

Guide de bonnes pratiques
*en vertu de la Convention
de La Haye du 25 octobre
1980 sur les aspects
civils de l'enlèvement
international d'enfants*

Médiation

Guide de bonnes pratiques
*en vertu de la Convention de La Haye
du 25 octobre 1980 sur les
aspects civils de l'enlèvement
international d'enfants*

Médiation

Publié par
La Conférence de La Haye de droit international privé
Bureau Permanent
6, Scheveningseweg
2517 KT La Haye
Pays-Bas

Téléphone : +31 70 363 3303
Télécopieur : +31 70 360 4867
Courriel : secretariat@hcch.net
Site internet : www.hcch.net

© Conférence de La Haye de droit international privé 2012

Tous droits réservés. Il est interdit de reproduire, de conserver dans une base de données ou de transmettre sous quelque forme ou par quelque moyen que ce soit, y compris par la photocopie ou l'enregistrement, un passage quelconque de la présente publication, sans avoir obtenu l'autorisation préalable du détenteur du droit d'auteur.

ISBN 978-94-90265-05-2

Imprimé à La Haye, Pays-Bas

Plan

Terminologie 7

Objectifs et portée 13

Introduction 15

A Historique des travaux de la Conférence de La Haye sur la médiation familiale internationale et les mécanismes analogues de résolution amiable des différends 15

B Travaux d'autres organismes 19

C Structure du Guide 21

D Contexte – Quelques affaires types 22

Le Guide 23

1 Importance générale de la promotion des accords dans les conflits familiaux transfrontières portant sur le droit de garde et le droit d'entretenir un contact 23

2 Recours à la médiation dans le cadre de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 – Vue d'ensemble des difficultés spécifiques 29

3 Formation spécialisée à la médiation dans le contexte d'un enlèvement international d'enfants / Protection de la qualité de la médiation 39

4 Accès à la médiation 44

5 Champ d'intervention de la médiation dans le contexte de l'enlèvement international d'enfants 59

6 Principes, modèles et méthodes de médiation 61

7 Participation de l'enfant 72

8 Participation éventuelle de tiers 76

9 Organisation des contacts entre le parent resté sur place et l'enfant au cours de la médiation 77

10 Médiation et accusations de violences domestiques 79

11 Termes de l'accord de médiation – Réalisme 85

12 Rendre l'accord juridiquement contraignant et exécutoire 86

13 Questions de compétence et règles de droit applicable 91

14 Le recours à la médiation pour prévenir les enlèvements d'enfants 95

15 Autres mécanismes de résolution amiable des différends 96

16 Recours à la médiation et aux mécanismes analogues de résolution amiable dans les affaires ne relevant pas de la Convention de 1980 98

Annexes 101

Table des matières

Terminologie 7

Objectifs et portée 13

Introduction 15

- A Historique des travaux de la Conférence de La Haye sur la médiation familiale internationale et les mécanismes analogues de résolution amiable des différends** 15
- B Travaux d'autres organismes** 19
- C Structure du Guide** 21
- D Contexte – Quelques affaires types** 22

Le Guide 23

- 1 Importance générale de la promotion des accords dans les conflits familiaux transfrontières portant sur le droit de garde et le droit d'entretenir un contact** 23
 - 1.1 Avantages des solutions amiables 23
 - 1.2 Limites, risques et mesures de protection 25
 - 1.3 Importance générale des liaisons avec les procédures judiciaires 27
- 2 Recours à la médiation dans le cadre de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 – Vue d'ensemble des difficultés spécifiques** 29
 - 2.1 Délais / procédures rapides 29
 - 2.2 Coopération étroite avec les autorités administratives et judiciaires 33
 - 2.3 Plusieurs systèmes juridiques concernés ; caractère exécutoire de l'accord dans (tous) les États concernés 33
 - 2.4 Origines culturelles et religieuses différentes 34
 - 2.5 Difficultés linguistiques 35
 - 2.6 Distance 36
 - 2.7 Visas et immigration 36
 - 2.8 Procédure pénale contre le parent ayant emmené l'enfant 37
- 3 Formation spécialisée à la médiation dans le contexte d'un enlèvement international d'enfants / Protection de la qualité de la médiation** 39
 - 3.1 Formation du médiateur – Règles et principes existants 39
 - 3.2 Formation spécifique à la médiation dans le contexte d'un enlèvement international d'enfants 41
 - 3.3 Création de listes de médiateurs 42
 - 3.4 Préserver la qualité de la médiation 43
- 4 Accès à la médiation** 44
 - 4.1 Offre de médiation – Stade de la procédure de retour fondée sur la Convention de 1980 ; recours à la médiation à l'initiative des tribunaux ou des parties 45
 - 4.1.1 Rôle de l'Autorité centrale 46
 - 4.1.2 Rôle du juge et des tribunaux 48
 - 4.1.3 Rôle des avocats et des autres professionnels 51
 - 4.2 Évaluation de l'opportunité d'une médiation 52
 - 4.3 Coût de la médiation 54
 - 4.4 Lieu de la médiation 56
 - 4.5 Le contrat de médiation – Consentement éclairé à la médiation 57

5	Champ d'intervention de la médiation dans le contexte de l'enlèvement international d'enfants	59
5.1	Priorité aux questions urgentes	59
5.2	Importance de la compétence et de la loi applicable concernant les responsabilités parentales et les autres sujets abordés dans l'accord de médiation	61
6	Principes, modèles et méthodes de médiation	61
6.1	Principes de médiation – Normes internationales	61
6.1.1	Nature volontaire de la médiation	61
6.1.2	Consentement éclairé	63
6.1.3	Évaluation de l'opportunité de la médiation	63
6.1.4	Neutralité, indépendance, impartialité et équité	64
6.1.5	Confidentialité	64
6.1.6	Prise en compte des intérêts et du bien-être de l'enfant	67
6.1.7	Décision éclairée et accès approprié à des conseils juridiques	67
6.1.8	Compétence interculturelle	68
6.1.9	Qualification des médiateurs ou des organismes de médiation – Exigences minimales de formation	68
6.2	Modèles et méthodes de médiation	68
6.2.1	Médiation directe ou indirecte	69
6.2.2	Médiation avec un médiateur unique ou comédiation	69
6.2.3	Concept de médiation bilingue, biculturelle	70
7	Participation de l'enfant	72
7.1	Participation de l'enfant dans les procédures de retour fondées sur la Convention de 1980 et les procédures en droit de la famille	72
7.2	La voix de l'enfant en médiation	75
8	Participation éventuelle de tiers	76
9	Organisation des contacts entre le parent resté sur place et l'enfant au cours de la médiation	77
9.1	Protections / prévention d'un nouvel enlèvement	77
9.2	Coopération étroite avec les Autorités centrales et les autorités administratives et judiciaires	78
10	Médiation et accusations de violences domestiques	79
10.1	Traitement de la violence domestique dans les procédures de retour fondées sur la Convention de 1980	80
10.2	Protections en médiation / protection de la partie vulnérable	82
10.3	Information sur les mesures de protection	84
11	Termes de l'accord de médiation – Réalisme	85
12	Rendre l'accord juridiquement contraignant et exécutoire	86
13	Questions de compétence et règles de droit applicable	91
14	Le recours à la médiation pour prévenir les enlèvements d'enfants	95
15	Autres mécanismes de résolution amiable des différends	96
16	Recours à la médiation et aux mécanismes analogues de résolution amiable dans les affaires ne relevant pas de la Convention de 1980	98

Terminologie

La présentation des termes est thématique et non alphabétique.

Médiation

Pour les besoins de ce Guide, il convient de bien distinguer la « médiation » des mécanismes analogues de résolution amiable des différends.

Les définitions de la « médiation » proposées par les textes juridiques et les publications sont très différentes et représentent souvent certaines obligations minimales applicables au processus de médiation et au médiateur dans les États et unités territoriales concernés. En réunissant les traits communs de ces diverses définitions, on peut définir la médiation comme un processus volontaire structuré, par lequel un « médiateur »¹ facilite les communications entre les parties à un conflit, ce qui leur permet de prendre la responsabilité de la recherche d'une solution à leur conflit². C'est dans ce sens large, sans préjudice du modèle et de la méthode appliqués, que ce Guide entend la médiation. D'autres principes couramment requis sans être uniformément appliqués – qui sont parfois incorporés dans les définitions de la médiation, telles la confidentialité, la neutralité ou l'impartialité – seront également abordés dans le chapitre 6 de ce Guide.

Médiateur

De nombreuses définitions du terme « médiateur » dans les instruments nationaux ou régionaux reflètent les conditions (légales) qu'une personne doit remplir pour être un « médiateur » et la manière dont la médiation doit être conduite. Restant centré ici aussi sur les traits communs, ce Guide désigne par le terme « médiateur » un tiers impartial, qui conduit la médiation. Sauf indication contraire, ce terme est employé sans préjudice de l'expérience professionnelle du médiateur ou des conditions précises qu'une personne peut avoir à remplir pour se désigner comme « médiateur » dans un système juridique donné.

Le terme « médiateur » est employé indifféremment pour désigner un médiateur intervenant dans le cadre d'une comédiation ou d'une médiation avec un médiateur unique, c'est-à-dire que sauf indication contraire, toute utilisation dans ce Guide du terme « médiateur » au singulier fait également référence à une médiation conduite par plusieurs médiateurs.

¹ La médiation peut être également conduite par plusieurs médiateurs, voir également la définition du terme « médiateur » ci-dessous ainsi que la section 6.2.2 sur la comédiation.

² Pour un exposé comparatif concis des définitions de la médiation retenues dans différents pays, voir K.J. Hopt et F. Steffek, *Mediation – Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, p. 12 et s.

Conciliation

Les termes « médiation » et « conciliation » sont parfois employés comme synonymes³, ce qui peut être source de confusion. De nos jours, la conciliation est généralement décrite comme un processus plus directif que celui de la médiation. Aux fins de ce Guide, on entendra donc la conciliation comme un mécanisme de résolution des différends dans lequel un tiers impartial joue un rôle actif et directif afin d'aider les parties à trouver une solution négociée à leur différend. La médiation peut être proactive, mais elle ne peut être directive. Pour la médiation, il faut souligner que le médiateur n'est pas lui-même en position de prendre une décision pour les parties et qu'il les aide simplement à trouver elles-mêmes la solution qui leur convient. Le conciliateur peut en revanche diriger les parties vers une solution concrète⁴. Cette différence peut être illustrée par l'exemple suivant : un juge formé à la médiation peut conduire une médiation, mais seulement dans un conflit dont il n'est pas saisi et s'il s'abstient d'influencer le résultat de la procédure de résolution du conflit des parties. Par définition, un juge ne peut jamais agir en tant que médiateur dans une affaire dont il est saisi, c'est-à-dire lorsque les parties savent que c'est lui qui statuera en cas d'échec de leur tentative de résolution amiable⁵. Une procédure par laquelle le juge saisi d'une affaire entreprend d'aider les parties à trouver une solution consensuelle et de trouver un règlement judiciaire relèverait plutôt de la conciliation au sens retenu dans ce Guide⁶.

Conseil

La médiation est à distinguer du conseil, un processus auquel les couples ou familles peuvent avoir recours pour résoudre leurs problèmes relationnels. En règle générale le conseil ne vise pas une solution à un différend précis, contrairement à la médiation.

-
- 3 Voir par ex. la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale adoptée par la CNUDCI en 2002, disponible à l'adresse < http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-conc/03-90954_Ebook.pdf > (dernière consultation le 16 juin 2012), art. 1(3) : « Aux fins de la présente Loi, le terme 'conciliation' désigne une procédure, qu'elle porte le nom de conciliation, de médiation ou un nom équivalent, dans laquelle les parties demandent à une tierce personne (le 'conciliateur') de les aider dans leurs efforts pour parvenir à un règlement amiable d'un litige découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre, ou lié à un tel rapport. »
 - 4 Sur les différences entre la médiation et la conciliation, voir aussi « A fair say - A Guide to Managing Differences in Mediation and Conciliation » (août 1999), établi par l'*Australian National Alternative Dispute Resolution Advisory Council* (NADRAC, Conseil consultatif australien pour la résolution alternative des différends), p. 1, disponible à l'adresse < <http://www.nadrac.gov.au/publications/PublicationsByDate/Pages/AFairSay.aspx> > (dernière consultation le 16 juin 2012).
 - 5 C'est un principe largement respecté ; pour une revue comparative des définitions de la médiation utilisées dans différents pays, voir K.J. Hopt et F. Steffek (*op. cit.* note 2), p. 12 ; voir aussi art. 3 de la Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, *JO L 136 du 24.5.2008* (ci-après, « Directive européenne sur la médiation »), disponible à l'adresse < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32008L0052:FR:NOT> > (dernière consultation le 16 juin 2012).
 - 6 Toutefois, les définitions de la conciliation diffèrent ; voir par ex. la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale (*supra* note 3), art. 1(3).

Arbitrage

La médiation et la conciliation se différencient de l'arbitrage en ce qu'elles visent à élaborer une solution négociée entre les parties alors que dans l'arbitrage, le tiers impartial (l'arbitre) résout le différend en prononçant une sentence arbitrale. Bien que les parties doivent consentir à l'arbitrage et se soumettre à son résultat, l'objectif de la procédure d'arbitrage n'est pas de produire une solution amiable⁷.

Évaluation neutre précoce

Dans l'« évaluation neutre précoce », un expert réalise une évaluation non contraignante de la situation juridique des parties, à la suite de quoi celles-ci ont la possibilité de négocier une solution consensuelle⁸.

Droit collaboratif

Dans le modèle du « droit collaboratif », les parties sont assistées par des « avocats collaboratifs » qui recourent à des techniques de résolution des problèmes basées sur les intérêts des parties pour résoudre le différend sans aller en justice⁹. Lorsqu'aucun accord n'est trouvé et que l'affaire doit être résolue par une procédure judiciaire, les avocats collaboratifs ne peuvent pas continuer à représenter leurs clients et doivent se désister.

Droit coopératif

Le modèle du « droit coopératif » suit les principes du « droit collaboratif », à ceci près que les avocats des parties peuvent continuer à les représenter si l'affaire doit être portée devant un tribunal¹⁰.

Médiation directe ou indirecte

Dans ce Guide, le terme « médiation directe » désigne une médiation dans laquelle les deux parties participent directement et simultanément aux séances de médiation avec le ou les médiateurs, dans le cadre d'une réunion en personne avec ceux-ci ou d'une réunion longue distance faisant appel à des matériels ou équipements de visioconférence, de téléconférence ou de communication sur Internet¹¹.

⁷ Pour d'autres précisions sur la distinction entre médiation et arbitrage, voir entre autres N. Alexander, *International and Comparative Mediation*, Austin – Boston – Chicago – New York – the Netherlands, Wolters Kluwer, 2008, p. 26, 27.

⁸ Pour plus de détails, voir entre autres N. ver Steegh, « Family Court Reform and ADR: Shifting Values and Expectations Transform the Divorce Process », 42 *Fam. LQ* (2008-2009), 659, p. 663.

⁹ *Ibid.*, p. 667.

¹⁰ *Ibid.*, p. 668.

¹¹ Voir la « Note relative au développement de la médiation, de la conciliation et de moyens similaires en vue de faciliter les solutions négociées entre les parties dans les contentieux familiaux transfrontières impliquant des enfants dans le cadre de la Convention de La Haye de 1980 », établie par S. Vigers, ancienne Collaboratrice juridique au Bureau Permanent, Doc. pré-l. No 5 d'octobre 2006 à l'intention de la Cinquième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* (La Haye, 30 octobre – 9 novembre 2006) (ci-après, « Note relative au développement de la médiation, de la conciliation et de moyens similaires », disponible sur le site Internet de la Conférence à l'adresse < www.hcch.net >, sous la rubrique « Espace Enlèvement d'enfants »), 4.1, p. 14.

Inversement, le terme « médiation indirecte » désigne une médiation dans laquelle les parties ne se rencontrent pas directement au cours de la médiation mais où chacune rencontre le ou les médiateurs séparément. Ces réunions séparées avec le ou les médiateurs peuvent se tenir dans deux États différents ou dans le même État, les séances étant alors programmées à des horaires décalés ou à la même heure mais dans des pièces différentes¹².

Bien entendu, il est également possible qu'un processus de médiation comprenne les deux formes, directe et indirecte, de médiation. Ainsi, une médiation directe peut être accompagnée ou précédée de réunions dites « caucus », au cours desquelles le médiateur rencontre chaque partie séparément.

Médiation rattachée au tribunal / judiciaire

Dans ce Guide, les termes « médiation judiciaire » ou « médiation rattachée au tribunal » désignent les services de médiation gérés par le tribunal lui-même ou par son intermédiaire. Dans ces dispositifs, la médiation est proposée soit par des médiateurs qui travaillent pour le tribunal, soit par des juges formés à la médiation, lesquels, bien entendu, ne peuvent conduire une médiation que dans les affaires dont ils ne sont pas saisis. La médiation se déroule souvent dans les locaux du tribunal.

Médiation extrajudiciaire

Dans ce Guide, le terme « médiation extrajudiciaire » désigne la médiation conduite par un organisme qui n'a pas de lien direct avec le tribunal. Elle peut faire intervenir des organismes gérés ou agréés par l'État et des services de médiation assurés par des personnes physiques et par des organismes de médiation privés¹³.

Accord de médiation

Dans ce Guide, le terme « accord de médiation » désigne le résultat de la médiation, c'est-à-dire la solution amiable à laquelle les parties parviennent par voie de médiation. Il faut souligner que certains États ou unités territoriales préfèrent le terme « protocole d'accord » (« *memorandum of understanding* ») pour désigner le résultat immédiat de la médiation afin d'éviter toute supposition quant à la nature juridique du résultat de la médiation (pour plus de précisions, voir ci-dessous le chapitre 12).

Afin d'éviter toute confusion, il faut remarquer que ce Guide emploie également le terme « contrat de médiation », qui désigne un contrat conclu entre le médiateur et les parties au différend avant la médiation et qui permet de définir les caractéristiques du processus de médiation, les frais et d'autres aspects¹⁴.

¹² Voir *ibid.*, 4.1, p. 15.

¹³ Pour plus de précisions sur la médiation rattachée au tribunal et extrajudiciaire, voir aussi l'« Étude de faisabilité sur la médiation transfrontière en matière familiale », établie par le Bureau Permanent, Doc. pré-l. No 20 de mars 2007 à l'intention du Conseil d'avril 2007 sur les affaires générales et la politique de la Conférence (disponible à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Affaires générales »), section 2.4, p. 6.

¹⁴ Voir la section 3.5 *infra*.

Responsabilité parentale

Telle que la définit la Convention Protection des enfants de 1996, la « responsabilité parentale » désigne « l'autorité parentale ou tout autre rapport d'autorité analogue déterminant les droits, les pouvoirs et les obligations des parents, d'un tuteur ou autre représentant légal à l'égard de la personne ou des biens de l'enfant »¹⁵. Autrement dit, la « responsabilité parentale » comprend tous les droits et devoirs que la loi confère à un parent, à un tuteur ou à d'autres représentants légaux à l'égard d'un enfant en vue d'élever celui-ci et de permettre son développement. Le concept de « responsabilité parentale » couvre le « droit de garde » et le « droit d'entretenir un contact », mais il est beaucoup plus large. Pour désigner l'ensemble des droits et obligations parentaux, de nombreux systèmes juridiques et des instruments régionaux et internationaux emploient aujourd'hui le terme « responsabilité parentale », cela afin de réduire l'importance conférée aux droits des parents par la terminologie de cette sphère du droit et de reconnaître l'importance égale des responsabilités des parents et du bien-être et des droits des enfants.

Concernant le terme « droit de visite », ce Guide privilégie le terme « droit d'entretenir un contact », représentatif d'une approche centrée sur l'enfant, conforme au concept moderne de « responsabilité parentale »¹⁶. Employé dans une acception large, le terme « contact » recouvre les différents moyens par lesquels un parent non gardien (et parfois un autre membre de la famille ou un des amis avérés de l'enfant) entretient des relations personnelles avec l'enfant, que ce soit par des visites régulières, par des communications à distance ou par d'autres moyens¹⁷. Ce Guide emploie également le terme « droit de garde » conformément à la terminologie de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980.

Parent resté sur place et parent ayant emmené l'enfant

Dans ce Guide, le parent qui prétend que ses droits de garde ont été violés par le déplacement ou le non-retour illicite est appelé « parent resté sur place ». Conformément à l'article 3 de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, un déplacement ou un non-retour est considéré illicite lorsqu'il a eu lieu en violation de droits de garde effectivement exercés attribués à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement, par le droit de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour. Dans un petit nombre d'affaires relevant du champ d'application de la Convention de 1980, le parent resté sur place n'est pas le père ou la mère mais une autre personne (un grand-père ou une grand-mère, un beau-père ou une belle-mère ou toute autre personne ayant ou non un lien de parenté avec l'enfant) ou une institution ou un autre organisme dont le droit de garde est violé par le déplacement ou le non-retour illicite de l'enfant. Afin d'éviter de longues descriptions tout au long de ce Guide et sauf indication contraire, le terme « parent resté sur place » comprend toute autre personne ou tout organisme¹⁸ alléguant que ses droits de garde ont été violés par un déplacement ou un non-retour illicite.

Dans ce Guide, le terme « parent ayant emmené l'enfant » désigne le parent auquel il est reproché d'avoir déplacé ou retenu illicitement un enfant dans un autre État que celui de sa résidence habituelle. Comme le terme « parent resté sur place » et sauf indication contraire, le terme « parent

¹⁵ Art. 1(2) de la Convention de 1996.

¹⁶ Cet usage est conforme à la terminologie employée dans *Contacts transfrontières relatifs aux enfants – Principes généraux et Guide de bonnes pratiques* (Jordan Publishing, 2008), ci-après, « Guide de bonnes pratiques sur les contacts transfrontières » (également disponible sur le site Internet de la Conférence à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Espace Enlèvement d'enfants » puis « Guides de bonnes pratiques »), voir p. xxvi.

¹⁷ Cet usage est conforme à la terminologie employée dans le Guide de bonnes pratiques sur les contacts transfrontières (*ibid.*).

¹⁸ Bien entendu, si une institution ou un autre organisme est concerné, la question de la médiation ne se posera peut-être pas ou si elle se pose, elle pourra être très différente d'une médiation entre des personnes physiques.

ayant emmené l'enfant » comprend toute personne, toute institution ou tout autre organisme¹⁹ dont il est allégué qu'il a illicitement déplacé ou retenu un enfant.

Violences domestiques et maltraitance d'enfant

Selon la définition retenue, le terme « violence domestique » peut recouvrir de nombreuses formes d'abus au sein de la famille. Ces abus peuvent être physiques ou psychologiques ; ils peuvent être dirigés contre l'enfant (« maltraitance d'enfant »), contre le partenaire (on parle alors parfois de « violences conjugales ») ou contre d'autres membres de la famille.

Sauf indication contraire, ce Guide emploie le terme « violence domestique » dans l'acception large qui en est donnée ci-dessus. En ce qui concerne les violences domestiques envers un enfant, il différencie les violences indirectes des violences directes, les premières étant des violences dirigées contre un parent ou d'autres membres du foyer, qui sont préjudiciables à l'enfant, les secondes des violences dirigées contre l'enfant. Ce sont exclusivement ces dernières que ce Guide désigne par le terme « maltraitance d'enfant »²⁰.

¹⁹ Bien entendu, si une institution ou un autre organisme est concerné, la question de la médiation ne se posera peut-être pas ou si elle se pose, elle pourra être très différente d'une médiation entre des personnes physiques.

²⁰ Voir le chapitre 10 sur les violences domestiques.

Objectifs et portée

Ce Guide encourage les bonnes pratiques dans le cadre de la médiation et des autres mécanismes de résolution amiable des conflits familiaux internationaux concernant des enfants qui relèvent du champ d'application de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* (ci-après, « Convention Enlèvement d'enfants de 1980 » ou « Convention de 1980 »). Comme d'autres Conventions de La Haye modernes en matière familiale, la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 encourage la résolution amiable des conflits familiaux. Elle dispose en effet en son article 7 que les Autorités centrales « doivent prendre toutes les mesures appropriées [...] pour assurer la remise volontaire de l'enfant ou faciliter une solution amiable ». Les Conventions de La Haye les plus récentes en matière familiale mentionnent explicitement le recours à la médiation, à la conciliation et à d'autres modes analogues de résolution amiable des différends²¹.

Ce Guide s'intéresse avant tout à la « médiation », car c'est un des mécanismes de résolution amiable les plus encouragés en droit de la famille, mais il aborde aussi les bonnes pratiques applicables à d'autres mécanismes de résolution amiable tels que la conciliation, dont les caractéristiques propres sont présentées dans un chapitre à part²². Cependant, certaines des bonnes pratiques encouragées dans ce Guide en matière de médiation sont applicables ou peuvent être adaptées à plusieurs de ces autres mécanismes.

Tout en soulignant les particularités de la résolution amiable des différends dans le contexte d'enlèvement d'enfants et de conflits portant sur le droit de visite / droit d'entretenir un contact visés par la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, ce Guide énonce des principes et des bonnes pratiques qui devraient être utiles à la médiation et aux mécanismes similaires dans les conflits familiaux transfrontières en général. À ce titre, il est conçu pour aider les États parties à la Convention de 1980, mais aussi les États parties aux autres Conventions de La Haye qui encouragent le recours à la médiation, à la conciliation et à des mécanismes analogues visant à faciliter des solutions amiables dans le cadre des différends familiaux internationaux, à savoir la *Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants* (ci-après, « Convention Protection des enfants de 1996 » ou « Convention de 1996 »), la *Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes* et la *Convention de La Haye du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille*. De plus, ce Guide se propose d'assister les États non parties à ces Conventions de La Haye qui étudient comment au mieux mettre en place des structures efficaces pour promouvoir la médiation transfrontière dans le cadre des conflits familiaux internationaux. Ce Guide s'adresse aux gouvernements et aux Autorités centrales désignées en vertu de la Convention de 1980 et d'autres Conventions de La Haye applicables, ainsi qu'aux juges, aux avocats, aux médiateurs, aux parties à des conflits familiaux transfrontières et aux autres personnes intéressées.

²¹ Voir art. 31 b) de la *Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants*, art. 31 de la *Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes* et art. 6(2) d), 34(2) i) de la *Convention de La Haye du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille*.

²² Chapitre 15.

Ce Guide est le cinquième Guide de bonnes pratiques conçu pour faciliter le fonctionnement pratique de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980. Les quatre Guides déjà publiés sont les suivants : *Première partie — Pratique des Autorités centrales* ; *Deuxième partie — Mise en œuvre* ; *Troisième partie — Mesures préventives et Quatrième partie — Exécution*²³.

De plus, le guide intitulé *Contacts transfrontières relatifs aux enfants / Principes généraux et Guide de bonnes pratiques*²⁴ concerne à la fois la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et la Convention Protection des enfants de 1996.

Rien dans ce Guide ne saurait être interprété comme une obligation contraignante pour les États parties à la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 ou à d'autres Conventions de La Haye en matière familiale. Les principes généraux qui y sont exposés ont une simple valeur de conseil.

Tous les États parties, et en particulier les Autorités centrales désignées en vertu de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, sont encouragés à faire le point sur leurs pratiques et s'il y a lieu, à les améliorer autant que possible. Pour les Autorités centrales déjà établies comme pour celles en cours d'établissement, la mise en œuvre de la Convention doit être considérée comme un processus d'amélioration continu, progressif ou graduel.

.....

Le Bureau Permanent remercie les nombreux experts, notamment les experts d'organisations non gouvernementales, dont le discernement et l'expérience cumulés ont contribué au Guide²⁵. Il remercie plus particulièrement Juliane Hirsch, ancienne Collaboratrice juridique senior au Bureau Permanent, qui a effectué l'essentiel des travaux relatifs à ce Guide, et Sarah Vigers, ancienne Collaboratrice juridique au Bureau Permanent, dont l'étude comparative sur le développement de la médiation, de la conciliation et de moyens similaires dans le contexte de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 (2006) a contribué à la rédaction de ce Guide.

²³ *Guide de bonnes pratiques en vertu de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, Première partie – Pratique des Autorités centrales* (Jordan Publishing, 2003), ci-après, « Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales » ; *Guide de bonnes pratiques en vertu de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, Deuxième partie – Mise en œuvre* (Jordan Publishing, 2003) ; *Guide de bonnes pratiques en vertu de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, Troisième partie – Mesures Préventives* (Jordan Publishing, 2005), ci-après, « Guide de bonnes pratiques sur les mesures préventives » ; *Guide de bonnes pratiques en vertu de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, Quatrième partie – Exécution* (Jordan Publishing, 2010), ci-après, « Guide de bonnes pratiques sur l'exécution ». Les Guides de bonnes pratiques sont également disponibles sur le site Internet de la Conférence à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Espace Enlèvement d'enfants » puis « Guides de bonnes pratiques ».

²⁴ *Op. cit.* note 16.

²⁵ Les personnes suivantes ont été membres du Groupe d'experts ayant contribué à la rédaction de ce Guide : Mme Gladys Alvarez (Argentine), l'Honorable Juge Peter F. Boshier (Nouvelle-Zélande), Mme Cilgia Caratsch (Suisse), M. Eberhard Carl (Allemagne), Mme Denise Carter (Royaume-Uni), Mme Sandra Fenn (Royaume-Uni), Mme Lorraine Filion (Canada), Mme Danièle Ganancia (France), Mme Barbara Gayse (Belgique), Mme Ankeara Kaly (France), Mme Robine G. de Lange-Tegelaar (Pays-Bas), Juge Wilney Magno de Azevedo Silva (Brésil), Mme Lisa Parkinson (Royaume-Uni), M. Christoph C. Paul (Allemagne), Mme Toni Pirani (Australie), Mme Els Prins (Pays-Bas), Mme Kathleen S. Ruckman (États-Unis d'Amérique), M. Craig T. Schneider (Afrique du Sud), Mme Andrea Schulz (Allemagne), M. Peretz Segal (Israël), Mme Sarah Vigers (Royaume-Uni), Mme Lisa Vogel (États-Unis d'Amérique) et Mme Jennifer H. Zawid (États-Unis d'Amérique).

Introduction

A Historique des travaux de la Conférence de La Haye sur la médiation familiale internationale et les mécanismes analogues de résolution amiable des différends

- 1 Les travaux conduits depuis quelques décennies par la Conférence de La Haye témoignent de l'importance croissante de la médiation et des autres mécanismes destinés à faciliter les solutions amiables en droit international de la famille. En effet, la plupart des Conventions de La Haye modernes en droit de la famille encouragent explicitement la médiation et les mécanismes analogues visant à trouver des solutions appropriées aux conflits familiaux transfrontières. Par ailleurs, plusieurs Guides de bonnes pratiques conçus pour faciliter la mise en œuvre et le fonctionnement efficaces des Conventions Enlèvement d'enfants de 1980 et Protection des enfants de 1996 attirent l'attention sur l'importance de promouvoir des solutions négociées entre les parties²⁶.
- 2 Parallèlement, la médiation dans les différends familiaux transfrontières en général fait depuis plusieurs années partie des thèmes de travaux futurs de la Conférence de La Haye. En avril 2006, les États membres de la Conférence de La Haye ont chargé le Bureau Permanent de :
« préparer une étude de faisabilité dans le domaine de la médiation familiale transfrontière y compris l'élaboration éventuelle d'un nouvel instrument sur ce thème »²⁷.
- 3 L'Étude de faisabilité sur la médiation transfrontière en matière familiale²⁸, qui examinait les pistes de futurs travaux de la Conférence dans le domaine de la médiation familiale transfrontière, a été présentée au Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (ci-après, le « Conseil ») d'avril 2007. Le Conseil a décidé d'inviter les Membres de la Conférence de La Haye :
« à transmettre leurs observations sur l'étude de faisabilité relative à la médiation transfrontière en matière familiale [...] avant la fin de l'année 2007, afin de permettre la poursuite des discussions sur ce thème lors de la prochaine réunion du Conseil au printemps 2008 »²⁹.
- 4 En avril 2008, le Conseil a invité le Bureau Permanent :
« à continuer à suivre les développements intervenant dans le domaine de la médiation transfrontière en matière familiale et à en informer les Membres »³⁰.

²⁶ Voir par ex. Guide de bonnes pratiques sur les contacts transfrontières (op. cit. note 16), chapitre 2, p. 6 et s. ; Guide de bonnes pratiques sur la pratique des Autorités centrales (op. cit. note 23), section 4.12, Retour volontaire, p. 51 et s. ; Guide de bonnes pratiques sur les mesures préventives (op. cit. note 23), section 2.1.1, Accords amiables et médiation, p. 17 et 18.

²⁷ Conclusions de la Commission spéciale du 3 au 5 avril 2006 sur les affaires générales et la politique de la Conférence (disponibles à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Affaires générales »), Recommandation No 3.

²⁸ Op. cit. note 13.

²⁹ Recommandations et Conclusions adoptées par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (24 avril 2007) (disponibles à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Affaires générales »), Recommandation No 3.

³⁰ Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (13 avril 2008) (disponibles à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Affaires générales »), p. 1, 3^e para. (Médiation transfrontière en matière familiale).

- 5 En outre, le Bureau Permanent a été invité, en guise de première étape, à entreprendre des travaux sur :
- « un guide de bonnes pratiques sur le recours à la médiation dans le cadre de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* [qui] devrait être soumis à la Commission spéciale sur le fonctionnement de cette Convention [...] en 2011 »³¹.
- 6 Le Conseil de 2009 a confirmé cette décision dans ses Conclusions et Recommandations :
- « Le Conseil réaffirme sa décision prise lors de la réunion d'avril 2008, relative à la médiation transfrontière en matière familiale. Il approuve la proposition du Bureau Permanent de soumettre à l'étude des Membres le Guide de bonnes pratiques sur la médiation dans le cadre de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* avant début 2010, puis à l'approbation de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la *Convention de 1980 sur l'enlèvement d'enfants et de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants*, lors de sa prochaine réunion en 2011. »³²
- 7 Il faut souligner que les discussions sur le recours à la médiation et à d'autres mécanismes analogues dans le contexte de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 remontent elles aussi à plusieurs années. Ce sujet avait en effet été examiné lors d'une série de réunions de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de 1980. En octobre 2006, le Bureau Permanent a publié une étude comparative³³ consacrée aux dispositifs de médiation dans le cadre de la Convention de 1980 à l'intention de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et la mise en œuvre de la Convention Protection des enfants de 1996 (octobre-novembre 2006).
- 8 La réunion de la Commission spéciale de 2006 a réaffirmé les Recommandations Nos 1.10 et 1.11 de la réunion de la Commission spéciale de 2001 :
- « 1.10 Les États contractants devraient encourager le retour volontaire de l'enfant lorsque cela est possible. Il est proposé que les Autorités centrales devraient toujours essayer d'obtenir le retour volontaire de l'enfant tel que prévu à l'article 7[(2)] c de la Convention [de 1980], dans la mesure du possible et lorsque cela s'avère approprié en instruisant à cette intention les juristes impliqués, que ce soit le Ministère public (*State attorneys*) ou les praticiens privés, ou en renvoyant les parties devant une organisation spécialisée susceptible de fournir les services de médiation nécessaires. À cet égard, le rôle des tribunaux est également important.
- 1.11 Les mesures utilisées pour aider à assurer le retour volontaire de l'enfant ou pour parvenir à une solution amiable ne doivent pas engendrer de retards injustifiés dans la procédure de retour. »³⁴
- 9 Concernant la médiation, la Commission spéciale de 2006 concluait :
- « 1.3.2 La Commission spéciale accueille favorablement les initiatives et projets de médiation développés dans les États contractants dans le cadre de la Convention de La Haye de 1980, dont bon nombre sont décrits dans le Document préliminaire No 5 [Note relative au développement de la médiation, de la conciliation et de moyens similaires].

³¹ *Ibid.*

³² Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (31 mars – 2 avril 2009) (disponibles à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Affaires générales », p. 1 et 2 (Médiation transfrontière en matière familiale).

³³ S. Vigers, Note relative au développement de la médiation, de la conciliation et de moyens similaires (*op. cit.* note 11).

³⁴ Voir les Conclusions et Recommandations de la Quatrième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* (22-28 mars 2001), avril 2001, réitérées dans les Conclusions et Recommandations de la Cinquième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* et la mise en œuvre de la *Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants* (30 octobre – 9 novembre 2006), novembre 2006, à la Recommandation No 1.3.1 ; les deux textes sont disponibles à l'adresse < www.hcch.net >, rubrique « Espace Enlèvement d'enfants ».

1.3.3 La Commission spéciale invite le Bureau Permanent à continuer d'informer les États des développements en matière de médiation dans le cadre des litiges transfrontières relatifs au droit d'entretenir un contact et à l'enlèvement. La Commission spéciale prend note que le Bureau Permanent poursuit ses travaux relatifs à une étude de faisabilité plus générale sur le thème de la médiation transfrontière en matière familiale, comprenant l'éventuel développement d'un instrument sur le sujet, conformément au mandat de la Commission spéciale sur les affaires générales et la politique d'avril 2006. »³⁵

- IO Les travaux relatifs au Guide de bonnes pratiques sur la médiation en vertu de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 ont été entrepris en 2009. Un groupe d'experts indépendants³⁶ de différents États contractants a été invité à y apporter son concours. Un projet de Guide³⁷ a été diffusé aux États contractants à la Convention de 1980 et aux Membres de la Conférence de La Haye en amont de la première partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et de la Convention Protection des enfants de 1996. La Commission spéciale « [a accueilli] favorablement le projet de Guide de bonnes pratiques sur la médiation en vertu de la Convention de 1980 » et a invité le Bureau Permanent « à réviser le Guide à la lumière des discussions tenues lors de la Commission spéciale, en prenant également en compte l'avis des experts » et à diffuser la version révisée aux Membres et aux États contractants pour consultation finale³⁸. Une version révisée du Guide de bonnes pratiques a été diffusée auprès des Membres de la Conférence de La Haye et des États contractants à la Convention de 1980 en mai 2012 afin de recueillir leurs derniers commentaires, lesquels ont été par la suite intégrés.
- II Suite à une Recommandation de la Sixième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions de 1980 et de 1996, qui avait discuté dans le détail du problème de l'exécution transfrontière des accords issus d'une médiation, le Conseil de 2012 a confié à la Conférence de La Haye le mandat de
- « constituer un Groupe d'experts afin de mener de plus amples recherches exploratoires sur la reconnaissance et l'exécution transfrontières des accords conclus dans le cadre de différends internationaux impliquant des enfants, y compris ceux conclus par la voie de la médiation, en tenant compte de la mise en œuvre et de l'utilisation de la Convention de 1996 »,
- en indiquant que :
- « [c]es travaux doivent comprendre l'identification de la nature et de l'étendue des problèmes juridiques et pratiques, y compris les questions de compétence, et l'évaluation des avantages d'un nouvel instrument dans ce domaine, contraignant ou non »³⁹.
- 12 En outre, l'attention doit également être attirée sur les activités menées par la Conférence de La Haye concernant la promotion de la médiation et du développement de structures de médiation en matière de conflits familiaux transfrontières dans le contexte du Processus de Malte.
- 13 Le Processus de Malte, dialogue entre juges et hauts fonctionnaires d'États parties à des Conventions de La Haye et d'États non parties aux Conventions de La Haye dont les lois sont fondées sur la charia ou ont été influencées par celle-ci, s'efforce de rechercher des solutions

35 Voir les Conclusions et Recommandations de la Cinquième réunion de la Commission spéciale (*ibid.*).

36 Voir *supra* note 25 pour la liste des membres du groupe d'experts indépendants ayant contribué à la rédaction de ce Guide.

37 « Projet de Guide de bonnes pratiques en vertu de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants – Cinquième partie – Médiation », établi par le Bureau Permanent, Doc. pré-l. No 5 de mai 2011 à l'intention de la Commission spéciale de juin 2011 sur le fonctionnement pratique de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et de la Convention Protection des enfants de 1996 (disponible à l'adresse < www.hcch.net >, sous la rubrique « Espace Enlèvement d'enfants »).

38 Voir les Conclusions et Recommandations adoptées par la première partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et de la Convention Protection des enfants de 1996 (1^{er}-10 juin 2011) (disponibles à l'adresse < www.hcch.net >, sous la rubrique « Espace Enlèvement d'enfants »), Recommandation No 58.

39 Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (17-20 avril 2012) (disponibles à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Affaires générales »), Recommandation No 7.

aux conflits transfrontières concernant la garde, les contacts et l'enlèvement d'enfants, qui sont particulièrement difficiles en raison de l'inapplicabilité des cadres juridiques internationaux en la matière. Trois conférences ont été organisées, à Malte, en 2004, 2006 et 2009, afin de progresser sur ces questions.

- 14 À la suite d'une recommandation formulée par la Troisième conférence de Malte⁴⁰, le Conseil de 2009 a donné le mandat de mettre en place
- « un Groupe de travail afin de promouvoir le développement de structures de médiation dans le but d'aider à la résolution des conflits transfrontières relatifs à la garde d'enfants ou aux contacts entre parents et enfants. Le Groupe de travail serait composé d'experts issus de plusieurs États impliqués dans le processus de Malte, dont des États parties à la Convention de 1980 sur l'enlèvement d'enfants, et des États non-parties. »⁴¹
- 15 Le Groupe de travail a été constitué en juin 2009 et formé d'un petit nombre d'experts de la médiation indépendants et d'experts de l'Allemagne, de l'Australie, du Canada, de l'Égypte, des États-Unis d'Amérique, de la France, de l'Inde, de la Jordanie, de la Malaisie, du Maroc, du Pakistan et du Royaume-Uni. Cette liste d'États comprend des États contractants et non contractants à la Convention Enlèvement d'enfants de 1980. Ce groupe de travail s'est réuni à deux reprises par téléconférence, le 30 juillet et le 29 octobre 2009, puis une fois en personne à Ottawa (Canada), du 11 au 13 mai 2010. Deux questionnaires, l'un sur les structures de médiation en place, l'autre sur le caractère exécutoire des accords issus d'une médiation, ont été diffusés dans la perspective des téléconférences du Groupe de travail, dont les réponses sont publiées sur le site Internet de la Conférence⁴². Dans le sillage de la deuxième téléconférence, un projet de Principes pour la mise en œuvre de structures de médiation a été établi, puis discuté et affiné par le Groupe de travail lors de sa réunion d'Ottawa. Ces Principes, accompagnés d'un Mémoire explicatif, ont été finalisés en automne 2010 et sont disponibles sur le site Internet de la Conférence en anglais, en français et en arabe⁴³.
- 16 Début 2011, quelques États ont entrepris de mettre en œuvre les Principes sur leur territoire et ont désigné un Point de contact central pour la médiation familiale internationale⁴⁴. En avril 2011, le Conseil « [a accueilli] favorablement les Principes pour l'élaboration des structures de médiation dans le cadre du Processus de Malte [...] et [s'est accordé] pour discuter des Principes lors de la Sixième réunion de la Commission spéciale »⁴⁵. Parallèlement, le Conseil a demandé au Groupe de travail de poursuivre ses travaux relatifs à la mise en œuvre des structures de médiation dans le contexte du Processus de Malte⁴⁶.

40 Pour plus d'informations sur le Processus de Malte et les Conférences de Malte, voir les Déclarations de Malte (disponibles à l'adresse < www.hcch.net >, sous la rubrique « Espace Enlèvement d'enfants ») ; voir également *La Lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant*, vol. XVI (Printemps 2010) relatif à la Troisième conférence judiciaire de Malte sur les questions transfrontières de droit de la famille (23-26 mars 2009) (disponible à l'adresse < www.hcch.net >, sous la rubrique « Publications »).

41 Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil de 2009 (*op. cit.* note 32), p. 2.

42 À l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Espace Enlèvement d'enfants » puis « Médiation transfrontière en matière familiale » (« Questionnaire I » et « Questionnaire II »).

43 « Principes pour la mise en œuvre de structures de médiation dans le cadre du Processus de Malte », document établi par le Groupe de travail sur la médiation dans le cadre du Processus de Malte avec l'assistance du Bureau Permanent, novembre 2010 (ci-après, « Principes pour la mise en œuvre de structures de médiation »), reproduit à l'annexe 1 *infra* (également disponible à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Espace Enlèvement d'enfants » puis « Médiation transfrontière en matière familiale »).

44 Il s'agit de l'Allemagne, de l'Australie, des États-Unis d'Amérique, de la France et du Pakistan. D'autres informations sur les Points de contact centraux sont disponibles à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Espace Enlèvement d'enfants » puis « Médiation transfrontière en matière familiale ».

45 Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (5-7 avril 2011) (disponibles à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Affaires générales »), Recommandation No 8.

46 *Ibid.*

- 17 Lors de sa réunion de juin 2011, la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions de 1980 et de 1996 a pris note « des efforts déjà réalisés dans certains États pour la mise en place des Points de contact centraux en application des Principes » et a encouragé les États à « envisager la mise en place d'un Point de contact central ou la désignation de leur Autorité centrale comme Point de contact central »⁴⁷.
- 18 Les nouvelles étapes pour la mise en œuvre des Principes en vue de l'établissement efficace de structures de médiation dans le cadre des différends familiaux transfrontières ont été discutées par le Groupe de travail lors d'une réunion qui s'est tenue à La Haye le 16 avril 2012 et rapport a été fait au Conseil de 2012. Le Conseil a salué le rapport et « les directions à donner aux travaux futurs » et « [a décidé] que le Groupe de travail poursuive ses travaux sur la mise en œuvre de structures de médiation, dans l'attente d'un rapport sur les progrès réalisés à présenter au Conseil en 2013 »⁴⁸.

B Travaux d'autres organismes

- 19 D'autres instruments et initiatives multilatéraux encouragent également le recours à la médiation et à d'autres mécanismes alternatifs de résolution des différends.
- 20 La *Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants* élaborée par le Conseil de l'Europe et adoptée le 25 janvier 1996⁴⁹ est un exemple d'instrument régional encourageant le recours à la médiation et à des mécanismes analogues.
- 21 C'est aussi le cas du Règlement (CE) No 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) No 1347/2000 (ci-après, le « Règlement Bruxelles II bis »)⁵⁰.
- 22 Parallèlement, le recours croissant à la médiation en matière civile et commerciale nationale et internationale a été à l'origine de plusieurs initiatives internationales et régionales d'élaboration de

47 Voir les Conclusions et Recommandations de la première partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale (*op. cit.* note 38), Recommandation No 61.

