
MEIER-BOURDEAU LÉCUYER & associés

Société d'avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation

SARL au capital de 905 400,00 euros
26 rue Etienne Marcel 75002 PARIS
Tél. : 01 45 48 71 43
cabinet@mblavocats.fr
NR 21994

COUR DE CASSATION

1^{ère} CHAMBRE CIVILE

INTERVENTION VOLONTAIRE ACCESSOIRE EN DEMANDE

AMICUS CURIAE

POUR : International Academy of Family lawyers (IAFL), association regroupant des avocats exerçant en droit de la famille à l'échelle nationale et internationale, sise à 81 Main Street, Suite 405, White Plains, New York, New York 10601, USA, prise en la personne de son représentant légal

Observations à l'appui du pourvoi n° J 24-12.156

Conseiller rapporteur : Mme Agnès Daniel
Avocat général : Mme Anne Caron-Deglise

OBSERVATIONS LIMINAIRES

1.-

L'association internationale du droit de la famille (IAFL – International Academy of Family lawyers) est une association à but non lucratif d'avocats spécialisés en droit de la famille exerçant dans plus de 50 pays. Les avocats deviennent membres de l'association sur la base de leur expérience en droit de la famille et de leurs champs de compétences. L'IAFL comporte plus de 700 membres à travers le monde. Elle dispose d'un statut d'observateur à la Conférence de La Haye de droit international privé et au réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale. Ses membres ont participé aux Commissions Spéciales de la Convention de 1980 sur l'enlèvement d'enfants et à la rédaction de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (Convention d'adoption de La Haye signée le 29 mai 1993).

L'IAFL est déjà intervenue par le biais d'*amicus brief* devant d'autres juridictions. Le premier fut déposé devant la Cour Suprême des États-Unis dans l'affaire *Lozano vs. Montoya*, 134 S. Ct. 1224 (2014). Un mémoire a également été déposé devant la Cour Suprême du Royaume-Uni dans l'affaire *In The Matter of AR (Children)* (Ecosse), UKSC 2015/0048. Elle est également intervenue dans une affaire devant la Cour de cassation (Cass. Civ. 1^e, 8 mars 2017, pourvoi n° 15-26664).

En l'espèce, l'IAFL souhaite intervenir au présent pourvoi et faire part d'une analyse de décisions rendues par des Etats parties à la convention de La Haye du 25 octobre 1980 admettant d'ordonner le retour d'enfant vers un Etat tiers, c'est-à-dire vers un autre Etat que celui de la résidence habituelle des enfants avant leur déplacement ou non-retour illicite.

DISCUSSION

SUR LA RECEVABILITE DE L'INTERVENTION VOLONTAIRE ACCESSOIRE

2.-

L'intervention volontaire accessoire est admise devant la Cour de cassation par l'article 327, alinéa, 2 du code de procédure civile.

Sa recevabilité est subordonnée à l'existence d'un intérêt de son auteur à la préservation de ses droits, ce qui est le cas lorsque la décision à intervenir concerne un intérêt dont elle a la garde (Civ. 2^{ème}, 18 septembre 1996, pourvoi n°95-50.031 ; 22 janv. 2009, pourvoi n° 07-20.140).

Au cas présent, l'association IAFL a un intérêt et est recevable à intervenir au soutien de ■■■■■, père d'un enfant qui n'est pas en mesure d'exercer ses droits parentaux en raison du comportement de la mère et des décisions refusant d'ordonner le retour de l'enfant dans l'Etat où il réside : cette situation porte indiscutablement atteinte aux principes de liberté de circulation des personnes et de respect de la vie privée et familiale, comme il le sera démontré, principes dont le respect est défendu par l'association.

