifier de droit de garde au sens de la Convention et ainsi donner lieu à un retour.

L'enjeu est immense : si la sanction ne s'applique pas, la mère risque de garder l'enfant aux États-Unis et obtenir un jugement de divorce qui retirera au père son droit de véto. La sanction de retour est le trait principal de la Convention. Si la Cour décide qu'il s'agit d'un simple droit de visite, alors la protection du père est très réduite, et l'enfant risque de ne plus entretenir de relation avec l'un de ses parents. Ici, la Cour Suprême des États-Unis tranche en faveur de l'inclusion du droit de véto dans le droit de garde. Dans un contexte de complexité croissante des droits de garde, de plus en plus souvent exercés de manière conjointe il est difficile de trouver une réponse dans le texte de la Convention, que l'on peut interpréter dans un sens ou dans l'autre. Décider d'inclure un droit de véto dans la qualification d'un droit de garde diminue les droits de l'autre parent, alors que refuser de l'inclure témoigne d'une certaine tolérance pour des enlèvements d'enfant punis par la Convention. Les enjeux peuvent aussi varier selon la distance entre les deux pays, et la nature de leurs accords.

Nous allons étudier en quoi qualifier un tel droit de garde est souhaitable (I) tout en reconnaissant les limites de cette solution (II).

I- Les avantages de l'inclusion du droit ne exeat au sein du droit de garde

Une interprétation textuelle de la Convention en faveur de l'inclusion

La décision américaine repose sur l'article 5(a) de la Convention. Il définit le droit de garde comme « le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence ». La cour déduit du pouvoir du père de s'opposer à ce que la mère fixe le lieu de résidence de l'enfant hors du Chili, celui de décider du lieu de résidence, et par conséquent qualifie le droit du père comme participant à la garde de l'enfant. L'opinion minoritaire (et donc non contraignante) d'une décision précédente (*Croll v Croll* (229 F.3d 13) 2000) par une juridiction inférieure avait qualifié ce droit de véto de droit de garde car il donne au parent « une autorité pour prendre la décision concernant le déménagement international de l'enfant ». C'est cette interprétation minoritaire que la Cour Suprême retient ici. La Convention reconnaît donc un droit de garde conjoint, de choisir le lieu de résidence, et de prendre soin de l'enfant, ce qui inclut des décisions sur la langue qu'il parlera, l'identité qu'il aura, et les cultures et traditions qu'il s'appropriera. La Cour admet que « déterminer » peut avoir deux sens courants : choisir, ou poser les limites. Ici, elle décide que le fait que le père puisse poser les limites de la résidence de l'enfant à l'intérieur du Chili revient à un droit de détermination de la résidence de l'enfant, et donc, à sa garde.

En droit français, la doctrine a reconnu que la question n'était pas résolue par le texte, qui a envisagé la seule hypothèse où le parent non gardien enlève l'enfant. Ainsi, dans un arrêt (Civ 1, 14 mars 2012, n°11-17.011) répondant à la même question, la Cour de cassation arrive à la même conclusion que la cour américaine, mais sans viser l'article 5. La doctrine (C. Chalas, « Non-retour illicite et défaut de consentir une autorisation de sortie du territoire », in *Rev. Crit. DIP* 2012.886) a toutefois pu justifier cette décision par le texte de la Convention, affirmant que cet article peut inclure une participation, même négative, à la détermination du lieu de résidence. Elle ajoute que la détermination du lieu de résidence est incluse dans les soins de l'enfant car celle-ci va déterminer indirectement son environnement culturel et linguistique, élément crucial dans son éducation.

L'émergence d'un « consensus international » sur la question ?