48 Voir les Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil de 2012 (*op. cit.* note 39), Recommandation No 9.

49 Conseil de l'Europe – STE-No 160, disponible à l'adresse

< <http://conventions.coe.int/treaty/fr/treaties/html/160.htm> > (dernière consultation le 16 juin 2012), art. 13

(Médiation et autres méthodes de résolution des conflits) :

« Afin de prévenir ou de résoudre les conflits, et d'éviter des procédures intéressantes les enfants devant une autorité judiciaire, les Parties encouragent la mise en œuvre de la médiation ou de toute autre méthode de résolution des conflits et leur utilisation pour conclure un accord, dans les cas appropriés déterminés par les Parties. »

50 Voir préambule, para. 25 :

« Les autorités centrales devraient coopérer tant de manière générale que dans les cas particuliers, y compris en vue de favoriser le règlement à l'amiable des conflits familiaux en matière de responsabilité parentale. À cet effet, les autorités centrales participent au réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale créé par la décision 2001/470/CE du Conseil du 28 mai 2001 relative à la création d'un réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale. »

Voir aussi art. 55 e) :

« Les autorités centrales, à la demande d'une autorité centrale d'un autre État membre ou du titulaire de la responsabilité parentale, coopèrent dans des affaires déterminées pour réaliser les objectifs visés par le présent règlement. À cet effet, elles prennent, elles-mêmes ou par l'intermédiaire des pouvoirs publics ou autres organismes, toute mesure appropriée, conformément à la législation de cet État membre en matière de protection des données à caractère personnel, pour : [...] e) faciliter la conclusion d'accords entre les titulaires de la responsabilité parentale en recourant à la médiation ou à d'autres moyens, et faciliter à cette fin la coopération transfrontalière. »

règles et de normes minimales applicables au processus de médiation lui-même⁵¹.

- 23 Ainsi, le 21 janvier 1998, le Conseil de l'Europe a adopté la Recommandation No R (98) 1 sur la médiation familiale⁵², qui encourage les États à instituer et promouvoir la médiation familiale ou à renforcer les dispositifs de médiation familiale existants tout en leur demandant de respecter des principes garantissant la qualité de la médiation et la protection des personnes vulnérables concernées. Ces principes couvrent la médiation familiale nationale et internationale.
- 24 Le Conseil de l'Europe a également adopté, le 18 septembre 2002, la Recommandation Rec (2002)10 sur la médiation en matière civile⁵³, de portée plus large, qui énonce d'autres principes importants pour la promotion responsable de la médiation.
- 25 En 2001, la *National Conference of Commissioners of Uniform State Laws* (Conférence nationale des commissaires sur l'uniformisation des lois des états) des États-Unis d'Amérique a élaboré une Loi type appelée *Uniform Mediation Act* (Loi uniforme sur la médiation)⁵⁴ afin d'encourager le recours efficace à la médiation et de garantir la confidentialité de toutes les communications intervenant dans le cadre d'une médiation. Entre-temps, plusieurs états des États-Unis d'Amérique ont mis ces règles en œuvre sur leur territoire⁵⁵. En 2005, l'*American Arbitration Association*, la section de l'*American Bar Association* dédiée à la résolution des différends et l'*Association for Conflict Resolution* ont adopté les « *Model Standards of Conduct for Mediators* », version révisée de règles établies en 1994⁵⁶. Ces nouvelles règles types sont destinées à guider les médiateurs mais elles servent aussi à informer les parties à une médiation et à promouvoir la confiance du public dans la médiation⁵⁷.
- 26 Avec l'assistance de la Commission européenne, un groupe d'acteurs concernés a élaboré le « Code de conduite européen pour les médiateurs »⁵⁸, publié le 2 juillet 2004. Ce code énonce un certain nombre de principes que les médiateurs intervenant en matière civile et commerciale peuvent volontairement s'engager à respecter sous leur propre responsabilité.
- 27 Le 21 mai 2008, le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne ont conclu la Directive européenne sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale⁵⁹ dont l'article 12 imposait aux États membres de l'Union européenne de « [mettre] en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive avant le 21 mai 2011, à l'exception de l'article 10, pour lequel la mise en conformité a [eu] lieu [...] le

51 Nombre de ces instruments régionaux et internationaux s'intéressent avant tout aux mécanismes alternatifs de résolution des différends en matière commerciale, voir par ex. la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale (*supra* note 3) et le Règlement de conciliation de la CNUDCI, adopté en 1980, disponible à l'adresse < <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/conc-rules/conc-rules-f.pdf> > (dernière consultation le 16 juin 2012).

52 Recommandation No R (98) 1 du Comité des Ministres aux États membres sur la médiation familiale, adoptée par le Comité des Ministres le 21 janvier 1998, disponible à l'adresse < <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1153972&SecMode=1&DocId=450792&Usage=2> > (dernière consultation le 16 juin 2012).

53 Recommandation Rec (2002)10 du Comité des Ministres aux États membres sur la médiation en matière civile, adoptée par le Comité des Ministres le 18 septembre 2002, disponible à l'adresse < <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=306391&Site=CM> > (dernière consultation le 16 juin 2012).

54 Le texte du *Uniform Mediation Act* (ci-après, « UMA des États-Unis ») dans sa version modifiée d'août 2003 est disponible sur le site Internet de la *Uniform Law Commission*, < <http://www.uniformlaws.org> >.

55 Voir les informations sur le site Internet de la *Uniform Law Commission*, < <http://www.uniformlaws.org> >.

56 Le texte des *Model Standards of Conduct for Mediators* (ci-après, « Règles de conduite américaines ») est disponible à l'adresse

< http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/dispute_resolution/model_standards_conduct_april2007.authcheckdam.pdf > (dernière consultation le 16 juin 2012).

57 Voir le préambule des Règles de conduite américaines, *ibid*.

58 Disponible à l'adresse < http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_fr.pdf > (dernière consultation le 16 juin 2012).

59 Directive européenne sur la médiation (*supra* note 5).

21 novembre 2010 »⁶⁰. Une autre initiative de l'Union européenne mérite d'être mentionnée dans ce contexte : à la suite d'un séminaire ministériel organisé le 14 octobre 2010 par la Présidence belge de l'Union européenne, un groupe de travail sur la médiation familiale dans le contexte de l'enlèvement international d'enfants a été constitué au sein du Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale⁶¹ afin d'établir une synthèse des différents travaux et initiatives dans ce domaine et de proposer des solutions pour promouvoir et améliorer le recours à la médiation en la matière.

- 28 Enfin, plusieurs accords bilatéraux consacrés aux différends transfrontières en matière familiale concernant des enfants encouragent leur résolution amiable⁶².

C Structure du Guide

- 29 Les principes et bonnes pratiques exposés dans ce Guide sont examinés dans l'ordre suivant :
- Le chapitre 1 donne un aperçu général des avantages et des risques du recours à la médiation dans le cadre de différends familiaux internationaux.
 - Le chapitre 2 examine les difficultés particulières posées par la médiation dans les affaires d'enlèvement international d'enfants relevant de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980.
 - Le chapitre 3 aborde la question des qualifications particulières nécessaires pour agir en qualité de médiateur dans le cadre d'un enlèvement international d'enfant.
 - Les chapitres 4 à 13 suivent la chronologie du processus de médiation dans les affaires d'enlèvement international d'enfants, de l'accès à la médiation à son résultat et à ses effets juridiques.
 - Les derniers chapitres sont consacrés au rôle préventif que peut jouer la médiation en matière d'enlèvement d'enfants (chapitre 14), au recours aux autres mécanismes alternatifs de résolution des différends dans le contexte de l'enlèvement international d'enfants (chapitre 15) et enfin aux questions particulières relatives à la médiation dans les cas qui ne relèvent pas de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 (chapitre 16).

60 Concernant les mesures prises dans les États membres de l'Union européenne en application de la Directive, voir l'Atlas judiciaire européen à l'adresse < http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/index_fr.htm >, sous la rubrique « Médiation (Directive 2008/52/CE) » (dernière consultation le 16 juin 2012).

61 Pour plus d'informations sur le Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale, voir le site Internet de la Commission européenne à l'adresse < http://ec.europa.eu/civiljustice/index_en.htm > (dernière consultation le 16 juin 2012).

62 Voir par ex. art. 6 de l'accord « *Agreement between the Government of Australia and the Government of the Arab Republic of Egypt regarding cooperation on protecting the welfare of children* », Le Caire, 22 octobre 2000 ; art. 2 de la « Convention entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire relative aux enfants issus de couples mixtes séparés franco-algériens », Alger, 21 juin 1988 ; art. 2 du « Protocole d'accord instituant une commission consultative belgo-marocaine en matière civile », Rabat, 29 avril 1981 ; les textes de ces accords bilatéraux sont disponibles à l'adresse < www.incadat.com >, sous les rubriques « Instruments juridiques » puis « Accords bilatéraux ».

D Contexte – Quelques affaires types

- 30 Un bref exposé des situations factuelles types illustrera l'intérêt de la médiation dans les différends familiaux concernant des enfants dans le cadre de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980.
- a En cas d'enlèvement international d'enfants, la médiation entre le parent resté sur place et le parent ayant emmené l'enfant peut faciliter la remise volontaire de l'enfant ou une autre issue amiable. Elle peut également contribuer à une décision de retour fondée sur le consentement des parties ou à un autre règlement amiable devant le tribunal.
 - b La médiation peut être également utile dans une affaire d'enlèvement international d'enfant lorsque le parent resté sur place est en principe disposé à donner son consentement au déménagement de l'enfant à l'étranger sous réserve que son droit d'entretenir un contact avec lui soit suffisamment garanti. Dans un cas comme celui-ci, une solution amiable peut éviter le retour de l'enfant dans l'État de résidence habituelle avant un nouveau déménagement.
 - c Au cours d'une procédure de retour fondée sur la Convention de 1980, la médiation peut permettre d'établir un cadre moins conflictuel et faciliter les contacts entre le parent resté sur place et l'enfant au cours de la procédure⁶³.
 - d Après une décision de retour, la médiation entre les parents peut faciliter le retour rapide et sans danger de l'enfant⁶⁴.
 - e Enfin, à un stade très précoce d'un différend familial concernant des enfants, la médiation peut aider à prévenir un enlèvement. Lorsque les parents rompent et que l'un d'entre eux souhaite quitter le pays avec l'enfant, la médiation peut les aider à envisager un déménagement à l'étranger et les autres solutions, et à trouver une solution amiable⁶⁵.

63 Ce sujet est également traité dans le Guide de bonnes pratiques sur les contacts transfrontières (*op. cit.* note 16).

64 Ce sujet est également traité dans le Guide de bonnes pratiques sur l'exécution (*op. cit.* note 23).

65 Ce sujet est également traité dans le Guide de bonnes pratiques sur les mesures préventives (*op. cit.* note 23).

Le Guide

1 Importance générale de la promotion des accords dans les conflits familiaux transfrontières portant sur le droit de garde et le droit d'entretenir un contact

- 31 De nombreux pays recourent de plus en plus à la médiation et aux autres mécanismes facilitant la résolution amiable des différends en droit de la famille. Parallèlement, un nombre croissant d'États laissent une plus grande autonomie aux parties dans la résolution des différends familiaux tout en protégeant les droits des tiers, en particulier des enfants.

1.1 Avantages des solutions amiables

→ **Toutes les mesures appropriées devraient être prises pour inciter les parties à un différend familial transfrontière concernant des enfants à trouver une solution amiable.**

- 32 Encourager les solutions amiables se révèle particulièrement utile dans les conflits familiaux concernant des enfants, dans lesquels les parties ont généralement besoin de coopérer l'une avec l'autre de manière continue. De ce fait, dans un conflit découlant de la séparation des parents, une solution amiable peut fortement contribuer à garantir le droit de l'enfant « d'entretenir [...] des relations personnelles et des contacts réguliers avec ses deux parents », droit garanti par la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (CNUDE)⁶⁶.
- 33 Les accords amiables sont plus pérennes car les parties tendent davantage à les respecter. Parallèlement, ils « créent une structure moins conflictuelle pour l'exercice du contact et sont ainsi beaucoup plus respectueux de l'intérêt de l'enfant »⁶⁷. En outre, on dit que les solutions amiables sont plus satisfaisantes pour les parties ; chacune peut agir sur le résultat et participer à la recherche d'une solution considérée comme « juste » pour les deux parties. La résolution négociée des différends permet d'éviter qu'une partie ait l'impression de « gagner » et l'autre de « perdre », alors que les procédures judiciaires concernant les questions de garde et de contact peuvent dégrader les relations entre les parents, ce dont les enfants risquent de souffrir psychologiquement⁶⁸.

66 *Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant*, voir art. 10(2), texte disponible à l'adresse < <http://www2.ohchr.org/french/law/crc.htm> > (dernière consultation le 16 juin 2012).

67 W. Duncan, « Le droit de visite / droit d'entretenir un contact transfrontière et la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* – Rapport final », Doc. pré. No 5 de juillet 2002, établi à l'intention de la Commission spéciale de septembre / octobre 2002 (disponible à l'adresse < www.hcch.net >, sous la rubrique « Espace Enlèvement d'enfants »), para. 89 ; voir aussi le Guide de bonnes pratiques sur les contacts transfrontières (*op. cit.* note 16), section 2.1, p. 6.

68 Voir par ex., pour l'Allemagne, les constats du rapport d'évaluation comparant la médiation et les procédures judiciaires dans les conflits familiaux nationaux relatifs à la garde et aux contacts, demandé par le Ministère fédéral allemand de la justice, établi par R. Greger, « Mediation und Gerichtsverfahren in Sorge- und Umgangsrechtskonflikten », janvier 2010, p. 118, disponible à l'adresse < <http://www.reinhard-greger.de/ikv3.pdf> > (dernière consultation le 16 juin 2012).

- 34 Parmi les différentes méthodes facilitant la résolution amiable des différends, la médiation offre des avantages qui lui sont propres : elle facilite les communications entre les parties dans une ambiance informelle et leur permet d'élaborer leur propre stratégie pour résoudre le conflit. La médiation est un processus structuré mais souple, qui peut être aisément adapté aux besoins propres à chaque affaire. Il permet d'aborder simultanément des considérations juridiques et extrajuridiques et de faire intervenir de manière informelle des (tierces) personnes qui n'ont peut-être pas le statut de parties dans la procédure⁶⁹. Un autre avantage très important de la médiation est qu'elle donne aux parties les moyens d'aborder de futurs de futurs conflits de manière plus constructive⁷⁰. D'autre part, puisque le seuil à partir duquel on entreprend une médiation est généralement inférieur au seuil à partir duquel on engage une procédure judiciaire, la médiation peut être utile dans la phase précoce d'un conflit avant une escalade éventuelle. Elle peut permettre aux parties d'éviter une procédure judiciaire lourde. Une solution négociée peut être particulièrement avantageuse dans les différends familiaux transfrontières concernant des enfants, dans le cadre desquels une procédure judiciaire dans un pays peut être suivie ou accompagnée d'une procédure judiciaire dans un autre pays concernant différents aspects du même conflit.
- 35 Cette dernière remarque pointe un autre avantage de la médiation, son caractère économique. En effet, la voie de la médiation peut permettre d'éviter une coûteuse procédure judiciaire – coûteuse pour les parties comme pour l'État⁷¹. Cependant, puisque le coût d'une médiation est extrêmement variable d'un État à l'autre et que certains États peuvent proposer une aide juridique pour les procédures judiciaires mais non pour la médiation, on ne peut pas affirmer que la médiation sera toujours moins coûteuse pour les parties qu'une procédure judiciaire. Mais lorsqu'on compare les coûts dans une affaire, il faut tenir compte de la plus grande probabilité qu'une médiation débouche sur une solution pérenne et évite ainsi une procédure judiciaire ultérieure entre les parties. D'un autre côté, le calcul du coût de la médiation doit tenir compte des coûts exposés pour que l'accord de médiation lie les parties et soit exécutoire dans les deux États ou unités territoriales concernés, ce qui peut exiger l'intervention d'autorités judiciaires⁷².
- 36 Un exemple illustrera certains des avantages que la médiation peut offrir dans une affaire d'enlèvement international d'enfant :

- *En 2005, P et M, non mariés et tous deux ressortissants de l'État A, quittent celui-ci pour se réinstaller ensemble dans le lointain État Z avec leur fille âgée de deux ans, dont ils ont la garde conjointe conformément à la loi de l'État A et de l'État Z. Leur déménagement est motivé par le travail du père (P), employé dans une entreprise de l'État Z. Dans les années qui suivent, la famille s'installe dans l'État Z, bien que la mère (M) ait des difficultés à s'adapter à son nouveau cadre de vie en raison de différences linguistiques et culturelles. Comme l'État A est à plusieurs milliers de kilomètres, les visites de la famille sont rares ; les grands-parents maternels font donc pression sur M pour qu'elle revienne dans l'État A. À la suite de problèmes dans le couple, M décide finalement de retourner dans l'État A en 2010. Elle effectue secrètement ses préparatifs et après les congés de Noël de 2010, qu'elle passe chez ses parents dans l'État A avec l'enfant, elle informe son mari qu'elle-même et l'enfant ne retourneront pas dans l'État Z. P est sous le choc et, ayant appris l'existence de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, qui est en vigueur entre l'État A et l'État Z, il dépose une demande de retour et une procédure de retour est engagée dans l'État A. Parallèlement, P demande le droit de garde exclusif provisoire de sa fille aux juridictions de l'État Z.*

69 Voir N. Alexander (*op. cit.* note 7), p. 48.

70 Voir aussi K.J. Hopt et F. Steffek (*op. cit.* note 2), p. 10.

71 Voir par ex., pour l'Allemagne, les constats du rapport d'évaluation comparant la médiation et les procédures judiciaires dans les conflits familiaux nationaux relatifs à la garde et aux contacts, dans R. Greger (*op. cit.* note 68), p. 115 ; voir aussi pour le Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles) le rapport du *National Audit Office*, « Legal aid and mediation for people involved in family breakdown », mars 2007, p. 8, 10, disponible à l'adresse : http://www.nao.org.uk/publications/0607/legal_aid_for_family_breakdown.aspx (dernière consultation le 16 juin 2012).

72 Voir aussi la section 4.3 sur les coûts de la médiation.

Hormis les avantages évidents d'une solution amiable dans un tel cas pour l'enfant du point de vue du maintien des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, une solution amiable peut aider les parties à éviter une résolution judiciaire lourde et longue devant les tribunaux des deux États concernés. À savoir : (1) la procédure de retour dans l'État A, qui, si aucune des exceptions au retour ne s'applique, conduira à un retour rapide de l'enfant dans l'État Z, (2) la procédure relative au droit de garde pendante dans l'État Z, qui pourrait être suivie par (3) une procédure aux fins de la réinstallation dans l'État A engagée par la mère. La longue résolution judiciaire du conflit parental ponctionnera les ressources financières des parties, mais elle aggravera aussi très probablement le conflit entre les parents. D'autre part, si la procédure de retour dans l'État A se conclut par un refus de retour, d'autres procédures (relatives à la garde et aux contacts) s'ensuivront probablement si le conflit parental n'est pas réglé.

Si les parents réussissent à trouver une solution amiable, ils pourront tous les deux « passer à autre chose » et se concentrer sur l'exercice de leurs responsabilités parentales en bonne intelligence.

La médiation est un processus souple qui peut s'adapter aux besoins spécifiques de chaque cas. Ainsi, le processus de médiation pourrait par exemple, si les deux parties sont d'accord et si cela semble opportun et faisable, comprendre des discussions avec les grands-parents maternels, qui n'auraient pas de statut de partie dans la procédure judiciaire⁷³ mais qui exercent une forte influence sur une des parties. S'adjoindre leur soutien à la résolution du conflit peut rendre la solution plus pérenne. Au plan de l'organisation, la médiation peut également être avantageuse car elle peut être organisée par-delà les frontières, les séances de médiation se déroulant par liaison vidéo par exemple, si les parties ne peuvent participer à une réunion en personne. ■

1.2 Limites, risques et mesures de protection

→ Il est recommandé d'instituer des mesures de protection et des garanties afin qu'un processus de médiation ne puisse être défavorable ni à l'une ni à l'autre partie.

- 37 Les limites et les risques qui peuvent être associés à des solutions amiables résultant d'une médiation ou de mécanismes analogues de résolution des différends ne doivent pas en principe être un prétexte pour rejeter en bloc tout recours à ces mécanismes, mais ils devraient conduire à prendre conscience qu'il peut être nécessaire d'instaurer des protections.
- 38 Les conflits familiaux ne peuvent pas tous trouver une solution amiable. C'est une remarque évidente mais on ne saurait trop insister sur ce point. Certaines affaires requièrent l'intervention d'une autorité judiciaire en raison de la nature du conflit, des besoins particuliers des parties, des circonstances particulières de l'affaire ou encore d'exigences légales. Les parties qui ont besoin d'une décision judiciaire ne devraient pas être privées de l'accès à la justice. On peut perdre un temps précieux à tenter une médiation alors qu'une des parties ne souhaite manifestement pas s'engager dans un processus de médiation ou dans des affaires qui, pour d'autres motifs, ne se prêtent pas à la médiation⁷⁴.
- 39 Même lorsque les deux parties sont d'accord pour tenter une médiation, il faut être attentif aux circonstances particulières telles que des indications possibles de violence domestique⁷⁵. La simple mise en présence des parties au cours d'une séance de médiation pourrait menacer l'intégrité physique ou psychologique de l'une d'elles, voire celle du médiateur. D'autre part, une partie toxicomane ou alcoolique peut être incapable de défendre ses intérêts.

⁷³ Dans certains États, les grands-parents peuvent avoir un droit de contact propre et peuvent être ainsi parties à une procédure judiciaire concernant les contacts avec l'enfant.

⁷⁴ L'évaluation de l'opportunité de la médiation en fonction des circonstances de l'affaire sera traitée plus en détail à la section 4.2 *infra*.

⁷⁵ Voir le chapitre 10 sur le sujet de la violence domestique.

- 40 L'évaluation initiale pour vérifier que l'affaire se prête à la médiation est un outil essentiel pour déterminer les situations à risque⁷⁶. La présence éventuelle de violences domestiques, de toxicomanie ou d'alcoolisme et d'autres circonstances susceptibles d'influer sur l'opportunité de la médiation dans le cas d'espèce devrait être recherchée dans toutes les affaires susceptibles de faire l'objet d'une médiation. Lorsqu'une médiation est jugée réalisable en dépit de violences domestiques⁷⁷, il faut prendre les mesures nécessaires pour protéger la sécurité des personnes concernées. Il convient en outre d'être attentif aux inégalités de pouvoir de négociation, que celles-ci résultent de violences domestiques, d'autres circonstances ou simplement de la personnalité des parties.
- 41 En outre, le risque existe que la solution amiable n'ait pas d'effet juridique et qu'à ce titre elle ne puisse pas protéger les droits des parties en cas de conflits ultérieurs. Cette situation peut être due à divers facteurs : l'accord de médiation ou une partie de celui-ci peut être en conflit avec le droit applicable ou bien il peut être non contraignant et non exécutoire parce qu'il n'a pas été enregistré, approuvé par une juridiction ou inséré dans une décision judiciaire lorsque cela est exigé. Il faut souligner dans ce contexte que plusieurs États ou unités territoriales restreignent l'autonomie de la volonté des parties sur certains aspects du droit de la famille⁷⁸. Ainsi, dans certains systèmes, les accords relatifs à la responsabilité parentale peuvent être dépourvus d'effet juridique s'ils ne sont pas approuvés par un tribunal. Par ailleurs, de nombreux systèmes juridiques restreignent la capacité d'un parent à limiter par un accord le montant des aliments à verser à un enfant.
- 42 La situation juridique est particulièrement complexe dans les différends familiaux transfrontières car il faut tenir compte du jeu croisé de deux systèmes juridiques, voire plus. Il est important que les parents soient bien informés du droit applicable aux questions résolues en médiation et du droit applicable au processus de médiation lui-même, notamment en matière de confidentialité, ainsi que des moyens de donner un effet juridique à leur accord dans les deux (tous les) systèmes juridiques concernés⁷⁹.
- 43 Les variantes suivantes de l'exemple donné plus haut au paragraphe 36 illustrent certains risques qui peuvent se présenter lorsque les accords sont établis sans tenir compte de tous les aspects requis de la situation juridique.

VARIANTE 1

Après le déplacement illicite de l'enfant de l'État Z dans l'État A par la mère (M), les parents se mettent d'accord sur le fait que M retournera dans l'État Z avec l'enfant à condition que jusqu'à l'issue de la procédure relative à la garde dans l'État Z, le père (P) verse les aliments nécessaires pour permettre à la mère (M) de rester dans l'État Z avec l'enfant et lui laisse la jouissance de la maison familiale ; P promet de résider en un autre lieu pour éviter d'autres conflits. Par la suite, M, se fiant à cet accord, revient dans l'État Z avec l'enfant, mais P refuse de quitter le domicile familial et de soutenir financièrement M. Étant donné que l'accord parental n'a été rendu exécutoire ni dans l'État A ni dans l'État Z avant sa mise en œuvre et qu'aucun des États ne considère qu'un accord parental de cette nature est pourvu d'un effet juridique s'il n'est pas approuvé par un tribunal, un parent peut aisément revenir sur l'accord aux dépens de l'autre.

VARIANTE 2

Après le déplacement illicite de l'enfant de l'État Z dans l'État A par la mère (M), les parents décident d'un commun accord que l'enfant restera avec M dans l'État A et passera une partie de ses congés scolaires chaque année avec le père (P) dans l'État Z. Trois mois après la date du déplacement illicite, l'enfant se rend dans l'État Z pour passer les vacances de Pâques avec P. À la fin des congés, P refuse de renvoyer l'enfant dans l'État A. Il prétend qu'il ne retient pas l'enfant illicitement car celui-ci est désormais de retour dans son lieu de résidence habituelle, dont il a été éloigné pour le seul motif du déplacement illicite effectué par M. P invoque également l'ordonnance provisoire lui confiant

⁷⁶ Pour plus de précisions, voir la section 4.2 *infra*.

⁷⁷ Voir le chapitre 10 sur le sujet de la violence domestique.

⁷⁸ Pour plus de précisions, voir le chapitre 12.

⁷⁹ Voir la section 6.1.7 *infra* sur la décision éclairée ainsi que les chapitres 12 et 13.

la garde exclusive qui a été rendue par la juridiction compétente dans l'État Z immédiatement après le déplacement illicite effectué par M. Là encore, lorsque la solution négociée n'est pas rendue juridiquement contraignante dans les États ou unités territoriales concernés avant sa mise en œuvre pratique, l'un des parents peut aisément s'y soustraire.

VARIANTE 3

L'enfant est illicitement déplacé de l'État Z dans un État tiers T, où la mère (M) veut s'installer pour des raisons professionnelles. Alors que le père (P) non marié a ex lege le droit de garde en vertu des lois de l'État A et de l'État Z, les lois de l'État T ne lui confèrent pas le droit de garde. La Convention Protection des enfants de 1996 n'est pas en vigueur entre ces États. N'ayant pas connaissance de cette situation, P acquiesce au déménagement de la mère et de l'enfant dans l'État T à condition qu'il puisse avoir des contacts personnels réguliers avec l'enfant. L'accord de médiation, établi sans tenir compte de la situation juridique, n'est pas enregistré ni autrement formalisé ; il n'a pas d'effet juridique en vertu des lois de l'État Z ou de l'État T. Un an plus tard, M interrompt les contacts entre le père et l'enfant. Conformément à la loi de l'État T, qui est désormais applicable dans ce cas aux droits de garde et d'entretenir un contact du fait du changement de la résidence habituelle de l'enfant, le père non marié n'a pas de droits parentaux à l'égard de l'enfant⁸⁰.

- 44 La protection des droits des enfants concernés est un autre aspect délicat de la médiation dans les conflits familiaux transfrontières concernant la garde et les contacts. La loi de la plupart des pays prévoit que le tribunal doit tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'il statue sur le contact ou la garde et, dans de nombreux États, en fonction de l'âge et de la maturité de l'enfant, celui-ci sera entendu directement ou indirectement dans ce cadre. La médiation est très différente d'une procédure judiciaire au plan de l'introduction du point de vue de l'enfant dans la procédure. En effet, en fonction de l'âge et de la maturité de l'enfant, un juge peut entendre celui-ci en personne ou le faire interroger par un spécialiste avec les protections appropriées pour préserver son intégrité psychologique. Son point de vue peut donc être directement pris en compte par le juge. Les pouvoirs procéduraux d'un médiateur sont en revanche limités. Il n'a pas de pouvoir d'interrogation et ne peut, contrairement aux juges de certains pays, convoquer l'enfant à une audience ni ordonner un entretien entre un expert et l'enfant⁸¹. Des protections doivent être établies pour protéger le droit et le bien-être des enfants en médiation⁸².

1.3 Importance générale des liaisons avec les procédures judiciaires

- **En règle générale, la médiation et les autres mécanismes facilitant la résolution amiable des différends familiaux devraient être considérés comme complémentaires aux procédures judiciaires, non comme un substitut.**
- **L'accès aux procédures judiciaires ne devrait pas être limité.**
- **La médiation dans le cadre des différends familiaux internationaux doit tenir compte des lois nationales et internationales applicables afin que l'accord issu d'une médiation puisse être compatible avec le droit de l'État concerné.**
- **Il est souhaitable que des procédures juridiques soient prévues pour donner effet juridique à l'accord de médiation.**

⁸⁰ Si la Convention Protection des enfants de 1996 est en vigueur entre l'État T et l'État Z, la responsabilité parentale *ex lege* du père subsistera ; voir art. 16(3) de la Convention. Voir aussi P. Lagarde, Rapport explicatif sur la Convention Protection des enfants de 1996, *Actes et documents de la Dix-huitième session (1996)*, tome II, *Protection des enfants*, La Haye, SDU, 1998, p. 534 à 604, aux p. 579, 581 (également disponible à l'adresse < www.hcch.net >, sous la rubrique « Publications »).

⁸¹ Voir également la section terminologie *supra*, « Médiation ».

⁸² Voir la section 6.1.6 sur la prise en compte des intérêts et du bien-être de l'enfant dans le cadre d'une médiation et le chapitre 7 sur la participation de l'enfant.

- 45 Il est important de noter que la médiation et les autres mécanismes de résolution amiable des différends devraient être considérés non pas comme un substitut total mais comme un complément aux procédures judiciaires⁸³. Un lien étroit entre ces procédures peut être fructueux à de nombreux égards et contribuer à surmonter certaines insuffisances des procédures judiciaires et des mécanismes de résolution amiable des différends comme la médiation⁸⁴. Il faut souligner que même lorsque la médiation et les mécanismes similaires introduits dans les phases précoces d'un conflit familial international permettent d'éviter une procédure judiciaire, des « mesures judiciaires » complémentaires sont fréquemment requises pour rendre une solution amiable juridiquement contraignante et la rendre exécutoire dans tous les systèmes juridiques concernés⁸⁵.
- 46 Lorsqu'une médiation est proposée à des parties à un différend familial international, celles-ci doivent être informées qu'elle n'est pas leur seul recours. L'accès à une procédure judiciaire doit être possible⁸⁶.
- 47 La situation juridique dans les différends familiaux internationaux est souvent complexe. Il est important que les parties aient accès aux informations juridiques utiles⁸⁷.
- 48 Dans les différends familiaux internationaux, il est particulièrement important de veiller à ce que l'accord de médiation ait un effet juridique dans les États concernés avant sa mise en œuvre⁸⁸. Des procédures appropriées devraient exister pour donner effet juridique aux accords de médiation, que ce soit par homologation ou enregistrement judiciaire ou par un autre moyen⁸⁹. Là encore, une étroite coopération entre les médiateurs et les représentants des parties peut être très utile, de même que la communication d'informations pertinentes par les Autorités centrales ou les Points de contact centraux pour la médiation familiale internationale⁹⁰.

83 Voir aussi la Recommandation Rec (2002)10 du Conseil de l'Europe sur la médiation en matière civile (*supra* note 53), préambule : « Notant que, bien que la médiation puisse contribuer à réduire le nombre de litiges et la charge de travail des tribunaux, elle ne peut remplacer un bon système judiciaire juste, efficace et facilement disponible » ; et le Principe III, 5 (Organisation de la médiation) : « Même si les parties utilisent la médiation, l'accès au tribunal devrait être disponible car il constitue la garantie ultime de protection des droits des parties. »

84 Il faut ajouter que si des modes de résolution amiable des différends doivent être utilisés dans le contexte d'un enlèvement international d'enfant, une liaison étroite avec une procédure judiciaire est non seulement fructueuse, mais pratiquement inévitable, voir *infra*, en particulier section 2.2.

85 Les mesures requises pour rendre un accord de médiation juridiquement contraignant et exécutoire diffèrent d'un système juridique à l'autre. Pour plus de précisions sur le sujet, voir les chapitres 12 et 13.

86 Voir aussi la Recommandation Rec (2002)10 du Conseil de l'Europe sur la médiation en matière civile (*supra* note 53), Principe III, 5 (Organisation de la médiation) : « Même si les parties utilisent la médiation, l'accès au tribunal devrait être disponible car il constitue la garantie ultime de protection des droits des parties. » Voir aussi S. Vigers, Note relative au développement de la médiation, de la conciliation et de moyens similaires (*op. cit.* note 33), 5.1, p. 17.

87 Voir la section 6.1.7. et les chapitres 12 et 13 *infra* ; sur le rôle des Autorités centrales et d'autres organismes dans la facilitation de l'accès aux informations et sur celui des représentants des parties, voir la section 4.1 *infra*.

88 Voir aussi les Principes pour la mise en œuvre de structures de médiation à l'annexe 1 *infra* ; voir les chapitres 11, 12 et 13 *infra*.

89 Voir aussi la Directive européenne sur la médiation (*supra* note 5), art. 6 (Caractère exécutoire des accords issus de la médiation) :

« 1. Les États membres veillent à ce que les parties, ou l'une d'entre elles avec le consentement exprès des autres, puissent demander que le contenu d'un accord écrit issu d'une médiation soit rendu exécutoire. Le contenu d'un tel accord est rendu exécutoire, sauf si, en l'espèce, soit ce contenu est contraire au droit de l'État membre dans lequel la demande est formulée, soit le droit de cet État membre ne prévoit pas la possibilité de le rendre exécutoire.

2. Le contenu de l'accord peut être rendu exécutoire par une juridiction ou une autre autorité compétente au moyen d'un jugement ou d'une décision ou dans un acte authentique, conformément au droit de l'État membre dans lequel la demande est formulée.

3. Les États membres communiquent à la Commission le nom des juridictions ou autres autorités compétentes pour recevoir une demande conformément aux paragraphes 1 et 2.

4. Aucune disposition du présent article n'affecte les règles applicables à la reconnaissance et à l'exécution dans un autre État membre d'un accord qui a été rendu exécutoire conformément au paragraphe 1. »

90 Concernant le rôle des Autorités centrales et des autres organismes dans la mise à disposition de cette information ainsi que le rôle des représentants des parties, voir la section 4.1 *infra*.

2 Recours à la médiation dans le cadre de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 – Vue d'ensemble des difficultés spécifiques

- 49 La Convention Enlèvement d'enfants de 1980 encourage la recherche de solutions amiables. Elle dispose en effet en son article 7 que les Autorités centrales « doivent prendre toutes les mesures appropriées [...] c) pour assurer la remise volontaire de l'enfant ou faciliter une solution amiable », disposition en partie reprise à l'article 10 : « L'Autorité centrale de l'État où se trouve l'enfant prendra ou fera prendre toute mesure propre à assurer sa remise volontaire. »
- 50 C'est sur les difficultés propres à la médiation dans les affaires d'enlèvement international d'enfants visées par la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 que ce chapitre entend attirer l'attention.
- 51 On ne saurait trop insister sur la différence entre la médiation familiale nationale et la médiation familiale internationale. Cette dernière est beaucoup plus complexe et requiert une formation complémentaire des médiateurs. En effet, l'interaction de deux systèmes juridiques et de cultures et de langues différentes complique fortement la médiation dans ces affaires. Parallèlement, les risques encourus par les parties se fiant à des accords de médiation qui ne tiennent pas compte de la situation juridique et sont dépourvus d'effet juridique dans les États concernés sont beaucoup plus élevés. Il se peut que les parties ne sachent pas que le déplacement transfrontière de personnes ou de biens auquel elles ont consenti modifiera leur situation juridique. En matière de droit de garde ou de contact par exemple, la résidence habituelle est un « facteur de rattachement » très couramment retenu en droit international privé. Dès lors, le changement de la résidence habituelle de l'enfant d'un pays à l'autre suite à la mise en œuvre d'un accord négocié par les parents peut modifier la compétence et la loi applicable en matière de garde et de contacts et affecter ainsi l'évaluation juridique des droits et obligations des parties⁹¹.
- 52 Les enlèvements internationaux d'enfants impliquent généralement de fortes tensions entre les parties. Le parent resté sur place, souvent sous le choc de la perte brutale, peut être mû par la crainte de ne jamais revoir son enfant tandis que le parent ayant emmené l'enfant, lorsqu'il réalise toutes les conséquences de son acte, peut craindre une procédure judiciaire, un retour forcé et des conséquences négatives sur une procédure relative à la garde. Engager les parents dans un processus de médiation constructif pose des difficultés pratiques, mais il faut aussi compter avec l'impératif général d'une action rapide. D'autres difficultés peuvent résulter d'une procédure pénale engagée contre le parent ayant emmené l'enfant dans l'État de la résidence habituelle de l'enfant, ainsi que des questions de visa et d'immigration.

2.1 Délais / Procédures rapides

- La médiation dans le cadre d'un enlèvement international d'enfant doit se dérouler rapidement.
- La médiation ne devrait pas entraîner de retards dans une procédure de retour fondée sur la Convention de 1980.
- Les parties devraient être informées au plus tôt des possibilités de médiation.
- L'opportunité de la médiation dans le cas d'espèce devrait être évaluée.
- Les services de médiation intervenant dans les affaires d'enlèvement international d'enfants doivent organiser des séances de médiation à brève échéance.
- L'ouverture d'une procédure de retour avant d'entreprendre une médiation devrait être envisagée.

⁹¹ Voir les chapitres 12 et 13 *infra*.

- 53 Le temps est déterminant dans les affaires d'enlèvement international d'enfants. L'objectif de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 est le retour immédiat de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle⁹² et le rétablissement, au plus vite, de la situation qui prévalait avant l'enlèvement afin de réduire les conséquences néfastes du déplacement ou du non-retour illicite pour l'enfant. La Convention de 1980 protège les intérêts de l'enfant en empêchant un parent d'obtenir un avantage en créant « des liens artificiels de compétence judiciaire internationale, en vue d'obtenir la garde [exclusive] d'un enfant »⁹³.
- 54 Il faut souligner que dans les affaires d'enlèvement, le temps joue en faveur du « parent ayant emmené l'enfant » ; plus longtemps l'enfant reste dans le pays où il est retenu sans que soit résolu le conflit familial sous-jacent, plus il est difficile de rétablir la relation entre l'enfant et le parent resté sur place. Un retard peut affecter les droits du parent resté sur place mais surtout, il porte atteinte au droit de l'enfant concerné de rester en contact avec ses deux parents, droit consacré dans la CNUDE⁹⁴.
- 55 Lorsque la procédure judiciaire de retour est introduite plus d'un an après l'enlèvement, la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 laisse à la juridiction compétente la possibilité de refuser le retour sous réserve qu'il soit établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu (art. 12(2)).
- 56 Quel que soit le stade auquel elle est engagée, une médiation dans une affaire d'enlèvement d'enfant doit être conduite rapidement. La mise en échec de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 aux dépens de l'enfant concerné est un des problèmes majeurs contre lesquels il est nécessaire d'établir des protections en cas de recours à la médiation⁹⁵. Tenter une résolution amiable d'un conflit familial international est dans l'intérêt de tous, mais il faut empêcher qu'un parent se serve de la médiation à des fins dilatoires.
- 57 Les Autorités centrales en vertu de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 saisies d'une demande de retour s'efforceront généralement d'obtenir la remise volontaire de l'enfant dès qu'il est localisé (art. 7(2) c) et 10). Lorsqu'il existe des services adaptés aux affaires d'enlèvement d'enfant, la médiation devrait déjà être proposée à ce stade très précoce. Voir aussi le chapitre 4 *infra* (« Accès à la médiation »).
- 58 Avant de tenter une médiation dans le cadre d'un enlèvement international d'enfant, il est recommandé d'effectuer une évaluation pour déterminer si la médiation est une mesure adaptée au cas d'espèce, cela afin d'éviter les retards inutiles⁹⁶.
- 59 Les services de médiation proposés pour les affaires d'enlèvement relevant de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 doivent pouvoir prévoir des séances de médiation dans des délais très courts. Cela demande une grande flexibilité de la part des médiateurs concernés, mais la charge peut être allégée lorsqu'un groupe de médiateurs qualifiés adhère à un système garantissant la disponibilité d'un médiateur à bref délai.

92 Voir le préambule de la Convention de 1980.

93 Voir E. Pérez-Vera, Rapport explicatif sur la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, *Actes et documents de la Quatorzième session (1980)*, tome II, *Enlèvement d'enfants*, La Haye, Imprimerie Nationale, 1998, p. 425 à 476, p. 428, para. 11 (également disponible à l'adresse < www.hcch.net >, sous la rubrique « Publications »).

94 Voir art. 10(2) de la CNUDE.

95 Voir aussi S. Vigers, « Mediating International Child Abduction Cases – The Hague Convention », Hart Publishing, Oxford, 2011, p. 42 et s.

96 Pour plus d'informations sur l'évaluation initiale, en particulier sur les éléments susceptibles de déterminer l'opportunité de la médiation et les personnes pouvant effectuer cette évaluation initiale, voir la section 4.2.

- 60 Dans certains États, des dispositifs de médiation expressément mis en place pour les affaires d'enlèvement international d'enfants offrent déjà ces services de manière satisfaisante⁹⁷. Ils proposent généralement deux ou trois séances de médiation réparties sur un minimum de deux jours (souvent consécutifs), chaque séance pouvant durer jusqu'à trois heures⁹⁸.
- 61 Il est recommandé d'envisager l'introduction d'une procédure de retour fondée sur la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 avant d'entreprendre une médiation. En effet, l'expérience de plusieurs pays montre que l'ouverture immédiate d'une procédure de retour suivie, le cas échéant⁹⁹, de sa suspension aux fins de la médiation donne de bons résultats¹⁰⁰. Cette approche offre plusieurs avantages¹⁰¹ :
- a Elle peut favorablement inciter le parent ayant emmené l'enfant à rechercher une solution amiable lorsque l'autre option concrète est une procédure judiciaire.
 - b La juridiction saisie peut être en mesure de fixer un délai dans lequel les séances de médiation doivent impérativement s'inscrire. Ainsi, le recours à la médiation ne peut servir de tactique dilatoire et le parent ayant emmené l'enfant ne peut tirer aucun avantage de l'article 12(2) de la Convention de 1980.

97 Par ex. au **Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles)**, l'organisation non gouvernementale *reunite International Child Abduction Centre* (ci-après, « *reunite* ») propose des services de médiation spécialisés dans les affaires d'enlèvement international d'enfants depuis plus de 10 ans ; voir le site de *reunite* à l'adresse < www.reunite.org > ; voir aussi le rapport d'octobre 2006, « Mediation In International Parental Child Abduction – The reunite Mediation Pilot Scheme » (ci-après, le « Rapport de 2006 sur le projet pilote de médiation de *reunite* »), disponible à l'adresse < <http://www.reunite.org/edit/files/Library%20-%20reunite%20Publications/Mediation%20Report.pdf> > (dernière consultation le 16 juin 2012). En **Allemagne**, l'organisation sans but lucratif MiKK e.V., fondée en 2008 par les associations allemandes BAFM et BM, poursuit le travail de ces associations dans le domaine de la « Médiation dans les conflits internationaux impliquant des parents et des enfants », qui comprend une médiation spécialisée dans les affaires d'enlèvement d'enfants relevant de la Convention de 1980. Les services de médiation sont actuellement proposés dans le cadre de quatre programmes de comédiation binationale : le programme **germano-polonais** (engagé en 2007), le programme **germano-américain** (engagé en 2004), le programme **germano-britannique** en coopération avec *reunite* (engagé en 2003/4) et le programme **germano-français** qui poursuit le travail du dispositif franco-allemand de médiation organisé et financé par les Ministères de la Justice français et allemand de 2003 à 2006. Un cinquième dispositif de médiation impliquant des médiateurs allemands et espagnols est en préparation, voir < www.mikk-ev.de >. Aux **Pays-Bas**, l'organisation non gouvernementale *Centrum Internationale Kinderontvoering* (IKO) propose des services de médiation spécialisés dans les affaires d'enlèvement international d'enfants relevant de la Convention de 1980 organisés par son Bureau de médiation depuis le 1^{er} novembre 2009, voir < www.kinderontvoering.org > ; voir aussi R.G. de Lange-Tegelaar, « Regiezittingen en mediation in internationale kinderontvoeringszaken », *Trema Special*, No. 33, 2010, p. 486, 487.

98 Voir par ex. les services de médiation proposés au **Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles)** par l'organisation non gouvernementale anglaise *reunite* (< www.reunite.org >) et le Rapport de 2006 sur le projet pilote de médiation de *reunite* (*op. cit.* note 97), p. 11. Voir aussi les services de médiation proposés en **Allemagne** par l'association MiKK e.V., ainsi que S. Kiesewetter et C.C. Paul, « Family Mediation in an International Context: Cross-Border Parental Child Abduction, Custody and Access Conflicts: Traits and Guidelines », C.C. Paul et S. Kiesewetter (dir. pub.), *Cross-Border Family Mediation - International Parental Child Abduction, Custody and Access Cases*, Wolfgang Metzner Verlag, 2011, p. 39 et s. Voir également aux **Pays-Bas** le projet pilote de médiation néerlandais prévoyant trois séances de trois heures sur deux jours, voir I. Bakker, R. Verwijs *et al.*, *Evaluatie Pilot Internationale Kinderontvoering*, juillet 2010, p. 77.

99 Les États qui ne suspendent pas la procédure pour la médiation sont, par exemple, l'**Allemagne**, la **France** et les **Pays-Bas**. En **Allemagne** et aux **Pays-Bas**, la médiation dans les affaires d'enlèvement international est intégrée dans le calendrier de la procédure judiciaire, c.-à-d. qu'elle intervient dans le court délai de deux à trois semaines qui s'écoule avant l'audience suivante. Une suspension de procédure n'est donc pas nécessaire dans ces États. En **France**, la médiation est conduite en parallèle à la procédure de retour fondée sur la Convention de 1980 et indépendamment de celle-ci, c.-à-d. que la procédure de retour suit le calendrier habituel, qu'il y ait ou non une médiation. Une solution amiable trouvée dans le cadre du processus parallèle de médiation peut être introduite dans la procédure de retour à tout moment.

100 Par ex. en **Allemagne** et au **Royaume-Uni** ; voir aussi S. Vigers, « Mediating International Child Abduction Cases – The Hague Convention » (*op. cit.* note 95), p. 45 et s.

101 Voir aussi S. Vigers, Note relative au développement de la médiation, de la conciliation et de moyens similaires (*op. cit.* note 11), 2.4, p. 10.