Autrement dit, les questions relatives à la liberté de circulation des personnes et le respect de la vie privée et familiale intéressent directement les buts poursuivis par l'association intervenante, ce qui résulte notamment de l'article 3 des statuts de l'association :

« reconnaît la place centrale de la famille dans la société à l'échelle nationale et internationale, les droits fondamentaux et la dignité des personnes, la nécessité de protéger et d'améliorer l'aide sociale et les meilleurs intérêts des enfants et autres personnes vulnérables, la diversité des lois émanant d'États souverains et l'accroissement des difficultés juridictionnelles internationales qui en résultent, et aspire à être et à être reconnue en tant qu'association prééminente d'avocats intervenant, en n'importe quel territoire, en matière de droit matrimonial et de la famille et ainsi de faciliter le conseil, la représentation et l'éducation de tous, et de promouvoir les réformes législatives à l'échelle internationale. »

SUR LES OBSERVATIONS AMICUS CURIAE DE L'IAFL

3.-

S'agissant d'un retour vers un Etat tiers, l'association entend souligner que, faisant application de la convention de La Haye du 25 octobre 1980, les juridictions d'autres Etats parties à la convention ont admis d'ordonner le retour de l'enfant dans un Etat autre que son Etat d'origine dès lors qu'aucune exception au retour n'était caractérisée.

ETATS-UNIS

4.-

Ainsi, dans une décision, un juge de l'Etat de New-York a admis de renvoyer vers la France un enfant résidant habituellement en Ukraine avant son déplacement où le parent dont il a été éloigné réside :

« II. Retour au pays tiers

Enfin, le défendeur soutient que le requérant ne peut demander le retour de ses enfants qu'en Ukraine, et non en France. Cet argument n'est pas recevable. Lorsqu'un requérant a obtenu gain de cause, il peut être approprié de lui restituer ses enfants à sa résidence actuelle, même si cette résidence ne se trouve pas dans le pays qui était la résidence habituelle des enfants. Dans les circonstances qui prévalent en l'espèce, cela est certainement approprié. (...)

Lorsqu'un requérant ne vit plus dans ce qui était autrefois la résidence habituelle de l'enfant, il n'est pas logique, et il est contraire à la protection de l'enfant contre les effets néfastes de l'enlèvement, d'ordonner le retour de l'enfant dans un pays dans lequel le requérant ne vit plus. Dans ce cas, les lois ukrainiennes actuelles apportent un soutien supplémentaire à ce résultat. Elles permettent à un parent de retirer unilatéralement un enfant d'Ukraine. En réponse à la guerre avec la Russie, le décret du 21 mars 2022 stipule qu'un enfant de moins de 16 ans, accompagné par "l'un de ses parents, grands-parents, frère, sœur, belle-mère ou une autre personne autorisée par l'un des parents dans une déclaration écrite certifiée par l'organe de tutelle, peut quitter l'Ukraine sur présentation de documents contenant des informations sur la personne accompagnant l'enfant". On Approval of the Rules of Crossing the State Border by Citizens of Ukraine, Ministry of Social Policy of Ukraine.

Le requérant cherche à réinstaller les enfants à son domicile en France. Même si la Cour exigeait que les enfants lui soient amenés en Ukraine, le droit ukrainien lui permet, en raison des exigences de la guerre, de les emmener immédiatement vivre avec lui en France. Dans ces circonstances, ce serait privilégier la forme au détriment du fond que d'exiger qu'il emmène les enfants en Ukraine avant de pouvoir les emmener chez lui en France. Cela ajouterait également au traumatisme des enfants. Ce traumatisme peut et doit être évité » (Order of US District

Court Southern District of NY, 8th of January 2024, p.23 ss et version française, p.43 ss, **prod. n°1**)

Saisi d'un recours contre cette décision, la cour d'appel de New-York a approuvé cette solution.

La juridiction s'est néanmoins écartée de l'appréciation du premier juge en considérant que le retour en France se justifiait par l'existence d'un risque grave en cas de retour des enfants en Ukraine et que le retour en France permettait d'écarter ce risque et constituerait donc une mesure « de protection ».

La juridiction a retenu que cette solution est conforme aux objectifs de la convention, notamment ceux de permettre à l'enfant d'entretenir des liens avec ses deux parents, de permettre aux deux parents d'exercer leurs droits parentaux et de dissuader les parents d'éloigner unilatéralement l'enfant de l'un et de l'autre :

« B. La Convention permet, à titre de mesure d'amélioration, à un tribunal de district d'ordonner le retour temporaire d'un enfant à un requérant dans un pays autre que celui de sa résidence habituelle.