La Cour Suprême affirme avoir l'appui de la majorité des autres États Parties, ainsi que de l'Exécutif (State Dept. Office of Children's Issues) qui a défini le droit *ne exeat* comme un droit de garde, auquel elle se doit de se référer (*Sumitomo Shoji America v Agliano*, 457 U.S. 176 (1982)). Elle se fonde aussi sur la même définition donnée par d'autres États Parties, tels que l'Angleterre (C v. C [1989] 1 WLR 654 658 (CA)). Souvent, ces pays encouragent une interprétation souple de la notion de droit de garde, comme la Cour Suprême d'Israël (CA 5271/92 *Foxman v Foxman* [1992]) qui préconise de considérer que le droit de garde est partagé « dans chaque cas où l'un des parents requiert l'accord de l'autre pour quitter le pays avec l'enfant ». Elle admet l'exception du Canada qui, seul, rejette l'inclusion du droit de véto en droit de garde, et de la France, qui reste divisée (Arrêts : Ministère Public contre M.B. Cour d'Appel Aix-en-Provence, 6e ch. 23 mars 1989 (pour) et Procureur de la République de Périgueux contre Mme S. [T.G.I.] Périgueux, 17 mars 1992 (contre)).

En 2010, la doctrine française n'a pas l'impression d'appartenir au camp du « contre ». « La solution [de l'arrêt *Abbott*] nous paraît logique » au regard de l'article 5(a) affirme Alexandre Boiché (A. Boiché, « Enlèvement illicite d'enfant : actualité jurisprudentielle de la Convention de La Haye », in *AJ fam.* 2010.482), qui fait une analogie entre le droit de véto du père et le droit de déterminer la résidence de l'enfant. Il avance que les difficultés en France pointées par les États-Unis sont des jurisprudences anciennes et dépassées, tout en saluant l'effort de recherche comparative pour mieux analyser la Convention, en admettant que la jurisprudence française n'est pas toujours aisément accessible, et que les publications doctrinales ne sont pas reconnues comme sources du droit aux États-Unis.

Une interprétation conforme à l'esprit de la Convention et à l'effet utile

La Convention a pour objet « d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout État contractant » et « de faire respecter effectivement dans les autres États contractants les droits de garde et de visite existant dans un État contractant ». La Cour Suprême avance que, si l'on refuse de reconnaître ici un droit de garde au père, cela va à l'encontre de l'objet de la Convention, qui est de décourager l'enlèvement d'enfant vers un pays à la loi plus favorable au parent qui enlève l'enfant. La Convention s'inquiète en effet du *forum shopping*, et vise à éviter qu'un parent enlève l'enfant vers un pays qui ira à l'encontre des droits existants du parent resté dans le pays de résidence,

selon la loi du pays de résidence. Cela expliquerait pourquoi la détermination de la résidence habituelle résulte seulement dans la désignation du juge compétent, et non pas dans la décision au fond du droit de garde.

L'instrument présuppose en effet que l'intérêt supérieur de l'enfant veut que la juridiction de sa résidence habituelle détermine son droit de garde. Refuser le retour de l'enfant en présence de la violation d'un droit ne va à l'encontre de l'objet de la Convention. La cour s'inquiète ici du message qu'elle enverrait, qui serait d'après elle qu'un parent qui viole la Convention a plus intérêt à venir habiter aux États-Unis que dans un autre État partie qui définit le droit de garde plus soupagement. Elle rappelle que l'enlèvement d'enfant est « one of the worst forms of child abuse » (Ma traduction : « une des formes de maltraitance d'enfant les plus graves ») par la perte d'une communauté, stabilité, qui engendre solitude, colère et peur de l'abandon, et qu'une définition plus large de la garde permet de lutter plus efficacement contre. Elle souligne que l'enlèvement peut empêcher la relation de l'enfant avec l'un de ses parents, ce qu'elle présume contraire à son intérêt.

En France, la doctrine (C. Chalas, « Non-retour illicite et défaut de consentir une autorisation de sortie du territoire », in Rev. Crit. DIP 2012.886) rappelle que la jurisprudence a souvent retenu une interprétation souple des éléments de la Convention nécessaires à engendrer la sanction du retour afin de satisfaire l'effet utile. Ainsi, la jurisprudence (Civ 1, 26 octobre 2011, n°10-19.905) a déterminé que le « déplacement illicite » de l'enfant inclut un déplacement prénatal in utero, adoptant une analyse fonctionnelle de la résidence habituelle. Elle mentionne le 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 qui, même s'il n'est pas applicable en l'espèce, influence la jurisprudence relative à l'interprétation de la Convention. Il prévoit à son article 2 « la garde est considérée comme étant exercée conjointement lorsque l'un des titulaires de la responsabilité parentale ne peut, conformément à une décision ou par attribution de plein droit, décider du lieu de résidence de l'enfant sans le consentement d'un autre titulaire de la responsabilité parentale », ce qui rappelle l'interprétation souple de la cour israélienne (CA 5271/92 Foxman v Foxman [1992]).