- c La juridiction saisie peut prendre les mesures de protection nécessaires pour empêcher le parent ayant emmené l'enfant de déplacer l'enfant dans un troisième pays ou de se cacher.
- d La présence possible du parent resté sur place dans le pays où se trouve l'enfant après son enlèvement pour participer à l'audience d'une procédure fondée sur la Convention de 1980 peut être utilisée pour organiser une courte succession de séances de médiation en personne sans engendrer de frais de déplacement supplémentaires pour le parent resté sur place.
- e En fonction de ses compétences en la matière, la juridiction saisie pourrait organiser provisoirement les contacts entre le parent resté sur place et l'enfant, ce qui prévient l'aliénation parentale et peut avoir un effet positif sur le processus de médiation lui-même.
- f Une médiation initiée à la demande de la juridiction saisie peut bénéficier d'un financement.
- g En outre, le fait que les parties auront très probablement un représentant juridique à ce stade est déjà pour elles une garantie d'accès aux informations juridiques dont elles ont besoin lors du déroulement de la médiation.
- h Enfin, la juridiction saisie peut assurer le suivi du résultat de la médiation et veiller à ce que l'accord ait un effet juridique dans le système juridique où se trouve l'enfant après son enlèvement, en convertissant l'accord en décision de justice ou en prenant d'autres mesures¹⁰². Elle peut également aider à garantir l'effet juridique de l'accord dans l'autre État concerné.

- 62 Toutefois, la question du moment auquel ouvrir une procédure de retour lorsqu'une médiation est possible peut trouver des réponses différentes. Selon l'organisation de la procédure de retour fondée sur la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 dans le système juridique et en fonction des circonstances de l'espèce, il peut être possible d'entreprendre une médiation avant l'ouverture d'une procédure de retour. En Suisse par exemple, la législation qui transpose la Convention de 1980 en droit interne prévoit explicitement que l'Autorité centrale peut engager des processus de conciliation ou de médiation avant l'ouverture d'une procédure de retour¹⁰³. En outre, la législation suisse de transposition souligne l'importance de tenter un règlement amiable du différend en imposant au tribunal saisi d'une procédure de retour fondée sur la Convention de 1980 d'engager un processus de médiation ou de conciliation si l'Autorité centrale ne l'a pas déjà fait¹⁰⁴.
- 63 Qu'une médiation ou un processus analogue soit introduit avant ou après l'ouverture de la procédure de retour fondée sur la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, il est de la plus haute importance que les États contractants prennent des précautions pour que la médiation et les processus analogues interviennent dans des délais clairement délimités.
- 64 Concernant le champ d'intervention de la médiation, il faut concilier deux impératifs : donner suffisamment de temps au processus de communication entre les parties et ne pas retarder une éventuelle procédure de retour¹⁰⁵.

¹⁰² Sur les moyens de conférer un caractère exécutoire à l'accord et sur la compétence, voir les chapitres 12 et 13 *infra*.

¹⁰³ Voir art. 4 de la Loi fédérale suisse du 21 décembre 2007 sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes (LF-EEA), qui est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2009, disponible à l'adresse < <http://www.admin.ch/ch/f/rs/2/211.222.32.fr.pdf> > (dernière consultation le 16 juin 2012) ; voir aussi A. Bucher, « The new Swiss Federal Act on International Child Abduction », *Journal of PIL*, 2008, p. 139 et s., p. 147.

¹⁰⁴ Art. 8 de la Loi fédérale suisse du 21 décembre 2007.

¹⁰⁵ Voir le chapitre 5 *infra* ; voir aussi les Conclusions et Recommandations de la Quatrième réunion de la Commission spéciale (*op. cit.* note 34), Recommandation No 1.11, « Les mesures utilisées pour aider à assurer le retour volontaire de l'enfant ou pour parvenir à une solution amiable ne doivent pas engendrer de retards injustifiés dans la procédure de retour », réitérées dans les Conclusions et Recommandations de la Cinquième réunion de la Commission spéciale (*id.*), Recommandation No 1.3.1.

2.2 Coopération étroite avec les autorités administratives et judiciaires

→ Il est souhaitable que les médiateurs et les organismes de médiation intervenant dans le cadre d'un enlèvement international d'enfants coopèrent étroitement avec les Autorités centrales et les juridictions.

- 65 Il est recommandé que les médiateurs et les organismes de médiation intervenant dans des affaires d'enlèvement international d'enfants travaillent en étroite coopération avec les Autorités centrales et les juridictions au niveau organisationnel aux fins d'une résolution rapide et efficace de l'affaire. Les médiateurs devraient faire de leur mieux pour que les aspects relatifs à l'organisation des processus de médiation soient aussi transparents que possible tout en préservant la confidentialité de la médiation. À titre d'exemple, l'Autorité centrale et la juridiction saisie devraient être informées si une médiation interviendra ou non. Elles devraient de même être rapidement informées lorsque la médiation est terminée, abandonnée ou interrompue. Il est donc souhaitable, dans les affaires d'enlèvement international d'enfants, que l'Autorité centrale ou la juridiction concernée maintiennent des liens étroits au niveau administratif avec les services de médiation spécialisés¹⁰⁶.

2.3 Plusieurs systèmes juridiques concernés ; caractère exécutoire de l'accord dans (tous) les États concernés

→ Les médiateurs doivent savoir que la médiation dans le cadre d'un enlèvement international d'enfant s'inscrit dans le contexte des interactions entre plusieurs systèmes juridiques et du cadre juridique international applicable.

→ Les parties doivent pouvoir accéder aux informations juridiques utiles.

- 66 Le fait que plusieurs systèmes juridiques soient concernés peut poser des difficultés particulières. Pour que les parties puissent trouver une solution pérenne, susceptible de produire des effets juridiques, il est donc important de tenir compte des lois de (tous) les systèmes juridiques concernés et du droit régional ou international applicable en l'espèce.
- 67 Il a déjà été souligné à la section 1.2 qu'il peut être très dangereux que les parties s'en remettent à des accords de médiation dépourvus d'effet juridique dans les États concernés. Les médiateurs intervenant dans des conflits familiaux internationaux concernant des enfants ont la responsabilité d'attirer l'attention des parties sur l'importance d'obtenir des informations juridiques pertinentes et des conseils juridiques spécialisés. Il faut souligner dans ce contexte que les médiateurs, même ceux qui ont une formation juridique spécialisée appropriée, ne sont pas en mesure de dispenser des conseils juridiques aux parties.
- 68 L'importance de l'information juridique concerne en particulier deux aspects : d'une part le contenu de l'accord de médiation, qui doit être compatible avec les exigences légales, d'autre part le moyen de donner effet à l'accord de médiation dans les systèmes juridiques concernés. Ces deux aspects sont étroitement liés.
- 69 Les parties devraient être informées qu'elles peuvent avoir besoin de conseils juridiques spécialisés sur les approches des systèmes juridiques concernés quant à la loi applicable aux questions abordées en médiation. L'autonomie de la volonté des parents en matière d'accord sur le droit de garde et le droit d'entretenir un contact avec leur enfant peut être limitée par une exigence légale d'homologation judiciaire de ce type d'accords visant à garantir le respect de l'intérêt supérieur

¹⁰⁶ En Allemagne par ex., l'Autorité centrale a conclu un contrat de coopération avec l'organisme de médiation spécialisé MiKK e.V., qui contient entre autres des dispositions relatives à l'échange rapide d'informations au niveau organisationnel.

de l'enfant¹⁰⁷. Parallèlement, les parents devraient comprendre que dès lors qu'un accord de médiation produit des effets juridiques dans un État, d'autres mesures peuvent être nécessaires pour lui donner effet dans les autres systèmes juridiques concernés dans leur affaire¹⁰⁸.

- 70 Idéalement, les parties devraient avoir accès à des informations juridiques appropriées tout au long du processus de médiation. C'est pourquoi de nombreux médiateurs travaillant dans le domaine de l'enlèvement international d'enfants encouragent les parties à conserver des représentants juridiques spécialisés tout au long de la médiation. Des informations utiles peuvent être également données par les Autorités centrales ou les Points de contact centraux pour la médiation familiale internationale¹⁰⁹.

2.4 Origines culturelles et religieuses différentes

→ Il est souhaitable que la médiation dans le cadre de différends familiaux internationaux tienne compte des différences éventuelles de cultures et de religions des parties.

- 71 L'une des difficultés inhérentes à la médiation familiale internationale en général est que les parties ont souvent des origines culturelles et religieuses différentes. Elles peuvent avoir des valeurs et des attentes diamétralement opposées sur de nombreux aspects de l'exercice de la responsabilité parentale, tels que l'éducation de leurs enfants¹¹⁰. Ces différences de culture et de religion peuvent aussi influencer la manière dont les parties communiquent l'une avec l'autre et avec le médiateur¹¹¹. Celui-ci doit savoir qu'une partie du différend familial peut résulter d'incompréhensions liées à l'absence de reconnaissance des spécificités culturelles de l'autre partie¹¹².
- 72 Il est recommandé que les médiateurs intervenant dans ces affaires aient une bonne compréhension de l'origine culturelle et religieuse des parties¹¹³. Une formation spécifique est nécessaire à cet égard¹¹⁴. Lorsque le choix au sein d'un groupe de médiateurs spécialisés est possible, il peut être utile de faire appel à des médiateurs possédant une bonne connaissance de l'origine culturelle et religieuse des parties ou ayant la même origine qu'une des parties et possédant une bonne connaissance de la culture et de la religion de l'autre partie.

¹⁰⁷ Voir le chapitre 12.

¹⁰⁸ Voir les chapitres 12 et 13.

¹⁰⁹ Sur le rôle des Autorités centrales et d'autres organismes dans la facilitation de l'accès aux informations et celui des représentants des parties, voir la section 4.1 *infra*.

¹¹⁰ Voir par ex. K.K. Kovach, *Mediation in a nutshell*, St. Paul, 2003, p. 55, 56 ; D. Ganancia, « La médiation familiale internationale », *Èrès*, Ramonville-Saint-Agne 2007, 132 ff ; R. Chouchani Hatem, « La différence culturelle vécue au quotidien dans les couples mixtes franco-libanais », *Revue Scientifique de L'AIFI*, Vol. 1, No 2, automne 2007, p. 43 à 71 ; K. Kriegel, « Interkulturelle Aspekte und ihre Bedeutung in der Mediation », dans S. Kiesewetter et C.C. Paul (dir. pub.), *Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten - Rechtliche Grundlagen, Interkulturelle Aspekte, Handwerkszeug für Mediatoren, Einbindung ins gerichtliche Verfahren, Muster und Arbeitshilfen*, Verlag C.H. Beck, 2009, p. 91 à 104 ; M. A. Kucinski, « Culture in International Parental Kidnapping Mediations », *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2009, p. 555 à 582, p. 558 et s.

¹¹¹ Voir par ex. K.K. Kovach (*loc. cit.* note 110), qui souligne que dans certaines cultures, le contact visuel peut être considéré comme une insulte ou une marque de manque de respect, tandis que dans la plupart des cultures occidentales, c'est au contraire un signe d'écoute active. D. Ganancia, « La médiation familiale internationale » (*id.*), 132 ff.

¹¹² Voir K.K. Kovach (*op. cit.* note 110), p. 56.

¹¹³ Voir aussi *infra* la section 6.1.8.

¹¹⁴ Voir le chapitre 3 sur la formation du médiateur.

- 73 Le modèle de la médiation « binationale » est appliqué avec succès dans certains dispositifs de médiation et a été expressément mis en place pour les enlèvements internationaux d'enfants impliquant des parents originaires de différents États¹¹⁵. Dans ce modèle, la nécessité d'une bonne compréhension des origines culturelles des parties est satisfaite en faisant appel, en comédiation, à deux médiateurs originaires des deux États concernés, chacun connaissant l'autre culture. Dans ce contexte, le qualificatif « binationale » pourrait aussi bien s'entendre comme « biculturelle ». Il faut souligner que les médiateurs sont neutres et impartiaux et ne représentent pas l'une ou l'autre partie¹¹⁶.

2.5 Difficultés linguistiques

→ En médiation, chaque partie devrait autant que possible pouvoir parler la langue dans laquelle elle est à l'aise.

- 74 Une autre difficulté se pose en matière de médiation familiale internationale lorsque les parties n'ont pas la même langue maternelle. Dans ce cas, elles peuvent préférer parler leur langue maternelle en médiation, au moins temporairement, et cela même lorsqu'une des parties maîtrise la langue de l'autre ou parle facilement une autre langue que sa langue maternelle dans leurs échanges quotidiens. Dans la situation empreinte d'une forte charge émotionnelle que constitue une discussion sur leur différend, les parties peuvent simplement préférer s'exprimer dans leur langue maternelle, et cela peut aussi leur donner le sentiment d'être sur un pied d'égalité.
- 75 D'un autre côté, les parties qui ne parlent pas la même langue maternelle peuvent préférer parler une troisième langue en médiation, c'est-à-dire une langue qui n'est la langue maternelle d'aucune des parties, ou bien une partie peut accepter de parler la langue de l'autre. En tout état de cause, le médiateur doit avoir conscience des risques d'incompréhension supplémentaires dus à des difficultés linguistiques.
- 76 Dans la mesure du possible, il convient de respecter les souhaits des parties concernant la ou les langues de médiation. Idéalement, le ou les médiateurs doivent comprendre et parler ces langues¹¹⁷. La comédiation permet l'intervention de médiateurs qui parlent couramment les mêmes langues maternelles que celles des parties ou qui possèdent une bonne connaissance de l'autre langue concernée (dans ce cas, la comédiation est dite « bilingue »)¹¹⁸. La comédiation peut également faire intervenir un médiateur uniquement locuteur de la langue maternelle d'une partie et un autre médiateur parlant couramment les deux langues en présence. Dans ce cas cependant, le médiateur qui parle les deux langues jouera en partie le rôle d'un interprète.
- 77 La meilleure solution est évidemment de donner aux parties la possibilité de communiquer directement en médiation dans la langue qu'elles préfèrent, mais cela s'avère parfois impossible. La communication dans la langue préférée pourrait être également facilitée par un recours à l'interprétation. Lorsque l'interprétation est une possibilité, l'interprète doit être choisi soigneusement et doit être bien préparé et averti du caractère très sensible des échanges et de l'atmosphère émotionnelle de la médiation afin de ne pas ajouter d'autres risques d'incompréhension qui compromettraient une solution amiable. En outre, les protections relatives à la confidentialité des communications intervenant en médiation doivent être étendues aux interprètes¹¹⁹.

¹¹⁵ Projet germano-français de médiation professionnelle binationale (2003-2006) ; projet germano-américain de médiation binationale ; projet germano-polonais de médiation binationale ; voir aussi la section 6.2.3.

¹¹⁶ Voir d'autres informations au chapitre 6, section 6.2.3 *infra*.

¹¹⁷ Voir aussi la section 3.3 sur les listes de médiateurs.

¹¹⁸ Tous les programmes de médiation binationale évoqués *supra* à la note 115 sont des programmes de médiation bilingue.

¹¹⁹ Sur la confidentialité, voir la section 6.1.5 *infra*.

2.6 Distance

→ **L'organisation des séances de médiation et les modalités fixées dans l'accord de médiation doivent tenir compte de la distance géographique entre les parties.**

- 78 La distance géographique entre les parties est une autre difficulté de la médiation dans le contexte de l'enlèvement international d'enfants. La distance qui sépare l'État de la résidence habituelle de l'enfant, où réside le parent resté sur place, de l'État où l'enfant a été emmené peut être considérable.
- 79 D'une part elle peut affecter l'organisation pratique des séances de médiation, d'autre part, elle peut influencer la teneur de la solution trouvée par voie de médiation, laquelle devra peut-être tenir compte de la possibilité que subsiste à l'avenir une distance géographique considérable entre les parents. Il en va ainsi par exemple si le parent resté sur place a consenti au déménagement de l'enfant avec le parent ayant emmené l'enfant ou en cas de retour de l'enfant dans l'État de résidence habituelle si le parent ayant emmené l'enfant décide de rester à l'étranger.
- 80 Pour ce qui est de l'organisation d'une séance de médiation, la distance entre les parties et le montant élevé que peuvent atteindre les frais de déplacement ont une incidence sur le lieu de médiation approprié et sur l'opportunité d'une médiation directe ou indirecte. Ces deux questions sont examinées ci-dessous (le lieu de la médiation à la section 4.4 et la question de la médiation directe ou indirecte à la section 6.2). Les moyens de communication modernes comme les liaisons vidéo ou les communications sur Internet peuvent évidemment faciliter la médiation¹²⁰.
- 81 Concernant la teneur d'un possible accord de médiation permettant l'exercice transfrontière du droit de garde ou du droit d'entretenir un contact, c'est-à-dire lorsque les parents décident de résider dans des pays différents, la distance géographique et les frais de déplacement qu'elle induit doivent être dûment pris en considération. L'organisation négociée entre les parties doit être réaliste et faisable au plan du temps et des frais. Ce sujet sera approfondi au chapitre 11 (« Réalisme »).

2.7 Visas et immigration

- **Toutes les mesures appropriées devraient être prises pour faciliter la délivrance des documents de voyage nécessaires, tels qu'un visa, à un parent qui souhaite participer en personne à une séance de médiation dans un autre État.**
- **Toutes les mesures appropriées devraient être prises pour faciliter la délivrance des documents de voyage nécessaires, tels qu'un visa, à un parent qui a besoin d'entrer sur le territoire d'un autre pays pour exercer son droit de garde ou son droit d'entretenir un contact avec son enfant.**
- **L'Autorité centrale devrait prendre toutes les mesures appropriées pour aider les parents à obtenir les documents nécessaires en leur donnant des informations et des conseils ou en facilitant l'obtention de services particuliers.**

- 82 Les problèmes de visa et d'immigration aggravent souvent les difficultés liées aux différends familiaux internationaux. Afin de promouvoir une résolution amiable de ces conflits, il est souhaitable que les États prennent des mesures garantissant qu'un parent resté sur place puisse obtenir les documents de voyage dont il a besoin pour participer à une séance de médiation dans

¹²⁰ Voir *infra* la section 4.4 pour plus de précisions.

le pays où l'enfant a été emmené ou de prendre part à une procédure judiciaire¹²¹. Parallèlement, il est recommandé que les États prennent des mesures pour faciliter la délivrance des documents de voyage dont le parent ayant emmené l'enfant a besoin pour revenir dans l'État de la résidence habituelle de l'enfant aux fins d'une médiation ou d'une procédure judiciaire¹²².

- 83 La délivrance de documents de voyage peut également jouer un rôle important dans le résultat d'une procédure judiciaire ou d'une médiation dans un différend parental international. Ainsi, lorsque le retour de l'enfant est ordonné à l'issue d'une procédure relevant de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, le parent ayant emmené l'enfant peut avoir besoin de documents de voyage pour revenir dans l'État de la résidence habituelle de l'enfant avec celui-ci. Il est souhaitable que les États facilitent la délivrance des documents de voyage nécessaires dans ces affaires. La même recommandation s'applique lorsque le parent ayant emmené l'enfant décide de remettre volontairement l'enfant, notamment lorsque le retour de l'enfant et du parent a été convenu en médiation. Les considérations de visa et d'immigration ne devraient pas non plus faire obstacle à l'exercice transfrontière du droit d'entretenir un contact ; le droit des enfants à avoir des contacts avec leurs deux parents, soutenu par la CNUDE, doit être préservé¹²³.
- 84 L'Autorité centrale devrait aider les parents à obtenir le plus rapidement possible les documents de voyage nécessaires en leur donnant des informations et des conseils ou en apportant une assistance à la demande des visas dont ils peuvent avoir besoin¹²⁴.

2.8 Procédure pénale contre le parent ayant emmené l'enfant

- La médiation dans les affaires d'enlèvement international d'enfants doit tenir compte des poursuites pénales éventuellement engagées contre le parent ayant emmené l'enfant dans le pays où celui-ci se trouvait lorsqu'il a été enlevé.
- Lorsque des poursuites pénales ont été engagées, la question doit être abordée en médiation. Une étroite coopération entre les autorités judiciaires et administratives concernées peut être nécessaire pour qu'une procédure pénale en cours ne fasse pas échec à un accord trouvé en médiation.

- 85 Bien que la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 ne règle que les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, une procédure pénale contre le parent ayant emmené l'enfant dans le pays de la résidence habituelle de l'enfant peut influencer la procédure de retour fondée

¹²¹ Voir, sur l'assistance possible en matière de visas et de questions d'immigration, les Profils des États en vertu de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 établis par le Bureau Permanent, finalisés en 2011 (disponibles à l'adresse < www.hcch.net >, sous la rubrique « Espace Enlèvement d'enfants »), aux sections 10.3 j) et 10.7 l).

¹²² Voir aussi les Conclusions et Recommandations de la première partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale (*op. cit.* note 38), Recommandation No 31.

¹²³ Voir aussi le Guide de bonnes pratiques sur les contacts transfrontières (*op. cit.* note 16), section 4.4., p. 21, 22.

¹²⁴ *Ibid.* Voir aussi les Conclusions et Recommandations de la première partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale (*op. cit.* note 38), Recommandation No 31 :

« Lorsque des difficultés en matière d'immigration apparaissent comme susceptibles d'affecter la capacité d'un enfant ou d'un parent ravisseur (non-ressortissants) de pouvoir retourner dans l'État requérant ou comme susceptibles d'affecter la capacité d'une personne à pouvoir exercer un contact ou un droit de visite, l'Autorité centrale devrait répondre rapidement aux demandes d'informations afin d'aider une personne à obtenir, sans délai, les autorisations ou permissions (visas) nécessaires auprès des organismes et autorités compétentes de son État. Les États devraient agir dans les plus brefs délais lorsqu'il s'agit de délivrer des autorisations ou visas à cet effet et sensibiliser leurs autorités nationales compétentes en matière d'immigration quant au rôle essentiel qu'elles jouent dans la réalisation des objectifs de la Convention de 1980 ».

sur la Convention de 1980¹²⁵. Les chefs d'accusation pénale peuvent comprendre l'enlèvement d'enfant, l'outrage au tribunal et des infractions relatives aux passeports. Dans certains cas, une procédure pénale pendante dans l'État de résidence de l'enfant avant l'enlèvement peut amener la juridiction saisie de la demande de retour fondée sur la Convention de 1980 à refuser le retour de l'enfant, en particulier dans l'hypothèse où l'enfant a été enlevé par le parent qui en avait effectivement la garde, lorsque la décision de retour conduirait à séparer ce parent de l'enfant¹²⁶ et que cette séparation – eu égard à l'âge de l'enfant ou à d'autres circonstances – constituerait un risque physique ou psychologique grave au sens de l'article 13(1) *b*) de la Convention de 1980¹²⁷.

- 86 Les moyens par lesquels des poursuites pénales peuvent être engagées à l'encontre du parent ayant emmené l'enfant et le fait de savoir si et dans quelle mesure le parent resté sur place a une influence sur l'ouverture d'une procédure pénale liée à l'enlèvement de l'enfant dépendront du système juridique concerné et des circonstances de l'affaire. Il convient de noter que même dans le cas où une procédure pénale a été engagée sur la requête ou avec le consentement du parent resté sur place, la décision d'interrompre des poursuites pénales pourrait être réservée au procureur ou au tribunal. De ce fait, si les poursuites au pénal engagées contre le parent ayant emmené l'enfant constituent un obstacle au retour de ce dernier, il est possible que le parent resté sur place n'ait que peu d'influence pour lever cet obstacle, que les accusations pénales aient ou non été portées à sa requête ou avec son consentement.
- 87 Dans le cadre de la médiation dans les affaires d'enlèvement international d'enfants, il est important de tenir compte du fait que des poursuites pénales, en particulier dans le cas de menace d'emprisonnement du parent ayant emmené l'enfant, aient pu être engagées ou qu'un risque existe que de telles poursuites puissent être engagées dans le futur, et ce même après le retour convenu du parent ayant emmené l'enfant et de l'enfant. Étant donné les implications possibles de ces poursuites, il est indispensable d'aborder la question en médiation.
- 88 Dans la mesure du possible, il est souhaitable que les Autorités centrales et les juridictions concernées aident les parties à obtenir les informations générales nécessaires sur les lois gouvernant l'introduction et l'abandon des poursuites pénales et sur le statut spécifique de ces procédures. Une étroite coopération entre les autorités judiciaires et administratives concernées peut être nécessaire pour que la procédure pénale ne soit pas pendante avant de mettre en œuvre un accord de médiation prévoyant le retour du parent ayant emmené l'enfant ou de l'enfant dans l'État où ce dernier résidait avant l'enlèvement, ou qu'aucune procédure pénale ne puisse être

125 Les réponses au Questionnaire de 2006 ont montré qu'on considère souvent, mais pas toujours, que les procédures pénales ont un effet négatif, voir la question No 19 du « Questionnaire sur le fonctionnement pratique de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* (Comprenant des questions relatives à la mise en œuvre de la *Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants*) », établi par le Bureau Permanent, Doc. pré-l. No 1 d'avril 2006 à l'intention de la Cinquième réunion de la Commission spéciale (octobre / novembre 2006) ; voir également le « Rapport sur la Cinquième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* et la mise en œuvre de la *Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants* (30 octobre – 9 novembre 2006) », établi par le Bureau Permanent, mars 2007, p. 56 ; les deux documents sont disponibles à l'adresse < www.hcch.net >, sous la rubrique « Espace Enlèvement d'enfants ».

126 Car la seule alternative offerte au parent serait de ne pas remettre l'enfant ou d'être incarcéré à son retour.

127 « Ce problème a parfois été évité en suspendant l'exécution de la décision de retour jusqu'à ce que les charges à l'encontre du parent qui a emmené l'enfant aient été abandonnées », voir le Guide de bonnes pratiques sur les contacts transfrontières (*op. cit.* note 16), section 4.4, p. 23, 24 et note 118.

engagée après le retour du parent ayant emmené l'enfant et de l'enfant. En ce qui concerne la coopération entre les autorités judiciaires concernées, le Réseau international de juges de La Haye peut être particulièrement utile¹²⁸.

- 89 Les Profils des États en vertu de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 donnent des informations générales sur les aspects pénaux de l'enlèvement international d'enfants dans les différents États contractants, notamment sur les personnes en mesure d'engager, d'abandonner ou de suspendre des poursuites pénales relatives au déplacement ou au non-retour illicite d'un enfant¹²⁹.

3 Formation spécialisée à la médiation dans le contexte d'un enlèvement international d'enfants / Protection de la qualité de la médiation

3.1 Formation du médiateur – Règles et principes existants

- 90 Pour garantir la qualité de la médiation, il est indispensable que ceux qui conduisent une médiation aient suivi une formation appropriée. Quelques États ont légiféré dans le domaine de la formation des médiateurs ou des qualifications ou de l'expérience¹³⁰ qu'une personne doit posséder pour obtenir un certain titre ou être enregistrée en tant que médiateur ou pour être autorisée à conduire une médiation ou certaines formes de médiation (par ex. une médiation financée par l'État).
- 91 Ainsi, l'Autriche a établi un registre d'État des médiateurs en 2004. Pour y être inscrits, les médiateurs doivent satisfaire à des obligations de formation réglementée¹³¹. L'enregistrement n'est valable que pour une durée de cinq ans ; le renouvellement impose d'apporter la preuve du respect des obligations de formation continue énoncées dans la loi¹³².

¹²⁸ Pour plus d'informations sur le Réseau international de juges de La Haye et le fonctionnement des communications judiciaires directes, voir « Règles émergentes relatives au développement du Réseau international de juges de La Haye et projet de Principes généraux relatifs aux communications judiciaires, y compris les garanties communément acceptées pour les communications judiciaires directes dans des affaires particulières dans le contexte du Réseau international de juges de La Haye », document établi par le Bureau Permanent, Doc. pré-l. No 3 A de mars 2011 et P. Lortie, « Rapport relatif aux communications entre juges concernant la protection internationale de l'enfant », Doc. pré-l. No 3 B d'avril 2011, tous deux à l'intention de la Commission spéciale de juin 2011 et disponibles à l'adresse < www.hcch.net >, sous la rubrique « Espace Enlèvement d'enfants ».

¹²⁹ Voir la section 11.3 des Profils des États en vertu de la Convention de 1980 (*supra* note 121).

¹³⁰ Les États suivants ont indiqué dans leur Profil d'État en vertu de la Convention de 1980 (*supra* note 121) que la législation sur la médiation (et pour certains États, la législation spécifique à la médiation familiale) aborde les questions des qualifications et de l'expérience que doivent posséder les médiateurs : **Argentine, Belgique, Espagne, États-Unis d'Amérique, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Norvège, Panama, Paraguay, Pologne, Roumanie, Slovaquie et Suisse.**

¹³¹ Voir *Bundesgesetz über die Mediation in Zivilrechtssachen (ZivMediatG)* du 6 juin 2003, disponible à l'adresse < http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/2003_29_1/2003_29_1.pdf > (dernière consultation le 16 juin 2012) et *Zivilrechts-Mediations-Ausbildungsverordnung (ZivMediatAV)* du 22 janvier 2004, disponible à l'adresse < http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2004_II_47/BGBLA_2004_II_47.html > (dernière consultation le 16 juin 2012).

¹³² Voir art. 13 et 20 du *Bundesgesetz über die Mediation in Zivilrechtssachen (ZivMediatG)* du 6 juin 2003 (*supra* note 131).

- 92 La France a elle aussi légiféré sur la formation à la médiation en matière familiale et pénale¹³³. Un diplôme d'État de médiateur familial a été créé en 2004¹³⁴. Seuls sont admissibles les candidats ayant une expérience professionnelle ou un diplôme national dans le secteur social ou de la santé¹³⁵; ils doivent avoir passé avec succès la procédure de sélection¹³⁶. Le contenu de la formation est précisément réglementé et comprend 560 heures de formation en droit, psychologie et sociologie notamment, dont 70 heures sont consacrées à une formation pratique¹³⁷. Le diplôme peut être également obtenu par reconnaissance de l'expérience professionnelle¹³⁸.
- 93 Dans nombre des systèmes juridiques dont la loi ne réglemente pas la formation des médiateurs, les organisations et associations de médiation, afin de garantir la qualité de la médiation, ont instauré des obligations minimales de formation que les médiateurs doivent remplir pour rejoindre le réseau. Toutefois, souvent en raison de l'absence de point de référence central relatif aux conditions de formation à remplir pour le système juridique, il n'y a pas d'approche uniforme des normes de formation.
- 94 L'Angleterre et le Pays de Galles offrent un exemple de système juridique dans lequel les obligations de formation ont évolué indirectement par l'autorégulation: seuls les médiateurs ayant suivi la formation reconnue de la *Legal Services Commission* (LSC) et ayant réussi l'examen intitulé *Assessment of Competence for family mediation* de la LSC sont autorisés à entreprendre des médiations financées par l'État¹³⁹.
- 95 En outre, la question de la formation des médiateurs est abordée dans plusieurs instruments non contraignants nationaux¹⁴⁰ et régionaux, tels que des principes de médiation et des codes de conduite¹⁴¹ ou des recommandations¹⁴². Cependant, il n'y a pas nécessairement de consensus entre les différents organes qui promeuvent la formation à la médiation sur les normes de formation. D'autre part, nombre des règles et principes abordent la formation des médiateurs de manière générale sans traiter spécifiquement de la médiation familiale, et a fortiori de la médiation familiale internationale.

133 Voir K. Deckert, « Mediation in Frankreich – Rechtlicher Rahmen und praktische Erfahrungen », K.J. Hopt et F. Steffek (*op. cit.* note 2), p. 183 à 258, p. 242, 243.

134 Voir Décret No 2003-1166 du 2 décembre 2003 portant création du diplôme d'État de médiateur familial et Arrêté du 12 février 2004 relatif au diplôme d'État de médiateur familial – Version consolidée au 28 juillet 2007, disponible à l'adresse < <http://www.legifrance.gouv.fr> > (dernière consultation le 16 juin 2012) ; voir également S. Vigers, Note relative au développement de la médiation, de la conciliation et de moyens similaires (*op. cit.* note 33), 7, p. 22.

135 Voir pour plus de renseignements Arrêté du 12 février 2004 relatif au diplôme d'État de médiateur familial – Version consolidée au 28 juillet 2007 (*supra* note 134), art. 2.

136 *Ibid.*, art. 3.

137 *Ibid.*, art. 4 et s.

138 La reconnaissance de l'expérience professionnelle s'effectue en deux temps : les autorités publiques évaluent d'abord l'admissibilité du demandeur ; ensuite, un panel d'examineurs détermine les compétences acquises par l'expérience, voir aussi S. Vigers, Note relative au développement de la médiation, de la conciliation et de moyens similaires (*op. cit.* note 33), 7, p. 22.

139 Voir Legal Services Commission, *Mediation Quality Mark Standard*, 2^e éd. septembre 2009, disponible à l'adresse : < http://www.legalservices.gov.uk/docs/cls_main/MQM_Standard_Sep09_with_cover.pdf > (dernière consultation le 16 juin 2012).

140 Voir par ex. concernant un modèle de formation établi par le *National Centre for Mediation and Conflict Resolution* du Ministère de la Justice d'Israël, E. Liebermann, Y. Foux-Levy et P. Segal, « Beyond Basic Training – A Model for Developing Mediator Competence », *Conflict Resolution Quarterly* 23 (2005) p. 237 à 257.

141 Par ex. le Code de conduite européen pour les médiateurs (*supra* note 58), qui énonce plusieurs principes auxquels les médiateurs peuvent souscrire sur une base volontaire, dispose que « [l]es médiateurs doivent être compétents et bien connaître la procédure de médiation » et souligne qu'« [i]ls doivent notamment posséder une bonne formation de départ et se recycler constamment sur le plan théorique et pratique [...] », voir Point I.I.

142 Voir aussi « Legislating for Alternative Dispute Resolution – A Guide for Government Policy-Makers and Legal Drafters », novembre 2006, p. 49 et s., établi par l'*Australian National Alternative Dispute Resolution Advisory Council* (NADRAC) (Conseil consultatif australien pour la résolution alternative des différends), disponible à l'adresse : < <http://www.nadrac.gov.au/publications/PublicationsByDate/Pages/LegislatingforAlternativeDisputeResolution.aspx> > (dernière consultation le 16 juin 2012).

- 96 Notons parmi les initiatives régionales pour la promotion de normes de formation des médiateurs en matière de médiation familiale celle de l'AIFI¹⁴³, une organisation interdisciplinaire non gouvernementale qui compte des membres en Europe et au Canada. Le Guide AIFI de bonnes pratiques en médiation familiale à distance et internationale, établi en 2008, aborde la question de la formation spécialisée et de l'accréditation pour la médiation familiale internationale¹⁴⁴. Le Groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME) est une autre organisation active dans ce domaine de la médiation¹⁴⁵. Fédérant plusieurs sections nationales, il met en contact des juges de différents États européens en vue de promouvoir les mécanismes de résolution amiable des différends, en particulier la médiation. En 2006, GEMME France a publié un Guide pratique à l'usage des magistrats prescripteurs de médiation, qui aborde également la formation des médiateurs et la déontologie¹⁴⁶.
- 97 Quelques instruments régionaux non contraignants en matière de médiation encouragent les États à mettre en place des structures appropriées pour garantir la qualité de la médiation. Ainsi, la Recommandation du Conseil de l'Europe No R (98) 1 sur la médiation familiale invite les États à veiller à l'existence « de procédures pour la sélection, la formation et la qualification des médiateurs » et souligne que, « [c]ompte tenu des spécificités de la médiation internationale, les médiateurs internationaux devraient être tenus de suivre une formation complémentaire spécifique »¹⁴⁷. Par ailleurs, la Recommandation Rec 2002(10) du Conseil de l'Europe sur la médiation en matière civile demande aux États d'« envisager de prendre des mesures pour promouvoir l'adoption de normes appropriées pour la sélection, la responsabilité, la formation et la qualification des médiateurs, y compris les médiateurs traitant de questions internationales »¹⁴⁸. D'autre part, la Directive européenne sur la médiation, qui est un instrument régional contraignant, impose que les États membres de l'Union européenne « promeuvent la formation initiale et continue de médiateurs afin de garantir que la médiation soit menée avec efficacité, compétence et impartialité à l'égard des parties »¹⁴⁹.

3.2 Formation spécifique à la médiation dans le contexte d'un enlèvement international d'enfants

- La médiation dans les affaires d'enlèvement international d'enfants devrait être réservée à des médiateurs familiaux expérimentés, ayant de préférence suivi une formation spécifique à la médiation dans le contexte de l'enlèvement international d'enfants.
- Les médiateurs intervenant dans ce domaine doivent suivre une formation continue pour entretenir leurs compétences professionnelles.
- Les États devraient soutenir l'instauration de programmes et de normes de formation à la médiation familiale et à la médiation dans les affaires d'enlèvement international d'enfants.

- 98 Compte tenu des particularités de la médiation dans le contexte des enlèvements internationaux d'enfants, la médiation dans ces affaires devrait être réservée aux médiateurs familiaux expérimentés ayant de préférence suivi une formation spécialisée à la médiation familiale internationale et, plus particulièrement, à la médiation dans les affaires d'enlèvement international

¹⁴³ Association internationale francophone des intervenants auprès des familles séparées.

¹⁴⁴ Voir art. 5.

¹⁴⁵ Le site Internet de GEMME est à l'adresse < www.gemme.eu/fr >.

¹⁴⁶ Le Guide est publié sur le site de GEMME à l'adresse : <<http://www.gemme.eu/nation/france/article/le-guide>> (dernière consultation le 16 juin 2012).

¹⁴⁷ *Supra* note 52, voir parties II, c) et VIII e).

¹⁴⁸ *Supra* note 53, voir Principe V.

¹⁴⁹ Voir art. 4 de la Directive européenne sur la médiation (*supra* note 5).

d'enfants¹⁵⁰. Idéalement, les médiateurs moins expérimentés ne devraient intervenir qu'en comédiation avec des médiateurs expérimentés.

- 99 La formation devrait préparer le médiateur à gérer les difficultés particulières de l'enlèvement international d'enfants exposées plus haut tout en s'appuyant sur les bases d'une formation ordinaire à la médiation¹⁵¹.
- 100 De manière générale, le médiateur doit posséder les connaissances socio-psychologiques et juridiques nécessaires pour conduire une médiation dans des affaires familiales très conflictuelles. Il doit avoir suivi une formation adaptée lui permettant d'évaluer l'opportunité d'une médiation dans chaque cas. Il doit pouvoir déterminer la capacité des parties à suivre une médiation, par exemple déceler les troubles mentaux et les difficultés langagières, et reconnaître les violences domestiques et les maltraitements d'enfants et en tirer les conclusions qui s'imposent.
- 101 En outre, il est souhaitable que la formation à la médiation familiale internationale couvre l'acquisition ou l'approfondissement des compétences transculturelles et linguistiques nécessaires.
- 102 Parallèlement, la formation doit transmettre des connaissances sur les instruments juridiques régionaux et internationaux et sur la loi nationale applicable. Même si le rôle du médiateur n'est pas de dispenser des conseils juridiques, des connaissances juridiques élémentaires sont indispensables dans les affaires familiales transfrontières. Elles permettent au médiateur de comprendre la situation d'ensemble et de conduire sa médiation de manière responsable.
- 103 En matière d'enlèvement international d'enfants, une médiation responsable suppose d'encourager les parents à se centrer sur les besoins des enfants et de leur rappeler qu'ils ont la responsabilité première du bien-être de leurs enfants. Cela souligne qu'il est impératif qu'ils informent et consultent leurs enfants et attire l'attention des parties sur le fait que leur solution amiable ne peut être pérenne que si elle est conforme aux deux (à tous les) systèmes juridiques concernés et si elle est rendue légalement contraignante dans ces systèmes juridiques, sachant que ces aspects nécessiteront les conseils juridiques d'un expert. Une formation spécialisée est nécessaire pour la médiation incluant l'enfant, qui tient compte des vues de l'enfant dans les affaires d'enlèvement.
- 104 Les médiateurs intervenant dans le contexte d'un enlèvement international d'enfants doivent suivre une formation continue pour entretenir leurs compétences professionnelles.
- 105 L'instauration de programmes de formation à la médiation et la poursuite de l'élaboration de normes à la médiation familiale transfrontière et à la médiation dans les affaires d'enlèvement international d'enfants devraient être soutenues par les États.

3.3 Création de listes de médiateurs

→ **Les États devraient envisager de soutenir l'établissement de listes de médiateurs familiaux accessibles au public permettant de trouver des médiateurs spécialisés.**

- 106 Afin de promouvoir l'établissement de structures de médiation pour les conflits familiaux internationaux, il est recommandé que les États réfléchissent à l'opportunité d'encourager la mise en place, à l'échelle nationale ou supranationale, de listes de médiateurs accessibles au public qui

150 Voir aussi la Recommandation No R (98) 1 du Conseil de l'Europe sur la médiation familiale (*supra* note 52), paragraphe VIII (Questions internationales) : « e. Compte tenu des spécificités de la médiation internationale, les médiateurs internationaux devraient être tenus de suivre une formation complémentaire spécifique. »

151 Un exemple de formation spécialisée est le projet cofondé par le projet TIM (Training in international family mediation) de l'Union européenne, qui vise à créer un réseau de médiateurs familiaux internationaux en Europe, voir le site Internet du réseau < <http://www.crossbordermediator.eu> >. Plus d'informations sur le projet TIM, qui est exécuté par l'ONG belge *Child Focus* en coopération avec l'Université catholique de Louvain et l'organisme allemand spécialiste de la médiation MiKK e.V. avec le Soutien du *Dutch Centre for International Child Abduction*, sont disponibles sur le site Internet de MiKK e.V. à l'adresse : < <http://www.mikk-ev.de/english/eu-training-project-tim/> > (dernière consultation le 16 juin 2012).

permettent de trouver un médiateur et des services de médiation spécialisés¹⁵². Dans l'idéal, ces listes indiqueraient les coordonnées des médiateurs et donneraient des renseignements sur leur domaine de spécialité, leur formation, leurs compétences linguistiques et interculturelles et leur expérience.

- 107 Les États peuvent également faciliter la communication d'informations sur les services de médiation familiale internationale spécialisée proposés sur leur territoire par le biais d'un Point de contact central pour la médiation familiale internationale¹⁵³.

3.4 Préserver la qualité de la médiation

- Les services de médiation intervenant dans le cadre de conflits familiaux transfrontières devraient être suivis et évalués, de préférence par un organisme neutre.
- Les États sont encouragés à soutenir l'instauration de critères communs pour l'évaluation des services de médiation.

- 108 Pour préserver la qualité de la médiation familiale internationale, il est souhaitable que les services de médiation soient suivis et évalués, idéalement par un organisme neutre. À défaut d'un tel organisme, les médiateurs et les organismes de médiation devraient eux-mêmes établir des règles transparentes de suivi et d'évaluation de leurs services. Il serait en particulier opportun que les parties puissent donner leur opinion sur la médiation et qu'une procédure de réclamation soit prévue.
- 109 Les médiateurs et les organismes de médiation intervenant dans les affaires d'enlèvement international d'enfants devraient avoir une démarche structurée et professionnelle de l'administration, de la tenue des registres et de l'évaluation des services et avoir accès au soutien administratif et professionnel requis¹⁵⁴.
- 110 Les États devraient œuvrer à l'établissement de critères communs pour l'évaluation des services de médiation.

152 La France par ex., un des premiers États à avoir établi un Point de contact central pour la médiation familiale internationale, prépare une liste centrale de médiateurs spécialisés ; l'Autriche a établi un registre central des médiateurs en 2004 (voir pour plus de précisions le para. 91 *supra*), qui est disponible à l'adresse : < <http://www.mediatoren.justiz.gv.at/mediatoren/mediatorenliste.nsf/contentByKey/VSTR-7DXPU8-DE-p> > (dernière consultation le 16 juin 2012). En outre, les Profils des États en vertu de la Convention de 1980 (*supra* note 121) indiquent que des listes de médiateurs sont disponibles (même s'il n'existe pas nécessairement de liste centrale) dans les systèmes juridiques suivants, et citent les organismes auprès desquels ces listes peuvent être obtenues : Argentine, Belgique, Chine (RAS de Hong Kong), Danemark, Espagne, Estonie, États-Unis d'Amérique, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Norvège, Panama, Paraguay, Pologne, Roumanie, Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles, Irlande du Nord), Slovaquie, Suisse et République tchèque.

153 Sur les Points de contact centraux pour la médiation familiale internationale, voir la section 4.1 *infra*.

154 Voir les Principes pour la mise en œuvre de structures de médiation en l'annexe 1 *infra*.

4 Accès à la médiation

- L'Autorité centrale ou un Point de contact central pour la médiation familiale internationale devrait donner des informations sur les services de médiation disponibles en cas d'enlèvement international d'enfants et d'autres renseignements connexes, tels les coûts de médiation.
- Les États contractants à la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et aux autres Conventions de La Haye applicables¹⁵⁵ sont encouragés à établir un Point de contact central pour la médiation familiale internationale afin de faciliter l'accès aux informations sur les services de médiations proposés et sur les questions connexes pour les conflits familiaux concernant des enfants, ou à confier cette tâche à leurs Autorités centrales.

- III Il est important de faciliter l'accès à la médiation. Cela suppose d'abord d'informer les parties qui envisagent une médiation sur les services de médiation proposés dans l'État concerné et de leur donner d'autres renseignements liés.
- II2 Il faut souligner que les Principes pour la mise en œuvre de structures de médiation¹⁵⁶ établis par le Groupe de travail sur la médiation dans le cadre du Processus de Malte, dont l'objectif est d'établir des structures pour la médiation familiale transfrontière, invitent les États qui acceptent de mettre en œuvre ces Principes à établir « un Point de contact central pour la médiation » qui devrait, entre autres, « fournir des informations sur les services de médiation familiale disponibles dans le pays en question », tels qu'une liste de médiateurs et d'organisations offrant des services de médiation familiale en matière de différends familiaux internationaux, des renseignements concernant les coûts d'une médiation et d'autres informations. En outre, les Principes demandent au Point de contact central de « fournir des informations au sujet des organismes susceptibles de fournir des conseils en matière de droit de la famille et les procédures juridiques, [...] sur la façon de conférer à l'accord de médiation un caractère obligatoire [ainsi que] sur le caractère exécutoire de l'accord de médiation ».
- II3 Selon ces Principes, ces « informations devraient être fournies dans la langue officielle de l'État en question ainsi qu'en anglais ou en français ». En outre, conformément à ces mêmes Principes, « le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye devrait être informé des coordonnées pertinentes du Point de contact central, notamment l'adresse postale, le numéro de téléphone, l'adresse électronique de celui-ci, ainsi que le nom de la ou des personnes responsables, et des langues qu'elles utilisent » et « [l]es demandes d'information ou d'assistance adressées au Point de contact central devraient être traitées avec célérité ».
- II4 Bien que ces Principes aient été rédigés en vue d'établir des structures de médiation transfrontière pour les affaires ne relevant pas de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, ils valent également pour les affaires visées par la Convention de 1980. Étant donné le développement rapide et diversifié des services de médiation familiale observé depuis quelques années, il est difficile d'avoir une vue d'ensemble des services proposés ou de déterminer quels services peuvent se prêter à une médiation dans le contexte d'un enlèvement international d'enfant. Il serait donc extrêmement utile que les États contractants à la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 ou à d'autres Conventions de La Haye applicables recueillent et donnent des informations sur les services de médiation prévus pour les conflits familiaux internationaux sur leur territoire, ainsi que d'autres renseignements pertinents pour la médiation dans les conflits familiaux internationaux, plus précisément dans les affaires d'enlèvement international d'enfants.