Dans certains cas, un tribunal de district peut imposer une mesure d'amélioration qui ordonne le retour temporaire d'un enfant dans un pays qui n'est pas son lieu de résidence habituelle. Bien que Karimi affirme que de tels retours dans un pays tiers ne sont jamais autorisés, nous ne sommes pas persuadés qu'ils soient catégoriquement interdits par la Convention, en particulier lorsque le retour dans un pays tiers est une mesure d'amélioration temporaire destinée à protéger l'enfant d'un risque grave de préjudice.

D'emblée, nous reconnaissons que l'un des principaux objectifs de la Convention est de renvoyer un enfant dans son pays de résidence habituelle, où tout litige relatif à la garde peut être résolu selon les lois de ce pays. Ainsi, le préambule de la Convention prévoit en partie ce qui suit :

Les Etats signataires de la présente Convention.....[désireux de protéger les enfants sur le plan international contre les effets néfastes de leur déplacement ou de leur non-retour illicites et d'établir des procédures pour assurer leur retour rapide dans l'Etat de leur résidence habituelle ... sont convenus des dispositions suivantes. Convention, préambule. Le recours typique en vertu de l'ICARA est donc une ordonnance ordonnant le "retour rapide" d'un enfant dans son "pays de résidence habituelle". Golan, 596 U.S. à 670. Le succès d'une requête peut dépendre de l'identification correcte de ce pays, et les litiges peuvent se concentrer sur ce processus. Voir, par exemple, Gitter, 396 F.3d à 131-32 ; Mauvais v. Herisse, 772 F.3d 6, 11-14 (1st Cir. 2014).

En dépit de ce langage incitatif, le texte de la Convention n'exige pas, du moins en termes explicites, que l'enfant soit ramené au lieu de sa résidence habituelle dans tous les cas. En effet, le texte de la Convention n'utilise l'expression complète " retour dans l'État de la résidence habituelle [de l'enfant] " que dans le préambule ; le reste de la Convention

utilise l'expression non qualifiée " retour de l'enfant ". Voir, par exemple, la Convention, art. 7, 8, 10, 12, 13. Le texte de la Convention laisse donc une marge de manœuvre pour déterminer si, bien qu'il présume le retour de l'enfant, il n'y a pas lieu de l'exclure.

dans le pays de résidence habituelle - il devrait être compris comme excluant une décision exigeant le retour de l'enfant auprès d'un requérant qui n'est plus dans le pays de résidence habituelle. Voir In Re B (A Child), [2020] EWCA (Civ) 1187 [110] (" [L]e fait de limiter les termes de l'article 12 à l'autorisation d'un retour uniquement dans l'Etat de résidence habituelle ... ne favoriserait pas les objectifs de la Convention de 1980 "); voir également O c. O (Child Abduction : Return to Third Country) [2014] EWHC (Fam) [87] (avant l'enlèvement vers l'Angleterre, les parents ont accepté de déménager de l'Australie, le pays de résidence habituelle, vers les États-Unis, où la famille résidait auparavant ; le tribunal a ordonné le retour de l'enfant aux États-Unis).

Nous pensons que le texte de la Convention ne peut être interprété comme interdisant catégoriquement le retour d'un enfant à un requérant dans un pays autre que celui de sa résidence habituelle. Un document de commentaires, aujourd'hui appelé le rapport Pérez-Vera, a été préparé en même temps que la formulation de la Convention. Voir 1980 Conférence de La Haye de droit international privé, Enlèvement d'enfants, E. Pérez-Vera, Explanatory Report, in 3 Actes et documents de la Quatorzième session (1982). S'apparentant à un historique législatif de la Convention, il a servi de "source faisant autorité pour l'interprétation des dispositions de la Convention". Gitter, 396 F.3d à 129 n.4 (guillemets internes omis). Il indique que l'utilisation par la Convention de la formulation non qualifiée " retour de l'enfant " (par opposition à " retour de l'enfant dans l'Etat de sa résidence habituelle ") était délibérée :

La Convention n'a pas accepté une proposition selon laquelle le retour de l'enfant devrait toujours avoir lieu dans l'Etat de sa résidence habituelle avant le déplacement [Nous ne doit pas oublier que c'est le droit des enfants à ne pas être retirés d'un milieu particulier, parfois essentiellement familial, q u e la lutte contre les enlèvements internationaux d'enfants vise à protéger. Or, lorsque le requérant ne vit plus dans ce qui était l'Etat de résidence habituelle de l'enfant avant son déplacement, le retour de l'enfant dans cet Etat pourrait poser des problèmes pratiques difficiles à résoudre. Le silence de la Convention sur cette question doit donc être compris comme permettant aux autorités de l'État de refuge de restituer l'enfant directement au demandeur, quel que soit le lieu de résidence actuel de ce dernier. Rapport Pérez-Vera ¶ 110 (accentuation ajoutée).