La doctrine française (H. Muir Watt, « Enlèvement international d'enfant : violation par le parent gardien d'une restriction territoriale posée par l'Etat de résidence » in Rev. Crit. DIP 2010.519) rappelle que le texte ne répondra pas à l'hypothèse du « gardien ravisseur » car elle n'a pas été envisagée, présupposant que le parent gardien ne serait pas aussi le kidnappeur. Toutefois, elle avance que la distinction de l'article 5 impose de faire rentrer l'hypothèse dans l'une des deux catégories, et que le droit ne va pas peut être réduit à un droit de visite, car il a des implications culturelles importantes sur l'enfant. Cela donne un effet utile à la Convention, qui permettrait sinon au parent gardien d'emmener l'enfant vers un for favorable, contrairement à l'esprit du texte. C'est la situation illustrée dans cet arrêt Abbott, puisque la mère, en arrivant aux États-Unis, tente d'emblée de voir réviser les droits du père sur l'enfant. De plus, l'auteur précise que l'interprétation de la Convention se doit d'évoluer avec le temps, et affirme qu'il faut « tenir compte de la fréquence croissante de modalités judiciaires associant les deux parents à l'exercice du droit de garde », et les inclure dans la définition du droit de garde.

II- Les limites de l'inclusion du droit ne va pas au sein du droit de garde

L'interprétation textuelle de la Convention peut nous faire conclure d'un côté ou de l'autre. La solution adoptée dans Abbott est imparfaite, et ses incohérences sont notamment pointées par l'opinion minoritaire, d'une longueur considérable.

L'interprétation textuelle non concluante

L'opinion dissidente a avancé que le droit de garde s'exerce d'après la Convention, et qu'un droit ne va pas négatif ne peut s'exercer et ne peut donc s'apparenter à un droit de garde. Elle rejette l'idée que

ce droit est exercé tant qu'il n'y a pas d'enlèvement. Elle avance que ce droit s'apparente plus à un droit de visite, car il n'implique aucun soin envers l'enfant tel qu'exercé par le parent qui a la garde : le père ici ne peut prendre aucune décision concernant l'enfant tel qu'autoriser ou refuser une procédure médicale, un voyage scolaire, décider de son éducation religieuse ou s'immiscer dans ses activités quotidiennes. La majorité rétorque que ce n'est pas non plus un droit de visite, car le droit ne exeat ne contient aucun droit de s'occuper de l'enfant pendant une période limitée. L'opinion minoritaire veut montrer que la sanction revient à faire « retourner » l'enfant chez un parent qui n'a aucune autorité légale sur l'enfant et ne s'en occupe pas au quotidien. Elle analyse l'article 5(a) pour montrer que ce droit ne rentre dans aucune des deux hypothèses. La première, relative aux soins, est rejetée car le père n'a pas le droit de prendre les décisions les plus importantes pour le développement physique, psychologique et culturel de l'enfant. Si l'on adopte la définition souple de la majorité, alors on peut aussi en déduire que même le droit de visite ordinaire implique des droits relatifs à l'éducation de l'enfant... L'opinion dissidente affirme que la seconde partie de l'article 5 (le droit de choisir le lieu de résidence) est une simple illustration du niveau d'exigence du premier facteur, et rajoute qu'un veto n'équivaut pas à un droit de déterminer le lieu de résidence, c'est un simple veto concernant son Etat de résidence. Ainsi, c'est une simple extension qui permet l'exercice du droit de visite, et doit donc être qualifié comme tel et sujet aux sanctions de l'article 21, et non au retour. Cet argument peut être convaincant, car il est en effet difficile d'envisager comme un « retour » le déplacement d'un enfant vers le pays d'un parent avec lequel il n'a jamais habité. De plus, ce droit de veto étant accordé automatiquement dès qu'un droit de visite est accordé, il semble inhérent au droit de visite, et non assimilable à un droit de garde.