¹⁵⁵ Voir *supra*, « Objectifs et portée », sur la promotion de la médiation par d'autres Conventions de La Haye relatives aux enfants.

¹⁵⁶ Principes pour la mise en œuvre de structures de médiation (voir l'annexe 1 *infra*). Voir aussi « Mémoire explicatif relatif aux Principes pour la mise en œuvre de structures de médiation dans le cadre du Processus de Malte », reproduit à l'annexe 2 *infra* (également disponible à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Espace Enlèvement d'enfants » puis « Médiation transfrontière en matière familiale »).

- 115 Dans les États contractants à la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, l'Autorité centrale en vertu de la Convention pourrait idéalement exercer cette fonction¹⁵⁷. Cependant, certains États contractants peuvent préférer confier cette fonction à un Point de contact central pour la médiation familiale internationale indépendant. Dans ce cas, l'Autorité centrale pourrait orienter les parties intéressées vers celui-ci, sous réserve que la coopération de l'Autorité centrale avec le Point de contact central soit organisée de telle manière que l'orientation des parties vers ce Point de contact ne retarde pas l'instruction de la demande de retour.
- 116 Lorsqu'un organisme extérieur est désigné pour servir de Point de contact central pour la médiation familiale internationale, il conviendrait de prendre des mesures pour éviter tout conflit d'intérêts, surtout lorsque cet organisme propose lui-même des services de médiation.
- 117 D'autre part, il faut souligner que le Profil d'État en vertu de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 élaboré par le Bureau Permanent, finalisé en 2011 et complété ensuite par les États contractants peut être une utile source d'information sur les services de médiation proposés dans ces États¹⁵⁸.

4.1 Offre de médiation – Stade de la procédure de retour fondée sur la Convention de 1980 ; recours à la médiation à l'initiative des tribunaux ou des parties

- Les possibilités de recours à la médiation ou à d'autres mécanismes de résolution amiable devraient être présentées au plus tôt aux parties à un différend familial international concernant des enfants.
- L'accès à la médiation et à d'autres mécanismes de résolution amiable des différends ne devrait pas être limité au stade préjudiciaire ; il devrait être possible tout au long de la procédure, y compris au stade de l'exécution.

- 118 Il est souhaitable que les possibilités de recours à la médiation ou à d'autres modes de résolution amiable des différends soient présentées dès que possible. La médiation peut être proposée comme mesure préventive à un stade précoce du conflit familial pour éviter un enlèvement ultérieur¹⁵⁹. C'est particulièrement important lorsqu'un des parents envisage de déménager à l'étranger après la séparation. S'il convient de sensibiliser au fait qu'en général, un parent ne peut quitter le pays sans le consentement de l'autre titulaire du droit de garde (effectivement exercé) ou l'autorisation d'une autorité compétente¹⁶⁰, la médiation peut utilement contribuer à la recherche d'une solution amiable.

¹⁵⁷ Lors de sa réunion de juin 2011, la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et de la Convention Protection des enfants de 1996 a encouragé les États « à envisager la mise en place d'un Point de contact central ou la désignation de leur Autorité centrale comme Point de contact central », voir les Conclusions et Recommandations de la première partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale (*op. cit.* note 38), Recommandation No 61.

¹⁵⁸ Voir partie V des Profils des États en vertu de la Convention de 1980 (*supra* note 121).

¹⁵⁹ Voir le Guide de bonnes pratiques sur les mesures préventives (*op. cit.* note 23), section 2.1, p. 15 et 16 ; voir aussi le chapitre 14 *infra*.

¹⁶⁰ Voir la « Déclaration de Washington sur le déménagement familial international », Conférence internationale judiciaire sur la relocalisation transfrontière des familles, Washington, D.C., États-Unis d'Amérique, du 23 au 25 mars 2010, coorganisée par la Conférence de La Haye de droit international privé et l'*International Centre for Missing and Exploited Children* (ICMEC) avec le soutien du Département d'État américain : « Les États devraient s'assurer qu'il existe des procédures judiciaires permettant de solliciter le droit de déménager avec l'enfant auprès de l'autorité compétente. Les parties devraient être exhortées à utiliser ces procédures et dissuadées d'agir unilatéralement. » La Déclaration de Washington est disponible à l'adresse < www.hcch.net >, sous la rubrique « Espace Enlèvement d'enfants ».

- 119 Il faut souligner que la manière dont « les parents se voient présenter la médiation est très importante »¹⁶¹ et peut être « primordiale pour ses chances de succès »¹⁶². La médiation étant relativement récente dans de nombreux États, « les parents ont besoin d'explications complètes et franches sur ce qu'est la médiation et sur ce qu'elle n'est pas, afin d'y recourir en connaissance de cause »¹⁶³.
- 120 Dès lors qu'un enfant a été enlevé, les parents devraient être informés au plus tôt des possibilités de médiation, lorsqu'il existe des services de médiation spécifiques pour ces affaires. Il faut néanmoins souligner que la médiation « n'est pas leur seul recours possible et que la médiation ne porte pas atteinte à leur droit d'avoir recours aux tribunaux s'ils le souhaitent »¹⁶⁴.
- 121 Afin d'accroître les chances de résolution amiable, il est souhaitable que la médiation ou des dispositifs similaires puissent être proposés non seulement au stade préjudiciaire, mais aussi tout au long de la procédure judiciaire, y compris lors de l'exécution¹⁶⁵. Le mécanisme de résolution amiable le plus approprié à chaque stade de la procédure dépend des circonstances.
- 122 Conformément à l'analyse présentée à la section 2.1 (Délais / Procédures rapides), il est de la plus haute importance que des protections soient mises en place pour empêcher le parent ayant emmené l'enfant de se servir de la médiation à des fins dilatoires. Il peut être utile à cet égard d'ouvrir une procédure de retour et s'il y a lieu, de la suspendre le temps que dure la médiation¹⁶⁶.

4.1.1 RÔLE DE L'AUTORITÉ CENTRALE

- Les Autorités centrales prennent soit directement, soit avec le concours d'un intermédiaire, toutes les mesures appropriées pour faciliter la résolution amiable du différend.
 - À réception d'une demande de retour, l'Autorité centrale de l'État requis devrait faciliter la communication d'informations sur les services de médiation adaptés aux affaires d'enlèvement international d'enfants relevant de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 proposés dans cet État.
 - Les États devraient prévoir des informations sur la médiation et les processus analogues et leur combinaison possible dans la formation du personnel de l'Autorité centrale.
- 123 Les Autorités centrales en vertu de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et de la Convention Protection des enfants de 1996 jouent un rôle clé dans la promotion de solutions amiables aux différends familiaux internationaux concernant des enfants. Les Conventions de 1980 et de 1996 reconnaissent en effet la nécessité de promouvoir des ententes amiables et imposent aux Autorités centrales de jouer un rôle actif dans la réalisation de cet objectif. Ainsi, l'article 7(2) c) de la Convention de 1980 exige que les Autorités centrales prennent toutes les mesures appropriées « pour assurer la remise volontaire de l'enfant ou faciliter une solution amiable ». De même, l'article 31 b) de la Convention de 1996 impose aux Autorités centrales de prendre toutes les dispositions appropriées pour « faciliter par la médiation, la conciliation ou tout autre mode analogue, des ententes à l'amiable sur la protection de la personne ou des biens de l'enfant, dans les situations auxquelles s'applique la Convention ».
- 124 Il est donc souhaitable que lorsque les parties sollicitent leur soutien dans un différend familial transfrontière, les Autorités centrales en vertu de ces deux Conventions facilitent dès que possible l'accès à l'information sur les services de médiation ou sur des modes analogues

¹⁶¹ Voir S. Vigers, Note relative au développement de la médiation, de la conciliation et de moyens similaires (*op. cit.* note 11), 5.1, p. 17.

¹⁶² Rapport de 2006 sur le projet pilote de médiation de *reunite* (*op. cit.* note 97), p. 8.

¹⁶³ Voir S. Vigers, Note relative au développement de la médiation, de la conciliation et de moyens similaires (*op. cit.* note 11), 5.1, p. 18.

¹⁶⁴ Voir S. Vigers (*ibid.*), 5.1, p. 17.

¹⁶⁵ Voir aussi le Guide de bonnes pratiques sur l'exécution (*op. cit.* note 23), sections 5.1, 5.2, p. 25.

¹⁶⁶ Voir la section 2.1 *supra*.

favorisant les solutions amiables¹⁶⁷. Cependant, ces informations ne doivent pas se substituer aux renseignements sur les procédures fondées sur les Conventions de La Haye ou aux autres renseignements connexes mais les compléter.

- 125 À titre d'exemple, dans une affaire d'enlèvement international d'enfants, l'Autorité centrale de l'État requis contactée par le parent resté sur place (soit directement, soit par l'intermédiaire de l'Autorité centrale de l'État requérant) devrait informer le parent sur les services de médiation et les services analogues proposés dans cet État et sur les procédures relevant de la Convention de 1980. Parallèlement, lorsqu'elle contacte le parent ayant emmené l'enfant pour encourager la remise volontaire¹⁶⁸ de l'enfant, l'Autorité centrale peut informer celui-ci des possibilités de médiation et des processus analogues de résolution amiable des différends. D'autre part, l'Autorité centrale de l'État requérant peut donner des renseignements au parent resté sur place sur les méthodes permettant de résoudre les différends à l'amiable en même temps que les informations sur les procédures de retour fondées sur la Convention. La communication d'informations sur les services de médiation adaptés peut être également déléguée à un autre organisme¹⁶⁹.
- 126 Toutefois, il ne doit pas être transigé sur le devoir de l'Autorité centrale d'instruire rapidement les demandes de retour. En effet, il incombe en particulier aux Autorités centrales de souligner que le facteur temps joue un rôle déterminant dans les affaires d'enlèvement. Lorsque l'Autorité centrale délègue à un autre organisme la fonction d'information sur les services de médiation adaptés, elle doit veiller à ce que l'orientation des parties vers cet organisme n'engendre pas de retard. Il conviendrait en outre, lorsque les parties décident de tenter une médiation, de les informer qu'il est possible d'engager parallèlement un processus de médiation et une procédure de retour¹⁷⁰.
- 127 En 2006, l'étude comparative sur les dispositifs de médiation dans le cadre de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980¹⁷¹ avait déjà pointé certaines Autorités centrales qui promeuvent activement la médiation, soit en proposant elles-mêmes une médiation dans certaines affaires, soit en faisant appel aux services d'un médiateur local. Aujourd'hui, comme il ressort également des Profils des États en vertu de la Convention de 1980¹⁷², un nombre croissant d'Autorités centrales

167 L'Autorité centrale peut à cet égard faire office de Point de contact central au sens des Principes pour la mise en œuvre de structures de médiation (voir l'annexe 1 *infra*) ; pour de plus amples informations sur les Principes, voir l'introduction du chapitre 4 *supra*, voir aussi la section 4.1.4 *infra*.

168 Art. 7(2) *c*) et art. 10 de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980.

169 Par exemple, un État requis peut avoir désigné un autre organisme que l'Autorité centrale comme Point de contact central pour la médiation familiale internationale (voir *supra* para. 111 et s.) et chargé le Point de contact central non seulement de la communication d'informations sur la médiation dans les affaires ne relevant pas de la Convention de 1980 mais aussi de la communication d'informations sur les services de médiation spécialisés pour les affaires d'enlèvement international d'enfants qui relèvent de la Convention de 1980.

170 Sur les avantages de l'ouverture d'une procédure relevant de la Convention de 1980 avant le début d'une médiation, voir la section 2.1 *supra*.

171 Voir S. Vigers, Note relative au développement de la médiation, de la conciliation et de moyens similaires (*op. cit.* note 11), 2.4, p. 10.

172 *Supra* note 121.

encouragent activement les parties à tenter une médiation ou des processus analogues visant à faciliter les solutions amiables¹⁷³.

- 128 Les États sont encouragés à prévoir dans la formation du personnel des Autorités centrales des informations générales sur la médiation et les processus analogues, ainsi que des informations spécifiques sur les services de médiation et les autres services de même nature auxquels il peut être fait appel dans les affaires d'enlèvement d'enfants.

4.1.2 RÔLE DU JUGE ET DES TRIBUNAUX

- 129 En quelques décennies, le rôle que jouent les tribunaux dans les différends familiaux a connu de profondes évolutions dans de nombreux systèmes juridiques. En effet, de nombreux États ont légiféré afin d'encourager les solutions amiables dans les procédures civiles en général, mais surtout en droit de la famille¹⁷⁴. Désormais, les juges ont souvent l'obligation de tenter un règlement amiable. Dans certains systèmes juridiques, les parties à un différend familial concernant des enfants peuvent même être tenues de participer à une réunion d'information sur la médiation ou, dans certaines circonstances, de tenter une médiation ou d'autres processus de résolution amiable des différends¹⁷⁵.

173 À titre d'exemple : en France, depuis avril 2007, l'Autorité centrale a repris les fonctions précédemment exercées par la Mission d'aide à la médiation internationale pour les familles (MAMIF), un service établi en vue de promouvoir la médiation dans le cadre des différends familiaux transfrontières qui a pris part au fructueux programme franco-allemand de médiation binationale ; pour plus de précisions sur l'aide à la médiation familiale internationale (AMIF), aujourd'hui apportée par l'Autorité centrale française, voir < <http://www.justice.gouv.fr/justice-civile-11861/enlèvement-parental-12063/la-médiation-21106.html> > (dernière consultation le 16 juin 2012). En Suisse, la Loi fédérale du 21 décembre 2007 sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes, qui est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2009, a instauré des obligations concrètes pour l'Autorité centrale suisse concernant la promotion des processus de conciliation et de médiation, voir art. 3, art. 4 (*supra* note 103). En Allemagne, l'Autorité centrale informe les parents de la possibilité de médiation. En outre, les États suivants ont indiqué dans leur Profil d'État en vertu de la Convention de 1980 (*supra* note 121) que leur Autorité centrale donne des informations sur la médiation : Belgique, Chine (RAS de Hong Kong), Espagne, Estonie, États-Unis d'Amérique, Grèce, Hongrie, Paraguay, Pologne (seulement au demandeur), Roumanie, Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles, Irlande) Slovaquie, République tchèque et Venezuela. En Argentine et en République tchèque, l'Autorité centrale propose la médiation, voir la section 19.3 des Profils des États (*ibid.*).

174 Voir par ex., en Israël, les juridictions d'État présidant en matière civile peuvent à tout moment de la procédure proposer aux parties d'orienter tout ou partie de l'affaire en médiation, art. 3 du *State of Israel Regulation No 5539* du 10 août 1993. Voir aussi pour l'Australie, art. 13 C et s. du *Family Law Act 1975* (tel que dernièrement modifié par l'Act No 147 de 2010), aux termes duquel « [un] tribunal exerçant sa compétence dans une procédure visée par la présente Loi peut, à tout moment de la procédure, rendre une ou plusieurs des décisions suivantes : [...] (b) que les parties à la procédure prennent part à la résolution d'un différend familial », ce qui comprend la médiation ; le texte complet de la loi est disponible à l'adresse < <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2010C00870> > (dernière consultation le 16 juin 2012). Plus généralement, sur la promotion des mécanismes alternatifs de résolution des différends en Australie, voir aussi le site Internet du *National Alternative Dispute Resolution Advisory Council (NADRAC)* (Conseil consultatif australien pour la résolution alternative des différends) à l'adresse < <http://www.nadrac.gov.au/> > ; le NADRAC est un organe indépendant établi en 1995 pour conseiller le Procureur général de l'Australie sur le développement de la résolution alternative des différends. En Afrique du Sud, le *Children's Act 38* de 2005 (dernièrement modifié en 2008), disponible à l'adresse < <http://www.justice.gov.za/legislation/acts/2005-038%20childrensact.pdf> > (dernière consultation le 16 juin 2012), encourage également la résolution amiable des différends familiaux et autorise les juges à orienter certaines matières en médiation ou vers d'autres processus similaires.

175 Voir par ex. au Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles) l'instruction *Practice Direction 3A – Pre-Application Protocol for Mediation Information and Assessment – Guidance for HMCS*, entrée en vigueur le 6 avril 2011, disponible à l'adresse < <http://www.justice.gov.uk/about/docs/pd-introducing-pre-action-protocol-feb-2011.pdf> > (dernière consultation le 16 juin 2012), qui, à moins qu'une des exceptions prévues au Protocole ne s'applique, régit les procédures en matière familiale comme suit :

« Avant de solliciter une décision auprès du tribunal dans le cadre d'une procédure familiale visée, le demandeur (ou son avocat) doit contacter un médiateur familial pour organiser la participation du demandeur à une réunion d'information sur la médiation familiale et les autres formes de résolution alternative des différends (désignée dans le présent Protocole : 'une Réunion d'information sur la médiation et d'évaluation'). »

- Il est recommandé que les juges saisis d'une affaire d'enlèvement international d'enfants déterminent s'il est possible d'orienter les parties vers un recours à la médiation, sous réserve que des services de médiation adaptés aux enlèvements internationaux d'enfants relevant de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 existent dans leur État. Cette recommandation s'applique également pour les autres mécanismes de résolution amiable des différends.
- Les États sont encouragés à prévoir dans la formation des juges des informations sur la médiation et les mécanismes similaires et leur association possible à des procédures judiciaires.

- 130 Dans les affaires d'enlèvement international d'enfants, les tribunaux jouent un rôle important dans la promotion de solutions amiables. Que la médiation ait été ou non proposée par l'Autorité centrale compétente, un tribunal saisi d'une procédure de retour fondée sur la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 devrait envisager d'orienter les parties vers la médiation ou des services analogues lorsqu'il le juge opportun. Les différents facteurs susceptibles d'entrer en jeu dans cette décision sont les aspects qui déterminent si l'affaire se prête de manière générale à la médiation¹⁷⁶ et l'existence de services de médiation appropriés, c'est-à-dire de services compatibles avec des délais courts et les autres exigences spécifiques de la médiation dans le contexte de l'enlèvement international d'enfants. Lorsqu'une médiation a déjà été tentée sans succès avant l'introduction de la procédure de retour fondée sur la Convention de 1980, il n'est peut-être pas opportun de tenter une deuxième médiation.
- 131 Lorsqu'un juge oriente les parties vers une médiation, il doit garder le contrôle des délais. Selon le droit procédural applicable, il peut choisir de suspendre la procédure¹⁷⁷ pendant un court délai pour permettre une médiation ou, lorsqu'une suspension n'est pas nécessaire, fixer la date de l'audience suivante avant laquelle la médiation doit être terminée dans un délai raisonnablement court, par exemple entre deux et quatre semaines¹⁷⁸.
- 132 De plus, dans l'intérêt de la continuité, lorsqu'un juge oriente les parties vers une médiation, il est préférable qu'il conserve la gestion exclusive de l'affaire.
- 133 On peut distinguer deux types de médiation au stade de la procédure judiciaire : la « médiation rattachée au tribunal ou judiciaire » et la « médiation extrajudiciaire »¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Voir *infra* à la section 4.2.

¹⁷⁷ Par ex. au Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles), la juridiction saisie d'une procédure de retour fondée sur la Convention de 1980 peut orienter les parties vers une médiation qui interviendra pendant une suspension de la procédure, voir S. Vigers, Note relative au développement de la médiation, de la conciliation et de moyens similaires (*op. cit.* note 11), 5.2, p. 18, à propos du Royaume-Uni et du projet pilote de médiation de *reunite* (*supra* note 97). Voir *supra* la section 2.1 sur les avantages de l'introduction d'une procédure fondée sur la Convention de 1980 avant d'entreprendre une médiation. Sur les séances de médiation obligatoires, voir *infra* la section 6.1.1.

¹⁷⁸ Voir par ex., pour le tribunal en matière familiale de Nouvelle-Zélande, l'instruction « Practice Note: Hague Convention Cases: Mediation Process – Removal, Retention And Access », disponible à l'adresse < <http://www.justice.govt.nz/courts/family-court/practice-and-procedure/practice-notes/> > (dernière consultation le 16 juin 2012), prévoit un délai de 7 à 14 jours pendant lequel une médiation peut avoir lieu dans les affaires d'enlèvement d'enfants relevant de la Convention de 1980.

¹⁷⁹ Voir la section terminologie *supra* ; voir aussi la Recommandation Rec (2002)10 du Conseil de l'Europe sur la médiation en matière familiale (*supra* note 53), Principe III (Organisation de la médiation) : « 4. La médiation peut avoir lieu dans le cadre de la procédure judiciaire ou en dehors de celle-ci. »

- 134 Plusieurs dispositifs de « médiation rattachée au tribunal ou judiciaire » ont été mis en place pour le règlement des différends en matière civile, notamment en matière familiale¹⁸⁰. Dans ces dispositifs, la médiation est proposée par un médiateur qui travaille pour le tribunal ou par un juge formé à la médiation, qui n'est pas le juge saisi de l'affaire¹⁸¹. Cependant, dans la plupart des États, ces services de « médiation rattachée au tribunal ou judiciaire » sont clairement orientés vers les différends à caractère purement national, c'est-à-dire des conflits sans lien international. Par conséquent, il convient de soigneusement considérer l'adaptabilité des dispositifs de « médiation rattachée au tribunal ou judiciaire » aux besoins particuliers des différends familiaux internationaux et en particulier de ceux qui entrent dans le champ d'application de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980. L'orientation vers un service de « médiation rattachée au tribunal ou judiciaire » ne devrait être envisagée dans une procédure de retour fondée sur la Convention de 1980 que si ce service remplit les principaux critères qui sont énoncés dans ce Guide comme étant essentiels aux dispositifs de médiation en cas d'enlèvement d'enfants.
- 135 Il est également possible au stade de la procédure d'orienter les parties vers des services de « médiation extrajudiciaire », c'est-à-dire des services rendus par des médiateurs ou des organismes de médiation sans lien direct avec le tribunal¹⁸². Comme pour les services de « médiation rattachée au tribunal ou judiciaire », l'adaptabilité des services de médiation « extrajudiciaire » aux besoins particuliers des conflits familiaux internationaux doit être soigneusement considérée.
- 136 De nombreux dispositifs de médiation mis en place expressément pour les affaires d'enlèvement d'enfants relevant du champ d'application de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 sont actuellement des services de « médiation extrajudiciaire¹⁸³.
- 137 Lorsque les parties ont trouvé un accord en médiation ou par d'autres voies, il peut être demandé au tribunal saisi d'une procédure de retour fondée sur la Convention de 1980, selon la teneur de l'accord et sa propre compétence¹⁸⁴ en la matière, de convertir l'accord en décision judiciaire.
- 138 Il est très important que les juges qui ont à connaître de différends familiaux internationaux soient bien informés du fonctionnement de la médiation et des processus analogues de résolution amiable des différends, ainsi que de leur association possible à une procédure judiciaire. Les États sont donc encouragés à prévoir des informations d'ordre général sur ces questions dans la formation des juges.
- 139 La formation des juges ayant à connaître d'affaires de retour fondées sur la Convention de 1980 devrait en particulier prévoir des informations sur les dispositifs de médiation et les mécanismes analogues auxquels il est possible de recourir dans les affaires d'enlèvement international d'enfants.

180 Il existe des dispositifs de médiation rattachée au tribunal dans de nombreux pays, notamment : **Argentine** (*Ley 26.589 - Mediación y Conciliación* of 03.05.2010, *Boletín Oficial* de 06.05.2010, qui remplace une législation de 1995 ; la médiation est obligatoire dans la plupart des affaires civiles excepté pour certaines questions exceptionnelles telles que la garde, voir art. 1 et 5 de la Loi) ; **Allemagne** (des dispositifs de médiation rattachée au tribunal existent dans plusieurs *Bundesländer* en matière civile, voir, notamment, le rapport sur le projet pilote de médiation en Basse-Saxe demandé par le Ministère de la Justice, de l'Économie et de la Culture de Basse-Saxe, établi par G. Sprindler, « *Gerichtsnaher Mediation in Niedersachsen* », Göttingen, 2006) ; et **Mexique** (voir *Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal* du 8 janvier 2008, telle que dernièrement modifiée le 8 février 2011, publiée aux journaux officiels *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 08 de enero de 2008, No 248 et *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 08 de febrero de 2011, No 1028 ; la médiation est facilitée par le *Centro de Justicia Alternativa* (Centre de résolution alternative des différends) du *Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal* (Tribunal supérieur de justice du district fédéral) ; le centre gère les processus de médiation, y compris la désignation d'un des médiateurs inscrits sur une liste de médiateurs agréés).

181 Voir la section terminologie *supra*, sur la différence entre la médiation conduite par un juge et la conciliation dirigée par un juge.

182 Voir la section terminologie *supra*, voir aussi l'Étude de faisabilité sur la médiation transfrontière en matière familiale (*op. cit.* note 13), section 2.4, p. 6.

183 Par ex. en **Allemagne**, aux **Pays-Bas** et au **Royaume-Uni** (**Angleterre et Pays de Galles**), voir *supra* note 97 pour plus de précisions.

184 Voir les chapitres 11 et 12 *infra*.

4.1.3 RÔLE DES AVOCATS ET DES AUTRES PROFESSIONNELS

140 Depuis quelques années, le rôle des avocats dans les différends familiaux a évolué dans de nombreux États, en même temps que celui des tribunaux, une plus grande importance étant attachée à la recherche de solutions amiables. Reconnaisant l'importance d'une base stable et paisible pour la poursuite des relations familiales, les avocats sont plus enclins à promouvoir une solution amiable, qu'ils jugent préférable pour leurs clients à une approche purement partisane pour leur compte¹⁸⁵. Des évolutions telles que le droit collaboratif et le droit coopératif¹⁸⁶, et le nombre croissant d'avocats formés à la médiation témoignent de cette tendance.

- La formation des avocats devrait prévoir des informations sur la médiation et les processus analogues.
- Dans la mesure du possible, les avocats et les autres professionnels qui traitent avec les parties à un différend familial international devraient encourager une solution amiable.
- Lorsque les parties à un différend familial international décident de tenter une médiation, leurs représentants juridiques devraient les aider en leur donnant les informations juridiques dont elles ont besoin pour prendre une décision éclairée. En outre, ils doivent aider les parties à donner un effet juridique à l'accord de médiation dans les deux (tous les) systèmes juridiques concernés.

- 141 Comme il a été souligné à propos de la formation des juges, il est important que les États sensibilisent les professionnels du droit aux mécanismes de résolution amiable des différends. Il est souhaitable que la formation des avocats comprenne des informations sur la médiation et les processus analogues.
- 142 Lorsqu'ils représentent une partie à un différend familial international concernant des enfants, les avocats devraient être conscients que leur responsabilité à l'égard de leur client s'étend aux intérêts et au bien-être de l'enfant concerné. Puisqu'une solution amiable est généralement dans l'intérêt de l'enfant, le représentant juridique d'une partie devrait soutenir les parents disposés à tenter une médiation et travailler en étroite concertation avec le représentant de l'autre partie, dans la mesure où leur mandat le permet.
- 143 Dès lors que les parties ont décidé d'entreprendre une médiation, leurs représentants juridiques jouent un rôle important en leur donnant les informations juridiques dont elles ont besoin pour prendre des décisions éclairées et en veillant à ce que l'accord de médiation ait un effet juridique dans les deux (tous les) systèmes juridiques concernés. Il faut souligner qu'en raison de la complexité de la situation juridique inhérente aux conflits familiaux internationaux, les avocats ne devraient accepter de représenter une partie à un tel conflit que s'ils ont les connaissances spécialisées nécessaires. L'intervention d'un avocat non spécialisé dans une affaire d'enlèvement international d'enfants peut avoir des effets néfastes et peut créer des obstacles supplémentaires à une solution amiable. Dans le cadre de la médiation, elle peut accentuer le déséquilibre des pouvoirs entre les parties.
- 144 En fonction de l'organisation du processus de médiation et des souhaits du (des) médiateur(s) et des parties sur la manière de procéder, les représentants juridiques peuvent être présents pendant tout ou partie des séances de médiation. Il importe néanmoins que les avocats participant à une séance de médiation avec leurs clients comprennent le rôle très différent qu'ils doivent jouer au cours de la séance de médiation, qui est un rôle subsidiaire.
- 145 Une étroite coopération avec les représentants juridiques spécialisés est particulièrement importante lorsqu'il s'agit d'évaluer si la solution à laquelle les parties sont favorables remplirait les exigences légales dans les deux États ou unités territoriales concernés et de déterminer les autres mesures qui peuvent être nécessaires pour rendre la solution négociée juridiquement contraignante et exécutoire.

¹⁸⁵ Voir N. ver Steegh (*op. cit.* note 8), p. 666 et s., avec d'autres références.

¹⁸⁶ Voir aussi le chapitre 15 pour une étude des autres mécanismes de résolution amiable des différends et de leur opportunité dans les affaires d'enlèvement international d'enfants.

- 146 Bien entendu, un avocat peut également conduire lui-même une médiation s'il remplit les conditions applicables pour intervenir en qualité de médiateur dans son État. Cependant, en raison des conflits d'intérêts, un avocat ne peut agir en qualité de médiateur dans une affaire dans laquelle il représente une partie¹⁸⁷.
- 147 Un avocat peut également rechercher une solution amiable à un différend familial par d'autres voies. Voir le chapitre 15 ci-dessous sur les autres mécanismes encourageant les solutions amiables, tels que le droit coopératif.

4.2 Évaluation de l'opportunité d'une médiation

→ Une évaluation préalable devrait être réalisée pour déterminer si l'affaire se prête à une mesure de médiation.

- 148 Avant d'entreprendre une médiation dans une affaire d'enlèvement international d'enfants, il est recommandé d'examiner au préalable si celle-ci se prête à la médiation¹⁸⁸, cela afin d'éviter les délais que peut engendrer une mesure de médiation dans une affaire où elle n'est pas opportune. D'autre part, cette évaluation préalable permet de déterminer les affaires qui présentent des risques particuliers, par exemple celles qui impliquent des violences domestiques ou la présence d'alcoolisme ou de toxicomanie, pour lesquelles il convient de prendre des précautions particulières ou de ne pas tenter une médiation¹⁸⁹.
- 149 Deux questions importantes se posent dans ce contexte : (1) quels aspects l'évaluation de l'opportunité de la médiation dans le cas d'espèce doit-elle couvrir et (2) qui peut ou devrait réaliser cette évaluation.
- 150 L'opportunité de la médiation doit être déterminée individuellement pour chaque affaire. Il faut observer qu'il n'existe pas de règle universelle sur ce point ; l'opportunité d'une mesure de médiation dépend des circonstances de l'affaire et, dans une certaine mesure, des équipements et des caractéristiques des services de médiation proposés et des règles appliquées par le médiateur ou l'organisme de médiation sur ces questions.
- 151 Parmi les multiples aspects susceptibles d'affecter l'opportunité d'une médiation dans une affaire d'enlèvement international d'enfants, citons :
- la disposition des parties à entreprendre une médiation¹⁹⁰,
 - la possibilité d'une polarisation excessive des vues d'une partie ou des deux,
 - des indications de violences domestiques et leur degré¹⁹¹,
 - une incapacité résultant de l'alcoolisme ou de la toxicomanie¹⁹²,
 - d'autres indications d'un grave déséquilibre des pouvoirs de négociation,
 - des indications de maltraitance d'enfant.

¹⁸⁷ L'avocat ne peut pas être un tiers neutre et impartial tout en respectant son obligation professionnelle de protection des intérêts de son client.

¹⁸⁸ Voir les sections 19.4 c) et d) des Profils des États en vertu de la Convention de 1980 (*supra* note 121) pour des informations sur l'évaluation de l'opportunité de la médiation dans les différents États contractants à la Convention de 1980.

¹⁸⁹ Voir aussi le chapitre 10 *infra* sur la médiation et les accusations de violences domestiques.

¹⁹⁰ Bien entendu, lorsqu'une partie qui n'a aucune connaissance du processus de médiation est opposée à l'idée d'une médiation, des informations plus précises sur le fonctionnement du processus peuvent l'amener à tenter une médiation. Voir cependant la section 6.1 *infra* sur le principe du caractère « volontaire » de la médiation.

¹⁹¹ Dans les affaires impliquant des allégations de violences domestiques par exemple, certains médiateurs refusent en général de conduire une médiation. D'autres peuvent considérer qu'une médiation est opportune dans ce type d'affaires en fonction du degré allégué des violences et des mesures de protection possibles pour éviter tout risque associé au processus de médiation, voir le chapitre 10 *infra*.

¹⁹² Lorsqu'on considère néanmoins que l'affaire se prête à la médiation, il sera peut-être nécessaire de prévoir des protections pour éviter que la partie concernée soit désavantagée.

- 152 Il est souhaitable que l'évaluation de l'opportunité d'une mesure de médiation dans le cas d'espèce implique un échange confidentiel avec chaque partie individuellement afin de permettre à chacune des parties d'exprimer librement les préoccupations qu'elle peut avoir relativement à la médiation.
- 153 Les échanges initiaux avec les parties pour évaluer l'opportunité d'une médiation dans le cas d'espèce peuvent être l'occasion de régler diverses questions logistiques découlant par exemple d'un handicap d'une des parties, dont il faudra peut-être tenir compte pour l'organisation pratique de la séance de médiation. Ces premiers échanges peuvent également permettre de déterminer la ou les langues dans lesquelles la médiation devrait être conduite. En même temps, il sera possible de déterminer s'il convient d'organiser un contact provisoire avec l'enfant et si son âge et son degré de maturité justifient qu'il soit entendu. Voir le chapitre 7 ci-dessous pour un complément d'analyse sur la voix de l'enfant en médiation.
- 154 Ce premier entretien d'évaluation est aussi l'occasion idéale pour informer les parties des détails du processus de médiation et des effets que la médiation et la procédure de retour fondée sur la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 ont l'une sur l'autre¹⁹³.
- 155 L'évaluation de l'opportunité d'une mesure de médiation dans le cas d'espèce devrait être confiée à un médiateur ou à un autre professionnel expérimenté connaissant le fonctionnement de la médiation familiale internationale. Il faut une formation appropriée pour reconnaître les cas porteurs de risques particuliers et les indications de différences de pouvoirs de négociation. L'organisation de la médiation dans l'État ou l'unité territoriale déterminera en grande partie si l'évaluation devrait être conduite par une personne liée au service de médiation lui-même, une personne travaillant pour l'Autorité centrale, un autre organisme central ou le tribunal. Certains médiateurs soulignent qu'il est important que l'évaluation soit conduite par le ou les médiateurs qui interviendront dans l'affaire¹⁹⁴, tandis que d'autres préfèrent qu'elle soit réalisée par un autre médiateur connaissant le service de médiation proposé aux parties.
- 156 Si l'évaluation de l'opportunité de la médiation dans le cas d'espèce est réalisée par une personne qui n'a pas une bonne connaissance des services de médiation en question, il sera peut-être nécessaire qu'une personne familière des services de médiation ou le ou les médiateurs appelés à conduire la médiation procèdent à une deuxième évaluation, ce qui peut engendrer des retards indus et peut-être des coûts supplémentaires.
- 157 Cette **méthode de** l'évaluation initiale s'est révélée fructueuse dans de nombreux services de médiation mis en place depuis quelques années pour les affaires d'enlèvement international d'enfants¹⁹⁵. Dans certains programmes, l'opportunité de la médiation dans le cas d'espèce est évaluée au moyen d'un questionnaire écrit associé à un entretien téléphonique.

193 Voir aussi la section 6.1.2 *infra* sur le consentement éclairé.

194 Il convient de souligner dans ce contexte qu'il faut distinguer la question de savoir si le médiateur est prêt à conduire la médiation d'une affaire de celle de l'opportunité d'une mesure de médiation dans une affaire. Lorsque l'opportunité d'une mesure de médiation dans une affaire est établie, le médiateur qui est approché par les parties est en règle générale encore libre de décider de conduire la médiation de cette affaire.

195 Par ex., au Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles), le projet de *reunite*, voir « Mediation Leaflet », disponible à l'adresse < <http://www.reunite.org/edit/files/Downloadable%20forms/Mediation%20Leaflet.pdf> > (dernière consultation le 16 juin 2012) ; voir aussi le Rapport de 2006 sur le projet pilote de médiation de *reunite* (*op. cit.* note 97), p. 10, 13, dans lequel sont considérés comme des indicateurs de l'inopportunité d'une médiation dans un cas d'enlèvement d'enfants : (1) le fait qu'un parent ne souhaite pas tenter une médiation ; (2) une polarisation excessive des points de vue des parents ; (3) des préoccupations relatives à des violences domestiques et à leur degré allégué ; (4) des allégations de maltraitance d'enfant.

4.3 Coût de la médiation

- Tous les efforts appropriés devraient être mis en œuvre pour éviter que les coûts de la médiation fassent obstacle à la médiation ou dissuadent d'y recourir.
- Les États devraient envisager d'étendre l'aide juridique à la médiation dans les affaires d'enlèvement international d'enfants.
- Une information transparente devrait être donnée sur le coût des services de médiation et les autres frais possibles ainsi que sur les interactions avec le coût des procédures de retour fondées sur la Convention Enlèvement d'enfants de 1980.

- 158 La disposition des parties à tenter une médiation sera probablement influencée par le coût global de la médiation. Ce coût peut comprendre les coûts de l'évaluation initiale de l'opportunité d'une médiation dans l'affaire, les honoraires du médiateur, les frais de déplacement, le prix de la réservation d'un local où la médiation sera conduite, les honoraires d'interprétation éventuels ou l'intervention d'autres experts et le coût éventuel de représentation. Les honoraires du médiateur, qui peuvent être facturés à l'heure ou à la journée, sont très variables d'un État à l'autre et d'un service de médiation à l'autre.
- 159 Des projets pilotes expressément conçus pour la médiation dans les affaires d'enlèvement international d'enfants ont proposé une médiation gratuite aux parties¹⁹⁶. Cependant, dans de nombreux États ou unités territoriales, il s'est avéré difficile d'obtenir les fonds permettant de pérenniser la gratuité de ces services.
- 160 Dans de nombreux États ou unités territoriales, aucune restriction légale ne pèse sur les honoraires des médiateurs, qui sont laissés à l'autorégulation du « marché »¹⁹⁷. Cependant, de nombreux médiateurs souscrivent à un barème d'honoraires lorsqu'ils adhèrent à une association de médiation ou à un code de conduite qui leur impose « de facturer des honoraires raisonnables compte tenu du type de l'affaire et de sa complexité, de la durée prévisionnelle de la procédure et de l'expertise relative du médiateur »¹⁹⁸. Parallèlement, plusieurs codes de conduite insistent sur le fait que « les honoraires facturés par un médiateur ne doivent pas être subordonnés au résultat de la médiation »¹⁹⁹. Dans d'autres États, les honoraires de médiation sont réglementés par la loi ou peuvent être fixés par un tribunal et partagés entre les parties²⁰⁰.
- 161 Tous les efforts doivent être mis en œuvre pour que le coût ne fasse pas obstacle au recours à la médiation ou n'ait d'effet dissuasif. Reconnaisant l'intérêt d'encourager la médiation dans les affaires d'enlèvement international d'enfants, certains États proposent une médiation gratuite dans

196 Par ex. le projet franco-allemand de médiation binationale et le Rapport de 2006 sur le projet pilote de médiation de *reunite* (*op. cit.* note 97). Voir également S. Vigers, Note relative au développement de la médiation, de la conciliation et de moyens similaires (*op. cit.* note 11) ; concernant le projet pilote de médiation de *reunite*, voir la section 5.3, p. 19 : « Pour entreprendre son projet pilote, *Reunite* a reçu une bourse de recherche octroyée par la fondation Nuffield. Tous les coûts engendrés par la médiation, y compris les déplacements vers et à partir du Royaume-Uni ont été entièrement pris en charge pour le parent demandeur, dans la limite d'un montant maximum. L'hébergement à l'hôtel et les frais de transport et de nourriture ont été aussi financés intégralement. Les émoluments des médiateurs, les frais administratifs et les coûts liés à l'interprétation ont également été couverts par la bourse. Le parent résidant au Royaume-Uni a également été remboursé de tous les frais de déplacement et de subsistance et a été hébergé si nécessaire. »

197 Voir K.J. Hopt et F. Steffek (*op. cit.* note 2), p. 33.

198 Voir l'Étude de faisabilité sur la médiation transfrontière en matière familiale (*op. cit.* note 13), section 2.7.3, p. 12.

199 *Ibid.*, section 2.7.3, p. 12, 13, avec d'autres références.

200 Voir S. Vigers, Note relative au développement de la médiation, de la conciliation et de moyens similaires (*op. cit.* note 11), section 5.3, p. 19, qui évoque notamment la France, où le tribunal exerce désormais un contrôle sur les frais de la médiation rattachée au tribunal ; voir aussi K.J. Hopt et F. Steffek (*op. cit.* note 2), p. 34 pour d'autres exemples.

ces affaires ou ont ouvert leur système d'aide juridique à la médiation²⁰¹. Il est souhaitable que les États qui ne l'ont pas encore fait réfléchissent à l'opportunité de faire de même ou de garantir autrement que des services de médiation soient proposés gratuitement ou à un prix raisonnable aux parties qui ont peu de moyens²⁰².

- 162 Il faut souligner que la totale gratuité des procédures de retour pour le parent demandeur dans certains États est une grande réussite de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980²⁰³. Dans d'autres États, les procédures relevant de la Convention de 1980 peuvent bénéficier des systèmes nationaux d'aide juridique²⁰⁴. Il serait encourageant que la médiation dans les affaires d'enlèvement international d'enfants relevant de la Convention de 1980 bénéficie d'un même soutien.
- 163 Les coûts associés à la médiation sont un aspect déterminant de l'accès à la médiation en pratique. Pour que les parties puissent décider de tenter ou non une médiation, il est important qu'elles soient informées sur les honoraires de médiation et les autres coûts éventuels, tels que les frais à payer pour rendre l'accord de médiation contraignant dans les deux (tous les) systèmes juridiques concernés.
- 164 Il est donc souhaitable de donner des informations claires et précises aux parents sur tous les frais liés à la médiation afin qu'ils puissent correctement estimer l'effort financier qu'ils devront probablement consentir²⁰⁵.

²⁰¹ Une médiation gratuite dans les affaires d'enlèvement international d'enfants relevant de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 est proposée par exemple : au **Danemark**, en **France** (médiation organisée par l'Autorité centrale), en **Israël** (pour la médiation par le biais de l'unité d'assistance au tribunal), en **Norvège** et en **Suède** (si le tribunal nomme le médiateur) ; voir aussi les Profils des États en vertu de la Convention de 1980 (*supra* note 121) à la section 19.3 d). L'aide juridique à la médiation dans les affaires d'enlèvement international d'enfants est ouverte sous certaines conditions, par ex. au **Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles)**, où des médiateurs ou des organismes de médiation titulaires d'un *Public Funding Franchise* délivré par la *Legal Services Commission*, peuvent proposer une médiation subventionnée par l'État aux personnes éligibles à l'aide juridique, voir < <http://www.legalservices.gov.uk> >. De même, aux **Pays-Bas**, les coûts d'une médiation peuvent être couverts par l'aide juridique si la médiation est conduite par des médiateurs agréés par le Conseil néerlandais de l'aide juridique (site officiel < www.rvr.org >), voir la Loi néerlandaise sur l'aide juridique (*Wet op de rechtsbijstand*). En outre, selon les Profils des États en vertu de la Convention de 1980 (*ibid.*), l'aide juridique peut couvrir les coûts de médiation dans les affaires d'enlèvement international d'enfants par ex. dans les systèmes juridiques suivants : **Argentine, Israël, Royaume-Uni (Irlande du Nord), Slovénie et Suisse**.

²⁰² Voir aussi la Recommandation Rec (2002)10 du Conseil de l'Europe sur la médiation en matière civile (*supra* note 53), Principe III (Organisation de la médiation) :

« 9. Les États devraient prendre en compte l'opportunité de créer et de proposer la médiation dont les frais seraient pris totalement ou partiellement en charge ou de prévoir l'aide juridique pour la médiation, notamment si les intérêts de l'une des parties demandent une protection particulière.

10. Lorsque la médiation entraîne des frais, ces derniers devraient être raisonnables et en rapport avec l'importance de la question en jeu et prendre en compte la quantité de travail fournie par le médiateur. »

²⁰³ L'art. 26(2) de la Convention de 1980 demande aux États contractants de ne pas « réclamer du demandeur le paiement des frais et dépens du procès [Convention] », mais de nombreux États contractants ont usé de la possibilité de déclarer une réserve concernant l'art. 26 et ont ainsi soumis les procédures relevant de la Convention de 1980 aux règles normales de l'aide juridique sur leur territoire ; voir également pour de plus amples précisions les Profils des États en vertu de la Convention de 1980 (*supra* note 121).

²⁰⁴ Voir aussi l'Étude de faisabilité sur la médiation transfrontière en matière familiale (*op. cit.* note 13), sections 2.7.3, 12 ; voir également pour de plus amples précisions les Profils des États en vertu de la Convention de 1980 (*supra* note 121).

²⁰⁵ Voir aussi le Code de conduite européen pour les médiateurs (*supra* note 58), 1.3 (Rémunération) :

« Lorsqu'elles n'ont pas déjà été fournies, les médiateurs doivent toujours fournir aux parties des informations complètes concernant le mode de rémunération qu'ils entendent appliquer. Ils ne doivent pas accepter d'intervenir dans une médiation avant que les principes de leur rémunération aient été acceptés par toutes les parties concernées. »

- 165 « Il est souvent recommandé que ces informations soient consignées par écrit avant d'engager la médiation proprement dite »²⁰⁶ ; elles peuvent être incorporées au contrat de médiation fréquemment conclu entre le médiateur et les parties avant d'entreprendre la médiation²⁰⁷.

4.4 Lieu de la médiation

- 166 Comme il est indiqué à la section 2.6, la distance géographique pose des difficultés particulières pour la médiation dans les affaires d'enlèvement international d'enfants. Cette distance implique en effet que l'organisation d'une ou de plusieurs séances de médiation en personne peut être coûteuse et chronophage. Pourtant, de nombreux médiateurs expérimentés recommandent si possible des réunions en personne.

- Les vues et préoccupations des deux parents doivent être prises en compte pour déterminer dans quel État il convient d'organiser une séance de médiation en personne.
- Le lieu choisi pour les séances de médiation en personne doit être un lieu neutre, approprié à la médiation dans l'affaire en question.
- Lorsque la présence physique des deux parties à une séance de médiation n'est pas opportune ou possible, il convient d'envisager une médiation longue distance et indirecte.