De même, dans un avis publié lors de l'adoption de la Convention par le Congrès, le Département d'État américain a reconnu que l'article 12 de la Convention "n'exige pas techniquement que l'enfant soit renvoyé dans son État de résidence habituelle". Avis public 957, 51 Fed. Reg. à 10511 (1986). Tout en avertissant que "dans le cas d'un enlèvement classique", le retour

dans le pays de résidence habituelle "aura lieu", il a expliqué que "si le demandeur a quitté l'État de résidence habituelle de l'enfant, l'enfant sera rendu au demandeur, et non à l'État de résidence habituelle". Id.

La Cour suprême a indiqué que ces deux sources extra-textuelles méritent d'être prises en considération. Voir Golan, 596 U.S. à 680 n.8 ("Cette Cour a à plusieurs reprises fait référence au rapport dans des affaires relevant de la Convention de La Haye, sans décider si ce rapport devrait avoir plus de poids qu'un commentaire savant". (guillemets internes omis et modifications adoptées)) ; Abbott, 560 U.S. at 15 ("[L]'interprétation d'un traité par le pouvoir exécutif a droit à un grand poids ". (guillemets internes omis)). Conjointement avec le texte de la Convention, ces sources nous suggèrent que dans certains cas exceptionnels, il est approprié, et licite en vertu de la Convention, que les tribunaux s'écartent de la voie de recours habituelle et restituent un enfant à un requérant qui, au moment de l'ordonnance, se trouve dans un pays tiers. Cf. Chen v. Major League Baseball Props., Inc, 798 F.3d 72, 76 (2d Cir. 2015) ("[L]orsqu'une loi est ambiguë, nous pouvons nous tourner vers le contexte législatif pour discerner l'intention du législateur. ").

Nous ne voyons pas pourquoi la Convention interdirait catégoriquement aux tribunaux de district d'ordonner, à titre de mesure d'amélioration, qu'un enfant réside temporairement dans un pays tiers afin d'atténuer un risque grave de préjudice dans l'État de résidence habituelle. Comme la Cour suprême l'a clairement indiqué, les tribunaux de district disposent d'une grande latitude pour mettre en place une mesure corrective dans de telles circonstances ; cela inclut le pouvoir de garder l'enfant ici ou de le renvoyer chez lui, éventuellement avec des mesures supplémentaires pour atténuer tout risque de préjudice. Voir Golan, 596 U.S. at 678-79. Bien entendu, ce pouvoir discrétionnaire est limité dans une certaine mesure, dans la mesure où les tribunaux de district ne peuvent pas imposer des mesures correctives permanentes ou sans réserve qui équivalent à une détermination de la garde ou qui interfèrent avec la procédure de garde devant les tribunaux du lieu de résidence habituelle. Voir id., p. 680-81. Mais tant que ces limites sont respectées, rien dans la Convention ne semble interdire à un tribunal de district, dans l'exercice de son pouvoir d'amélioration, d'envoyer temporairement l'enfant dans un pays tiers pour éviter le risque de préjudice dans l'Etat de résidence habituelle.

C. Le tribunal de district a correctement ordonné le retour des enfants chez Tereshchenko, mais n'a pas procédé à une détermination de la garde des enfants.

L'ordonnance du tribunal de district envoyant les enfants résider avec leur père en France est une mesure d'amélioration qui prend correctement en compte " les intérêts [des] enfants ". Golan, 596 U.S. à 679 (citant Lozano v. Montoya Alvarez, 572 U.S. 1, 19 (2014) (Alito, J., concourant)). Elle évite le grave risque de préjudice auquel les enfants seraient exposés s'ils étaient renvoyés dans l'ouest de l'Ukraine. Comme mentionné ci-dessus, l'ordonnance nous semble particulièrement appropriée dans ce cas, où

l'un des enfants est un citoyen américain et soumis à l'avis du Département d'État déconseillant les voyages en Ukraine.