En France et en Europe, l'interprétation de la Convention doit se faire dans le respect d'un instrument supplémentaire, la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CESDH). Dans un jugement (Procureur de la République de Périgueux contre Mme S., TGI 17 mars 1992) cité par la Cour Suprême des États-Unis, le juge de première instance définit le droit ne exeat comme une simple « modalité accessoire » du droit de visite. Forcer la mère à habiter en Angleterre ou au Pays de Galles comme le prévoit la décision judiciaire à son encontre viole sa liberté d'aller et venir, protégée par la CESDH (Article 2 Protocole Additionnel n°4 à la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme), et conduit donc le juge à refuser la sanction de retour de l'enfant. Cette jurisprudence a été critiquée par la doctrine (C. Chalas, « Non-retour illicite et défaut de consentir une autorisation de sortie du territoire » in Rev. Crit. DIP 2012.886), qui a jugé cette interprétation « excessive », avançant qu'il y avait peut-être une atteinte aux droits du parent, mais que celle-ci était proportionnée à la défense des intérêts de l'enfant. Elle ajoute que la mesure vise la résidence de l'enfant, et que l'effet sur le parent est seulement indirect, ce qui réduit la portée de l'atteinte. De même, Monsieur Lequette (Y. Lequette, « Transfert à l'étranger de la résidence de l'enfant et garde conjointe au sens de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 » in Rev. Crit. DIP 1990.529) a qualifié dans des cas tels que celui-ci (Aix-en-Provence, 6ech., Ministère Public c. MB, 23 mars 1989, aussi cité dans Abbott) la sanction de retour de sanction d'injustifiée. Il critique le dilemme imposé au parent gardien, qui a le choix entre « renoncer à l'éducation de ses enfants alors que les juges étrangers ont considéré qu'il était le mieux à même de l'assurer, ou passer le reste de sa vie dans un pays où il ne s'est probablement installé qu'en raison d'une union désormais dissoute, tout en le privant, comme en l'espèce, de la possibilité de s'appuyer sur ses propres parents souvent d'un grand secours dans des situations de cette sorte ». Il ajoute que, tant que le parent souhaite s'installer dans un pays qui est partie à la Convention et dont les traditions ne risquent pas d'entraver le droit de visite de l'autre parent, il faut respecter la liberté du parent gardien. Ce point de vue, intervenu avant le revirement de jurisprudence, est défendable, mais pas dans les cas où le parent profite de son déménagement pour entamer une nouvelle procédure défavorable aux droits de l'autre parent sur l'enfant, ce que la Convention de La Haye vise à éviter.

L'esprit de la Convention laisse la question ouverte

L'opinion minoritaire rappelle que l'objet de la Convention est de lutter contre l'enlèvement d'enfant par des parents qui n'ont pas leur garde, vers des pays étrangers dont le système judiciaire aura tendance à leur accorder la garde. La sanction de retour a pour utilité de retourner un enfant chez le parent qui en a la garde, et non chez celui qui ne l'a pas.

Madame Chalas (C. Chalas, « Non-retour illicite et défaut de consentir une autorisation de sortie du territoire », in Rev. Crit. DIP 2012.886), après avoir rejeté l'argument de la liberté d'aller et venir suite à une analyse proportionnelle de l'intérêt de l'enfant, admet que, même si elle est proportionnelle, l'atteinte existe. L'esprit de la Convention repose sur l'intérêt de l'enfant à profiter de la richesse de la culture de ses deux parents. Ici, forcer un retour empêche l'un des parents, qui a la garde non contestée de l'enfant, d'éduquer son enfant dans le pays qui correspond à sa culture.