- 167 Les médiateurs qui sont sollicités par une demande de médiation dans le cadre d'une affaire d'enlèvement international d'enfants seront amenés à aborder avec les parties la question de la faisabilité de tenir des séances de médiation en personne ainsi que celle du lieu approprié pour tenir ces séances, lesquelles dépendront des circonstances de l'affaire.
- 168 Très souvent, les séances de médiation dans le contexte d'un enlèvement international d'enfants se tiennent dans le pays où l'enfant a été emmené lors de son enlèvement. Ce type d'arrangement offre la possibilité d'organiser des contacts provisoires entre l'enfant et le parent resté sur place lors du séjour de ce dernier dans ce pays, ce qui peut avoir un effet positif sur la médiation²⁰⁸, l'autre avantage étant de faciliter la liaison entre le processus de médiation et la procédure judiciaire fondée sur la Convention de 1980. Cependant, choisir comme lieu de médiation l'État dans lequel l'enfant a été emmené peut être interprété comme une injustice de plus par le parent resté sur place, qui considère peut-être qu'avoir donné son accord pour tenter une médiation (au lieu de suivre simplement la procédure de retour fondée sur la Convention de 1980) est déjà une concession. Hormis les difficultés pratiques telles que les frais de déplacement, des problèmes de visa et d'immigration pourraient faire obstacle à l'entrée du parent resté sur place dans le pays où l'enfant a été emmené (voir plus haut, section 2.7). D'un autre côté, la présence du parent resté sur place dans l'État où l'enfant a été emmené pour participer à la procédure de retour fondée sur la Convention de 1980 (pour laquelle un visa doit être délivré – voir la section 2.7) peut être l'occasion de tenter une médiation dans cet État. Dans ce cas au moins, le parent resté sur place n'aura pas à supporter de frais de déplacement supplémentaires.
- 169 L'organisation d'une séance de médiation en personne dans l'État où l'enfant avait sa résidence habituelle avant son déplacement illicite peut quant à elle ajouter d'autres difficultés pratiques. Le parent ayant emmené l'enfant peut faire l'objet de poursuites pénales dans ce pays (voir la section 2.8 ci-dessus) ou ne pas souhaiter laisser l'enfant à un tiers pendant son absence.
- 170 Dans des circonstances exceptionnelles, une séance de médiation en personne pourra être envisagée dans un troisième pays « neutre ». Cela étant, les frais de déplacement et les questions de visa peuvent poser des difficultés.

²⁰⁶ Voir l'Étude de faisabilité sur la médiation transfrontière en matière familiale (*op. cit.* note 13), section 2.7, p. 12.

²⁰⁷ Voir la section 4.5 *infra* sur le contrat de médiation.

²⁰⁸ S. Kiesewetter et C.C. Paul, « Family Mediation in an International Context: Cross-Border Parental Child Abduction, Custody and Access Conflicts: Traits and Guidelines », S. Kiesewetter et C.C. Paul (dir. pub.) (*op. cit.* note 98), p. 40, 41.

- 171 Concernant le lieu effectif de la séance de médiation, il est évident qu'il doit s'agir d'un lieu neutre, tel qu'un bureau dans un bâtiment judiciaire ou les locaux d'un organisme indépendant proposant des services de médiation. Un bâtiment religieux ou socioculturel pourrait être aussi considéré comme un lieu neutre par les parties. Le lieu de la séance de médiation doit être adapté au cas d'espèce, par exemple garantir la sécurité appropriée des personnes concernées si cela est nécessaire²⁰⁹.
- 172 Bien que les médiateurs considèrent en général qu'une réunion en personne est propice à une solution amiable, les circonstances de l'espèce détermineront quelle option est réalisable et la plus opportune. Lorsqu'une séance de médiation en personne n'est pas appropriée ou réalisable, une médiation longue distance peut être une solution. Grâce aux technologies modernes comme les liaisons vidéo, les communications sur Internet ou des moyens analogues, il peut être assez facile d'organiser des réunions en personne virtuelles²¹⁰. Dans certains États comme l'Australie, en raison de l'étendue de leur territoire géographique, les services de médiation longue distance par téléphone, liaison vidéo ou en ligne (dite également Résolution en ligne des différends) se développent rapidement depuis quelques années²¹¹.
- 173 Toutefois, la médiation longue distance pose des difficultés particulières²¹², dont l'une concerne la confidentialité des séances de médiation. En même temps, les arrangements pratiques de la séance de médiation doivent être considérés soigneusement. Ainsi, pour éviter toute incertitude quant à l'équité et à la neutralité de la médiation, il peut être utile, dans le cas d'une médiation simple, d'éviter que les médiateurs participent à une liaison vidéo avec l'une des parties (c.-à-d. qu'ils se trouvent dans la même pièce).
- 174 La médiation longue distance pourrait être également intéressante en cas d'allégations de violence domestique, lorsqu'une des parties indique que bien qu'elle souhaite entreprendre une médiation, il lui serait très difficile d'être dans la même pièce que l'autre partie²¹³.

4.5 Le contrat de médiation – Consentement éclairé à la médiation

- Il peut être souhaitable d'établir un contrat entre le médiateur et les parties (contrat de médiation) afin que celles-ci soient bien informées des conditions du service de médiation.
- Le contrat de médiation devrait être clair et donner les informations voulues sur le processus de médiation, notamment des indications précises sur les coûts éventuels.
- En l'absence de contrat de médiation, il faut veiller à ce que les parties soient bien informées des conditions applicables au service de médiation avant de s'y engager.

²⁰⁹ Voir par ex. sur les besoins particuliers aux affaires de violences domestiques, le chapitre 10 *infra*.

²¹⁰ Sur l'utilisation des technologies dans le cadre de la médiation familiale internationale, voir par ex. M. Kucinski, « The Pitfalls and Possibilities of Using Technology in Mediating Cross-Border Child Custody Cases », *Journal of Dispute Resolution*, 2010, p. 297 et s., p. 312 et s.

²¹¹ Sur le développement d'un service de résolution en ligne des différends familiaux en Australie voir par ex. : T. Casey, E. Wilson-Evered et S. Aldridge, « The Proof is in the Pudding: The Value of Research in the Establishment of a National Online Family Dispute Resolution Service », Actes de la 11^e conférence de l'*Australian Institute of Family Studies*, disponibles à l'adresse : < <http://www.aifs.gov.au/conferences/aifs11/docs/casey.pdf> > (dernière consultation le 16 juin 2012).

²¹² Sur les difficultés propres à la médiation longue distance, voir « Draft Principles for Good Practice on « Dispute Resolution and Information Technology », établis par l'*Australian National Alternative Dispute Resolution Advisory Council (NADRAC)*, 2002, disponibles à l'adresse < <http://www.nadrac.gov.au/publications/PublicationsByDate/Pages/PrinciplesonTechnologyandADR.aspx> > (dernière consultation le 16 juin 2012).

²¹³ Voir le chapitre 10 *infra* sur la médiation et les accusations de violences domestiques.

- 175 Afin de garantir le consentement éclairé des parties à la médiation, il est recommandé d'envisager d'établir un contrat écrit entre le médiateur et les parties sur les conditions applicables au service de médiation, à moins que le système juridique concerné n'en dispose autrement²¹⁴. Ce contrat devrait être clair et contenir les informations nécessaires sur le processus de médiation.
- 176 Il est recommandé que le contrat explique le rôle de tiers neutre et impartial qu'est celui du médiateur et qu'il souligne que le médiateur se borne à faciliter la communication entre les parties et qu'il ne représente pas les parties ou l'une d'elles. Ce dernier point est particulièrement important lorsque la médiation est conduite sous forme de comédiation bilingue, binationale dans un conflit familial transfrontière où les parties tendent à ressentir un lien plus étroit avec le médiateur qui parle la même langue et a les mêmes origines culturelles²¹⁵.
- 177 Il est souhaitable qu'un contrat de médiation établi dans le cadre d'un différend familial international attire l'attention sur l'importance d'obtenir des informations et des conseils juridiques pertinents sur les accords parentaux et leur mise en œuvre dans les différents systèmes juridiques concernés tout en soulignant que le médiateur lui-même, même s'il se réfère à des informations juridiques, ne donnera pas de conseil d'ordre juridique²¹⁶. C'est là qu'une étroite coopération avec les représentants juridiques spécialisés des parties peut être utile ou que les parties peuvent être orientées vers des sources indépendantes de conseil juridique spécialisé.
- 178 Le contrat de médiation devrait souligner l'importance de la confidentialité du processus de médiation et attirer l'attention sur les dispositions juridiques applicables²¹⁷. Il peut aussi comprendre des stipulations obligeant les parties à ne pas citer le médiateur à comparaître²¹⁸.
- 179 Le contrat devrait indiquer les méthodes ou modèles de médiation utilisés et le champ d'intervention de la médiation²¹⁹.
- 180 Il devrait aussi donner des informations précises sur les coûts possibles de la médiation²²⁰.
- 181 Lorsqu'il n'est pas établi de contrat de médiation, il est néanmoins recommandé que les informations ci-dessus soient communiquées aux parties par écrit, par exemple par des brochures d'information, un courrier personnalisé ou des conditions générales publiées sur le site Internet auxquelles il est fait référence avant d'entreprendre la médiation.

²¹⁴ Voir aussi la section 6.1.2 sur le concept de comédiation bilingue, biculturelle.

²¹⁵ Voir aussi la section 6.2.3.

²¹⁶ Voir aussi la Recommandation No R (98) 1 du Conseil de l'Europe sur la médiation familiale (*supra* note 52), para. III (Processus de médiation) :

« Les États devraient veiller à l'existence de mécanismes appropriés afin que le processus de médiation se déroule conformément aux principes suivants : [...]

x. le médiateur peut donner des informations juridiques, mais ne devrait pas dispenser de conseil juridique. Il devrait, dans les cas appropriés, informer les parties de la possibilité qu'elles ont de consulter un avocat ou tout autre professionnel compétent. »

²¹⁷ Pour plus d'informations sur la confidentialité, voir la section 6.1.5 *infra*.

²¹⁸ Pour un exemple de stipulation dissuasive « mettant les honoraires d'avocat du médiateur à la charge d'une partie qui cite celui-ci à comparaître alors que le témoignage n'est pas obligatoire » [traduction du Bureau Permanent] lorsque la loi ne protège pas la confidentialité de la médiation, voir K.K. Kovach (*op. cit.* note 110), p. 197, 198.

²¹⁹ Sur le champ d'application de la médiation, voir le chapitre 5 *infra*.

²²⁰ Voir aussi Standard VIII des Règles de conduite américaines, préparées par l'*American Bar Association*, l'*American Arbitration Association* et l'*Association for Conflict Resolution* en 1994, révisées en 2005 (*supra* note 56).

5 Champ d'intervention de la médiation dans le contexte de l'enlèvement international d'enfants

182 Le champ d'intervention fait partie des avantages systématiquement soulignés de la médiation par rapport à une procédure judiciaire. On dit que la médiation est mieux à même de traiter toutes les facettes d'un conflit car elle peut aussi couvrir des sujets qui ne sont pas juridiquement pertinents et qui n'auraient donc pas leur place en audience. Dans un différend familial, la médiation peut aider à démêler de vieilles rancunes familiales dont le différend actuel n'est peut-être qu'un simple symptôme, mais cela peut supposer de s'engager dans un processus long.

5.1 Priorité aux questions urgentes

- La médiation dans les affaires d'enlèvement international d'enfants relevant de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 doit respecter des exigences très strictes de délai et peut à ce titre voir son champ d'intervention limité.
- Elle doit concilier deux impératifs : aborder tous les sujets nécessaires pour trouver une solution amiable pérenne et respecter de stricts délais.

183 La médiation dans les circonstances particulières d'un enlèvement international d'enfants doit s'inscrire dans le cadre juridique international applicable. Pour être compatible avec la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, elle doit respecter des contraintes de délai très strictes et peut à ce titre voir son champ d'intervention limité. La Convention de 1980 peut en outre donner des indications quant aux thèmes abordés en médiation.

184 La première question en jeu est évidemment le retour de l'enfant. Comme le soulignait l'étude comparative préparée à l'intention de la Commission spéciale de 2006 dans ce contexte :
 « Une demande présentée au titre de la Convention de La Haye [de 1980] a d'abord pour objectif d'obtenir le retour de l'enfant résidant habituellement dans l'un des États contractants et qui a fait l'objet d'un déplacement illicite ou qui est retenu illicitement dans un autre État contractant, ou d'obtenir un arrangement pour s'assurer de l'effectivité du droit d'entretenir un contact. Le principe de base de la Convention de La Haye est que l'État de résidence habituelle de l'enfant est compétent pour connaître des questions relatives au droit de garde et / ou au droit d'entretenir un contact et que le retour rapide de l'enfant dans cet État permettra d'exécuter ces décisions rapidement dans l'intérêt de l'enfant sans que celui-ci ait le temps de s'établir dans un autre État. »²²¹

185 La Convention Enlèvement d'enfants de 1980 vise à rétablir immédiatement la situation antérieure à l'enlèvement en laissant les décisions à long terme sur le droit de garde et le droit d'entretenir un contact, y compris la question d'un éventuel déménagement de l'enfant, à l'autorité compétente, laquelle, en application de la Convention Protection des enfants de 1996 et d'autres instruments applicables soutenant ce principe, est dans l'État de la résidence habituelle de l'enfant. Lorsqu'aucune des exceptions ne s'applique, le juge saisi d'une demande de retour fondée sur la Convention de 1980 est tenu d'ordonner le retour de l'enfant.

186 On pourrait dès lors se demander si les affaires d'enlèvement d'enfants relevant de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 devraient se limiter à discuter des modalités du retour immédiat de l'enfant dans l'État compétent. La réponse est clairement non. La médiation dans le contexte de la Convention de 1980 peut également aborder le non-retour, ses conditions, ses modalités et les questions connexes, c'est-à-dire la décision à long terme du déménagement de l'enfant. Aborder ces questions en médiation n'est pas contraire, en principe, à la Convention de 1980 ni aux autres

²²¹ Voir S. Vigers, Note relative au développement de la médiation, de la conciliation et de moyens similaires (*op. cit.* note 11), 3.1, p. 10, 11.

instruments applicables bien que le cadre juridique ait naturellement des incidences concrètes sur ce qui peut être négocié²²².

- 187 Il est à noter que la médiation n'est pas confrontée aux restrictions de compétence des procédures judiciaires. Alors qu'une procédure judiciaire ne peut traiter que les matières pour lesquelles la juridiction a compétence (internationale), la médiation ne subit pas les mêmes restrictions, même si les questions de compétence jouent inévitablement un rôle lorsqu'il s'agit de donner force obligatoire à l'accord de médiation dans les différents systèmes juridiques concernés. Il est donc généralement admis que la médiation dans les affaires d'enlèvement international d'enfants peut non seulement aborder les conditions et les modalités du retour ou du non-retour, mais aussi d'autres questions à long terme touchant à la responsabilité parentale des parties, notamment les arrangements relatifs à la garde, aux contacts ou même aux aliments versés à l'enfant.
- 188 En revanche, les procédures de retour fondées sur la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 ne peuvent généralement pas aborder le fond du droit de garde. L'article 16 de la Convention de 1980 dispose en effet qu'« [a]près avoir été informées du déplacement illicite d'un enfant ou de son non-retour [...] les autorités judiciaires ou administratives de l'État contractant où l'enfant a été déplacé ou retenu ne pourront statuer sur le fond du droit de garde jusqu'à ce qu'il soit établi que les conditions de la présente Convention pour un retour de l'enfant ne sont pas réunies [...] ». La Convention Protection des enfants de 1996 fonctionne en tandem avec la Convention de 1980 à cet égard : les décisions à long terme sur la garde sont laissées à la juridiction compétente de l'État de la résidence habituelle de l'enfant immédiatement avant son enlèvement. Aux termes de l'article 16 de la Convention de 1980, la possibilité d'un transfert de compétences en matière de droit de garde aux juridictions de l'État requis ne se pose généralement que lorsque la procédure de retour fondée sur la Convention est terminée²²³.
- 189 Lorsqu'il s'agit de décider des questions précises qui peuvent être couvertes lors des séances de médiation dans une affaire d'enlèvement international d'enfants, il convient de trouver le juste milieu entre le traitement des sujets nécessaires pour trouver une solution amiable pérenne et le respect de strictes contraintes de délai. D'autre part, les mesures (supplémentaires) qui peuvent être nécessaires pour rendre l'accord sur une certaine question juridiquement contraignant et exécutoire dans les deux systèmes juridiques concernés doivent être envisagées soigneusement lors de la décision relative au champ d'intervention de la médiation. Il est par exemple concevable que dans le cas d'espèce, l'incorporation de questions sur les aliments dans un accord sur le retour de l'enfant risque de retarder considérablement la procédure permettant de rendre l'accord exécutoire dans les deux systèmes juridiques en raison de questions de compétence complexes²²⁴. Il peut être opportun de séparer la question des aliments des questions essentielles en jeu dans une situation d'enlèvement international d'enfants, à savoir la question du retour ou du non-retour de l'enfant et peut-être des questions connexes comme la responsabilité parentale. Les parties devraient être informées que l'exclusion de certaines questions du champ de la médiation à ce stade ne fait pas obstacle à ce qu'elles soient traitées ultérieurement dans le cadre d'une autre médiation.

222 Voir aussi S. Vigers, « Mediating International Child Abduction Cases – The Hague Convention » (*op. cit.* note 95), p. 39 et s. ; voir aussi E. Carl et M. Erb-Klünemann, « Integrating Mediation into Court Proceedings in Cross-Border Family Cases », S. Kiesewetter et C.C. Paul (Dir. pub.) (*op. cit.* note 98), p. 59 à 76.

223 Voir *infra* le chapitre 13 sur les questions de compétences et règles de droit applicables ; voir aussi sur un changement de compétence conformément à l'art. 7 de la Convention de 1996 le chapitre 13 du Manuel pratique sur la Convention Protection des enfants de 1996 (disponible à l'adresse < www.hcch.net >, sous la rubrique « Publications »).

224 Voir la section 5.2 *infra* et le chapitre 13 pour plus de détails sur la question de compétence.

5.2 Importance de la compétence et de la loi applicable concernant les responsabilités parentales et les autres sujets abordés dans l'accord de médiation

→ La médiation familiale internationale doit tenir compte des interrelations entre les points couverts en médiation et les considérations de compétence et de loi applicable.

190 La médiation dans le cadre de différends familiaux internationaux doit tenir compte des interrelations entre les sujets abordés en médiation et les questions de loi applicable et de compétence. Donner un effet juridique à un accord de médiation requiert souvent l'intervention d'un tribunal, que ce soit pour enregistrer l'accord ou pour le convertir en décision judiciaire. Il est donc important de déterminer la ou les juridictions qui peuvent être compétentes sur les questions qui seront couvertes par l'accord de médiation, ainsi que la loi applicable. Lorsqu'un accord de médiation couvre un large éventail de sujets, il est possible que plusieurs autorités judiciaires ou administratives doivent intervenir dans la procédure conférant un effet juridique au contenu de l'accord²²⁵.

6 Principes, modèles et méthodes de médiation

191 Afin de garantir la qualité de la médiation, plusieurs principes de médiation ont été développés, dont un grand nombre sont incorporés à la législation, aux codes de conduite et aux autres instruments applicables à la médiation. Certains de ces principes, tels que l'impartialité et la neutralité, sont même souvent présents dans la définition de la médiation.

192 Bien que les principes promus dans différents États et par les organismes de médiation puissent varier, ils présentent de nombreux éléments communs. Ce Guide traite des bonnes pratiques concernant les principes les plus fréquemment promus, qui s'avèrent être d'une importance particulière pour la médiation en matière d'enlèvement international d'enfants.

193 Quant aux modèles et méthodes de médiation employés dans différents États et par différents dispositifs de médiation, le tableau est encore plus diversifié et ce Guide ne peut tous les présenter. En effet, tout en respectant la diversité des méthodes et modèles de médiation, il vise à attirer l'attention sur certaines bonnes pratiques utiles dans le contexte de l'enlèvement international d'enfants.

6.1 Principes de médiation – Normes internationales

6.1.1 NATURE VOLONTAIRE DE LA MÉDIATION

→ La médiation est une démarche volontaire.

→ L'ouverture d'une procédure de retour fondée sur la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 ne devrait pas être conditionnée à la participation à une mesure de médiation ou à une séance d'information sur la médiation.

→ La disposition ou les réticences des parties à entreprendre une médiation ne devrait pas influencer la procédure de retour fondée sur la Convention de 1980.

²²⁵ Voir *infra* le chapitre 13 sur les questions de compétence et de droit applicable.

- 194 La nature intrinsèque de la médiation consiste à engager les parties dans une recherche volontaire de solution amiable à leur différend. Le caractère « volontaire » est un principe fondamental et non contesté, couramment utilisé dans les définitions de la médiation ; c'est pourquoi il est également incorporé à la définition de la médiation aux fins de ce Guide²²⁶.
- 195 Le principe du « caractère volontaire » n'est pas contraire à l'obligation d'assister à des réunions d'information sur la médiation imposée dans certains États ou unités territoriales²²⁷. Même dans les États où les parties à un différend sont tenues de tenter une médiation²²⁸, on peut arguer que cette obligation est compatible avec le caractère volontaire de la médiation tant que les parties ne sont pas contraintes de régler leur différend par cette voie.
- 196 Dans les affaires d'enlèvement international d'enfants, le recours à la médiation ne devrait pas retarder la procédure de retour rapide ; il convient donc de réfléchir avec soin à l'application de mesures « obligatoires » pour promouvoir la médiation.
- 197 L'introduction d'une procédure fondée sur la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 ne devrait pas être conditionnée à la présence des deux parties à une séance d'information sur la médiation, surtout lorsque, de ce fait, le parent ayant emmené l'enfant aurait la possibilité de retarder unilatéralement l'ouverture de la procédure. De plus, les mesures obligatoires éventuelles encourageant les parents à tenter une médiation ne peuvent faire abstraction des circonstances particulières des affaires d'enlèvement international. Les États doivent déterminer si les mécanismes utilisés pour promouvoir la médiation dans les conflits internes en droit de la famille se prêtent aux affaires d'enlèvement international d'enfants en vertu de la Convention de 1980.
- 198 Un trait récurrent de ces affaires est par exemple que le parent resté sur place ne connaît pas bien le système juridique de l'État requis (l'État dans lequel l'enfant a été emmené) et ne parle pas la langue de cet État, tandis que le parent ayant emmené l'enfant a habituellement au moins le lien de la langue avec cet État. Il y a fort à craindre que le parent resté sur place considère injustes les pressions exercées sur lui pour engager une médiation qui ne serait proposée que dans la langue de l'État requis, c'est-à-dire dans laquelle il ne pourra pas s'exprimer dans sa langue maternelle. Dans une telle situation, donner au parent resté sur place l'impression que l'introduction d'une procédure fondée sur la Convention de 1980 est conditionnée à sa tentative de médiation pourrait bien être considéré par ce parent comme une pression induite et donc contreproductive.
- 199 Les deux parents doivent être informés que la médiation n'est qu'une possibilité, qui s'ajoute à la procédure fondée sur la Convention Enlèvement d'enfants de 1980. Le souhait ou la réticence des parents à recourir à la médiation ou à la poursuivre ne devrait pas avoir d'influence sur la décision de la juridiction²²⁹.

²²⁶ Voir la section terminologie *supra*.

²²⁷ En France et en Allemagne par ex. dans un conflit parental concernant des enfants, le juge aux affaires familiales peut obliger les parents à participer à une réunion d'information sur la médiation, mais il ne peut les contraindre à tenter une médiation ; voir l'art. 373-2-10 (modifié en dernier lieu en 2004) et l'art. 255 (modifié en dernier lieu en 2002) du Code civil français et l'art 156, para. 1, 3^e phrase (modifiée en dernier lieu en 2012) et art. 81, para. 2, al. 5 (modifié en dernier lieu en 2012) de la Loi allemande de procédure en droit de la famille (*FamFG*) ; en Australie également, un tribunal peut ordonner « que les parties à l'instance assistent à la résolution des différends familiaux [...] », qui comprend la médiation, voir art. 13 C et s. du *Family Law Act 1975* (modifié en dernier lieu par l'Act No 147 de 2010) (*supra* note 174). Pour de plus amples informations sur les réunions obligatoires sur la médiation en matière civile dans certains États, voir aussi K.J. Hopt et F. Steffek (*op. cit.* note 2), p. 12.

²²⁸ Voir H. Joyce, « Mediation and Domestic Violence : Legislative Responses », Commentaire, 14 *J. Am. Acad. Matrimonial Law* (1997), p. 451.

²²⁹ Voir aussi S. Vigers, Note relative au développement de la médiation, de la conciliation et de moyens similaires (*op. cit.* note 11), 5.1, p. 17, 18, à propos du projet pilote de médiation de *reunite* (*supra* note 97) :

« Lorsque des participants potentiels au projet pilote de *Reunite* ont été contactés, il a été précisé aux deux parents que la médiation ne pouvait être entreprise qu'avec le consentement plein et entier des deux parties et qu'une réticence à recourir à la médiation ne porterait pas à conséquence sur le résultat de la demande faite dans le cadre de la Convention de La Haye. »

6.1.2 CONSENTEMENT ÉCLAIRÉ

→ La décision des parties de tenter une médiation devrait reposer sur un consentement éclairé.

- 200 Toutes les informations nécessaires sur la médiation et les questions connexes devraient être données aux parties avant le processus de médiation afin qu'elles puissent décider en connaissance de cause d'entreprendre ou non une médiation²³⁰. Ces informations devraient comprendre : l'exposé précis du processus de médiation et des principes le régissant, telle la confidentialité ; des indications précises sur la méthode et le modèle utilisés ainsi que des informations sur les modalités pratiques ; les coûts éventuels pour les parties. En outre, il est souhaitable que les parties soient informées des interrelations entre la médiation et la procédure judiciaire, que la médiation n'est qu'une possibilité parmi d'autres et que tenter une médiation ne compromet pas leur accès à une procédure judiciaire.
- 201 Lorsque les conditions de la médiation sont définies dans un contrat entre le médiateur et les parties, celui-ci pourrait indiquer les informations utiles ; voir aussi la section 4.5 ci-dessus sur le « contrat de médiation ».
- 202 La situation juridique étant particulièrement complexe dans un différend familial international, il convient d'attirer l'attention des parties sur le fait qu'une information juridique spécialisée est nécessaire pour éclairer la discussion sur la médiation, aider à rédiger l'accord de médiation et donner effet juridique à l'accord dans les États concernés. L'accès à ces informations pourrait être facilité par l'Autorité centrale ou un Point de contact central pour la médiation familiale internationale créé à cette fin (voir le chapitre 4 plus haut, « Accès à la médiation ») ou elles pourraient être communiquées par les représentants juridiques spécialisés des parties²³¹.

6.1.3 ÉVALUATION DE L'OPPORTUNITÉ DE LA MÉDIATION

→ Il est recommandé d'effectuer une évaluation afin de déterminer l'opportunité de la médiation dans le cas d'espèce.

- 203 Les avantages de l'évaluation initiale ont été exposés plus haut aux sections 2.1 et 4.2.

230 Voir les Principes pour la mise en œuvre de structures de médiation à l'annexe 1 *infra*, notamment le principe général du « Consentement donné en connaissance de cause ».

231 Voir *infra* la section 6.1.7 sur la décision éclairée ; voir aussi la Recommandation No R (98) 1 du Conseil de l'Europe sur la médiation familiale (*supra* note 52), para. III (Processus de médiation) :

« Les États devraient veiller à l'existence de mécanismes appropriés afin que le processus de médiation se déroule conformément aux principes suivants : [...]

x. le médiateur peut donner des informations juridiques, mais ne devrait pas dispenser de conseil juridique. Il devrait, dans les cas appropriés, informer les parties de la possibilité qu'elles ont de consulter un avocat ou tout autre professionnel compétent. »

6.1.4 NEUTRALITÉ, INDÉPENDANCE, IMPARTIALITÉ ET ÉQUITÉ

→ **Les principes généraux de neutralité, d'indépendance, d'impartialité et d'équité sont indispensables pour la médiation ; ils doivent être protégés.**

204 Les principes de neutralité, d'indépendance, d'impartialité et d'équité sont déterminants pour la médiation²³². Ces principes sont étroitement liés même s'ils visent différents aspects du processus de médiation. Le médiateur doit conduire le processus en toute indépendance tout en étant impartial envers les parties²³³. Enfin, la médiation doit être conduite avec équité, ce qui implique que les parties doivent avoir les mêmes possibilités de participer au processus de médiation. Celui-ci doit être adapté à chaque cas afin que les pouvoirs de négociation des parties soient équilibrés. Il convient par exemple de respecter autant que possible le souhait des parties de s'exprimer dans leur langue maternelle ou une langue dans laquelle elles sont à l'aise²³⁴.

6.1.5 CONFIDENTIALITÉ

→ **Les États devraient veiller à ce que des protections appropriées soient en place pour préserver la confidentialité de la médiation.**

→ **Les États devraient envisager l'introduction de règles garantissant que sauf exception, le médiateur et les autres intervenants dans une médiation ne puissent être contraints de témoigner sur des communications relatives à la médiation dans le cadre de procédures civiles ou commerciales.**

→ **En médiation familiale internationale, les parties ont besoin d'être parfaitement informées des règles applicables à la confidentialité dans les différents États concernés.**

205 Sous réserve de la loi applicable²³⁵, toutes les communications intervenant au cours et à propos de la médiation doivent être confidentielles à moins que les parties n'en décident autrement²³⁶. La confidentialité des communications relatives à la médiation permet d'instaurer la confiance nécessaire pour que les parties acceptent de discuter ouvertement de tout un éventail de solutions possibles. Les parties peuvent être moins enclines à envisager différentes options si elles craignent que leurs propositions soient considérées comme une concession et se retournent contre elles dans une procédure judiciaire. En cas d'enlèvement d'enfants par exemple, le parent resté sur place hésitera sans doute à indiquer qu'il pourrait accepter que l'enfant reste dans l'autre État s'il craint que ce soit interprété comme un « acquiescement » au sens de l'article 13(1) a) de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980.

²³² Voir aussi S. Vigers, Note relative au développement de la médiation, de la conciliation et de moyens similaires (*op. cit.* note 11), 3.2 à 3.4, p. 11 à 13, ainsi que la Recommandation No R (98) 1 du Conseil de l'Europe sur la médiation familiale (*supra* note 52), para. III (Processus de médiation) :

« Les États devraient veiller à l'existence de mécanismes appropriés afin que le processus de médiation se déroule conformément aux principes suivants :

i. le médiateur est impartial dans ses rapports avec les parties ;
 ii. le médiateur est neutre quant à l'issue du processus de médiation ;
 iii. le médiateur respecte les points de vue des parties et préserve leur égalité dans la négociation ».

²³³ Voir aussi Standard II des Règles de conduite américaines (*supra* note 56) ; voir aussi art. 8 du Guide AIFI de bonnes pratiques en médiation familiale à distance et internationale (*op. cit.* note 144) ; voir aussi J. Zawid, « Practical and Ethical Implications of Mediating International Child Abduction Cases: A New Frontier for Mediators », *Interamerican Law Review*, vol. 40, p. 1 et s.

²³⁴ Voir la section 2.5 *supra*.

²³⁵ Voir le para. 211 *infra* pour les exceptions au principe de confidentialité.

²³⁶ Voir aussi Standard V des Règles de conduite américaines (*supra* note 56) ; voir aussi l'art. 7 du Guide AIFI de bonnes pratiques en médiation familiale à distance et internationale (*op. cit.* note 144).

- 206 La communication d'informations purement administratives indiquant si la médiation a commencé, si elle se poursuit ou si elle est terminée à la juridiction compétente ou à l'Autorité centrale qui est intervenue dans l'orientation vers la médiation ne viole pas la confidentialité²³⁷. C'est au contraire un élément important de la coopération organisationnelle entre les médiateurs, les Autorités centrales et les juridictions dans les affaires d'enlèvement international d'enfants²³⁸.
- 207 Différentes mesures sont appliquées pour garantir la confidentialité de la médiation. Dans de nombreux États contractants à la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, la confidentialité de la médiation est régie par la législation²³⁹. Les contrats conclus entre le médiateur et les parties avant d'entreprendre la médiation prévoient souvent des règles de confidentialité²⁴⁰. Ils peuvent par exemple comporter des clauses interdisant aux parties de citer le médiateur à comparaître et prévoir même une clause dissuasive mettant les frais d'avocat du médiateur à la charge de la partie qui le cite à comparaître²⁴¹.
- 208 Cependant, en l'absence de loi ou d'autres règles liant les juridictions exonérant le médiateur et les autres intervenants de la médiation de témoigner sur les informations obtenues à l'occasion de la médiation dans une procédure civile ou commerciale, la confidentialité de la médiation peut être violée au cours de ces procédures judiciaires.
- 209 Il est souhaitable que les États envisagent d'instaurer des règles prévenant de telles situations hormis certaines exceptions²⁴². Divers instruments régionaux tels que la Directive européenne sur la médiation²⁴³ ou la Loi type des États-Unis d'Amérique sur la médiation (l'UMA des États-

237 Voir aussi la Recommandation No R (98) 1 du Conseil de l'Europe sur la médiation familiale (*supra* note 52) :

« V. Relation entre la médiation et les procédures devant l'autorité judiciaire ou une autre autorité compétente [...] b. Les États devraient établir des mécanismes en vue : [...] iii. d'informer l'autorité judiciaire ou une autre autorité compétente de ce que les parties poursuivent ou non la médiation et de ce qu'elles sont ou non parvenues à un accord. »

238 Voir *supra* la section 2.1.2.

239 Voir les Profils des États en vertu de la Convention de 1980 (*supra* note 121), section 19.2 ; les États qui se sont dotés d'une législation sur la confidentialité de la médiation sont les suivants : Belgique, Danemark, Espagne, Estonie, États-Unis d'Amérique (différentes règles s'appliquent d'un état fédéral à l'autre) Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Israël, Lituanie, Norvège, Panama, Paraguay, Pologne, Roumanie, Slovénie, Suède et Suisse.

240 Voir *supra* la section 4.5 ; voir aussi S. Vigers, « Mediating International Child Abduction Cases – The Hague Convention » (*op. cit.* note 95), p. 53 et s.

241 Voir K.K. Kovach (*op. cit.* note 110), p. 197, 198.

242 Pour les exceptions, voir para. 211 *infra*.

243 *Supra* note 5, voir art. 7 de la Directive européenne sur la médiation (Confidentialité de la médiation) :

« 1. Étant donné que la médiation doit être menée de manière à préserver la confidentialité, les États membres veillent à ce que, sauf accord contraire des parties, ni le médiateur ni les personnes participant à l'administration du processus de médiation ne soient tenus de produire, dans une procédure judiciaire civile ou commerciale ou lors d'un arbitrage, des preuves concernant les informations résultant d'un processus de médiation ou en relation avec celui-ci, excepté :

(a) lorsque cela est nécessaire pour des raisons impérieuses d'ordre public dans l'État membre concerné, notamment pour assurer la protection des intérêts primordiaux des enfants ou empêcher toute atteinte à l'intégrité physique ou psychologique d'une personne ; ou
(b) lorsque la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour mettre en œuvre ou pour exécuter ledit accord.

2. Aucune disposition du paragraphe 1 n'empêche les États membres d'appliquer des mesures plus strictes en vue de préserver la confidentialité de la médiation. »

Voir aussi la Recommandation No R (98) 1 du Conseil de l'Europe sur la médiation familiale (*supra* note 52), para. III (Processus de médiation) :

« Les États devraient veiller à l'existence de mécanismes appropriés afin que le processus de médiation se déroule conformément aux principes suivants : [...]

v. les conditions dans lesquelles se déroule la médiation familiale devraient garantir le respect de la vie privée ;
vi. les discussions qui ont lieu durant la médiation sont confidentielles et ne peuvent pas être ultérieurement utilisées, sauf avec l'accord des parties ou dans les cas permis par le droit national. »

Unis)²⁴⁴ imposent de préserver la confidentialité de la médiation par des mesures législatives. Et de nombreux États ont effectivement instauré de telles mesures.

- 210 Le médiateur doit parfaitement informer les parties des règles de confidentialité applicables. En médiation familiale internationale, il est essentiel de considérer les vues des deux (de tous les) États concernés sur la question de la confidentialité. Les parties ont besoin de savoir si les informations échangées au cours de la médiation peuvent être utilisées dans un tribunal dans un des États concernés. Si le médiateur ne connaît pas les règles de confidentialité des autres systèmes juridiques, il doit attirer l'attention des parties sur le fait que ces règles peuvent être différentes et que les communications en cours de médiation ne seront pas nécessairement considérées comme confidentielles par l'autre système juridique. Les parties peuvent être encouragées à se renseigner auprès de leurs représentants juridiques spécialisés. D'autre part, les Profils des États en vertu de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 peuvent être une source d'informations utile sur la législation d'un État contractant à la Convention en matière de confidentialité de la médiation²⁴⁵.
- 211 Le principe de confidentialité connaît évidemment des exceptions concernant les actes criminels commis ou projetés. De nombreuses règles de confidentialité prévoient des exceptions explicites à cet égard²⁴⁶. En outre, des exceptions peuvent découler directement d'autres règles telles que les règles du droit pénal. Ces règles peuvent imposer au médiateur ou à d'autres intervenants dans la

²⁴⁴ *Supra* note 54, voir la Section 4 de l'UMA (*Privilege against disclosure; Admissibility; Discovery*) :

- « (a) Sauf disposition contraire à la Section 6, une communication intervenant en médiation est protégée par le secret conformément à l'alinéa (b) et n'est pas soumise à la procédure de *discovery* ni admissible à titre de preuve dans une procédure sauf renonciation ou exclusion prévue à l'article 5.
- (b) Dans une procédure, les privilèges suivants s'appliquent :
- (1) Une partie à une médiation peut refuser de divulguer, et peut empêcher toute autre personne de divulguer, une communication intervenue en médiation.
- (2) Un médiateur peut refuser de divulguer une communication intervenue en médiation, et peut empêcher toute autre personne de divulguer une communication effectuée par le médiateur au cours de la médiation.
- (3) Un participant tiers peut refuser de divulguer, et peut empêcher toute autre personne de divulguer, une communication effectuée par le participant tiers au cours de la médiation.
- (c) Les éléments de preuve autrement recevables ou soumis à la procédure de *discovery* ne sont pas irrecevables ou protégés de la procédure de *discovery* au seul motif de leur communication ou de leur utilisation dans une médiation. »

²⁴⁵ *Supra* note 121, voir aussi la note 239. La législation applicable visée dans les Profils des États, si elle a été soumise par l'État contractant concerné, est également disponible sur le site Internet de la Conférence avec les Profils des États.

²⁴⁶ Voir aussi la Directive européenne sur la médiation (*supra* note 5), art. 7 (a), qui prévoit une exception « lorsque cela est nécessaire pour des raisons impérieuses d'ordre public dans l'État membre concerné, notamment pour assurer la protection des intérêts primordiaux des enfants ou empêcher toute atteinte à l'intégrité physique ou psychologique d'une personne » ; voir aussi l'UMA des États-Unis (*supra* note 54), Section 6 (*Exceptions to privilege*) :

- « (a) Aucun privilège en vertu de l'article 4 ne protège une communication intervenue en médiation qui est :
- (1) dans un accord attesté par document signé de toutes les parties à l'accord ;
- (2) accessible au public en vertu de [insérer la référence à l'*open records act*] ou effectuée au cours d'une séance de médiation qui est ouverte, ou qui doit être ouverte conformément à la loi, au public ;
- (3) une menace ou l'énoncé d'un projet d'infliger un préjudice corporel ou de commettre un crime de violence ;
- (4) utilisée dans l'intention de projeter un crime, de tenter de commettre ou de commettre un crime, ou de cacher un crime en cours ou une activité criminelle en cours ;
- (5) sollicitée ou offerte pour prouver ou réfuter une allégation ou une plainte pour faute professionnelle déposée contre un médiateur ;
- (6) sauf disposition contraire de l'alinéa (c), sollicitée ou offerte pour prouver ou réfuter une allégation ou une plainte de faute professionnelle déposée contre une partie à la médiation, un participant tiers ou le représentant d'une partie sur le fondement de sa conduite au cours d'une médiation ; ou
- (7) sollicitée ou proposée pour prouver ou réfuter un abus, une négligence, un abandon ou une exploitation dans une procédure à laquelle un organisme de services de protection des enfants ou des adultes est partie, à moins que l'affaire [Option A : [de protection des enfants ou des adultes, par exemple à insérer par l'état] soit orientée en médiation à l'initiative d'un tribunal et qu'un organisme public participe.]
- [Option B : l'organisme public [de protection des enfants ou des adultes, par exemple à insérer par l'état] participe à la médiation] [...]. »

médiation de signaler certaines informations à la police et éventuellement à d'autres organismes de protection de l'enfance, lorsqu'elles sont liées à un risque psychologique ou physique pour un enfant. Quant à savoir si un médiateur dans cette hypothèse peut être contraint de témoigner devant un tribunal sur les informations obtenues dans le cadre de la médiation, c'est une autre question, qui dépend de la loi applicable.

6.1.6 PRISE EN COMPTE DES INTÉRÊTS ET DU BIEN-ÊTRE DE L'ENFANT

- La médiation dans le contexte d'un enlèvement international d'enfants doit tenir compte des intérêts de l'enfant et de son bien-être.
- Le médiateur devrait encourager les parents à se concentrer sur les besoins des enfants et leur rappeler qu'ils ont la responsabilité première du bien-être de leurs enfants et le devoir de les informer et de les consulter²⁴⁷.

- 212 L'issue d'une médiation dans les conflits parentaux concernant la garde et les contacts ayant des conséquences directes sur l'enfant, la médiation doit tenir compte des intérêts de l'enfant et de son bien-être. Bien entendu, la médiation n'est pas un processus directif ; le médiateur ne fait que faciliter la communication entre les parties, ce qui leur permet de trouver une solution à leur différend, dont ils auront la responsabilité. Cependant, le médiateur :
- « devrait avoir plus particulièrement à l'esprit le bien-être et l'intérêt supérieur de l'enfant, devrait encourager les parents à se concentrer sur les besoins de l'enfant et devrait rappeler aux parents leur responsabilité primordiale s'agissant du bien-être de leurs enfants et la nécessité qu'ils ont d'informer et de consulter ceux-ci »²⁴⁸.
- 213 Aussi, les Principes pour la mise en œuvre de structures de médiation dans le cadre du Processus de Malte²⁴⁹ reconnaissent l'importance de ce point en déclarant qu'il faut aider les parents à trouver un accord « qui tienne compte de l'intérêt de l'enfant et de son bien-être ».
- 214 La prise en compte des intérêts et du bien-être de l'enfant donne non seulement toute l'importance qui leur est due aux droits de l'enfant, mais elle peut être également décisive au plan de l'effet juridique de l'accord de médiation. Dans de nombreux États en effet, un accord parental relatif à la responsabilité parentale devra être homologué par le tribunal qui vérifie que l'accord est compatible avec l'intérêt supérieur de l'enfant.

6.1.7 DÉCISION ÉCLAIRÉE ET ACCÈS APPROPRIÉ À DES CONSEILS JURIDIQUES

- Un médiateur intervenant dans un cas d'enlèvement international d'enfants doit attirer l'attention des parties sur l'importance de considérer la situation juridique dans les deux (tous les) systèmes juridiques concernés.
- Les parties ont besoin d'avoir accès à toutes les informations juridiques utiles.

- 215 La solution amiable négociée par les parties devrait découler de décisions éclairées²⁵⁰. Les parties doivent être pleinement conscientes de leurs droits et de leurs devoirs ainsi que des conséquences juridiques de leurs décisions. Comme il a été souligné plus haut, la situation juridique est particulièrement complexe dans les différends familiaux internationaux. L'attention des parties doit donc être attirée sur le fait qu'elles ont besoin d'informations juridiques spécialisées pour éclairer leurs échanges au cours de la médiation et pour les aider à élaborer l'accord de médiation et à lui donner effet juridique dans les États concernés.

²⁴⁷ Ce principe est prévu dans la Recommandation No R (98) 1 du Conseil de l'Europe sur la médiation familiale (*supra* note 52), para. III (Processus de médiation).

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ Voir l'annexe 1 *infra*.

²⁵⁰ Voir *ibid.*, notamment les principes généraux de « Prise de décision en connaissance de cause et accès adapté à des conseils juridiques ».

- 216 Les parties devraient avoir accès à un conseil juridique spécialisé²⁵¹. L'accès aux informations juridiques pertinentes pourrait être facilité par l'Autorité centrale ou un Point de contact central pour la médiation familiale internationale établi à cette fin (voir la section 4.1.4 plus haut), ou bien ces informations pourraient être fournies par les représentants juridiques spécialisés des parties²⁵².
- 217 Lorsqu'une seule des parties a un représentant juridique, le médiateur doit attirer l'attention de l'autre partie sur la nécessité pour elle d'accéder à des informations juridiques. Bien entendu, une partie de ces informations peut être donnée par le médiateur lui-même, mais il doit dans ce cas indiquer clairement qu'il n'est pas en position de conseiller.

6.1.8 COMPÉTENCE INTERCULTURELLE

→ **La médiation dans le cadre de différends familiaux internationaux doit être conduite par des médiateurs possédant des compétences interculturelles.**

- 218 Comme il a été souligné plus haut, la médiation dans le cadre de différends familiaux internationaux concerne régulièrement des parties ayant des origines culturelles et religieuses différentes²⁵³. Les médiateurs intervenant dans ces affaires doivent avoir une bonne connaissance des questions culturelles et religieuses qui peuvent être en jeu et être sensibilisés à celles-ci. Une formation spécifique est nécessaire à cet égard²⁵⁴.

6.1.9 QUALIFICATION DES MÉDIATEURS OU DES ORGANISMES DE MÉDIATION – EXIGENCES MINIMALES DE FORMATION

→ **La médiation en matière d'enlèvement international d'enfants doit être conduite par des médiateurs familiaux expérimentés et expressément formés à ce type de médiation.**

- 219 Les médiateurs qui interviennent en cas d'enlèvement international d'enfants doivent avoir suivi une formation spéciale. Voir le chapitre 3 ci-dessus pour de plus amples informations.

6.2 Modèles et méthodes de médiation

- 220 Comme il est indiqué plus haut, ce Guide n'est pas en mesure de présenter tous les modèles et méthodes de médiation utilisés dans les différents États et par les différents dispositifs de médiation ni de conclure qu'un modèle ou une méthode est préférable à un(e) autre. Son objectif est d'attirer l'attention sur de bonnes pratiques utiles pour la médiation dans le contexte de l'enlèvement international d'enfants concernant certains modèles ou méthodes de médiation.

²⁵¹ Voir aussi *supra* la section 6.1.2 sur le consentement éclairé, para. 202.

²⁵² Voir aussi la Recommandation No R (98) 1 du Conseil de l'Europe sur la médiation familiale (*supra* note 52), para. III (Processus de médiation) :

« Les États devraient veiller à l'existence de mécanismes appropriés afin que le processus de médiation se déroule conformément aux principes suivants : [...]

x. le médiateur peut donner des informations juridiques, mais ne devrait pas dispenser de conseil juridique. Il devrait, dans les cas appropriés, informer les parties de la possibilité qu'elles ont de consulter un avocat ou tout autre professionnel compétent. »

²⁵³ Voir la section 2.4 *supra* ; voir aussi par ex. K. Kriegel, « Interkulturelle Aspekte und ihre Bedeutung in der Mediation », S. Kiesewetter et C.C. Paul (dir. pub.) (*op. cit.* note 98), p. 91 à 104 ; R. Chouchani Hatem (*op. cit.* note 110), p. 43 à 71 ; D. Ganancia (*op. cit.* note 110), p. 132 et s. ; M.A. Kucinski (*op. cit.* note 110), p. 555 à 582.