En outre, l'ordonnance promeut plusieurs autres intérêts pertinents au titre de la Convention. Il s'agit notamment de : "le besoin de l'enfant d'avoir des contacts avec le parent non ravisseur" ; "l'intérêt du parent non ravisseur à exercer la garde à laquelle il a légalement droit" ; "la nécessité de décourager une conduite inéquitable" ; et "la nécessité de dissuader les enlèvements internationaux en général". Lozano, 572 U.S. à 19 (Alito, J., concourant). Le tribunal de district était donc justifié de s'écarter des règles typiques de la Convention en matière d'enlèvement international d'enfants.

Le recours au retour dans le pays de résidence habituelle n'a pas été retenu en faveur d'un retour dans un autre pays, sous la garde du parent requérant.

*L'ordonnance du tribunal était cependant trop ouverte et accordait en fait à Tereshchenko la garde permanente des enfants en France. Voir Tereshchenko, 2024 WL 80427, au *10 (ordonnant que les enfants soient rendus à Tereshchenko pour que les enfants "résident physiquement à son domicile en France"). Il s'agit d'un droit dont il ne jouissait pas auparavant. Le décret ukrainien publié le 21 mars 2022, en réponse à la guerre avec la Russie, voir supra n. 10, accorde généralement aux parents le même droit de retirer unilatéralement les enfants du pays. Mais il ne prétend pas donner à Tereshchenko, en tant qu'individu, un droit de garde sur les enfants en Ukraine ou ailleurs. Et bien que Tereshchenko ait obtenu gain de cause jusqu'à présent devant l'organe de tutelle et le tribunal ukrainien dans sa quête d'une décision de garde qui lui soit favorable, ces décisions sont suspendues en vertu du droit ukrainien dans l'attente d'un appel. Voir Tereshchenko, 2024 WL 80427, au *4. En tout état de cause, aucune des deux décisions n'a accordé à Tereshchenko le droit de faire résider les enfants avec lui en France. En effet, la décision du tribunal ukrainien accorde à Tereshchenko la garde des enfants à une adresse particulière en Ukraine. Voir J. App'x à 1190 (fixant le lieu de résidence des enfants à une adresse spécifique à Odesa).*

A cet égard, l'ordonnance de la District Court n'impose aucune limitation quant au "temps et à l'étendue" de la résidence des enfants en France, Golan, 596 U.S. at 681, ou sur d'autres aspects de ses droits à les faire résider avec lui. Plus important encore, il ne contient aucune condition destinée à préserver l'autorité des tribunaux ukrainiens pendant que les enfants restent avec Tereshchenko en France, à l'abri de la guerre en Ukraine. En conséquence, nous ne nous prononçons pas ici sur la question de savoir si et, le cas échéant, quand, il serait permis de renvoyer un enfant à un requérant dans un pays tiers en l'absence de constatation que l'enfant serait exposé à un risque grave de préjudice en vertu de l'article 13(b) s'il était renvoyé dans le pays de sa résidence habituelle.

Nous pensons que l'ordonnance doit être reformulée pour éviter d'avoir pour effet pratique d'accorder à Tereshchenko la garde physique des

enfants en France. Nous pensons que ces conditions supplémentaires peuvent être formulées et imposées rapidement, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une enquête plus approfondie.

Sur renvoi, le tribunal de district devrait rédiger une ordonnance limitée et temporaire qui ordonne aux enfants de rester avec Tereshchenko en France, engage Tereshchenko à mettre les enfants à disposition pour la procédure de garde ukrainienne comme l'exigent ces tribunaux, et ordonne aux parties de se conformer à la décision finale de ces tribunaux en matière de garde. Une telle adaptation contribuerait à garantir que l'ordonnance sert les objectifs de la Convention et s'alignerait plus étroitement sur le principe général de la Convention selon lequel "l'intérêt supérieur de l'enfant est bien servi lorsque les décisions relatives au droit de garde sont prises dans le pays de résidence habituelle". Abbott, 560 U.S. at 20. L'ordonnance ne devrait pas étendre inconditionnellement les droits de garde de Tereshchenko.