Une décision qui brouille la distinction prévue par la Convention entre le droit de garde et le droit de visite

La Convention définit bien distinctement le droit de garde et le droit de visite (Article 5), afin de leur attribuer des sanctions différenciées (Article 12 pour le droit de garde, Article 21 pour le droit de visite). L'intention ici était d'avoir une sanction moins sévère pour un parent qui n'a violé aucun droit de garde, même s'il agit en violation du droit du pays d'origine. Cela a pour but la protection du parent qui a été jugé le plus à même de s'occuper de l'enfant. Or, dans Abbott, le père a un simple droit de visite, et le droit chilien accorde à tous les parents qui ont un droit de visite, un droit *ne exeat* de plein droit. Affirmer que le droit *ne exeat* (qui semble accessoire au droit de visite car il est obtenu de plein droit avec l'octroi du droit de visite afin de le garantir) est un droit de garde, brouille l'équilibre soigneusement établi par l'instrument. L'intérêt supérieur de l'enfant ne peut être satisfait par son retour dans le pays du parent qui n'a qu'un droit de visite garanti (accompagné d'une mesure pour l'assurer).

La doctrine française (H. Muir Watt, « Enlèvement international d'enfant : violation par le parent gardien d'une restriction territoriale posée par l'Etat de résidence » in Rev. Crit. DIP 2010.519) a accueilli les interprétations opposées exposées dans Abbott. Elle reconnaît que la définition du droit *ne exeat* comme un droit ancillaire au droit de visite est légitime car statuer autrement efface la distinction entre droit de garde et droit de visite. Cela confond aussi les termes "État de résidence" avec "lieu de résidence". Enfin, elle admet que le veto ne constitue pas réellement un « soin de l'enfant » car il ne permet même pas de déterminer la langue et la culture de l'enfant, qui sera déterminée par le parent ayant la garde, qui peut choisir la ville de résidence et la langue parlée dans l'école où l'enfant recevra son éducation. Il est difficile d'avancer qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de retourner chez un parent qui a si peu de droits à son égard, et se voit reconnaître une garde partagée simplement parce que le Chili donne à tous les parents ayant un droit de visite un droit *ne exeat*. Ainsi, au Chili, aucun parent ne rentre dans la case « droit de visite » : soit il a la garde de l'enfant, soit il n'a aucun droit sur l'enfant. Madame Muir Watt admet que textuellement les deux interprétations sont possibles, mais choisit tout de même de qualifier ce droit de droit de garde, afin d'intégrer ces nouveaux modes de garde dans l'interprétation de la Convention.

Ainsi, nous avons vu en quoi les deux interprétations opposées peuvent être avancées valablement, et peuvent aussi sembler vider la Convention de son sens. Dans Abbott, il semble donc qu'une analyse au cas par cas serait peut-être plus pertinente. Elle pourrait impliquer la raison de l'enlèvement : le parent est-il de bonne foi et souhaite-t-il simplement s'installer dans l'autre pays, ou veut-il par la même profiter d'un autre système judiciaire pour réduire les droits de l'autre parent ? Le droit de veto est-il seulement temporaire, auquel cas la liberté du parent « kidnappeur » ne subit pas une atteinte disproportionnée ? Un retour est-il dans l'intérêt de l'enfant ?

Bibliographie

- A. Boiché, « Enlèvement illicite d'enfant : actualité jurisprudentielle de la Convention de La Haye » in AJ fam. 2010.482
- C. Chalas « Non-retour illicite et défaut de consentir une autorisation de sortie du territoire » in Rev. Crit. DIP 2012.886
- Yves Lequette, « Transfert à l'étranger de la résidence de l'enfant et garde conjointe au sens de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 » in Rev. Crit. DIP 1990.529
- H. Muir Watt « Enlèvement international d'enfant : violation par le parent gardien d'une restriction territoriale posée par l'Etat de résidence », in Rev. Crit. DIP 2010.519

Textes et décisions

- Protocole n°4 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention, tel qu'amendé par le Protocole n°11
- *Sumitomo Shoji America v Agliano*, 457 U.S. 176 (1982)
- Cour d'Appel Aix-en-Provence, 6e ch. 23 mars 1989, Ministère Public contre M.B.
- *C v. C* [1989] 1 WLR 654 658 (CA)
- TGI 17 mars 1992, Procureur de la République de Périgueux contre Mme S.
- *Croll v Croll* (229 F.3d 13) 2000
- Civ 1, 26 octobre 2011, n°10-19.905
- Civ 1, 14 mars 2012, n°11-17.011