²⁵⁴ Au sujet de la formation, voir le chapitre 14 *infra*.

6.2.1 MÉDIATION DIRECTE OU INDIRECTE

→ La forme de médiation, directe ou indirecte, la plus adaptée dépend des circonstances de l'espèce.

221 Le choix d'une médiation directe ou indirecte²⁵⁵ ou d'une association des deux dépendra des circonstances de l'affaire telles que les coûts liés à la situation géographique, d'éventuelles allégations de violences domestiques (voir chapitre 10), etc. Cette décision est également étroitement liée à celle du lieu de la médiation lorsqu'il a été déterminé qu'une réunion en personne est la solution appropriée (voir la section 4.4 ci-dessus).

6.2.2 MÉDIATION AVEC UN MÉDIATEUR UNIQUE OU COMÉDIATION

→ La comédiation devrait être encouragée dans les affaires d'enlèvement international d'enfants très conflictuelles lorsqu'elle est possible.

222 La comédiation, c'est-à-dire la médiation conduite par deux médiateurs, est employée avec succès par différents dispositifs de médiation mis en place expressément pour les affaires d'enlèvement international d'enfants.

223 La médiation dans les cas très conflictuels d'enlèvement international d'enfants est très intense et très complexe ; les échanges des parties peuvent être émotionnellement très chargés, voire explosifs. Dans ces circonstances, le recours à la comédiation s'est révélé particulièrement fructueux²⁵⁶. La comédiation permet de bénéficier de l'expérience, des connaissances et de la méthodologie des deux médiateurs, ce qui accroît les chances d'une issue amiable dans ces affaires très conflictuelles. D'une part, la présence de deux médiateurs dans la pièce peut faciliter l'instauration d'une ambiance calme et constructive pour les discussions. La coopération entre les médiateurs peut servir d'exemple aux parents. D'autre part, le fait même que la comédiation permette de ne jamais laisser les parties seules ensemble tout au long des séances de médiation est un avantage. En même temps, il faut tenir compte du fait que la médiation dans les affaires d'enlèvement international d'enfants doit être réalisée dans des délais courts ; de ce fait, il faudra peut-être organiser une courte succession de séances de deux à trois heures. La médiation faisant peser une lourde charge sur le médiateur dans ces circonstances, la comédiation peut être utile pour toutes les parties concernées²⁵⁷.

224 Il peut arriver cependant qu'une comédiation soit impossible. D'une part, elle sera probablement plus coûteuse qu'une médiation avec un médiateur unique, d'autre part, il peut être difficile de trouver deux médiateurs ayant le profil approprié dans le très court délai imparti. En outre, si les deux médiateurs n'ont jamais travaillé ensemble, ils auront peut-être besoin de temps pour s'adapter à la dynamique différente de la comédiation. Ces aspects montrent les avantages d'une médiation avec un médiateur unique ayant l'expérience des différends sur l'enlèvement international d'enfants, qui sera sans doute moins coûteuse, sera peut-être plus facile à organiser et ne risque pas de mettre en conflit des méthodes de deux médiateurs qui n'ont pas travaillé ensemble auparavant.

225 Néanmoins, étant donné les divers avantages de la comédiation, il convient de l'envisager pour les cas très conflictuels lorsqu'on considère la mise en place d'un dispositif de médiation pour les affaires d'enlèvement d'enfants relevant de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980²⁵⁸.

²⁵⁵ Pour les définitions, voir la section terminologie *supra*.

²⁵⁶ Voir par ex. le Rapport de 2006 sur le projet pilote de médiation de *reunite* (*op. cit.* note 97), p. 42 à 44 sur l'expérience des médiateurs dans les affaires d'enlèvement international d'enfants.

²⁵⁷ Dans le Rapport de 2006 sur le projet pilote de médiation de *reunite* (*ibid.*), p. 11, les médiateurs recommandaient vivement une comédiation dans de telles affaires.

²⁵⁸ Pour les États contractants à la Convention de 1980 où une comédiation est possible, voir aussi les Profils des États (*supra* note 121), section 19.1 d). La comédiation est possible par ex. en Allemagne, en Australie, en Belgique, aux États-Unis d'Amérique, en France, en Hongrie, en Lituanie, au Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles, Irlande du Nord) et en Slovénie.

6.2.3 CONCEPT DE MÉDIATION BILINGUE, BICULTURELLE

- Dans la mesure du possible et lorsque c'est opportun, il convient d'encourager la comédiation bilingue, biculturelle dans les affaires d'enlèvement d'enfants transfrontières.
- Des informations sur les différents modèles et processus de médiation devraient être mises à la disposition des parties par l'Autorité centrale ou un Point de contact central pour la médiation familiale internationale.

- 226 La médiation bilingue, biculturelle est une forme de comédiation qui répond aux besoins particuliers de compétences interculturelles et linguistiques des médiateurs intervenant auprès de parties originaires de différents États qui n'ont pas la même langue maternelle.
- 227 Dans ce modèle, la médiation doit être conduite par deux médiateurs familiaux expérimentés, chacun étant originaire de l'État d'origine d'une partie et ayant la même culture. Lorsque la langue nationale n'est pas la même dans ces deux États d'origine, les médiateurs apporteront avec eux les compétences linguistiques nécessaires, même s'il faut souligner que l'un des deux au moins doit avoir une bonne maîtrise de l'autre langue. Certains dispositifs de médiation mis en place expressément pour les enlèvements internationaux d'enfants et recourant à la médiation binationale s'efforcent en outre d'équilibrer la représentation des sexes et l'expertise professionnelle des médiateurs. Dans ces dispositifs, la comédiation est conduite par une médiatrice et un médiateur, l'un ayant une formation juridique, l'autre une formation psychosociologique. Cela permet de combiner l'expertise professionnelle et les compétences culturelles pour la gestion de différentes questions abordées en médiation. Ces dispositifs de comédiation faisant intervenir des médiateurs de sexe et d'horizon professionnel différents peuvent être ainsi qualifiés de dispositifs biculturels, bilingues, mixtes et biprofessionnels²⁵⁹.
- 228 Historiquement, la mise en place de dispositifs de médiation biculturelle dans le cadre d'enlèvement d'enfants visés par la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 remonte à une initiative binationale franco-allemande de médiation parlementaire. Afin de faciliter la résolution d'affaires d'enlèvement particulièrement difficiles impliquant des ressortissants allemands et français, les Ministres de la Justice de l'Allemagne et de la France ont décidé en 1998 de constituer un groupe de médiateurs parlementaires et de financer ses travaux. Formé de trois députés français et de trois députés allemands, dont un député du Parlement européen par nationalité, le groupe a commencé ses travaux en 1999. Les affaires étaient traitées en comédiation par un médiateur français et un médiateur allemand²⁶⁰. En 2003, ce dispositif parlementaire a été remplacé par un dispositif faisant appel à des médiateurs professionnels des deux pays, qui a fonctionné jusqu'en 2006²⁶¹.

259 Par ex. les dispositifs de médiation actuellement proposés par l'organisation sans but lucratif allemande MiKK e.V., le projet **germano-polonais** (engagé en 2007), le projet **germano-américain** (entrepris en 2004), le projet **germano-français** poursuivant les travaux du dispositif de médiation franco-allemand organisé par les Ministères de la Justice français et allemand (2003-2006), le projet **germano-britannique** en coopération avec *reunite* (engagé en 2003/4) ; pour plus de détails voir *supra* note 97. Voir aussi la déclaration de Wroclaw de 2008 pour les principes auxquels ces dispositifs de comédiation « biculturelle » aspirent à adhérer, analysés dans S. Kiesewetter, C.C. Paul et E. Dobiejewska, « Breslauer Erklärung zur binationalen Kindschaftsmediation », *FamRZ* 8/2008, p. 753 et s. ; la déclaration de Wroclaw est également disponible à l'adresse : <http://www.mikk-ev.de/english/codex-and-declarations/wroclaw-declaration/> > (dernière consultation le 16 juin 2012).

260 Pour une brève description de l'initiative parlementaire de médiation, voir le rapport sur le projet **franco-allemand** de médiation professionnelle binationale dans T. Elsen, M. Kitzing et Prof. Dr. A. Böttger, « Professionnelle binationale Co-Mediation in familienrechtlichen Streitigkeiten (insbesondere Umgang) – Endbericht », Hanovre 2005. Le projet franco-allemand de médiation parlementaire faisait également intervenir des médiateurs professionnels, voir *ibid.*

261 Voir aussi *ibid.*, « Le Ministère allemand de la Justice a estimé qu'à peu près 30 affaires de médiation avaient été ou sont en cours de traitement par ce groupe depuis sa création en octobre 2003 jusqu'à la cessation de ses activités en février 2006. » Sachant que le financement public du programme prendrait fin en 2006, les médiateurs professionnels intervenus dans ces affaires ont formé en 2005 l'association Médiation familiale binationale en Europe (MFBE) afin de poursuivre le programme.

Le remplacement de l'intervention de députés par une comédiation conduite par des médiateurs professionnels indépendants était un pas en avant pour éviter la politisation et la caractérisation nationaliste de conflits familiaux d'ordre privé²⁶².

- 229 Dans le sillage de l'expérience positive du projet de médiation franco-allemand²⁶³, d'autres programmes de médiation binationale ont été mis en place en Allemagne (l'un avec les États-Unis d'Amérique, l'autre avec la Pologne dans le cadre d'un programme pilote de médiation).
- 230 Bien entendu, ce n'est pas la nationalité des médiateurs professionnels en tant que telle qui les rend particulièrement aptes à conduire une médiation en tandem dans des affaires impliquant leur pays d'origine. Cette aptitude découle de la culture d'origine du médiateur, de la capacité qu'elle lui donne à comprendre les valeurs et attentes de la partie, qui est importante, et de l'aptitude à traduire une communication verbale et non verbale imprégnée d'une certaine culture en communication intelligible pour l'autre partie. Ce qui suppose évidemment que le médiateur ait une bonne connaissance de la culture de l'autre partie.
- 231 Reconnaissant que la culture d'une personne est influencée par de multiples facteurs, dont la nationalité est une influence parmi d'autres, et que dans une affaire, d'autres aspects comme la religion et les liens avec un groupe ethnique particulier peuvent exercer une influence beaucoup plus forte sur la culture d'une personne que sa nationalité, on peut souhaiter parler d'encourager le principe de la médiation « biculturelle »²⁶⁴.
- 232 Le grand avantage de la comédiation « bilingue », « biculturelle » c'est qu'elle peut offrir un cadre propice à la confiance et créer une ambiance dans laquelle les parties se sentent comprises et aidées dans leur communication par quelqu'un qui partage leur culture d'origine et leur langue. Étant donné le danger qu'une partie s'identifie à l'un des médiateurs et le considère comme son représentant dans la médiation, les médiateurs doivent néanmoins souligner que leur rôle est celui de tiers neutres et impartiaux.
- 233 Le modèle de la médiation « biculturelle » peut être également utile lorsque les parties, originaires du même État, n'ont pas la même identité culturelle parce qu'elles appartiennent à des communautés religieuses ou ethniques différentes et que la médiation peut être conduite en comédiation par des médiateurs partageant chacun les origines culturelles d'une des parties.
- 234 Les inconvénients de la comédiation « biculturelle », « bilingue » résident dans les coûts. De plus, il peut être encore plus difficile que pour une comédiation ordinaire de trouver des médiateurs ayant le profil approprié et disponibles dans un si court délai, en particulier lorsque la médiation doit être également « mixte » et « biprofessionnelle ».
- 235 Il va sans dire que lorsque les parties ont la même origine culturelle, la médiation « biculturelle » n'apporte pas de valeur ajoutée ; mais la comédiation « mixte », « biprofessionnelle » pourrait apporter une valeur ajoutée lorsqu'elle est possible.
- 236 Il est recommandé que des informations sur les modèles de médiation soient mises à la disposition des parties intéressées par l'Autorité centrale ou par un Point de contact central pour la médiation familiale internationale (voir chapitre 4 ci-dessus).

²⁶² Malheureusement, de nombreuses affaires d'enlèvement international d'enfants particulièrement difficiles sont polarisées par les médias, qui montent régulièrement en épingle les aspects relatifs à la nationalité. Or, la nationalité des parties n'a aucune incidence pour le cadre juridique international applicable, en particulier la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, mais aussi d'autres instruments tels que la Convention Protection des enfants de 1996 et le Règlement Bruxelles II bis. Ce qui importe pour ces instruments, c'est la résidence habituelle de l'enfant concerné.

²⁶³ Pour de plus amples informations, voir le rapport sur le projet allemand de médiation professionnelle binationale élaboré à la demande du Ministère de la Justice allemand : T. Elsen, M. Kitzing et Prof. Dr. A. Böttger (*op. cit.* note 260) ; voir aussi E. Carl, J.-P. Copin et L. Ripke, *Das deutsch-französische Modellprojekt professioneller Mediation*, KindPrax 2005, p. 25 à 28.

²⁶⁴ Voir aussi S. Vigers, « Mediating International Child Abduction Cases – The Hague Convention » (*op. cit.* note 95), p. 34 et s.

7 Participation de l'enfant

- 237 Dans les différends familiaux internationaux concernant des enfants, la participation de l'enfant à la résolution du différend peut répondre à différents objectifs. Tout d'abord, écouter le point de vue de l'enfant permet de comprendre ses sentiments et ses souhaits, qui peuvent être des informations importantes lorsqu'il s'agit de déterminer si une solution est conforme à son intérêt supérieur. Ensuite, la parole de l'enfant peut ouvrir les yeux de ses parents sur ses souhaits et les aider à se distancier de leurs positions personnelles dans l'intérêt d'une solution commune acceptable²⁶⁵. Enfin, la participation de l'enfant respecte son droit d'être entendu²⁶⁶ tout en offrant l'occasion de l'informer sur ce qui se passe.
- 238 Lorsqu'on considère la mesure dans laquelle les enfants peuvent et doivent participer à la médiation dans les affaires d'enlèvement international d'enfants, il est utile d'examiner brièvement l'implication des enfants dans les procédures de retour fondées sur la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et dans les procédures en droit de la famille en général dans les différents systèmes juridiques. Lorsqu'il s'agit en particulier de conférer force obligatoire et caractère exécutoire à un accord de médiation, il conviendra de considérer les règles fixées par les systèmes juridiques concernés.

7.1 Participation de l'enfant dans les procédures de retour fondées sur la Convention de 1980 et les procédures en droit de la famille

- 239 Dans les procédures de retour fondées sur la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, le point de vue de l'enfant, en fonction de son âge et de sa maturité, peut éclairer la décision du juge. L'opposition de l'enfant au retour tient une place importante. L'article 13(2) de la Convention de 1980 dispose en effet que l'autorité judiciaire peut « refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion »²⁶⁷.
- 240 Historiquement, cette disposition devait être rapprochée de l'article 4 de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, qui limite l'application de la Convention aux enfants de moins de 16 ans et reconnaît qu'« une personne de plus de seize ans a en général une volonté propre qui pourra difficilement être ignorée, soit par l'un ou l'autre de ses parents, soit par une autorité judiciaire ou administrative »²⁶⁸. L'article 13(2) a été introduit pour conférer un pouvoir d'appréciation aux autorités judiciaires concernant la décision de retour si un enfant de moins de 16 ans de maturité suffisante s'oppose au retour²⁶⁹.

²⁶⁵ Voir par ex. J. McIntosh, *Child inclusion as a principle and as evidence-based practice: Applications to family law services and related sectors*, Australian Family Relations Clearinghouse, 2007, p. 1 à 23.

²⁶⁶ Voir l'art. 12 de la CNUDE, qui promeut le droit de l'enfant « d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale » ; concernant la mise en œuvre effective de l'art. 12, voir l'Observation générale No 12 (2009) – Le droit de l'enfant d'être entendu, établi par le Comité des droits de l'enfant, disponible à l'adresse :

< http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12_fr.pdf > (dernière consultation le 16 juin 2012).

²⁶⁷ De plus, il peut être important de consulter l'enfant pour déterminer s'« il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable », au sens de l'art. 13(1) b) de la Convention de 1980.

²⁶⁸ E. Pérez-Vera, Rapport explicatif sur la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 (*op. cit.* note 93), p. 450, para. 77 ; voir aussi P. Beaumont et P. McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford 1999, p. 177, 178.

²⁶⁹ Pour des renseignements supplémentaires concernant l'art. 13(2) de la Convention de 1980, voir E. Pérez-Vera (*loc. cit.* note 268) ; voir aussi P. McEleavy, INCADAT-Analyse de jurisprudence : Exceptions au retour – Opposition de l'enfant – Âge et maturité requis, disponible à l'adresse : < www.incadat.com >, onglet « Analyse de jurisprudence ».

- 2.4.1 Aujourd'hui toutefois, cette disposition est de plus en plus envisagée dans le contexte plus large du droit de l'enfant d'être entendu²⁷⁰, reconnu par la CNUDE²⁷¹, la Convention Protection des enfants de 1996²⁷² et plusieurs instruments²⁷³ et initiatives²⁷⁴ *régionaux*.
- 2.4.2 Cette évolution se reflète dans les informations fournies par les États contractants dans les Profils des États²⁷⁵ relatifs à la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et a fait l'objet de discussions lors de la Sixième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions de 1980 et de 1996. La Commission spéciale s'est « [félicitée] de l'appui considérable pour donner aux enfants, eu égard à leur âge et à leur degré de maturité, la possibilité d'être entendu dans le cadre des procédures de retour en vertu de la Convention de 1980, indépendamment de savoir si une défense est soulevée en vertu de l'article 13(2) »²⁷⁶. Elle a également reconnu « la nécessité pour l'enfant d'être informé, de manière appropriée selon l'âge et la maturité de l'enfant, du processus en cours et des conséquences possibles »²⁷⁷.

²⁷⁰ Voir P. Beaumont et P. McEleavy (*loc. cit.* note 268).

²⁷¹ Voir l'art. 12 de la CNUDE (reproduit *supra* à la note 266) qui promeut le droit de l'enfant d'être entendu ; concernant la mise en œuvre effective de l'art. 12, voir l'Observation générale No 12 (juillet 2009) – Le droit de l'enfant d'être entendu (*op. cit.* note 266).

²⁷² Inspirée de l'art. 12 de la CNUDE, la Convention Protection des enfants de 1996 dispose en son art. 23(2) *b*) que la reconnaissance d'une mesure prise dans un État contractant peut être refusée « si la mesure a été prise, hors le cas d'urgence, dans le cadre d'une procédure judiciaire ou administrative, sans qu'ait été donnée à l'enfant la possibilité d'être entendu, en violation des principes fondamentaux de procédure de l'État requis », voir aussi P. Lagarde, Rapport explicatif sur la Convention Protection des enfants de 1996 (*op. cit.* note 80), p. 585, para. 123.

²⁷³ À titre d'exemple, le Conseil de l'Europe a adopté en 1996 la *Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants*, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2000, qui vise à protéger l'intérêt supérieur des enfants par plusieurs mesures procédurales pour leur permettre d'exercer leurs droits, en particulier dans les procédures judiciaires familiales. À la date à laquelle nous écrivons, la Convention est en vigueur en Allemagne, en Autriche, à Chypre, en Croatie, en ex-République yougoslave de Macédoine, en Finlande, en France, en Grèce, en Italie, en Lettonie, au Monténégro, en Pologne, en Slovénie, en République tchèque, en Turquie et en Ukraine, voir < <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=160&CM=8&DF=07/01/2011&CL=FRE> > (dernière consultation le 16 juin 2012) ; d'autre part, le Règlement Bruxelles II *bis*, entré en vigueur le 1^{er} mars 2005 dans tous les États membres de l'UE excepté le Danemark, qui complète l'application de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 dans ces États, reflète les rapides évolutions intervenues récemment en matière de promotion des droits des enfants dans les procédures judiciaires. Largement inspiré de la Convention Protection des enfants de 1996, le Règlement Bruxelles II *bis* encourage encore plus vigoureusement la prise en compte des souhaits des enfants.

²⁷⁴ Par ex. les « Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants », adoptées le 17 novembre 2010 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, disponibles à l'adresse < <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=1705197&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDBo21&BackColorLogged=F5D383> > (dernière consultation le 16 juin 2012) ; voir aussi « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – Programme de l'Union européenne en matière de droits de l'enfant », COM(2011)60 final du 15.2.2011, en particulier p. 6, disponible à l'adresse < http://ec.europa.eu/justice/policies/children/docs/com_2011_60_en.pdf > (dernière consultation le 16 juin 2012). Voir aussi le rapport préparatoire d'U. Kilkelly, « Une justice adaptée aux enfants : Rapport de synthèse sur la consultation des enfants et des jeunes concernant le projet de lignes directrices du Conseil de l'Europe », disponible à l'adresse < http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/childjustice/CJ-S-CH%20_2010_%2014%20rev.%20E%205%20oct.%202010.pdf > (dernière consultation le 16 juin 2012).

²⁷⁵ Voir la section 10.4 des Profils des États en vertu de la Convention de 1980 (*supra* note 121).

²⁷⁶ Voir les Conclusions et Recommandations de la première partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale (*op. cit.* note 38), Recommandation No 50.

²⁷⁷ *Ibid.*

- 243 Il faut ajouter que la jurisprudence de nombreux États contractants reflète aussi la prise de conscience croissante de la nécessité d'une représentation séparée de l'enfant dans certaines affaires d'enlèvement difficiles²⁷⁸.
- 244 Il faut néanmoins observer que les voies que prennent les États pour protéger les droits et les intérêts des enfants dans les procédures judiciaires sont diverses et que les modalités selon lesquelles l'enfant peut participer à une procédure judiciaire ou y être représenté ou les méthodes par lesquelles le point de vue de l'enfant peut être déterminé différent considérablement²⁷⁹. Dans certains États, les juges saisis d'une procédure concernant la responsabilité parentale entendent directement les enfants ; l'enfant peut être interrogé lors d'une audience normale ou d'une audience spéciale, le juge interrogeant alors l'enfant seul ou en présence d'un travailleur social, etc.²⁸⁰ Cela étant, même les pays qui prévoient des modalités de participation directe des enfants à une procédure judiciaire sont partagés sur l'âge à partir duquel un enfant peut participer. Dans d'autres États, les juges sont assez réticents à entendre les enfants directement ; le point de vue de l'enfant pourra être soumis au tribunal sous forme de rapport établi, par exemple, par un travailleur social ou un psychologue qui interroge l'enfant à cette fin²⁸¹.
- 245 En dehors des modalités de communication du point de vue de l'enfant au juge saisi, la question de l'importance qu'il convient d'accorder aux opinions et aux souhaits de l'enfant dépend de la question en jeu, de l'âge de l'enfant et de sa maturité.
- 246 Lors de la Sixième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions de 1980 et de 1996, la Commission spéciale « [a pris] note du fait que les États suivent des approches différentes dans leur droit interne quant à la manière dont les opinions de l'enfant peuvent être recueillies et introduites dans la procédure » et a souligné également « l'importance de veiller à ce que la personne qui s'entretient avec l'enfant, que ce soit le juge, un expert indépendant ou toute autre personne, soit dotée, dans la mesure du possible, d'une formation appropriée à cette tâche »²⁸².

278 Voir la section 10.4 d) des Profils des États en vertu de la Convention de 1980 (*supra* note 121) et les Conclusions et Recommandations de la première partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale (*op. cit.* note 38), Recommandation No 51. Voir également concernant le **Royaume-Uni**, M. Freeman et A.-M. Hutchinson, « Abduction and the Voice of the Child: Re M and After », *IFL* 2008, 163-167 ; voir aussi par ex. en **Nouvelle-Zélande**, l'instruction « Practice Note: Hague Convention Cases: New Zealand Family Court Guidelines », disponible à l'adresse < <http://www.justice.govt.nz/courts/family-court/practice-and-procedure/practice-notes> > (dernière consultation le 16 juin 2012) et les art. 106 et 6 du *New Zealand Care of Children Act 2004* No 90 (au 29 novembre 2010), disponible à l'adresse < <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2004/0090/latest/DLM317233.html> > (dernière consultation le 16 juin 2012).

279 Voir par ex. une comparaison des différents États européens, M. Reich Sjögren, « Protection of Children in Proceedings », Note préparée pour la Commission des affaires juridiques du Parlement européen, Bruxelles, novembre 2010, PE 432.737.

280 Voir par ex. l'**Allemagne** : les enfants doivent être entendus lorsqu'ils ont 14 ans révolus et même s'ils sont plus jeunes si leur point de vue est jugé particulièrement pertinent pour la procédure (art. 159 *FamFG*, *supra* note 227, remplaçant l'art. 50 b *FGG*), ce qui est normalement le cas dans une procédure relative au droit de garde (dans ce cas, des enfants de 3 ou 4 ans peuvent être entendus) ; voir aussi une étude demandée par le Ministère de la Justice sur l'audition des enfants, M. Karle, S. Gathmann, G. Klosinski, « Rechtstatsächliche Untersuchung zur Praxis der Kindesanhörung nach § 50 b *FGG* », 2010. En **France**, l'art. 388-1 du Code civil dispose que les enfants peuvent être entendus par le juge ou par une personne qu'il désigne à cet effet.

281 Voir, avec d'autres références, M. Reich Sjögren (*op. cit.* note 279) ; au **Royaume-Uni**, le tribunal peut demander un rapport (*Welfare report*) à un travailleur social spécialisé du Service de conseil et d'appui au tribunal des enfants et de la famille (*Children and Family Court Advisory and Support Service*, *CAFCASS*) dans le cadre d'une procédure relative au droit de garde ou au droit d'entretenir un contact ; voir aussi M. Potter, « The Voice of the Child : Children's 'Rights' in Family Proceedings », *IFL* 2008, 140 à 148, p. 143.

282 Voir les Conclusions et Recommandations de la première partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale (*op. cit.* note 38), Recommandation No 50.

7.2 La voix de l'enfant en médiation

- Le point de vue de l'enfant devrait être pris en compte en médiation conformément à son âge et à sa maturité.
- Il convient de soigneusement réfléchir aux modalités de prise en compte du point de vue de l'enfant dans la médiation et à l'opportunité de sa participation directe ou indirecte ; celles-ci dépendent des circonstances propres de l'affaire.

- 247 Dans le cadre d'un différend familial concernant des enfants, le point de vue de l'enfant doit être pris en compte dans la médiation²⁸³ tout comme dans les autres mécanismes alternatifs de résolution des différends. Étant donné en particulier les évolutions observées en matière de protection des droits et des intérêts des enfants dans le cadre des procédures judiciaires, il est souhaitable que les mécanismes alternatifs de résolution des différends observent un respect parallèle à l'égard des droits et des intérêts des enfants, en particulier du droit de l'enfant à ce que son point de vue soit pris en compte.
- 248 Confirmant ce principe, dans son analyse sur la mise en œuvre effective de l'article 12 de la CNUDE, le Comité des droits de l'enfant a déclaré dans son Observation générale de 2009 sur le droit de l'enfant d'être entendu que le droit « d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant » doit être également respecté lorsque ces procédures font appel à « des mécanismes de règlement des conflits tels que la médiation et l'arbitrage »²⁸⁴.
- 249 S'agissant « d'entendre la voix de l'enfant », la médiation se différencie d'une procédure judiciaire en deux points importants. Tout d'abord, les moyens par lesquels la voix d'un enfant peut être introduite dans le processus de médiation peuvent sensiblement différer des moyens offerts dans le cadre d'une procédure judiciaire. Ensuite, la façon dont les opinions et les souhaits de l'enfant peuvent être pris en compte est différente.
- 250 La possibilité ou l'impossibilité d'introduire le point de vue de l'enfant dans le processus de médiation et les modalités de sa prise en compte dépendent dans une certaine mesure de l'accord des parents à une certaine procédure. Cela parce que dans la plupart des systèmes juridiques, les médiateurs n'ont pas de pouvoir d'interrogation, c'est-à-dire que contrairement aux juges, ils ne peuvent généralement pas convoquer l'enfant à une audience ni ordonner l'établissement d'un compte rendu à la suite d'un entretien d'un expert avec l'enfant. Le médiateur ne peut qu'attirer l'attention des parents sur l'importance d'entendre la voix de l'enfant et indiquer, le cas échéant, que le tribunal auquel il est demandé de rendre l'accord juridiquement contraignant pour permettre son exécution pourra examiner si le point de vue de l'enfant a été suffisamment pris en compte. Le médiateur devrait recommander un processus pour introduire la voix de l'enfant dans la médiation en tenant compte des circonstances de l'espèce (âge de l'enfant, risque d'un nouvel enlèvement, historique de violences domestiques, etc.). Une solution possible est la participation directe de l'enfant à une ou plusieurs séances de médiation. Une autre possibilité est d'organiser une réunion séparée entre le médiateur et l'enfant, dont le médiateur rendra compte aux parents²⁸⁵.

283 Voir aussi « The Involvement of Children in Divorce and Custody Mediation – A Literature Review », publié par la Family Justice Services Division of the Justice Services Branch (British Columbia Ministry of Attorney General), mars 2003, disponible à l'adresse : < <http://www.ag.gov.bc.ca/dro/publications/index.htm> > (dernière consultation le 16 juin 2012).

284 Voir Observation générale No 12 (2009) – Le droit de l'enfant d'être entendu (*op. cit.* note 266), p. 10, para. 33. ; voir aussi p. 13, para. 52.

285 Dans le projet pilote de médiation du *Centrum Internationale Kinderontvoering* aux Pays-Bas, un médiateur formé spécialement qui ne conduisait pas la médiation dans l'affaire s'entretenait avec l'enfant concerné et établissait un rapport à l'issue de l'entretien ; au Royaume-Uni, les médiateurs participant au projet de médiation de *reunite* demandent, lorsque c'est opportun, à la juridiction saisie de la procédure de retour d'ordonner un entretien entre l'enfant et un agent du Service de conseil et d'appui au tribunal des enfants et de la famille (CAFCASS *Officer*) et que le rapport soit communiqué aux parents et aux médiateurs ; voir Rapport de 2006 sur le projet pilote de médiation de *reunite* (*op. cit.* note 97), p. 10.

Cependant, la personne qui s'entretient avec l'enfant doit avoir suivi une formation spécialisée²⁸⁶ afin que la consultation avec l'enfant soit conduite « de manière attentive aux besoins de l'enfant et adaptée à son développement » et « que le style de la consultation épargne la responsabilité de la décision à l'enfant »²⁸⁷.

- 251 Lorsque le point de vue de l'enfant est introduit dans le processus de médiation, il n'est pas pris en compte de la même façon que dans une procédure judiciaire. Dans une procédure judiciaire, le juge tire ses conclusions de l'audience et, en fonction de l'âge et de la maturité de l'enfant, tient compte de son point de vue lorsqu'il rend sa décision concernant l'intérêt supérieur de l'enfant. Un médiateur, en revanche, ne peut qu'attirer l'attention des parties sur le point de vue de l'enfant ou sur d'autres aspects qui peuvent concerner son intérêt et son bien-être, mais il appartient entièrement aux parents de décider de la teneur de leur accord. Comme il a été dit plus haut, il faut souligner à ce titre que « le médiateur devrait avoir plus particulièrement à l'esprit le bien-être et l'intérêt supérieur de l'enfant, devrait encourager les parents à se concentrer sur les besoins de l'enfant et devrait rappeler aux parents leur responsabilité primordiale s'agissant du bien-être de leurs enfants et la nécessité qu'ils ont d'informer et de consulter ceux-ci [...] »²⁸⁸.
- 252 En fonction des systèmes juridiques concernés, le médiateur devra peut-être rappeler aux parents que pour être approuvé par une autorité judiciaire, l'accord doit correctement protéger les droits et les intérêts des enfants.

8 Participation éventuelle de tiers

→ Lorsque les parties au différend l'acceptent et que le médiateur la juge faisable et appropriée, la médiation peut être ouverte à la participation de tiers dont la présence peut être utile à une solution amiable.

- 253 Pour trouver une solution pérenne dans un conflit familial, il est parfois utile de faire intervenir dans le processus de médiation une personne ayant des liens étroits avec une des parties ou les deux et dont la coopération est nécessaire à la bonne mise en œuvre de l'accord de médiation. Ce tiers peut être par exemple le nouveau partenaire d'un des parents ou un grand-père ou une grand-mère. En fonction de leur culture d'origine, les parties peuvent souhaiter qu'une personne respectée de leur communauté participe à la médiation.
- 254 L'un des avantages de la médiation est en effet que le processus est suffisamment souple pour permettre l'intervention de personnes n'ayant pas de statut de partie à la procédure, mais qui peuvent néanmoins exercer une forte influence sur l'issue du processus de résolution du conflit. Cependant, le médiateur devra décider au cas par cas si l'intervention d'un tiers dans une séance de médiation ou une partie d'une séance est faisable et appropriée sans compromettre l'efficacité de la médiation. La présence d'un tiers dans une séance de médiation ou l'organisation d'un entretien entre un médiateur et un tiers suppose évidemment que les parties soient d'accord. La participation d'un tiers peut poser des difficultés, surtout lorsqu'il s'agit de s'assurer qu'il n'y a pas de déséquilibre des pouvoirs entre les parties. D'autre part, si un tiers participe à des communications en médiation, la question de la confidentialité doit être abordée.

²⁸⁶ Par ex. au Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles), le « Code of Practice for Family Mediators » du *Family Mediation Council*, établi par les Organisations membres, 2010, disponible à l'adresse < www.familymediationcouncil.org.uk > (dernière consultation le 16 juin 2012), dispose que « [l]es médiateurs ne peuvent entreprendre de consultation directe avec les enfants qu'après avoir accompli une formation spécifique approuvée par l'Organisation membre et / ou le Conseil et après avoir reçu une autorisation spécifique du Criminal Records Bureau » (para. 3.5 et 5.7.3) ; voir aussi le chapitre 14 *infra*.

²⁸⁷ Voir J. McIntosh (*op. cit.* note 265), p. 5.

²⁸⁸ Voir la Recommandation No R (98) 1 du Conseil de l'Europe sur la médiation familiale (*supra* note 52), para. III (Processus de médiation) ; sur le principe de la prise en compte des intérêts et du bien-être de l'enfant, voir la section 6.1.6 *supra*.

- 255 S'agissant de la solution amiable trouvée par voie de médiation, il faut souligner que c'est un accord entre les parties et que la participation d'un tiers à la médiation ne confère pas à celui-ci la qualité de partie à l'accord. Dans certaines affaires toutefois, il peut être utile que le tiers, dont la coopération conditionne la mise en œuvre de l'accord, donne son aval à l'accord des parties pour indiquer qu'il s'engage à soutenir cet accord.

9 Organisation des contacts entre le parent resté sur place et l'enfant au cours de la médiation

- 256 L'enlèvement d'enfants provoque régulièrement une perturbation soudaine et totale des contacts entre le parent resté sur place et l'enfant. Cette situation est très douloureuse pour le parent comme pour l'enfant et si la perturbation de leurs contacts se prolonge, elle peut aboutir à l'aliénation parentale. Afin de protéger l'enfant de nouveaux préjudices et eu égard à son droit de rester en contact avec ses deux parents, il est important de rétablir rapidement le contact entre l'enfant et le parent resté sur place. De multiples moyens permettent de rétablir provisoirement le contact immédiatement après un enlèvement. Les moyens de communication modernes peuvent être envisagés (courrier électronique, messagerie instantanée, appels téléphoniques via Internet, etc.)²⁸⁹.
- 257 Si le parent resté sur place se rend dans l'État requis pour une audience devant le tribunal dans le cadre d'une procédure de retour fondée sur la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 ou d'une séance de médiation, il est vivement recommandé d'envisager des mesures pour lui permettre de rencontrer l'enfant en personne²⁹⁰. C'est une mesure utile pour désenvenimer le conflit. Ces rencontres en personne peuvent être très utiles en particulier en médiation, où un dialogue constructif entre les parties est crucial. Les médiateurs qui ont l'expérience des affaires d'enlèvement international d'enfants reconnaissent les effets positifs de ces contacts sur le processus de médiation lui-même²⁹¹.

9.1 Protections / Prévention d'un nouvel enlèvement

- Il peut être nécessaire d'établir des protections pour garantir le respect des dispositions provisoires relatives aux contacts et écarter le risque d'un nouvel enlèvement.
- Les mesures de protection suivantes sont possibles²⁹² :
 - retrait du passeport ou d'autres documents de voyage, demande aux consulats et ambassades étrangers de ne pas délivrer de nouveaux passeports ou documents de voyage pour l'enfant ;
 - obligation faite au parent demandeur de se présenter régulièrement à la police ou à une autre autorité pendant une période de contact ;
 - dépôt d'une garantie financière ou sûreté ;
 - surveillance des contacts par un professionnel ou un membre de la famille ;
 - restrictions quant aux lieux des contacts autorisés, etc.

²⁸⁹ Voir le Guide de bonnes pratiques sur les contacts transfrontières (*op. cit.* note 16), section 6.7, p. 33.

²⁹⁰ Voir aussi S. Vigers, Note relative au développement de la médiation, de la conciliation et de moyens similaires (*op. cit.* note 11), 6.1, p. 20.

²⁹¹ Voir par ex. S. Kiesewetter et C.C. Paul, « Family Mediation in an International Context: Cross-Border Parental Child Abduction, Custody and Access Conflicts: Traits and Guidelines », S. Kiesewetter et C.C. Paul (dir. pub.) (*op. cit.* note 98), p. 47.

²⁹² Voir le Guide de bonnes pratiques sur les contacts transfrontières (*op. cit.* note 16), section 6.3, p. 33 et 34.

- 258 Pour de plus amples informations, voir le Guide de bonnes pratiques sur les contacts transfrontières relatifs aux enfants²⁹³, chapitre 6, qui tient également compte des objectifs de la *Convention du Conseil de l'Europe du 15 mai 2003 sur les relations personnelles concernant les enfants*²⁹⁴.

9.2 Coopération étroite avec les Autorités centrales et les autorités administratives et judiciaires

→ Lors de l'organisation des contacts entre l'enfant enlevé et le parent resté sur place au cours de la médiation, il peut être nécessaire de se rapprocher des autorités afin d'éliminer tout risque pour l'enfant, notamment celui d'un nouvel enlèvement.

- 259 La Convention Enlèvement d'enfants de 1980 confère à l'Autorité centrale la responsabilité, « le cas échéant, de permettre l'organisation ou l'exercice effectif du droit de visite » (voir art. 7(2) f) ; voir aussi art. 21)²⁹⁵. Parallèlement, l'article 7(2) b) de la Convention de 1980 oblige les Autorités centrales à prendre toutes les mesures appropriées « pour prévenir de nouveaux dangers pour l'enfant ou des préjudices pour les parties concernées, en prenant ou faisant prendre des mesures provisoires ». Tel que l'a reconnu la Sixième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions de 1980 et de 1996, « en vertu des articles 7(2) b) et 21 de la Convention de 1980 et alors qu'une procédure de retour est en cours, un État contractant requis peut permettre au demandeur à la procédure de retour d'avoir, dans un cas approprié, un contact avec l'enfant »²⁹⁶.
- 260 Les Autorités centrales sont encouragées « à adopter une approche proactive dans l'accomplissement de leurs fonctions respectives dans les affaires internationales relatives au droit de visite / d'entretenir un contact »²⁹⁷. Les médiateurs doivent être conscients de l'aide importante que peuvent apporter les Autorités centrales en organisant des contacts provisoires entre le parent resté sur place et l'enfant enlevé. Ils devraient également tenir compte de la nécessité de disposer d'une coopération rapprochée avec les Autorités centrales et autres organismes concernant la prise des mesures de protection nécessaires. De plus amples détails figurent dans le Guide de bonnes pratiques sur les contacts transfrontières relatifs aux enfants²⁹⁸.

²⁹³ *Ibid.*, p. 33 et s.

²⁹⁴ STCE 192 ; texte de la Convention disponible à l'adresse

< <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/192.htm> > (dernière consultation le 16 juin 2012).

²⁹⁵ Voir pour plus de détails le Guide de bonnes pratiques sur les contacts transfrontières (*op. cit.* note 16), section 4.6, p. 23.

²⁹⁶ Voir les Conclusions et Recommandations de la première partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale (*op. cit.* note 38), Recommandation No 20 ; voir également le Guide de bonnes pratiques sur les contacts transfrontières (*op. cit.* note 16), section 4.4, p. 21 et 22.

²⁹⁷ Voir les Conclusions et Recommandations de la première partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale (*op. cit.* note 38), Recommandation No 18 ; voir également le Guide de bonnes pratiques sur les contacts transfrontières (*loc. cit.* note 296).

²⁹⁸ *Op. cit.* note 16.

10 Médiation et accusations de violences domestiques

- 261 La violence domestique est un phénomène malheureusement très répandu qui peut revêtir de multiples formes ; elle peut consister en violence physique ou psychologique²⁹⁹ ; elle peut être dirigée contre l'enfant (« maltraitance d'enfant »)³⁰⁰ ou contre le partenaire³⁰¹ ; et elle peut constituer un seul incident isolé ou un comportement récurrent. Lorsque la violence domestique est récurrente, le cycle type de violence peut consister en : (1) une phase de montée des tensions avec des voies de fait mineures ; (2) un incident aigu avec une escalade de violence et (3) une phase de réconciliation, dans laquelle l'auteur des violences implore souvent le pardon de la victime et promet de n'être plus jamais violent tandis que la victime s'efforce de croire à ces promesses et se sent même parfois responsable du bien-être psychologique de l'auteur de violences³⁰². Les situations de violence récurrente se caractérisent par le fait que la victime se sent prise au piège du cycle de violence et sans défense, persuadée que la situation est immuable et craignant de quitter l'auteur des violences par peur de représailles³⁰³.
- 262 Les allégations de violence domestique ne sont pas rares dans les affaires d'enlèvement international d'enfants. Certaines peuvent se révéler infondées, mais d'autres sont légitimes et peuvent être à l'origine de la décision du parent de quitter le pays avec l'enfant. La violence domestique est une question très sensible et doit être traitée en conséquence.
- 263 Les points de vue sont très partagés sur l'opportunité de la médiation dans les conflits familiaux impliquant des violences domestiques. Certains experts jugent que dans ces circonstances, la médiation est globalement inadaptée à plusieurs titres. Ils soulignent qu'elle peut mettre la victime en danger. Le moment de la séparation étant le moment le plus dangereux pour la victime, ils pensent qu'un contact en face à face avec l'auteur des violences à ce moment-là expose à de nouvelles violences et à d'autres traumatismes³⁰⁴. En outre, ils considèrent que la médiation, qui est un moyen de résolution amiable des différends, est inefficace dans les affaires impliquant des violences domestiques car elle repose sur la coopération³⁰⁵ et pour réussir, il faut que les parties puissent négocier à armes égales. Or puisque les victimes de violences domestiques ont souvent des difficultés à défendre leurs intérêts lorsqu'elles sont confrontées à l'auteur des violences, la médiation ne peut qu'aboutir à des accords inéquitables³⁰⁶. Certains des opposants à la médiation dans le contexte de violences domestiques soulignent que la médiation légitimerait la violence au lieu d'en punir les auteurs.
- 264 À l'inverse, de nombreux experts sont opposés à l'exclusion générale de la médiation dans les affaires impliquant des violences domestiques sous réserve qu'interviennent des professionnels

299 Les violences physiques et psychologiques peuvent s'étendre aux violences sexuelles, émotionnelles et même financières. La violence domestique est un « phénomène complexe et culturellement nuancé » et « indifférente au sexe, à la race, à l'origine ethnique, à l'âge et au milieu socio-économique », voir J. Alanen, « When Human Rights Conflict : Mediating International Parental Kidnapping Disputes Involving the Domestic Violence Defense », 40 *U. Miami Inter-Am. L. Rev.* 49 (2008-2009), p. 64.

300 En ce qui concerne la violence à l'égard de l'enfant, le Guide distingue la violence directe de la violence indirecte. La première est dirigée contre l'enfant, tandis que la seconde est dirigée contre un parent ou un autre membre du foyer, et retentit sur l'enfant. Voir aussi la définition de la violence domestique dans la section terminologie *supra* et *infra* para. 270.

301 Dans la majorité des affaires, c'est la femme qui est victime de la violence domestique ; voir par ex. « Domestic Violence Parliamentary Report of the United Kingdom », publié en juin 2008, Résumé dans *IFL* 2008, p. 136, 137, « la grande majorité de violences graves et récurrentes était commise par des hommes contre des femmes » ; voir aussi H. Joyce (*op. cit.* note 228), p. 449, « Les femmes sont les victimes dans 95 % des incidents signalés de violence domestique ».

302 *Ibid.*, p. 499, 450.

303 *Ibid.*

304 Voir, avec d'autres références sur ce point de vue, *ibid.*, p. 452.

305 Voir, avec d'autres références sur ce point de vue, *ibid.*

306 Voir, avec d'autres références sur ce point de vue, *ibid.*, p. 451.

bien formés, bien informés sur le sujet³⁰⁷. Ils soulignent que les affaires de violences domestiques sont très différentes les unes des autres et qu'une évaluation au cas par cas est indispensable : certaines affaires peuvent se prêter à un processus de médiation tandis que d'autres sont manifestement du ressort des tribunaux³⁰⁸. Lorsqu'une victime a obtenu des informations suffisantes pour prendre une décision éclairée, son souhait de participer à une procédure potentiellement bénéfique – si elle est sans danger – devrait être respecté³⁰⁹. Des auteurs affirment que la participation de la victime à un processus de médiation approprié et bien dirigé peut lui permettre de renforcer son estime de soi, voire favoriser son autonomie³¹⁰. Aux préoccupations relatives à la sécurité des victimes au cours de la médiation, ils répondent que la médiation n'a pas à se dérouler nécessairement sous forme de séances en personne, mais qu'elle peut être également conduite par téléconférence ou sous forme de médiation navette.

- 265 Concernant le processus de médiation, l'argument est que de nombreux moyens permettent de l'adapter pour protéger et rendre la victime plus forte. À titre d'exemple, les règles énoncées pour la séance de médiation peuvent interdire tout comportement dégradant et prévoir l'arrêt immédiat de la médiation si ces règles ne sont pas respectées. Il est souhaitable que les professionnels de la médiation aient connaissance des programmes de rééducation et des autres ressources pouvant être ouvertes à un parent violent.
- 266 Ces différents points de vue se retrouvent également dans la législation. Dans certains États en effet, des dispositions législatives interdisent explicitement le recours à la médiation dans les conflits familiaux concernant des enfants lorsque des éléments attestent un « historique » de violence domestique ou soumettent la médiation dans ces circonstances à certaines conditions³¹¹.
- 267 Il faut souligner que la violence domestique elle-même constitue souvent un délit grave et ne fait évidemment pas l'objet de la médiation ; ce qui est en jeu dans la médiation, ce sont des questions telles que le droit de garde et le droit de visite, les aliments et d'autres questions touchant à l'organisation de la famille³¹².