En conséquence, nous renvoyons l'affaire pour permettre au tribunal de district de modifier son ordonnance actuelle en y ajoutant de telles directives, en tenant compte de tout développement pertinent survenu depuis l'audience du 3 janvier.

CONCLUSION

*Pour les raisons exposées ci-dessus, nous AFFIRMONS EN PARTIE et RENVOYONS l'affaire pour qu'elle soit traitée conformément au présent avis. Nous annulons également la suspension de l'ordonnance du tribunal de district que nous avons prononcée dans l'attente de la résolution de ce recours » (Tereshchenko v. Karimi, 24-172 (2d Cir. 2024), **prod. n°2**).*

ISRAEL

5.-

Le juge israélien a, dans le même sens, admis de renvoyer vers la Belgique un enfant résidant habituellement en France avant son déplacement en retenant qu'il y a lieu de le renvoyer vers le lieu où le parent dont il a été éloigné pourra exercer son droit de garde :

« L'originalité des circonstances en l'espèce réside dans le fait que l'État qui était la résidence habituelle du mineur, la France, a reconnu en vertu de son droit la validité du jugement belge, en vertu duquel le mineur doit être renvoyé en Belgique. En d'autres termes, même selon le droit interne du lieu de résidence habituelle du mineur, ce dernier doit être emmené en Belgique.

L'intention sous-jacente à la Convention de La Haye est de renvoyer les enfants enlevés afin de garantir les droits de garde qui ont été violés lorsque ces droits sont reconnus.

Lorsque la preuve m'a été apportée en ce qui concerne la loi française, qui reconnaît la validité du jugement rendu par la cour d'appel en Belgique, on peut dire qu'en vertu de la loi française également, il y a eu violation

des droits de garde accordés au père qui vivait en Belgique. Si le mineur n'avait pas été transféré de France en Israël, la mère aurait dû le remettre au père en Belgique, également en vertu du droit français, ce qui a été explicitement indiqué dans le jugement rendu ultérieurement par le tribunal français.

*Le droit de garde du mineur ayant été violé, tant en vertu de la loi belge que de la loi française, dernier lieu de résidence du mineur, il y a lieu d'ordonner le retour du mineur au lieu où le droit de garde du père peut être exercé, à savoir en Belgique » (Cour of Family Matters – Beersheva, 25 avril 2007 et sa version française, §5, **prod. n°3**)*

Il résulte de ces décisions qu'il est admis de renvoyer un enfant vers un Etat où il ne résidait pas avant son déplacement même s'il n'y a jamais résidé dès lors que ce retour permettra au parent éloigné d'exercer ses droits parentaux.

ANGLETERRE

6.-

Toujours dans le même sens, le juge anglais a admis de renvoyer un enfant dans l'Etat où les parents avaient décidé de déménager avant le déplacement illicite dès lors qu'il n'est pas de l'intérêt de l'enfant de retourner dans un Etat où ses parents ne résident plus :

« [64] J'ai eu recours à un certain nombre d'autres autorités fournies par les deux avocats, ce dont je leur suis extrêmement reconnaissant, mais je ne pense pas qu'il soit nécessaire d'y faire référence en détail dans le présent arrêt. Il est clair pour moi que la convention de La Haye doit être interprétée en fonction de son objet et non de manière étroite et restrictive. L'objet de la convention est d'assurer le retour rapide et immédiat d'un enfant déplacé ou retenu illicitement de son État de résidence habituelle. La Convention, à mon avis, cherche à promouvoir le bien-être des enfants. Il serait en effet étrange que la Convention exige que des mesures soient prises qui sont positivement contraires aux intérêts des enfants concernés.

[65] À mon avis, il serait tout à fait absurde et tout à fait contraire aux intérêts de M que ce tribunal ordonne qu'elle soit renvoyée en Australie, où il n'y a pas de membres de la famille, où il n'y a pas de maison familiale, où le père n'aurait, semble-t-il, pas d'emploi et, plus important encore, où la mère et S ne seraient pas là. Ce serait un exercice grossier et totalement artificiel que d'inviter les tribunaux australiens à prendre des décisions concernant le bien-être de M alors que, dès le départ, ces deux parents ont pris la décision claire et raisonnée de quitter l'Australie et d'établir leur nouveau foyer aux États-Unis.