10.1 Traitement de la violence domestique dans les procédures de retour fondées sur la Convention de 1980

- 268 Avant d'aborder la question de la médiation dans les cas d'enlèvement d'enfants impliquant des accusations de violence domestique, il est important de dire quelques mots sur les accusations de violence domestique dans les procédures de retour fondées sur la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 en général.
- 269 Lorsqu'un enfant a été enlevé, l'article 7(2) b) de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 impose aux Autorités centrales de « prévenir de nouveaux dangers pour l'enfant ou des préjudices pour les parties concernées, en prenant ou faisant prendre des mesures provisoires ». Dès lors, si le parent ayant emmené l'enfant risque de nuire à l'enfant, l'Autorité centrale pourrait, en fonction des pouvoirs qui lui sont conférés par son État contractant, prendre des mesures provisoires ou faire prendre de telles mesures par l'autorité compétente. Cette disposition fonctionne en tandem avec l'article 11 de la Convention Protection des enfants de 1996 qui, dans les cas d'urgence, donne compétence aux autorités de l'État contractant dans lequel se trouve l'enfant pour prendre les mesures de protection nécessaires.

307 Voir par ex. le Rapport de 2006 sur le projet pilote de médiation de *reunite* (*op. cit.* note 97), p. 53.

308 Voir, avec d'autres références, N. ver Steegh (*op. cit.* note 8), p. 665.

309 Voir, avec d'autres références, *ibid.*

310 J. Alanen (*op. cit.* note 299), p. 69, note 69.

311 Voir aussi H. Joyce (*op. cit.* note 228), p. 459 et s.

312 J. Alanen (*op. cit.* note 299), p. 87 et 88, note 151.

- 270 Cependant, dans la majorité des affaires, les accusations de violences domestiques ne sont pas portées contre le parent ayant emmené l'enfant mais contre le parent resté sur place³¹³. Un risque immédiat pour la sécurité du parent ayant emmené l'enfant, de l'enfant ou des deux sera traité par les autorités de l'État requis conformément à son droit procédural. Des mesures peuvent par exemple être prises par l'Autorité centrale ou le tribunal pour éviter de révéler le lieu où se trouve la victime de violence domestique à l'autre parent ou pour autrement éviter une rencontre non accompagnée³¹⁴.
- 271 Dans une procédure de retour fondée sur la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, les accusations de violence domestique jouent un rôle lorsqu'il s'agit de décider si une exception au retour de l'enfant fondée sur l'article 13(1) b) de la Convention de 1980 peut être établie. Aux termes de cet article, l'autorité judiciaire ou administrative de l'État requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant s'il est établi « qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable ». Ce risque peut découler non seulement des violences faites à l'enfant mais aussi des violences faites au parent ayant emmené l'enfant, qui affectent indirectement l'enfant. Cependant, conformément aux objectifs de la Convention de 1980, les exceptions de l'article 13 sont interprétées de manière restrictive³¹⁵. Hormis les circonstances de l'espèce, la question de savoir si les conditions d'une exception de risque grave sont ou non réunies en présence d'allégations de violence domestique dépend également de la possibilité de mettre en place des mesures de protection pour garantir le retour sans danger³¹⁶ de l'enfant et éventuellement du parent ayant emmené l'enfant dans l'État de résidence habituelle.
- 272 Bien que la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 traite du retour de l'enfant, le retour sans danger du parent ayant emmené l'enfant est souvent une préoccupation pour la juridiction saisie de la procédure de retour fondée sur la Convention de 1980, en particulier lorsque le parent ayant emmené l'enfant est le parent qui a la garde principale de l'enfant. En effet, il peut être nécessaire, pour ordonner le retour de l'enfant, d'organiser le retour sans danger du parent l'ayant emmené lorsque leur séparation, si le retour du parent est impossible, exposerait l'enfant à un risque grave. Voir aussi plus haut la section 2.8 sur l'obstacle au retour du parent ayant emmené l'enfant constitué par une procédure pénale.
- 273 Lorsqu'il est établi que le retour exposerait l'enfant à un risque grave de danger physique ou psychologique ou le placerait autrement dans une situation intolérable, la juridiction saisie de la demande de retour n'est pas obligée d'ordonner le retour de l'enfant³¹⁷. Dans la plupart des cas, une décision de non-retour aboutira à une modification des compétences³¹⁸ sur les questions de garde en faveur de l'État de la nouvelle résidence habituelle de l'enfant³¹⁹.

313 L'art. 7(2) b) de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 a été principalement rédigé en vue d'éviter un nouveau déplacement de l'enfant. Voir E. Pérez-Vera, Rapport explicatif sur la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 (*op. cit.* note 93), para. 91.

314 Voir également *infra* para. 277.

315 Voir E. Pérez-Vera (*ibid.*), p. 434, para. 34 ; voir aussi les Conclusions et Recommandations de la Quatrième réunion de la Commission spéciale (*op. cit.* note 34), No 4.3, p. 12 et les Conclusions et Recommandations de la Cinquième réunion de la Commission spéciale (*id.*), No 1.4.2, p. 8.

316 Le retour sans danger peut être garanti par exemple par des décisions miroirs, des ordonnances de sauf-conduit ou d'autres mesures de protection. Pour plus de précisions, voir le Guide de bonnes pratiques sur l'exécution (*op. cit.* note 23), chapitre 9, p. 35 et s. ; voir aussi J.D. Garbolino, *Handling Hague Convention Cases in U.S. Courts* (3^e éd.), Nevada 2000, p. 79 et s.

317 Le Règlement Bruxelles II bis, qui fonctionne en tandem avec la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, prévoit en outre en son art. 11(4) qu'« [u]ne juridiction ne peut pas refuser le retour de l'enfant en vertu de l'article 13, point b), de la convention de La Haye de 1980 s'il est établi que des dispositions adéquates ont été prises pour assurer la protection de l'enfant après son retour ».

318 Sur les questions de compétence, voir le chapitre 13 *infra* ; voir aussi le chapitre 13 du Manuel pratique sur la Convention Protection des enfants de 1996 (*op. cit.* note 223) concernant un transfert de compétence en application de l'art. 7 de la Convention de 1996.

319 Aux termes de l'art. 11(8) du Règlement Bruxelles II bis, le retour de l'enfant peut s'imposer en dépit d'une décision de non-retour suite à « toute décision ultérieure ordonnant le retour de l'enfant rendue par une juridiction compétente en vertu du présent règlement ».

274 Le traitement des accusations de violence domestique dans les procédures de retour fondées sur la Convention de 1980 est une question très sensible et ne peut être généralisé, eu égard en particulier aux nombreuses facettes des affaires dans lesquelles des violences domestiques sont alléguées. La Sixième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions de 1980 et de 1996 a souligné l'autonomie de la juridiction saisie d'une procédure de retour concernant « l'évaluation de la preuve et la détermination de l'exception du risque grave (art. 13(1) b)), y compris les allégations de violence conjugale [...] tenant dûment compte de l'objectif de la Convention de 1980 qui vise à garantir le retour immédiat et sans danger de l'enfant »³²⁰. En même temps, la Commission spéciale a suggéré des mesures pour promouvoir une plus grande cohérence dans l'interprétation et l'application de l'article 13(1) b)³²¹. Suite à cette suggestion, le Conseil a décidé en avril 2012 « d'établir un Groupe de travail, composé d'un large éventail d'experts, comprenant des juges, des Autorités centrales et des experts multidisciplinaires, en vue d'élaborer un Guide de bonnes pratiques sur l'interprétation et l'application de l'article 13(1) b) de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, comprenant une partie visant à fournir des orientations spécifiquement destinées aux autorités judiciaires »³²².

10.2 Protections en médiation / Protection de la partie vulnérable

- **Le recours à la médiation dans une affaire où il est question de violence domestique devrait être envisagé avec prudence. Une formation adaptée sur l'évaluation de l'opportunité de la médiation en fonction des circonstances est indispensable.**
- **La médiation ne doit en aucun cas mettre la vie ou la sécurité d'une personne en danger, en particulier celles de la victime de violences domestiques, des membres de la famille ou du médiateur. Le choix d'une médiation directe ou indirecte, du lieu de la médiation et du modèle et de la méthode de médiation doit être adapté aux circonstances de l'espèce.**
- **Lorsqu'une médiation est jugée opportune dans une affaire où il est question de violences domestiques, elle doit être conduite par des médiateurs expérimentés formés spécialement à la médiation dans de telles circonstances.**

275 Il convient de soigneusement réfléchir à l'opportunité d'une médiation dans une affaire d'enlèvement international d'enfants dans laquelle un parent est accusé de violences domestiques. La personne qui détermine l'opportunité de la médiation doit avoir suivi une formation adaptée³²³.

³²⁰ Voir les Conclusions et Recommandations adoptées par la deuxième partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et de la Convention Protection des enfants de 1996 (25-31 janvier 2012) (disponibles à l'adresse < www.hcch.net >, sous la rubrique « Espace Enlèvement d'enfants »), Recommandation No 80.

³²¹ *Ibid.*, Recommandations Nos 81 et 82 :

« 81. La Commission spéciale recommande que de plus amples travaux soient entrepris en vue de promouvoir la cohérence dans l'interprétation et l'application de l'article 13(1) b) y compris les allégations de violence conjugale et familiale mais ne se limitant pas uniquement à celles-ci.

82. La Commission spéciale recommande au Conseil sur les affaires générales et la politique d'autoriser la constitution d'un Groupe de travail composé de juges, d'Autorités centrales et d'experts multidisciplinaires aux fins d'élaborer un Guide de bonnes pratiques sur l'interprétation et l'application de l'article 13(1) b), comprenant une partie visant à fournir des orientations spécifiquement destinées aux autorités judiciaires, prenant en compte les Conclusions et Recommandations des précédentes réunions de la Commission spéciale et les Guides de bonnes pratiques. »

³²² Voir les Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil de 2012 (*op. cit.* note 39), Recommandation No 6.

³²³ Sur l'importance de procédures d'évaluation compétentes, voir L. Parkinson, *Family Mediation – Appropriate Dispute Resolution in a new family justice system*, 2^e éd., Family Law 2011, chapitre 3, p. 76 et s.

Même en l'absence d'accusations de violences domestiques, l'évaluation de l'opportunité de la médiation en l'espèce doit tenir compte du fait que des violences domestiques peuvent néanmoins être en jeu.

- 276 Les facteurs suivants peuvent être particulièrement utiles pour déterminer si une affaire se prête à une médiation³²⁴ : la gravité et la fréquence des violences domestiques³²⁵ ; la victime des violences domestiques ; le cycle de violence³²⁶ ; la santé physique et mentale des parties³²⁷ ; la réaction probable de l'auteur principal des violences³²⁸ ; l'existence de mesures de médiation expressément conçues pour les affaires de violences domestiques ; la sécurité pouvant être assurée par le service de médiation ; la représentation des parties³²⁹. Il faut également souligner que si un médiateur a connaissance de circonstances suggérant un délit pénal (par ex. abus sexuels sur l'enfant) au cours de l'évaluation initiale ou du processus de médiation, il a l'obligation dans de nombreux États de le signaler aux autorités, par exemple à la police et aux organismes de protection de l'enfance. Cette obligation peut exister malgré le principe de confidentialité de la médiation³³⁰.
- 277 La médiation ne doit en aucun cas mettre la vie ou la sécurité d'une personne en danger, en particulier celles de la victime de violences domestiques, des membres de la famille et du médiateur. Une réunion en personne, au cours de la médiation ou dans le cadre d'une réunion préparatoire, ne devrait être organisée que lorsque la sécurité peut être assurée. En fonction des circonstances de l'espèce, l'assistance des autorités de l'État peut être nécessaire³³¹. Dans d'autres cas, il peut être suffisant d'éviter que les parties se rencontrent sans être accompagnées. Dans de tels cas par exemple, il convient d'éliminer toute possibilité que les parties se rencontrent alors qu'elles se rendent à la séance de médiation ; il faut donc organiser des départs et des arrivées séparés³³². Une autre mesure peut consister à installer une alarme dans la pièce où la séance de médiation doit avoir lieu. Au cours de la séance de médiation, les parties ne devraient jamais être laissées seules. La comédiation peut être ici particulièrement utile. D'une part, la présence de deux médiateurs expérimentés rassurera la victime et peut aider à désamorcer les tensions, d'autre part, si un des médiateurs doit quitter la séance, cela permet aussi qu'un médiateur expérimenté reste en présence des parties. La présence d'autres personnes, comme des avocats ou d'autres personnes présentes pour soutenir les parents, peut être également jugée appropriée³³³.
- 278 Lorsque le service de médiation disponible n'est pas équipé pour éliminer les risques associés à une réunion en personne ou si une rencontre s'avère inopportune pour d'autres raisons, le recours à la médiation indirecte par des réunions séparées entre le médiateur et chacune des parties (réunions dites « caucus ») ou l'emploi des technologies modernes telles que la liaison vidéo ou les communications sur Internet peut être envisagé.
- 279 Lorsque des protections ont été instaurées contre le risque de danger en médiation, des mesures doivent être prises pour que la médiation ne soit pas compromise par un déséquilibre des pouvoirs

324 Voir aussi l'art. 48 de la *Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique du 11 mai 2011*, disponible à l'adresse

< http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/texts/Convention_fr.pdf > (dernière consultation le 16 juin 2012), qui demande aux États parties de prendre « les mesures législatives ou autres nécessaires pour interdire les modes alternatifs de résolution des conflits obligatoires, y compris la médiation et la conciliation, en ce qui concerne toutes les formes de violence couvertes par le champ d'application de la présente Convention ».

325 Voir, avec d'autres références, N. ver Steegh (*op. cit.* note 8), p. 665.

326 *Ibid.*

327 *Ibid.*

328 *Ibid.*

329 *Ibid.*

330 Concernant les exceptions au principe de confidentialité, voir para. 211 *supra*.

331 Plus les circonstances sont graves, moins la médiation a des chances d'être adaptée.

332 Voir aussi L. Parkinson (*loc. cit.* note 323).

333 Voir, avec d'autres références, N. ver Steegh (*op. cit.* note 8), p. 666.

de négociation des parties³³⁴. La médiation doit être conduite par des médiateurs expérimentés et formés expressément ; les médiateurs doivent adapter le processus de médiation aux difficultés propres à chaque affaire. Les questions de sécurité associées à la mise en œuvre de l'accord de médiation à un stade ultérieur doivent être soigneusement considérées.

280 En règle générale, une étroite coopération avec les autorités judiciaires et administratives est propice à la prévention des risques pour la sécurité³³⁵.

281 De manière générale, les médiateurs devraient être attentifs aux signes de violences domestiques ou au risque de violences ultérieures et être capables de les reconnaître³³⁶, même lorsqu'aucune accusation n'a été portée par une des parties, et doivent être prêts à prendre les précautions et mesures nécessaires³³⁷.

10.3 Information sur les mesures de protection

→ Des informations devraient être accessibles sur les mesures de protection ouvertes au parent et à l'enfant dans les États concernés.

282 Il est souhaitable que des informations sur les mesures de protection pouvant être prises pour le parent et l'enfant dans l'État de la résidence de l'enfant avant l'enlèvement et dans l'État où il est retenu soient accessibles pour éclairer les échanges au cours de la médiation. La diffusion de ces informations pourrait être facilitée par l'Autorité centrale ou un Point de contact central pour la médiation familiale internationale³³⁸. D'autre part, les Profils des États en vertu de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 peuvent s'avérer être une source utile d'informations en ce qui concerne les mesures de protection disponibles³³⁹.

334 Voir aussi la Recommandation No R (98) 1 du Conseil de l'Europe sur la médiation familiale (*supra* note 52), para. III (Processus de médiation) :

« Les États devraient veiller à l'existence de mécanismes appropriés afin que le processus de médiation se déroule conformément aux principes suivants : [...] »

ix. le médiateur devrait porter une attention particulière à la question de savoir si des violences entre les parties ont eu lieu ou sont susceptibles de se produire dans le futur et aux effets que celles-ci pourraient avoir sur la situation des parties dans la négociation, et examiner si, dans ces circonstances, le processus de médiation est approprié ».

335 Voir les sections 19.4 g) et h) des Profils des États en vertu de la Convention de 1980 (*supra* note 121) pour des informations sur l'existence de protections spécifiques.

336 Sur les différents types de violences et d'abus qu'un médiateur devrait être en mesure de reconnaître et de distinguer, voir par ex. L. Parkinson (*loc. cit.* note 323).

337 Voir aussi la Recommandation No R (98) 1 du Conseil de l'Europe sur la médiation familiale (*supra* note 52), para. III (Processus de médiation) :

« Les États devraient veiller à l'existence de mécanismes appropriés afin que le processus de médiation se déroule conformément aux principes suivants : [...] »

ix. le médiateur devrait porter une attention particulière à la question de savoir si des violences entre les parties ont eu lieu ou sont susceptibles de se produire dans le futur et aux effets que celles-ci pourraient avoir sur la situation des parties dans la négociation, et examiner si, dans ces circonstances, le processus de médiation est approprié ».

338 Concernant le rôle des Points de contact centraux pour la médiation familiale internationale dans la facilitation de l'accès aux informations, voir la section 4.1 *supra*.

339 Voir la section 11.2 des Profils des États en vertu de la Convention de 1980 (*supra* note 121).

11 Termes de l'accord de médiation – Réalisme

→ Les termes de l'accord issu d'une médiation doivent être rédigés de manière réaliste et tenir compte de tous les aspects pratiques connexes, en particulier en ce qui concerne l'organisation des contacts et des visites.

- 283 Lorsqu'une solution amiable est en vue, le médiateur doit aider les parties à fixer les détails de leur accord. Dans bien des cas, le médiateur sera celui qui rédige l'« accord » ou le « protocole d'accord » conformément aux souhaits des parties³⁴⁰.
- 284 Comme il a été indiqué au chapitre 5 (« Champ d'intervention de la médiation »), les accords issus d'une médiation dans les affaires d'enlèvement international d'enfants règlent généralement les points suivants : retour ou non-retour de l'enfant et dans ce dernier cas, lieu où l'enfant va établir sa nouvelle résidence ; parent avec lequel l'enfant vivra ; responsabilités parentales et leur exercice. En outre, l'accord pourra régler certaines questions financières telles que les frais de déplacement mais aussi, parfois, les questions d'aliments destinés aux enfants et les aliments entre époux ou ex-époux.
- 285 Il est important que l'accord issu d'une médiation respecte le cadre juridique applicable afin qu'il puisse lui être donné effet juridique dans les deux (tous les) États concernés. À cet égard, bien que son rôle ne soit évidemment pas de dispenser des conseils juridiques, le médiateur peut orienter les parties vers le cadre juridique national ou international applicable. Dans tous les cas, il devrait attirer l'attention des parties sur l'importance de consulter leurs représentants juridiques spécialisés sur ce point ou d'obtenir autrement les conseils juridiques d'un spécialiste sur leur situation juridique.
- 286 Une fois l'accord rédigé, il peut être opportun de laisser « un délai de réflexion limité [...] entre le moment où il est rédigé et la date où il est signé »³⁴¹. Ce délai devrait être également mis à profit pour effectuer les demandes de renseignements juridiques nécessaires³⁴².
- 287 L'accord issu de la médiation doit être réaliste et aussi précis que possible en ce qui concerne l'ensemble des droits et obligations qu'il aborde. C'est non seulement important pour une mise en œuvre sans problème de l'accord mais aussi pour qu'il puisse être susceptible d'exécution (voir aussi le chapitre 12). Si les parents sont d'accord sur le retour de l'enfant par exemple, il doit régler les modalités du retour, y compris la question des frais de déplacement et celle de la personne avec laquelle l'enfant effectuera le voyage de retour et avec laquelle il restera immédiatement après le retour³⁴³. Lorsque les parents résideront dans des États différents, l'exercice transfrontière des responsabilités parentales doit être réglé de manière réaliste³⁴⁴. Il est souhaitable par exemple que les dispositions relatives aux contacts transfrontières précisent des dates et des délais pour tenir compte des congés scolaires, etc., et que les frais de déplacement soient également organisés. Dans la mesure du possible, il est important d'éliminer toute source de malentendu et obstacles d'ordre pratique dans l'application des dispositions relatives au contact. Ainsi, lorsqu'un parent resté sur place consent à ce que l'enfant reste avec le parent ayant emmené l'enfant dans l'État où il a été emmené, sous réserve que ses droits d'entretenir un contact soient suffisamment garantis, les parents pourraient convenir que le parent ayant emmené l'enfant achètera les billets d'avion pour

³⁴⁰ Voir K.K. Kovach (*op. cit.* note 110), p. 205.

³⁴¹ Voir la Recommandation Rec (2002)10 du Conseil de l'Europe sur la médiation en matière civile (*supra* note 53),

Principe VI (Accords issus de la médiation) :

« 16. Un document écrit devrait d'ordinaire être rédigé à la fin de chaque processus de médiation pour définir l'objet, l'étendue et l'issue de l'accord. Les parties devraient pouvoir bénéficier d'un délai de réflexion limité et agréé entre les parties entre le moment où il est rédigé et la date où il est signé. »

³⁴² Voir *infra* le chapitre 12 sur les moyens de conférer la force obligatoire et le caractère exécutoire à l'accord.

³⁴³ Sur les détails qui doivent être précisés dans une décision de retour, voir le chapitre 4 du Guide de bonnes pratiques sur l'exécution (*op. cit.* note 23), p. 21 et s.

³⁴⁴ Voir les Principes pour la mise en œuvre de structures de médiation à l'annexe 1 *infra*, Partie B.3.

l'enfant lorsque celui-ci passe les congés d'été dans son ancien État de résidence avec le parent resté sur place. Les futures capacités financières devraient être abordées et pour éviter des difficultés de dernière minute avec l'achat des billets, les parents pourraient décider par exemple d'un commun accord qu'un certain montant sera déposé bien en amont du déplacement pour que le parent resté sur place organise le voyage³⁴⁵.

- 288 La prudence s'impose quant aux conditions qui dépassent la sphère d'influence des parties. Par exemple, un accord ne devrait pas imposer à l'une des parties d'annuler une procédure pénale si dans le système juridique concerné, les poursuites pénales une fois engagées ne peuvent être abandonnées que par le procureur ou le tribunal³⁴⁶.

12 Rendre l'accord juridiquement contraignant et exécutoire

- L'accord issu d'une médiation doit être rédigé de façon à pouvoir obtenir un effet juridique et devenir exécutoire dans les États concernés.
- Il est fortement recommandé qu'avant de finaliser l'accord, un court délai de réflexion soit donné aux parties pour leur permettre d'obtenir des conseils juridiques spécialisés sur toutes les conséquences juridiques de leur « accord provisoire » et sur sa conformité à la loi applicable dans les différents systèmes juridiques concernés.
- Les mesures nécessaires pour donner effet juridique à l'accord et le rendre exécutoire dans les États concernés devraient être prises avec la diligence requise et avant sa mise en œuvre.
- Les Autorités centrales ou les Points de contact centraux pour la médiation familiale internationale devraient faciliter l'accès aux informations sur les procédures pertinentes dans les États concernés.
- Une coopération entre les autorités administratives et judiciaires peut être nécessaire pour faciliter l'obtention du caractère exécutoire de l'accord dans tous les États concernés.
- Les juridictions sont encouragées à recourir à tous les réseaux judiciaires nationaux, régionaux³⁴⁷ et internationaux, tels que le Réseau international de juges de La Haye, et à solliciter s'il y a lieu l'assistance des Autorités centrales³⁴⁸.
- Il est recommandé que les États examinent si besoin l'opportunité d'introduire des dispositions réglementaires ou législatives pour faciliter les procédures permettant de conférer un caractère exécutoire aux accords issus d'une médiation.

- 289 Pour qu'elle puisse servir de base à une résolution pérenne du différend, la solution trouvée en médiation doit remplir les conditions nécessaires à l'obtention de l'effet juridique dans les États concernés et doit obtenir force obligatoire et caractère exécutoire dans ces États avant sa mise en œuvre pratique. Il est de la plus haute importance que l'accord issu de la médiation soit exécutoire dans les deux (tous les) systèmes juridiques concernés lorsqu'il prévoit l'exercice transfrontière des responsabilités parentales. L'enfant doit être en effet protégé d'un nouvel enlèvement ou de tout autre préjudice que pourrait lui causer le non-respect de l'accord par l'un de ses parents. En même

³⁴⁵ Voir aussi le Guide de bonnes pratiques sur les contacts transfrontières (*op. cit.* note 16).

³⁴⁶ Concernant la difficulté particulière de la procédure pénale, voir *supra* section 2.8.

³⁴⁷ Le Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale est un exemple de réseau régional ; pour plus d'informations voir < http://ec.europa.eu/civiljustice/index_fr.htm > (dernière consultation le 16 juin 2012).

³⁴⁸ Voir le Guide de bonnes pratiques sur l'exécution (*op. cit.* note 23), Principe 8.2.

temps, une fois que les parents ont trouvé un accord, le retour de l'enfant devrait être mis en œuvre aussi vite que possible pour éviter toute nouvelle confusion ou aliénation pour l'enfant.

- 290 Tout d'abord, la solution trouvée par voie de médiation doit être documentée par un écrit signé des deux parties. En fonction des questions traitées dans l'accord et de la loi applicable, un accord issu d'une médiation peut constituer un contrat qui lie juridiquement les parties dès sa conclusion. Cependant, de nombreux systèmes juridiques posent certaines limites à l'autonomie de la volonté des parties en matière familiale, en particulier en matière de responsabilité parentale³⁴⁹. Sur ce point, de nombreux États considèrent que les droits et le bien-être des enfants concernés doivent être protégés par l'intervention d'autorités administratives ou judiciaires. Les accords concernant l'exercice des responsabilités parentales, qui sont néanmoins encouragés par la plupart de ces systèmes, pourraient par exemple nécessiter que le tribunal contrôle qu'ils respectent « l'intérêt supérieur de l'enfant » pour se voir conférer un effet juridique³⁵⁰.
- 291 En outre, des restrictions peuvent s'appliquer à l'autonomie de la volonté des parties pour d'autres matières du droit de la famille comme les aliments. Certains systèmes juridiques limitent en effet la capacité des parents à se désister contractuellement de leurs obligations alimentaires envers un enfant prévues par la loi applicable.
- 292 On notera aussi qu'il peut arriver que parmi les différents points abordés dans l'accord issu de la médiation, certains soient à la libre disposition des parties et d'autres non et qu'en vertu de la loi applicable, l'accord lie immédiatement les parties sur les premiers points tandis que les seconds doivent être homologués par le tribunal³⁵¹. Cette situation peut être regrettable si l'homologation du tribunal n'est pas ou ne peut être obtenue sur le reste de l'accord car les parties se mettent généralement d'accord sur un « ensemble » complet et l'accord partiellement contraignant pourrait être favorable à une des parties³⁵².
- 293 Étant donné la fréquente complexité de la situation juridique dans les différends familiaux internationaux, il est fortement recommandé qu'avant de finaliser l'accord issu de la médiation, un délai soit accordé aux parties pour leur permettre d'obtenir des conseils juridiques spécialisés sur toutes les conséquences juridiques de l'accord qu'elles s'apprêtent à passer et sur la conformité de la teneur de leur « accord provisoire » à la loi applicable à ces questions dans les différents systèmes juridiques concernés. Il est possible qu'un parent ne sache pas qu'il accepte d'abandonner certains droits ou que l'accord ou sa mise en œuvre pratique conduise à un changement (à long terme) de compétences et de la loi applicable à certaines questions. Ainsi par exemple, le fait pour un parent resté sur place de consentir au déménagement de l'enfant et du parent ayant emmené l'enfant entraînera tôt ou tard un changement de la « résidence habituelle » de l'enfant³⁵³, ce qui emportera sans doute un changement de compétence et un changement de la loi applicable sur un certain nombre de questions relatives à l'enfant³⁵⁴.
- 294 Si pour être valable, l'accord doit être en tout ou partie homologué par une autorité judiciaire, ses dispositions devraient prévoir que son entrée en vigueur soit conditionnée à l'homologation. Dans de tels cas, il peut être souhaitable de qualifier l'issue de la médiation d'« accord provisoire » et de

349 Voir aussi l'Étude de faisabilité sur la médiation transfrontière en matière familiale (*op. cit.* note 13), para. 5.4, p. 23.

350 Voir par ex. la France, art. 376 et 373-2-7 du Code civil ou l'Allemagne, l'art. 156, para. 2, de la *FamFG* (*supra* note 227) ; voir aussi les réponses au Questionnaire II du Groupe de travail sur la médiation dans le cadre du Processus de Malte (*supra* note 42) ; voir aussi M. Lloyd, Le statut des accords de médiation et leur mise en œuvre, *La médiation familiale en Europe – Actes*, 4^e Conférence européenne sur le droit de la famille, Palais de l'Europe, Strasbourg, 1^{er}-2 octobre 1998, Éditions du Conseil de l'Europe, avril 2000, p. 89 à 100.

351 Voir aussi *supra* para. 41.

352 Bien entendu, des problèmes ne se poseront que lorsque la partie favorisée souhaite faire valoir ses droits en vertu de l'accord partiel et de nombreux systèmes juridiques remédieraient à cette situation ; une procédure judiciaire serait néanmoins nécessaire.

353 Sous réserve que la résidence habituelle de l'enfant n'ait pas déjà changé ; pour plus de précisions sur le sens de l'expression « résidence habituelle », voir P. McElevy, INCADAT, Analyse de jurisprudence : Objectifs et domaine d'application de la Convention – Résidence habituelle, disponible à l'adresse < www.incadat.com >, onglet « Analyse de jurisprudence ».

354 Voir le chapitre 13 *infra*.

l'indiquer dans le titre et dans la formulation du document matérialisant la solution négociée. Dans certains systèmes juridiques, les médiateurs appellent « protocole d'accord » le résultat immédiat de la médiation et non « accord » afin de ne pas suggérer que les parties sont liées à ce stade.

295 Il faut souligner que les accords qui lient les parties dans un système juridique n'y sont pas automatiquement exécutoires. Cependant, dans les systèmes juridiques où les accords relatifs à la responsabilité parentale requièrent la sanction d'autorités judiciaires ou administratives pour avoir force de loi, la mesure d'approbation de l'accord (par ex. l'incorporation des conditions qu'il prévoit dans une décision de justice) est souvent en même temps la mesure qui lui donne force exécutoire dans ce système juridique³⁵⁵. D'un autre côté, un accord parental qui est juridiquement contraignant à sa conclusion dans un système juridique peut nécessiter une notariation ou l'homologation du tribunal pour devenir exécutoire, sauf si les lois de cet État en disposent autrement. Sur les formalités requises pour rendre les accords de médiation exécutoires par les États contractants à la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, les Profils des États en vertu de la Convention de 1980 peuvent servir de source utile d'informations³⁵⁶.

296 S'agissant de faire en sorte qu'un accord rendu exécutoire (par incorporation dans une décision de justice ou autrement) dans un système juridique (État A), soit rendu juridiquement contraignant et exécutoire dans l'autre système juridique concerné (État B), deux voies peuvent être généralement envisagées :

(1) La voie de la reconnaissance et de l'exécution dans l'État B :

Une décision de justice obtenue dans l'État A et incorporant l'accord peut être reconnue dans l'État B, soit parce qu'un instrument international, régional ou bilatéral en prévoit la reconnaissance, soit parce que la loi de l'État B prévoit qu'une décision rendue par une juridiction étrangère peut être autrement reconnue dans ce système juridique. Lorsqu'il s'agit effectivement de faire exécuter la solution négociée, une déclaration d'exequatur ou un enregistrement dans l'État B peut de plus être nécessaire. Des problèmes peuvent se poser dans ce scénario lorsque les juridictions de l'État B considèrent que celles de l'État A n'avaient pas la compétence internationale pour statuer en l'espèce (voir le chapitre 13 pour plus de précisions sur les problématiques de la compétence dans le contexte de l'enlèvement international d'enfants).

Comme autre option, on peut imaginer que des règles s'appliquent entre l'État A et l'État B qui permettent la reconnaissance dans l'État B d'un accord exécutoire dans l'État A sans qu'il soit incorporé dans une décision de justice³⁵⁷.

(2) La voie consistant à emporter l'accord lui-même dans l'État B et à accomplir les démarches nécessaires pour le rendre juridiquement contraignant et exécutoire dans l'État B :

Les parties pourraient se tourner vers les autorités de l'État B avec leur accord et demander

355 Les détails dépendront du droit procédural concerné.

356 Voir la section 19.5 b) des Profils des États en vertu de la Convention de 1980 (*supra* note 121). Dans certains États, il existe plusieurs possibilités. Les États suivants ont indiqué qu'une homologation du tribunal est nécessaire pour rendre l'accord exécutoire : Argentine, Australie, Belgique, Brésil, Burkina Faso, Canada (Manitoba, Nouvelle-Écosse), Chine (RAS de Hong Kong), Costa Rica, Danemark, Espagne, Estonie, États-Unis d'Amérique, Finlande (par le Conseil de l'aide sociale), France, Grèce, Honduras, Hongrie (par l'Autorité des tutelles), Irlande, Israël, Lettonie, Lituanie, Maurice, Mexique, Norvège, Paraguay, Pologne, Roumanie, Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles, Irlande du Nord), Slovaquie, Suède (par le Conseil de l'aide sociale), Suisse, République tchèque et Venezuela ; la notariation est une possibilité en Belgique, au Burkina Faso, au Danemark, en Estonie, en Hongrie, en Roumanie, en Slovaquie et l'enregistrement au tribunal est une possibilité en Australie, au Burkina Faso, au Canada (Colombie-Britannique, Nouvelle-Écosse, Saskatchewan), en Estonie, en Grèce, au Honduras (Profils des États – juin 2012).

357 Voir par ex. l'art. 46 du Règlement Bruxelles II bis, en vertu duquel : « les accords entre parties exécutoires dans l'État membre d'origine sont reconnus et rendus exécutoires dans les mêmes conditions que des décisions [en vertu du Règlement] ». Voir aussi l'art. 30(1) de la Convention Recouvrement des aliments de 2007 qui dispose : « Une convention en matière d'aliments conclue dans un État contractant doit pouvoir être reconnue et exécutée comme une décision [...] si elle est exécutoire comme une décision dans l'État d'origine ».

qu'il soit rendu juridiquement contraignant et exécutoire en vertu des procédures internes de l'État B. Cela signifie qu'elles procèderaient indépendamment du statut juridique que leur accord a (obtenu) dans l'État A. Des problèmes peuvent se poser concernant cette solution du fait de questions de compétence. Il est possible par exemple que les autorités de l'État B considèrent qu'elles n'ont pas la compétence (internationale) pour convertir l'accord en décision de justice ou prendre d'autres mesures nécessaires pour le rendre contraignant, parce qu'elles considèrent que les autorités de l'État A ont compétence exclusive pour statuer sur la ou les matières couvertes par l'accord.

- 297 La situation idéale est celle dans laquelle un instrument international, régional³⁵⁸ ou bilatéral prévoit la reconnaissance et l'exécution simplifiées des décisions de justice d'un État à l'autre. C'est le cas par exemple de la Convention Protection des enfants de 1996. Aux termes de cette Convention, une décision de justice incorporant un accord relatif à la garde ou au contact rendue dans un État contractant constitue une « mesure de protection » et sera à ce titre reconnue de plein droit et exécutoire dans tous les États contractants. Ainsi, la reconnaissance « est obtenue sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure » dans d'autres États contractants³⁵⁹. Cependant, en ce qui concerne l'exécution effective de la mesure, une déclaration d'exequatur ou un enregistrement devient nécessaire (art. 26(1)) ; toutefois, la Convention de 1996 oblige les États contractants à appliquer « une procédure simple et rapide » à cet égard (art. 26(2), italiques ajoutés). La déclaration d'exequatur ou l'enregistrement ne peut être refusé que lorsqu'un des motifs limités de non-reconnaissance prévus à l'article 23(2) s'applique. Les motifs de refus sont par exemple que « la mesure a été prise par une autorité dont la compétence n'était pas fondée sur un chef de compétence prévu » dans la Convention de 1996 et que « la mesure a été prise, hors le cas d'urgence, dans le cadre d'une procédure judiciaire ou administrative, sans qu'ait été donnée à l'enfant la possibilité d'être entendu, en violation des principes fondamentaux de procédure de l'État requis ».
- 298 La procédure de « reconnaissance préalable » prévue à l'article 24 de la Convention Protection des enfants de 1996 permet d'écarter à un stade précoce les doutes éventuels relatifs aux motifs de non-reconnaissance. Aux termes de cet article, « toute personne intéressée peut demander aux autorités compétentes d'un État contractant qu'il soit statué sur la reconnaissance ou la non-reconnaissance d'une mesure prise dans un autre État contractant ». (Voir le Manuel pratique pour plus de précisions sur la Convention de 1996³⁶⁰.)
- 299 Il faut souligner qu'en matière d'enlèvement d'enfants, la situation relative à la compétence est très complexe³⁶¹. La Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et la Convention Protection des enfants de 1996 se fondent sur l'idée qu'en cas d'enlèvement d'enfant, les autorités de l'État dans lequel l'enfant a été emmené (État requis) sont compétentes pour statuer sur le retour de l'enfant mais pas sur le fond du droit de garde³⁶². La juridiction saisie de la procédure de retour fondée sur la Convention de 1980 dans l'État requis aura donc des difficultés à convertir un accord issu d'une médiation en décision de justice si cet accord couvre, hormis la question du retour, des questions de garde et d'autres aspects sur lesquels la juridiction saisie n'a pas compétence (internationale) (voir le chapitre 13 pour plus de précisions sur la situation particulière relative à la compétence dans les affaires d'enlèvement international d'enfants).

358 Comme la Convention Protection des enfants de 1996, le Règlement européen Bruxelles II *bis* prévoit des règles de reconnaissance et d'exécution simplifiées des décisions en matière de responsabilité parentale. De plus, l'art. 46 du Règlement Bruxelles II *bis* prévoit la reconnaissance et l'exécution des accords eux-mêmes, sous réserve qu'ils soient exécutoires dans l'État membre dans lequel ils sont conclus, voir *supra* note 357.

359 Voir P. Lagarde, Rapport explicatif sur la Convention Protection des enfants de 1996 (*op. cit.* note 80), p. 585, para. 119.

360 *Op. cit.* note 223.

361 Voir le chapitre 13 pour plus de précisions.

362 Voir art. 16 de la Convention de 1980 ; art. 7 de la Convention de 1996.

- 300 Une autre complication en matière de compétence peut résulter de l'incorporation d'autres questions telles que les aliments destinés aux époux ou ex-époux ou aux enfants dans l'accord. De ce fait, l'implication de différentes autorités, qui peuvent être dans des États différents, pourrait devenir nécessaire pour rendre l'intégralité de l'accord juridiquement contraignant et exécutoire dans les systèmes juridiques concernés. Dans de tels cas, il pourra être nécessaire de recueillir des conseils juridiques spécialisés sur les mesures qu'il faut prendre et dans lesquels des États concernés.
- 301 L'accès aux informations sur l'interlocuteur auquel s'adresser pour obtenir des conseils juridiques spécialisés et sur les mesures requises pour rendre un accord exécutoire dans les États concernés peut être facilité par l'Autorité centrale ou un autre organisme servant de Point de contact central pour la médiation familiale internationale dans les États concernés³⁶³.
- 302 Pour que l'accord soit exécutoire dans les différents États concernés, il peut être nécessaire que leurs autorités judiciaires et administratives coopèrent.
- 303 Dans la mesure du possible, il est souhaitable que les tribunaux favorisent la pérennité de la solution amiable en aidant les parties dans leurs efforts pour rendre l'accord juridiquement contraignant et exécutoire dans les différents systèmes juridiques concernés. Cela peut faire appel à des décisions miroirs ou à des ordonnances de sauf-conduit³⁶⁴. De plus, dans la mesure du possible et lorsque c'est opportun, il est recommandé que les tribunaux recourent aux réseaux judiciaires³⁶⁵ et sollicitent l'assistance des Autorités centrales. Un réseau judiciaire particulièrement utile à cet égard est le Réseau international de juges de La Haye spécialistes en matière familiale, qui a été constitué³⁶⁶ pour faciliter les communications et la coopération internationales entre juges et pour garantir le fonctionnement efficace des instruments internationaux dans le domaine de la protection des enfants, y compris la Convention Enlèvement d'enfants de 1980³⁶⁷. Grâce aux communications judiciaires directes, un juge saisi d'une procédure de retour fondée sur la Convention de 1980 peut être en mesure de coordonner le soutien à un accord parental

363 Voir les Principes pour la mise en œuvre de structures de médiation à l'annexe 1 *infra*, partie C (Rendre obligatoire l'accord issu de la médiation). Voir la section 4.1 *supra* pour plus d'informations sur le rôle des Points de contact centraux pour la médiation familiale internationale.

364 Le terme « décision miroir » désigne une décision rendue par les juridictions de l'État requérant qui est identique ou similaire à une décision rendue dans l'État requis (c'est-à-dire qu'elle la reflète comme un miroir). Une « ordonnance de sauf-conduit » est une ordonnance rendue par un tribunal de l'État requérant, souvent à la demande du parent resté sur place, dans l'objectif de garantir les conditions du retour. Pour plus de précisions sur l'emploi des décisions miroirs et des ordonnances de sauf-conduit dans le contexte de l'enlèvement international d'enfants, voir le Guide de bonnes pratiques sur l'exécution (*op. cit.* note 23), chapitre 5 (« Favoriser la mise en œuvre volontaire ») et chapitre 8 (« Coopération transfrontière pour assurer le retour sans danger de l'enfant »). Voir également pour des exemples, E. Carl et M. Erb-Klünemann, « Integrating Mediation into Court Proceedings in Cross-Border Family Cases », S. Kiesewetter et C.C. Paul (dir. pub.) (*op. cit.* note 98), p. 59 et s., p. 72 ; voir aussi K. Nehls, « Cross-border family mediation – An innovative approach to a contemporary issue », S. Kiesewetter et C.C. Paul (dir. pub.) (*ibid.*), p. 18 et s., p. 27.

365 Voir, sur l'utilisation de communications judiciaires directes pour assurer la reconnaissance et le caractère exécutoire des accords dans les affaires d'enlèvement international d'enfants le rapport de deux juges allemands, E. Carl et M. Erb-Klünemann, « Integrating Mediation into Court Proceedings in Cross-Border Family Cases », S. Kiesewetter et C.C. Paul (dir. pub.) (*op. cit.* note 98), p. 59 et s., p. 72, 73.

366 Ce réseau a été constitué à la suite d'une proposition formulée lors du Séminaire pour juges sur la protection internationale des enfants de 1998 à De Ruwenberg ; pour de plus amples informations, voir < www.hcch.net >, sous la rubrique « Espace Enlèvement d'enfants ». Pour plus d'informations sur le Réseau international de juges de La Haye et le fonctionnement des communications judiciaires directes, voir *supra* note 128.

367 Voir les Conclusions et Recommandations de la Conférence conjointe CE-HCCH du 15 et 16 janvier 2009 sur les communications judiciaires directes concernant les questions de droit de la famille et le développement de réseaux judiciaires, disponibles à l'adresse < www.hcch.net >, sous la rubrique « Espace Enlèvement d'enfants », adoptées par consensus par plus de 140 juges de plus de 55 États et territoires.

comprenant des aspects relatifs à la garde avec le juge compétent sur le fond du droit de garde dans l'État de retour³⁶⁸.

- 304 Les États devraient faciliter des procédures simples par lesquelles l'autorité compétente peut approuver les accords issus de la médiation ou les rendre exécutoires à la demande des parties³⁶⁹. En l'absence de telles procédures, les États devraient réfléchir à l'opportunité d'instaurer des dispositions réglementaires ou législatives facilitant ces procédures³⁷⁰.

13 Questions de compétence et règles de droit applicable

- Les questions de compétence et de loi applicable doivent être prises en compte lors de l'établissement de l'accord issu de la médiation.
- Les autorités judiciaires et administratives de l'État requis et de l'État requérant devraient coopérer autant que possible pour surmonter les difficultés qui peuvent se poser pour rendre un accord amiable réglant un conflit d'enlèvement international d'enfant juridiquement contraignant et exécutoire dans les deux États. Les communications judiciaires directes peuvent être particulièrement utiles à cet égard.

- 305 Comme l'a souligné le chapitre 12, les considérations de compétence et de loi applicable revêtent une importance cruciale dans les différends familiaux internationaux lorsqu'il s'agit de garantir le caractère exécutoire des accords issus d'une médiation dans les différents États concernés. Il est possible que le champ d'intervention de la médiation doive être adapté après cette prise en compte en raison des complications qu'entraînerait l'incorporation d'autres aspects tels que les aliments³⁷¹.
- 306 S'agissant des conflits familiaux internationaux, la question de la compétence internationale (c.-à-d. quel État est compétent) est à distinguer de la question de la compétence interne (c.-à-d. quel tribunal ou autorité est compétent sur une certaine matière à l'intérieur d'un État). Les

368 Voir, par ex., le commentaire d'un expert de l'Australie lors de la Sixième réunion de la Commission spéciale, « Conclusions et Recommandations et Rapport de la première partie de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et de la Convention Protection des enfants de 1996 (1^{er}-10 juin 2011) », établis par le Bureau Permanent, Doc. prélim. No 14 de novembre 2011 à l'intention de la Sixième réunion de la Commission spéciale de janvier 2012 sur le fonctionnement pratique de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et de la Convention Protection des enfants de 1996 (disponible à l'adresse < www.hcch.net >, sous la rubrique « Espace Enlèvement d'enfants »), para. 252 ; voir aussi E. Carl et M. Erb-Klünemann (*op. cit.* note 364), p. 59 et s., p. 72.

369 Sur ce développement au sein de l'Union européenne, voir art. 6 de la Directive européenne sur la médiation (*supra* note 5), aux termes duquel les États membres de l'Union européenne doivent veiller « à ce que les parties, ou l'une d'entre elles avec le consentement exprès des autres, puissent demander que le contenu d'un accord écrit issu d'une médiation soit rendu exécutoire ». Les exceptions mentionnées par l'art. 6 sont les cas dans lesquels « soit ce contenu est contraire au droit de l'État membre dans lequel la demande a été formulée, soit le droit de cet État membre ne prévoit pas la possibilité de le rendre exécutoire ». L'art. 6 souligne qu'« [a]ucune disposition du présent article n'affecte les règles applicables à la reconnaissance et à l'exécution dans un autre État membre d'un accord qui a été rendu exécutoire conformément [à cet article] ». Voir, sur les mesures prises par les États membres de l'Union européenne en application de la Directive, l'Atlas judiciaire européen (*supra* note 60).

370 Voir aussi la Recommandation No R (98) 1 du Conseil de l'Europe sur la médiation familiale (*supra* note 52), paragraphe IV (Le statut des accords de médiation) :

« Le statut des accords de médiation et leur mise en œuvre devraient faciliter l'approbation des accords de médiation par l'autorité judiciaire ou une autre autorité compétente lorsque les parties le demandent et fournir des mécanismes d'exécution de ces accords conformément à la législation nationale. »

371 Rien n'empêche les parties de retourner en médiation une fois réglée l'affaire de l'enlèvement d'enfant pour organiser ces autres aspects.

traités multilatéraux contenant des règles sur la compétence ne traitent que de la compétence internationale et laissent la question de la compétence interne aux États eux-mêmes.

- 307 En ce qui concerne la compétence internationale en matière d'enlèvement international d'enfants, il faut être particulièrement attentif aux implications que pourrait avoir l'association de deux questions régulièrement abordées dans les accords issus d'une médiation dans le contexte de l'enlèvement international d'enfants, à savoir : (1) la question du retour ou du non-retour de l'enfant et (2) l'attribution du droit de garde et du droit d'entretenir un contact à mettre en œuvre après le retour ou le non-retour. C'est le déplacement ou le non-retour illicite lui-même qui engendre une situation particulière en matière de compétence dans les affaires d'enlèvement international d'enfants relevant de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 ou de la Convention Protection des enfants de 1996. Selon un principe de compétence internationale largement appliqué, c'est la juridiction de la résidence habituelle de l'enfant qui est compétente pour statuer à long terme sur la garde et les contacts avec un enfant et sur le déménagement familial à l'étranger. Ce principe est soutenu par la Convention de 1996³⁷², qui fonctionne en tandem avec la Convention de 1980, et par les instruments régionaux applicables³⁷³. Il repose sur la considération que la juridiction de la résidence habituelle de l'enfant est en général le for le plus approprié pour statuer sur la garde car c'est celle qui a le lien le plus étroit avec le milieu habituel de l'enfant, c'est-à-dire celle qui peut aisément déterminer les conditions de vie habituelles de l'enfant et qui est la plus apte à rendre une décision dans l'intérêt supérieur de celui-ci. Dans le contexte de l'enlèvement d'enfant, la Convention de 1980 protège les intérêts de l'enfant en empêchant un parent d'établir « des liens artificiels de compétence judiciaire internationale, en vue d'obtenir la garde [(exclusive)] d'un enfant »³⁷⁴. Dans cet esprit, l'article 16 de la Convention de 1980 garantit qu'« après avoir été informées du déplacement illicite d'un enfant ou de son non-retour », les juridictions de l'État requis ne peuvent « statuer sur le fond du droit de garde jusqu'à ce qu'il soit établi que les conditions de la présente Convention pour un retour de l'enfant ne sont pas réunies, ou jusqu'à ce qu'une période raisonnable ne se soit écoulée sans qu'une demande en application de la Convention n'ait été faite ».
- 308 Dans le même esprit, renforçant la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, l'article 7 de la Convention Protection des enfants de 1996 dispose qu'en cas de déplacement ou de non-retour illicite de l'enfant, les autorités de l'État contractant dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour restent compétentes sur les questions de droit de garde jusqu'à ce que plusieurs conditions soient réunies³⁷⁵.
- 309 En ce qui concerne l'ensemble des questions régies par l'accord parental visé plus haut, la juridiction saisie d'une procédure de retour fondée sur la Convention de 1980 n'aura compétence que pour traiter la partie (1) de cet accord, à savoir le retour ou le non-retour, et n'aura pas compétence internationale pour approuver sa partie (2) sur les droits de garde et de contact à long terme. Si la juridiction incorporait quand même l'intégralité de l'accord des parents dans la décision par laquelle elle clôt la procédure de retour en vertu de la Convention de 1980, il est

372 La résidence habituelle est le principal facteur de rattachement utilisé dans les Conventions de La Haye modernes en matière familiale, comme dans de nombreux instruments régionaux relatifs à la protection des enfants tels que le Règlement Bruxelles II bis.

373 Par ex. le Règlement Bruxelles II bis.

374 Voir E. Pérez-Vera, Rapport explicatif sur la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 (*op. cit.* note 93), p. 428, para. 11.

375 Aux termes de l'art. 7(1) de la Convention de 1996 :

« les autorités de l'État contractant dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour conservent leur compétence jusqu'au moment où l'enfant a acquis une résidence habituelle dans un autre État et que :

a) toute personne, institution ou autre organisme ayant le droit de garde a acquiescé au déplacement ou au non-retour ; ou

b) l'enfant a résidé dans cet autre État pour une période d'au moins un an après que la personne, l'institution ou tout autre organisme ayant le droit de garde a connu ou aurait dû connaître le lieu où se trouvait l'enfant, aucune demande de retour présentée pendant cette période n'est encore en cours d'examen, et l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu. »

possible que cette décision ne s'impose pas aux juridictions de l'État requérant (c.-à-d. l'État où l'enfant se trouvait avant d'être enlevé) pour les questions de garde à long terme en raison de l'absence de compétence internationale en cette matière.

310 Un exemple illustre les difficultés que ces problèmes de compétences peuvent poser en pratique :

- *En raison de graves problèmes relationnels, un jeune couple marié, ayant un enfant de huit ans, décide de divorcer. Les conjoints, originaires de l'État B, résident habituellement dans l'État A depuis la naissance de l'enfant. Alors que la procédure de divorce est en cours dans l'État A, la mère (M) emmène illicitement l'enfant dans l'État B (État requis) car elle craint de perdre la garde conjointe de l'enfant. À la demande du père (P), une procédure de retour en vertu de la Convention de 1980 est introduite dans l'État B. Entretemps, P se voit attribuer la garde exclusive provisoire de l'enfant par le tribunal de l'État A (État requérant). Lors d'un séjour de P dans l'État B pour assister aux audiences, une tentative de médiation aboutit. Au cours des séances de médiation, les parents élaborent un accord complexe, aux termes duquel ils s'entendent sur la garde partagée et la résidence alternée de l'enfant. Ils décident en outre d'un commun accord de revenir dans l'État A, à charge pour M de couvrir les frais de voyage.*

M et P veulent rendre leur accord juridiquement contraignant avant sa mise en œuvre. Puisque la garde exclusive provisoire de l'enfant a été attribuée au père dans l'État A du fait du déplacement illicite, la mère veut en particulier avoir l'assurance que les tribunaux de l'État A respecteront l'accord parental.

Ils apprennent que la juridiction saisie de la procédure de retour en vertu de la Convention dans l'État B ne peut incorporer que la partie de leur accord relative au retour et aux modalités du retour dans une décision de justice mais que les termes relatifs au fond de la garde ne peuvent y être incorporés ou du moins pas de manière à les rendre juridiquement contraignants pour les autorités de l'État A. En particulier, M n'est pas satisfaite d'une approbation partielle de l'accord. M et P envisagent donc de se tourner vers les autorités de l'État A qui ont compétence internationale en matière de garde. Cependant, ils entendent dire que la juridiction compétente dans l'État A, même s'il est probable qu'elle approuvera un accord parental, exige généralement que les deux parties soient présentes et que l'enfant soit entendu dans le cadre de son devoir légal d'agir dans l'intérêt supérieur de l'enfant en matière de garde. Mais M ne veut pas retourner dans l'État A avec l'enfant tant qu'elle n'est pas assurée que l'accord sera respecté par les autorités de l'État A. ■

311 Les difficultés pratiques pouvant découler de la situation particulière en matière de compétence dans le contexte de l'enlèvement international d'enfants ont été analysées de façon assez détaillée lors de la première partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et de la Convention Protection des enfants de 1996 en juin 2011³⁷⁶. Un développement complémentaire est présenté dans le Document préliminaire No 13 de novembre 2011³⁷⁷ établi dans la perspective de la deuxième partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale en janvier 2012, où la question a été de nouveau

376 Voir les Conclusions et Recommandations et Rapport de la première partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale, Doc. pré-l. No 14 de novembre 2011 (*op. cit.* note 368), para. 247 et s.

377 Voir « Guide de la deuxième partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale et examen de l'opportunité et de la faisabilité de poursuivre des travaux dans le cadre des Conventions de La Haye de 1980 et de 1996 », établi par le Bureau Permanent, Doc. pré-l. No 13 de novembre 2011 à l'intention de la Commission spéciale de janvier 2012 sur le fonctionnement pratique de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et de la Convention Protection des enfants de 1996 (disponible à l'adresse < www.hcch.net >, sous la rubrique « Espace Enlèvement d'enfants »), en particulier les para. 29 et s.

abordée dans le contexte plus général du besoin éventuel de simplification de la reconnaissance et de l'exécution des accords en droit de la famille³⁷⁸.

- 312 Dans la situation juridique actuelle, la pérennité d'une solution amiable trouvée dans le contexte d'un enlèvement international d'enfant dépendra en grande partie de la coopération des autorités judiciaires de l'État requis avec celles de l'État requérant dans l'assistance qu'elles apporteront aux parties pour rendre l'accord juridiquement contraignant et exécutoire dans les deux États. Comme l'indique le chapitre 12, il existe plusieurs mesures que la juridiction saisie de la procédure de retour et les juridictions de l'État requérant peuvent prendre pour soutenir l'accord (voir aussi plus haut sur les décisions miroirs et les ordonnances de sauf-conduit, etc.). Les communications judiciaires directes peuvent être particulièrement utiles dans ces affaires³⁷⁹.
- 313 Pour surmonter ces problèmes de compétence, le transfert de compétence en vertu des articles 8 et 9 de la Convention Protection des enfants de 1996 peut être également envisagé pour autant que les deux États concernés soient des États contractants à cette Convention. (Pour plus de précisions sur le transfert de compétence, voir le Manuel pratique de la Convention Protection des enfants de 1996.)
- 314 Au vu de la difficulté de rendre juridiquement contraignants les accords dans les affaires d'enlèvement international d'enfants, mentionné précédemment, il est fortement recommandé que les parents obtiennent des conseils juridiques sur leur situation auprès d'un spécialiste. Les Autorités centrales devraient aider les parties et les juridictions autant que possible en les informant et les soutenir dans leurs efforts pour surmonter les obstacles posés par les règles de compétence à l'obtention d'un accord issu d'une médiation juridiquement contraignant et exécutoire dans l'État requis et dans l'État requérant.
- 315 Outre les questions de compétence, les questions de droit applicable peuvent jouer un rôle important dans la médiation en droit de la famille international. Pour servir de base viable à la résolution du différend, l'accord trouvé en médiation doit être compatible avec la loi applicable. Les parties à un conflit familial international doivent être informées que la loi applicable à certaines matières réglées en médiation n'est pas nécessairement celle de l'État dans lequel se déroule la médiation. Elles doivent savoir qu'il est même possible que les lois de différents États s'appliquent à différents aspects abordés en médiation.
- 316 Dans une affaire d'enlèvement international d'enfants par exemple, où la médiation se déroule dans l'État requis (c.-à-d. l'État dans lequel l'enfant a été emmené) en parallèle à la procédure de retour fondée sur la Convention de 1980, il est fréquent que le droit matériel applicable au fond du droit de garde ne soit pas la loi de cet État mais très probablement celle de l'État requérant (c.-à-d. l'État de résidence habituelle de l'enfant immédiatement avant l'enlèvement). Bien entendu, il est difficile de généraliser sur ce point car la loi applicable en l'espèce dépend des traités bilatéraux, internationaux ou régionaux en vigueur dans les États concernés et en l'absence de tels traités, des règles nationales de conflit de lois. Si la Convention Protection des enfants de 1996 est applicable en l'espèce, la juridiction compétente pour statuer sur le fond du droit de garde dans la situation immédiate de l'enlèvement d'enfant (laquelle est, comme on l'a vu plus haut, une juridiction de l'État requérant) conformément à la Convention de 1996 appliquera, en principe, sa propre loi (voir art. 15 de la Convention de 1996). Dans cette situation, les dispositions de l'accord de médiation doivent dès lors être compatibles avec le droit matériel de l'État de résidence habituelle de l'enfant,

378 Suivant une Recommandation de la Sixième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions de 1980 et de 1996 (voir les Conclusions et Recommandations de la Deuxième partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale, *op. cit.* note 320, Recommandation No 77), le Conseil de 2012 a donné mandat à la Conférence de La Haye de « constituer un Groupe d'experts afin de mener de plus amples recherches exploratoires sur la reconnaissance et l'exécution transfrontières des accords conclus dans le cadre de différends internationaux impliquant des enfants, y compris ceux conclus par la voie de la médiation, en tenant compte de la mise en œuvre et de l'utilisation de la Convention de 1996 » en indiquant que « [c]es travaux doivent comprendre l'identification de la nature et de l'étendue des problèmes juridiques et pratiques, y compris les questions de compétence, et l'évaluation des avantages d'un nouvel instrument dans ce domaine, contraignant ou non », voir les Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil de 2012 (*op. cit.* note 39), Recommandation No 7.

379 Voir *supra* note 368 ; pour plus de précisions sur les communications judiciaires directes, voir *supra* note 128.

dans la mesure où elles concernent des questions de garde et de contact à long terme (voir le Manuel pratique pour plus de précisions sur la Convention de 1996).

- 317 Les règles de loi applicable peuvent être différentes pour les autres aspects abordés dans l'accord issu de la médiation, par exemple les dispositions relatives aux aliments destinés à l'enfant ou aux époux ou ex-époux. Selon les circonstances de l'affaire et les règles de droit international privé applicables, il est possible que le tribunal compétent en matière d'aliments soit un autre tribunal que celui qui est compétent en matière de garde et qu'un autre droit matériel que celui qui est applicable en matière de garde organise les questions d'aliments. C'est une complication supplémentaire, qui pointe aussi la nécessité pour les parties de solliciter des conseils juridiques spécialisés sur leur situation particulière.

14 Le recours à la médiation pour prévenir les enlèvements d'enfants

- **Promouvoir les accords volontaires et faciliter la médiation concernant les questions de garde, de droit de visite ou de contact peut aider à prévenir des enlèvements ultérieurs³⁸⁰.**
- **Les avantages d'une médiation spécialisée pour les couples transculturels peuvent être considérés³⁸¹.**

- 318 Reconnaissant qu'une rupture entre deux personnes originaires de différents États est au cœur de nombreux enlèvements internationaux d'enfants, « obtenir un accord à l'amiable lorsque les parents se séparent ou discutent des questions de droit de garde ou de droit d'entretenir un contact / droit de visite constitue une mesure préventive utile en elle-même »³⁸².
- 319 Ainsi, si un parent souhaite s'établir dans un autre État après s'être séparé de son partenaire, une médiation peut être particulièrement utile à un stade précoce. Une médiation spécialisée peut aider les parents à mieux comprendre leurs points de vue respectifs et à trouver une solution consensuelle qui tienne compte des besoins de leur enfant. L'issue peut être aussi diversifiée que les circonstances de chaque affaire, y compris le déménagement des deux parents dans un nouvel État, les deux parents restant dans le même État ou le déménagement d'un parent sous réserve qu'une garantie suffisante soit donnée aux droits de l'autre parent d'entretenir un contact.
- 320 En même temps, le recours à la médiation pour garantir le respect des arrangements relatifs aux contacts, tant sur le territoire d'un État qu'à l'international, peut aider à prévenir des situations susceptibles de conduire à un enlèvement international d'enfant. Pour plus de précisions sur les situations où il peut exister un risque accru d'enlèvement, voir le Guide de bonnes pratiques sur les mesures préventives³⁸³, au paragraphe 2.1.
- 321 Faciliter l'accès à l'information sur la médiation et les mesures nécessaires pour rendre un accord de médiation exécutoire dans les deux systèmes juridiques concernés par l'intermédiaire des Autorités centrales ou des Points de contact centraux pour la médiation familiale internationale aidera à promouvoir la médiation comme mesure de prévention des enlèvements d'enfants³⁸⁴.
- 322 Évidemment, la médiation n'est qu'une possibilité parmi d'autres. L'accès à une procédure judiciaire pour autoriser le déménagement à l'étranger ne doit pas être conditionné à la participation des parties à des séances de médiation³⁸⁵.

380 Voir les Principes issus du Guide de bonnes pratiques sur les mesures préventives (*op. cit.* note 23), para. 2.1, p. 15.

381 Voir les Principes issus du Guide de bonnes pratiques sur les mesures préventives (*ibid.*).

382 *Ibid.*

383 *Ibid.*

384 Sur le rôle des Autorités centrales et d'autres organismes dans la facilitation de l'accès à cette information, voir la section 4.1 *supra*.

385 Voir la Déclaration de Washington sur le déménagement familial international (*supra* note 160).

15 Autres mécanismes de résolution amiable des différends

- Hormis la médiation, le recours aux autres mécanismes de résolution amiable des différends devrait être encouragé dans les différends familiaux internationaux concernant des enfants.
- Le recours aux mécanismes de résolution amiable des différends prévus pour les affaires nationales ne devrait être envisagé pour les différends familiaux internationaux que s'ils peuvent être adaptés aux besoins particuliers des différends internationaux.
- Les États devraient donner des informations sur les mécanismes de résolution amiable des différends accessibles sur leur territoire pour les affaires d'enlèvement international d'enfants.
- Ce Guide vise à encourager le recours aux mécanismes de résolution amiable pour régler les différends familiaux internationaux concernant des enfants.

- 323 Ce Guide vise à encourager le recours aux mécanismes de résolution amiable pour régler les différends familiaux internationaux concernant des enfants.
- 324 Hormis la médiation, de nombreux mécanismes encourageant la résolution amiable des différends ont été mis en place dans différents pays et y sont appliqués avec succès dans les conflits familiaux³⁸⁶. Ce sont notamment la « conciliation », la « coordination parentale », l'« évaluation neutre précoce » et les modèles de pratique tendant à promouvoir la résolution des conflits tels que le « droit collaboratif » ou « le droit coopératif ».
- 325 La « conciliation », souvent conduite par le juge saisi au cours de procédures judiciaires, est l'un des processus de résolution des conflits les plus directifs de cette liste. Comme il a été souligné plus haut à la section terminologie, on confond parfois la conciliation avec la médiation. Dans la médiation, le tiers neutre ne peut être une personne en position de décider pour les parties ; le médiateur ne fait que faciliter la communication entre les parties en les aidant à trouver elles-mêmes une solution à leur différend. Dans la conciliation en revanche, le tiers neutre a régulièrement une bien plus grande influence sur la solution au conflit³⁸⁷. La conciliation est régulièrement utilisée dans de nombreux pays dans le cadre de procédures judiciaires en matière familiale, surtout dans les procédures de divorce et celles qui concernent les responsabilités parentales³⁸⁸. La conciliation par le juge saisi peut être aisément appliquée dans les procédures de retour fondées sur la Convention de 1980, lorsqu'elle est considérée opportune et faisable, pour amener un règlement judiciaire, sans risquer de retard.
- 326 Aux États-Unis d'Amérique, certains états proposent des programmes de « coordination parentale » pour les affaires très conflictuelles quant à la garde et au droit de visite où les parents ont déjà démontré de manière récurrente leur incapacité ou leur refus de respecter les décisions judiciaires ou les accords parentaux³⁸⁹.

386 Pour de plus amples informations sur les processus de résolution alternatifs des différends disponibles dans les différents États contractants à la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, voir le chapitre 20 des Profils des États en vertu de la Convention de 1980 (*supra* note 121).

387 Pour de plus amples informations sur la distinction entre médiation et conciliation, voir la section terminologie *supra*, « Médiation ».

388 Par ex. au Maroc, une « ré »-conciliation des époux doit être tentée avant que le tribunal statue sur un divorce, voir art. 81 et s. du Code de la famille marocain (Code de la famille - Bulletin Officiel No 5358 du 2 ramadan 1426, 6 octobre 2005, p. 667), disponible à l'adresse < www.justice.gov.ma >. De même, en Italie, une tentative de réconciliation des époux est obligatoire dans les procédures de séparation et de divorce, voir art. 708 du Code de procédure civile et art. 1 et 4.7 de la Loi italienne sur le divorce (*Legge* 1^{er} décembre 1970, No 898, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, *Gazzetta Ufficiale* n. 306, 3 décembre 1970).

389 Voir N. ver Steegh (*op. cit.* note 8), p. 663, 664.

- « La coordination parentale est un processus alternatif de résolution des conflits centré sur l'enfant dans lequel un professionnel de la santé mentale ou du droit formé à la médiation et ayant une expérience en la matière aide des parents en situation de conflit aigu à mettre en œuvre leur plan parental en facilitant la résolution rapide de leurs différends, en éduquant les parents aux besoins des enfants et, avec l'accord préalable des parties ou du tribunal, en prenant des décisions dans le champ de la décision judiciaire ou du contrat de mandat. »³⁹⁰
- 327 Le coordinateur parental est désigné par la juridiction compétente pour la procédure de garde. La « coordination parentale » a été instituée à la suite d'une recommandation d'une conférence interdisciplinaire consacrée aux différends familiaux très conflictuels financée par l'*American Bar Association* en 2000.
- 328 L'« évaluation neutre précoce »³⁹¹ est un autre mécanisme visant à encourager la résolution amiable des conflits familiaux, par lequel les parties obtiennent un avis d'expert non contraignant sur leur situation juridique, à la suite duquel elles ont la possibilité de négocier une solution³⁹². Ce processus a été mis en place, par exemple, dans certains états des États-Unis d'Amérique, où des séances confidentielles d'« évaluation neutre précoce » de deux à trois heures sont conduites par un ou plusieurs experts³⁹³.
- 329 La promotion des mécanismes de résolution amiable des différends dans les différents systèmes juridiques se reflète aussi dans l'évolution de l'approche des avocats praticiens en droit de la famille, qui tendent aujourd'hui à considérer qu'un accord est la meilleure issue possible pour leurs clients.
- 330 Le premier des deux modèles intéressants qui méritent d'être mentionnés à cet égard est le « **droit collaboratif** ». Dans ce modèle, qui est utilisé dans un certain nombre d'États³⁹⁴, les parties sont assistées par des « avocats collaboratifs » qui recourent à des techniques de règlement des problèmes favorables aux intérêts de chacun pour résoudre le différend sans aller en justice³⁹⁵. Lorsque, faute d'accord, l'affaire doit être résolue dans le cadre d'une procédure judiciaire, les avocats collaboratifs ne peuvent y représenter leur client ; les parties doivent donc trouver une nouvelle représentation. Le modèle du droit collaboratif est utilisé avec succès depuis quelque temps dans plusieurs États ou unités territoriales, comme dans plusieurs états des États-Unis d'Amérique. Certains de ces systèmes juridiques ont entre-temps introduit une législation ou une « opinion éthique » sur le « droit collaboratif »³⁹⁶.
- 331 Le deuxième modèle est celui du « **droit coopératif** ». Ce modèle suit les principes du « droit collaboratif », excepté la disqualification des représentants lorsque l'affaire doit être portée devant les tribunaux³⁹⁷.
- 332 Le recours aux mécanismes de résolution amiable des différends prévus pour les différends familiaux nationaux devrait être envisagé dans les différends familiaux internationaux. Cependant, ces mécanismes doivent être adaptés aux difficultés propres aux différends familiaux internationaux et en particulier aux difficultés inhérentes aux enlèvements internationaux d'enfants, comme indiqué plus haut au sujet de la médiation. Ainsi, l'application du modèle de droit collaboratif dans les affaires d'enlèvement international d'enfants ne sera peut-être pas opportune si les parties risquent d'avoir besoin de deux autres représentants juridiques lorsqu'il faut aller en justice pour rendre leur accord juridiquement contraignant et que leurs représentants seraient contraints de se désister à ce stade.

390 Voir « Guidelines for Parenting Coordination », élaborées par le Groupe de travail sur la coordination parentale de l'*Association of Family and Conciliation Courts (AFCC)*, mai 2005, disponible à l'adresse < <http://www.afccnet.org/pdfs/AFCCGuidelinesforParentingcoordinationnew.pdf> > (dernière consultation le 14 juin 2012).

391 Pour plus d'informations voir entre autres N. ver Steegh (*op. cit.* note 8), p. 663.

392 *Ibid.*

393 *Ibid.* Une évaluation neutre précoce est également disponible au **Canada (Manitoba)**, voir la section 20 a) des Profils des États en vertu de la Convention de 1980 (*supra* note 121).

394 Le modèle de droit collaboratif est actuellement utilisé au **Canada (Alberta, Colombie-Britannique, Manitoba, Nouvelle-Écosse, Saskatchewan)**, en Israël, au **Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles, Irlande du Nord)** et aux États-Unis d'Amérique, voir la section 20 a) des Profils des États en vertu de la Convention de 1980 (*supra* note 121).

395 Pour plus d'informations voir entre autres N. ver Steegh (*op. cit.* note 8), p. 667.

396 *Ibid.*, p. 667, 668.

397 *Ibid.*, p. 668.

- 333 Les bonnes pratiques présentées dans ce Guide en matière de médiation devraient être adaptées à ces autres mécanismes.
- 334 Les États sont encouragés à rendre accessibles des informations sur les mécanismes de résolution amiable des différends susceptibles d'être appliqués dans les affaires d'enlèvement international d'enfants. Ces informations pourraient être également données par les Autorités centrales et les Points de contact centraux pour la médiation familiale internationale³⁹⁸.

16 Recours à la médiation et aux mécanismes analogues de résolution amiable dans les affaires ne relevant pas de la Convention de 1980

- Le recours à la médiation et à d'autres mécanismes similaires de résolution amiable des différends devrait être également encouragé dans les différends familiaux internationaux concernant des enfants, en particulier dans les affaires d'enlèvement d'enfants auxquelles la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 ou d'autres instruments équivalents ne s'appliquent pas.
- Les États devraient promouvoir la mise en place de structures de médiation pour ces affaires conformément aux Principes pour la mise en œuvre de structures de médiation dans le cadre du Processus de Malte³⁹⁹. Il est souhaitable en particulier que les États envisagent de désigner des Points de contact centraux pour la médiation familiale internationale afin de faciliter la diffusion des informations sur les services de médiation et les autres services connexes, sur la promotion des bonnes pratiques concernant la formation spécialisée à la médiation familiale internationale et sur le processus de médiation internationale. Il serait opportun en parallèle qu'une assistance soit apportée pour rendre les accords issus de la médiation contraignants dans les systèmes juridiques concernés.
- S'il y a lieu, les pays devraient « examiner l'opportunité d'introduire des dispositions législatives ou réglementaires concernant l'exécution des accords de médiation »⁴⁰⁰.

- 335 Lorsque des différends familiaux internationaux concernant des enfants impliquent deux États entre lesquels la Convention Enlèvement d'enfants de 1980, la Convention Protection des enfants de 1996 ou un autre instrument juridique international ou régional pertinent n'est pas en vigueur, la médiation ou un autre mode de résolution amiable des différends peut être la seule ressource et le seul moyen d'aider les enfants concernés à entretenir « des relations personnelles et des contacts directs réguliers avec [leurs] deux parents », droit consacré dans la CNUDE⁴⁰¹.
- 336 Bien entendu, la non-applicabilité des instruments régionaux ou internationaux pertinents ne porte pas atteinte aux recours juridiques ouverts aux parents en droit interne. Cependant, lorsqu'un enlèvement international s'est produit ou qu'un autre conflit transfrontière concernant la garde des enfants ou les contacts est en cours, l'absence de cadre juridique régional ou international aboutit régulièrement à des décisions conflictuelles dans les États ou unités territoriales concernés, ce qui est souvent une impasse pour une solution juridique au conflit.

³⁹⁸ Sur le rôle des Autorités centrales et d'autres organismes dans la facilitation de l'accès à cette information, voir la section 4.1 *supra*.

³⁹⁹ Voir l'annexe I *infra*.

⁴⁰⁰ *Ibid.*

⁴⁰¹ Voir son art. 10(2).

- 337 Comme il a été dit plus haut⁴⁰², le Groupe de travail sur la médiation dans le cadre du Processus de Malte a élaboré des Principes pour la mise en œuvre de structures de médiation dans le cadre du Processus de Malte. Il est recommandé aux États de promouvoir la mise en place de structures de médiation conformément à ces Principes. Les États devraient en particulier envisager de désigner un Point de contact central pour la médiation familiale internationale afin de faciliter la diffusion d'informations sur les services de médiation existants et d'autres informations pertinentes. En outre, les États devraient promouvoir les bonnes pratiques dans le domaine de la formation des médiateurs en matière de médiation familiale internationale et dans celui du processus de médiation internationale.
- 338 Les bonnes pratiques énoncées dans ce Guide en matière de médiation dans les affaires d'enlèvement international d'enfants visées par la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 sont également applicables à ces affaires. Comme dans les affaires d'enlèvement international d'enfants entrant dans le champ d'application de la Convention de 1980, la médiation doit être conduite avec le plus grand soin et l'accord issu de la médiation doit être rédigé en vue d'être compatible avec le droit des États concernés et d'être rendu exécutoire dans ces États. Les délais sont également cruciaux lorsqu'aucun cadre juridique régional ou international n'est applicable dans les affaires d'enlèvement international d'enfants ; les contacts entre l'enfant et le parent resté sur place devraient être rétablis au plus vite afin d'éviter l'aliénation parentale.
- 339 Dans l'ensemble, en l'absence de cadre juridique régional ou international applicable, la médiation dans les affaires d'enlèvement international d'enfants est conduite dans des circonstances très particulières. Il n'y a pas de solution judiciaire sur laquelle se reposer si la médiation échoue ou lorsque l'accord issu de la médiation est rendu exécutoire dans les États concernés mais qu'une difficulté se pose à sa mise en œuvre pratique. Il est donc crucial que toute solution amiable trouvée dans ces affaires soit rendue juridiquement contraignante et exécutoire dans les systèmes juridiques concernés avant d'entreprendre son application pratique. Ainsi, la médiation peut surmonter la situation conflictuelle des différents systèmes juridiques en présence ; l'accord issu d'une médiation lui-même sert alors de base à l'établissement d'une opinion juridique uniforme sur l'affaire dans les différents systèmes juridiques concernés.
- 340 Toute l'assistance possible devrait être apportée aux parties à un conflit familial transfrontière pour rendre l'accord issu de la médiation contraignant et exécutoire dans les systèmes juridiques concernés. Un organisme central tel qu'un Point de contact central pour la médiation familiale internationale devrait faciliter la diffusion des informations sur les mesures nécessaires pour donner un effet juridique à un accord⁴⁰³. Si cela est nécessaire, les États devraient « examiner l'opportunité d'introduire des dispositions législatives ou réglementaires concernant l'exécution des accords de médiation »⁴⁰⁴.
- 341 Les médiateurs intervenant dans les différends familiaux internationaux relatifs à la garde et aux contacts auxquels ne s'applique aucun cadre juridique international ou régional devraient avoir conscience de l'étendue de leurs responsabilités. Ils doivent attirer l'attention des parties sur les implications juridiques de l'inapplicabilité des instruments régionaux ou internationaux pertinents, ainsi que sur la nécessité d'obtenir des conseils juridiques spécialisés et de rendre les accords exécutoires dans les systèmes juridiques concernés avant d'entreprendre leur mise en œuvre pratique. Les parties doivent être informées des implications particulières de l'absence de règles supranationales sur la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives à la garde et aux contacts pour l'avenir. Elles doivent comprendre que même si leur accord a été rendu exécutoire dans les deux (tous les) États concernés à l'issue de la médiation, un changement de circonstances ultérieur peut modifier le caractère exécutoire de leur accord. Une adaptation du contenu de l'accord devra être reconnue par les deux (tous les) systèmes juridiques, un processus qui exigera la coopération des parties.

402 Voir para. 14, 112 et s.

403 Pour de plus amples informations sur le rôle des Points de contact centraux pour la médiation familiale internationale, voir les Principes pour la mise en œuvre de structures de médiation à l'annexe 1 *infra* et également la section 4.1 *supra*.

404 Voir les Principes pour la mise en œuvre de structures de médiation (*ibid.*).

Annexes

Annexe I

PRINCIPES POUR LA MISE EN ŒUVRE DE STRUCTURES DE MÉDIATION DANS LE CADRE DU PROCESSUS DE MALTE

établis par le Groupe de travail avec l'assistance du Bureau Permanent

A POINT DE CONTACT CENTRAL

Les États devraient mettre en place / désigner un Point de contact central pour la médiation familiale internationale chargé de remplir, soit directement ou avec le concours d'un intermédiaire, les missions suivantes :

- Servir de Point de contact pour le public et simultanément assurer la coordination entre les médiateurs intervenant dans le cadre de différends familiaux transfrontières.
- Fournir des informations sur les services de médiation familiale disponibles dans le pays en question, tels que :
 - > Une liste des médiateurs familiaux, contenant également les coordonnées de ces derniers et des informations concernant leur formation, leurs habilités linguistiques et leur expérience ;
 - > Une liste des organisations fournissant des services de médiation en matière de différends familiaux internationaux ;
 - > Des renseignements concernant les coûts d'une médiation ;
 - > Des renseignements sur les modèles de médiation utilisés / disponibles ; et
 - > Des renseignements sur le mode de mise en œuvre d'une médiation et sur les sujets couverts par la médiation.
- Fournir des informations permettant d'aider à localiser l'autre parent / l'enfant à l'intérieur du pays concerné.
- Fournir des informations au sujet des organismes susceptibles de fournir des conseils en matière de droit de la famille et les procédures juridiques.
- Fournir des informations sur la façon de conférer à l'accord de médiation un caractère obligatoire.
- Fournir des informations concernant le caractère exécutoire de l'accord de médiation.
- Fournir des informations concernant tout soutien disponible permettant de garantir la pérennité de l'accord de médiation.
- Promouvoir la coopération entre les divers experts en encourageant le travail en réseau, les programmes de formation et l'échange de bonnes pratiques.
- Sous réserve du principe de confidentialité, réunir et rendre publique de manière régulière des informations concernant le nombre et la nature des affaires traités par les points de contact centraux, les mesures entreprises et les résultats, notamment ceux obtenus par voie de médiation, si connus.

Ces informations devraient être fournies dans la langue officielle de l'État en question ainsi qu'en anglais ou en français.

Le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye devrait être informé des coordonnées pertinentes du Point de contact central, notamment l'adresse postale, le numéro de téléphone, l'adresse électronique de celui-ci, ainsi que le nom de la ou des personnes responsables, et des langues qu'elles utilisent.

Les demandes d'information ou d'assistance adressées au Point de contact central devraient être traitées avec célérité.

Dans la mesure du possible, le Point de contact central devrait rendre disponible sur un site Internet, dans la langue officielle de l'État en question, ainsi qu'en anglais ou en français, les informations pertinentes sur les services de médiation. Lorsqu'un Point de contact n'est pas en mesure de fournir ce service, le Bureau Permanent devrait rendre accessibles en ligne les informations reçues par le Point de contact central.

B MÉDIATION

1 Traits essentiels des médiateurs / Organismes de médiation recensés par les Points de contact centraux

Certaines des qualités essentielles qu'un Point de contact central devrait prendre en considération, lorsqu'il retient les services et dresse la liste de médiateurs familiaux internationaux ou d'organismes de médiation sont les suivantes :

- Approche professionnelle et formation appropriée en matière de médiation familiale (notamment en matière de médiation familiale internationale)
- Expérience étendue en matière de différends familiaux internationaux interculturels
- Connaissance et compréhension des instruments juridiques pertinents au niveau international et régional
- Accès à un réseau important de contacts (tant au niveau national qu'international)
- Connaissance des divers systèmes juridiques et des moyens de rendre les accords de médiation exécutoires ou contraignants dans les pays concernés
- Accès à des services d'appui sur le plan administratif et professionnel
- Approche organisée et professionnelle en matière d'administration, de tenue de dossiers et d'évaluation des services fournis
- Accès aux ressources pertinentes (documents / communications, etc.) dans le cadre de la médiation familiale internationale
- Le service de médiation est reconnu, sur le plan juridique, par l'État dans lequel il opère, dans le cas où une faculté de cet ordre existe
- Compétence linguistique

Il est reconnu que, dans les États où un service de médiation internationale est en phase initiale de développement, les qualités essentielles mentionnées ci-dessus ne peuvent à ce stade que représenter des aspirations vers lesquelles ils devraient tendre.

2 Processus de médiation

Il est reconnu qu'en matière de médiation familiale, une gamme étendue de processus et de méthodes est mise en œuvre dans divers pays. Toutefois, sous réserve des lois applicables au processus de médiation, la médiation pourrait être guidée par les principes généraux suivants:

- Examen de l'opportunité de la médiation dans le cas précis
- Consentement donné en connaissance de cause
- Participation volontaire
- Aider les parents à parvenir à un accord qui tienne compte de l'intérêt de l'enfant et de son bien-être
- Neutralité
- Équité
- Utilisation de la langue maternelle ou d'une ou plusieurs langues que les participants comprennent sans difficulté
- Confidentialité
- Impartialité
- Compétence interculturelle
- Prise de décision en connaissance de cause et accès adapté à des conseils juridiques

3 Accord conclu par médiation

Lorsqu'ils apportent leur assistance à l'occasion de la rédaction d'accords, les médiateurs intervenant à l'occasion de différends familiaux internationaux devraient toujours garder à l'esprit la mise en œuvre concrète de l'accord. Il convient que l'accord soit compatible avec les systèmes juridiques pertinents. Les accords portant sur le droit de garde et le droit d'entretenir un contact devraient présenter un caractère aussi concret que possible et tenir compte des problèmes qui se posent en pratique. Lorsque l'accord implique deux pays utilisant des langues différentes, l'accord devrait être rédigé dans ces langues, si cette formalité permet de rendre plus facilement l'accord obligatoire.

C RENDRE OBLIGATOIRE L'ACCORD ISSU DE LA MÉDIATION

Les médiateurs traitant de différends familiaux internationaux afférents au droit de garde et de contact devraient intervenir en étroite collaboration avec les représentants légaux des parties.

Avant de procéder à la mise en œuvre de l'accord, il convient de conférer à l'accord un caractère exécutoire ou contraignant dans les pays concernés.

Les Points de contact centraux dans les pays concernés devraient assister les parties en mettant à leur disposition les informations requises en ce qui concerne les procédures pertinentes.

Le cas échéant, les pays peuvent examiner l'opportunité d'introduire des dispositions législatives ou réglementaires concernant l'exécution des accords de médiation.

Annexe II

MÉMOIRE EXPLICATIF RELATIF AUX PRINCIPES POUR LA MISE EN ŒUVRE DE STRUCTURES DE MÉDIATION DANS LE CADRE DU PROCESSUS DE MALTE

établi par le Groupe de travail avec l'assistance du Bureau Permanent

LES ORIGINES DU PROJET

Lors de la réunion qui s'est tenue du 31 mars au 2 avril 2009, le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye de droit international privé a autorisé la désignation d'un groupe de travail, dans le cadre du processus de Malte, pour promouvoir le développement de structures de médiation favorisant la résolution de conflits familiaux transfrontières concernant le droit de garde ou le droit d'entretenir un contact avec les enfants, notamment dans les cas de déplacement unilatéral d'un enfant dans un autre État, quand la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* et la *Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants* ne s'appliquent pas.

La recommandation visant à mettre en place ce groupe de travail a résulté de la Troisième conférence judiciaire sur les questions transfrontières de droit de la famille, qui s'est tenue à St. Julian's (Malte) du 23 au 26 mars 2009.

En juin 2009, quelques États contractants à la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants et des États non contractants, sélectionnés à partir de facteurs démographiques et de traditions juridiques différentes, ont été invités à nommer un expert. Ces États étaient l'Allemagne, l'Australie, le Canada, l'Égypte, les États-Unis d'Amérique, la France, l'Inde, la Jordanie, la Malaisie, le Maroc, le Pakistan et le Royaume-Uni. En outre, quelques experts indépendants ont été invités à rejoindre le groupe de travail.

Le groupe de travail a tenu deux téléconférences, le 30 juillet 2009 et le 29 octobre 2009, ainsi qu'une réunion les 11 et 12 mai 2010 à Ottawa (Canada). Ces réunions étaient présidées conjointement par Mme Lillian Thomsen (Canada) et M. Tassaduq Hussain Jillani (juge du Pakistan). Lors de ces réunions un service d'interprétation simultanée en anglais, français et arabe a été mis à la disposition des participants. Deux questionnaires concernant les structures de médiation existantes et le caractère exécutoire des accords ainsi obtenus ont été distribués aux participants pour préparer les téléconférences. Les réponses à ces questionnaires sont disponibles sur le site Internet de la Conférence de La Haye à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Enlèvement d'enfants ».

Lors de la première téléconférence, le groupe de travail est arrivé à la conclusion que la mise en place de points de contact centraux dans chaque pays qui fourniraient des informations sur les services de médiation disponibles dans leurs juridictions respectives était importante. Suite à la seconde téléconférence, le groupe de travail a entamé des travaux sur le « Projet de Principes » pour la mise en place de structures de médiation. La rédaction des Principes a été achevée après une discussion approfondie lors de la réunion qui s'est tenue au Canada les 11 et 12 mai 2010, et des consultations postérieures des experts qui n'avaient pas pu assister à cette réunion.

Les Principes pour l'instauration de structures de médiation dans le cadre du processus de Malte

Ces « Principes » ont été élaborés pour permettre la mise en place de structures de médiation efficaces pour régler les conflits familiaux transfrontières concernant les enfants et impliquant des États qui ne sont pas parties à la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants, ni à la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants ou à d'autres instruments pertinents. En l'absence d'un cadre juridique international ou régional applicable, la médiation ou d'autres moyens similaires de règlement consensuel des conflits sont souvent le seul moyen de trouver une solution qui permette à l'enfant concerné d'entretenir des contacts réguliers avec ses deux parents.

Il faut noter que la mise en place de structures de médiation familiale transfrontière sera également utile dans le cadre de conflits familiaux transfrontières qui relèvent du champ d'application de la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants et la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants. Ces deux Conventions encouragent la résolution amiable des conflits familiaux à travers la médiation ou des moyens similaires. Ces Principes pourraient par conséquent représenter un complément utile au cadre juridique international instauré par les Conventions.

Les « Principes »

Les « Principes » sollicitent la mise en place d'un Point de contact central qui faciliterait la transmission d'informations, par exemple sur les services de médiation disponibles dans les juridictions respectives, sur l'accès à la médiation et sur d'autres sujets importants, tels que toute information juridique utile.

PARTIE A

La Partie A des « Principes » précise le type d'informations qui devraient être fournies et la manière dont l'information devrait être rendue disponible par le biais des Points de contact centraux.

Les informations sur les services de médiation en matière de droit international de la famille devraient comprendre, en premier lieu, une liste de médiateurs ou d'organismes de médiation fournissant de tels services. Ces listes devraient contenir des informations concernant la formation des médiateurs, leurs habilités linguistiques et leur expérience, ainsi que leurs coordonnées. Le Point de contact central devrait en outre être tenu de faciliter l'information sur les coûts de la médiation, ce qui inclut le tarif de la médiation mais aussi tous les frais qui y sont liés. De plus, le Point de contact devrait rendre accessible l'information sur le processus de médiation lui-même – par exemple les modèles de médiation utilisés / disponibles, le mode de mise en œuvre d'une médiation et les sujets couverts par la médiation. Les informations devraient être aussi détaillées que possible ; elles doivent comporter les renseignements concernant la possibilité d'une comédiation, ainsi que les formes précises de la comédiation, telles que la médiation binationale.

Le Point de contact central devrait également communiquer les informations nécessaires à la localisation de l'autre parent / de l'enfant dans le pays concerné. De même, devraient être fournis les renseignements concernant les organismes susceptibles de conseiller le justiciable sur le droit de la famille et les procédures juridiques, sur la façon de conférer à l'accord de médiation un caractère obligatoire et sur le caractère exécutoire de cet accord. Au vu des moyens financiers souvent limités des parties à un litige familial, le détail des coûts devrait être inclus ; l'attention devrait être attirée sur les services bénévoles ou les services offrant des conseils juridiques spécialisés à prix réduits, lorsqu'ils sont disponibles. Le Point de contact central devrait aussi fournir des informations concernant tout soutien disponible permettant de garantir la pérennité de l'accord de médiation.

Le Point de contact central est chargé d'améliorer et de consolider la coopération transfrontière concernant la résolution amiable des conflits familiaux internationaux en promouvant la coopération entre les divers experts à travers le travail en réseau, les programmes de formation et les échanges de bonnes pratiques. Enfin, sous réserve du principe de confidentialité, le Point de contact central devrait réunir et mettre à la disposition des personnes les statistiques détaillées concernant les cas qui ont été traités.

PARTIE B

Dans la Partie B, les « Principes » font référence à (1) certaines qualités que devraient revêtir les services de médiation internationale recensés par le Point de contact central, (2) le processus de médiation et (3) l'accord conclu par médiation.

Sous la Point B (1) les « Principes » fixent certaines qualités essentielles que devraient présenter les médiateurs et les organismes de médiation, et que le Point de contact central devrait prendre en considération lorsqu'il retient et dresse la liste des services de médiation internationale. Par ailleurs, les « Principes » reconnaissent que beaucoup d'États disposent toujours d'un service de médiation international en matière familiale en phase initiale de développement et que pour ceux-là certaines des qualités essentielles listées représentent un incitatif. Il est cependant souhaité que les États qui mettent en œuvre ces « Principes » encouragent le développement progressif de services de médiation respectant ces qualités essentielles.

Le point B (2) liste plusieurs principes généraux qui, sous réserve de la loi applicable au processus de médiation, devraient être respectés dans le cadre de la médiation familiale internationale. Conscients que ces principes peuvent donner lieu à des interprétations légèrement divergentes selon les systèmes juridiques, et gardant en tête la possibilité de développer des bonnes pratiques, les rédacteurs de ce document se sont abstenus de joindre des définitions précises de ces principes généraux. Il devrait être noté que le Guide de bonnes pratiques relatif à la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants, qui est actuellement en cours de rédaction, va traiter beaucoup plus en détail les bonnes pratiques relatives à ces principes généraux.

Le point B (3) souligne certains aspects importants qui doivent être pris en considération lorsqu'il s'agit d'un accord issu de la médiation, pour que ce dernier soit considéré comme obligatoire dans les systèmes juridiques concernés. Pour des informations complémentaires sur les bonnes pratiques concernant le projet d'accord issus de la médiation, il est encore une fois fait référence au Guide de bonnes pratiques, à venir, sur la médiation en vertu de la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants.

PARTIE C

La Partie C reconnaît l'importance de conférer à un accord issu de la médiation un caractère contraignant ou exécutoire dans tous les systèmes juridiques concernés avant sa mise en œuvre. Cette partie souligne aussi la nécessité d'intervenir en étroite collaboration avec les représentants légaux des parties. En outre, le Point de contact central est tenu de fournir aux parties les informations sur les procédures utiles.

Conclusion

Le groupe de travail a souhaité inciter, dans ce mémoire explicatif, les États non parties, à considérer attentivement les avantages d'une ratification ou d'une adhésion à la *Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants* et à la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfant*.

Conférence de La Haye de droit international privé

Bureau Permanent

6, Scheveningseweg

2517 KT La Haye

Pays-Bas

Téléphone : +31 70 363 3303

Télécopieur : +31 70 360 4867

Courriel : secretariat@hcch.net

Site internet : www.hcch.net