[66] Je ne doute pas que la Convention de La Haye, correctement interprétée, me permette d'ordonner le retour de M aux Etats-Unis et que ce soit les tribunaux de ce pays qui prennent les décisions relatives au bien-être de M, et éventuellement de S aussi. Il y a, bien sûr, des procédures

relatives à la garde des enfants en cours aux États-Unis, dont j'ai tenu compte en examinant l'ordonnance appropriée à rendre dans cette affaire.

[67] Dans un monde où l'on voyage si régulièrement et où les familles, comme celle-ci, s'installent et se déplacent régulièrement entre différents pays, il serait manifestement erroné d'adopter une interprétation étroite de la Convention de La Haye et d'ordonner le retour d'un enfant dans une juridiction avec laquelle les parties n'ont maintenant aucun lien, voire aucun lien du tout. Si je me trompe dans mon interprétation de la Convention de La Haye, je suis tout à fait convaincue que j'ai le droit d'utiliser la compétence inhérente de ce tribunal pour ordonner le retour de M aux Etats-Unis.

J'accepte entièrement les arguments de M. Setright QC quant à l'effet de l'article 18 de la Convention de La Haye, qui se lit comme suit :

Les dispositions du présent chapitre ne limitent pas le pouvoir d'une autorité judiciaire ou administrative d'ordonner le retour d'un enfant à tout moment.

[68] Je suis convaincu que cet article met à mal les arguments avancés au nom du père selon lesquels, s'il n'est pas possible de recourir à la convention de La Haye, l'utilisation de la compétence inhérente reviendrait en quelque sorte à usurper la fonction de cette convention.

*[69] En examinant une ordonnance de retour en vertu de la compétence inhérente, je tiens compte des arrêts auxquels M. Setright QC m'a renvoyé dans l'affaire *Re J (A Child) (Custody Rights : Jurisdiction)* [2005] UKHL 40, [2006] 1 AC 80, sub nom *Re J (Child Returned Abroad : Convention Rights)* [2005] 2 FLR 802 et de la décision de Hedley J dans l'affaire *W et W v H (Child Abduction : Surrogacy) No 2* [2002] 2 FLR 252.*

*[70] Étant donné que M a été déplacée à tort d'Australie, qu'elle n'a jamais vécu au Royaume-Uni auparavant, que les deux parents ont estimé très tôt, à juste titre, qu'il était important que les deux filles vivent à proximité l'une de l'autre afin qu'elles puissent avoir des contacts réguliers l'une avec l'autre et avec les deux parents, il est, à mon avis, dans l'intérêt supérieur de M qu'elle soit renvoyée aux États-Unis afin que l'intention des parents puisse être concrétisée. Cela permet aux tribunaux américains de prendre les décisions appropriées à son égard. En ordonnant ce retour, on tient compte de la courtoisie et de la confiance qui existent entre les tribunaux des deux juridictions et de la confiance que l'on place dans les tribunaux des États-Unis pour qu'ils prennent les décisions appropriées, non seulement à l'égard de M, mais aussi à l'égard de S » (O v O (Abduction: Return to Third Country) [2014] 1 FLR 1406, **prod. n°4**)*

Dans une autre décision, le juge Moylan, dans des *obiter dictum*, a précisé que le retour dans un Etat tiers est tout à fait envisageable, dès lors qu'il ne conduit pas à consacrer une solution incompatible avec les objectifs poursuivis par la convention de La Haye de 1980 :

« 116. Au cours de l'audience, j'ai demandé à plusieurs reprises à M. Hames comment la Cour déciderait si une telle ordonnance était appropriée, car je craignais qu'elle n'introduise une étape qui nécessiterait une évaluation plus générale du bien-être. Il m'a répondu qu'une telle ordonnance ne devait être rendue que si elle était compatible avec les objectifs de la convention de 1980. Cette réponse m'a troublé à l'époque mais, à la réflexion, elle fournit une base de principe pour interpréter la Convention comme incluant un tel pouvoir. Comme je l'ai dit, une interprétation différente de la Convention serait incompatible avec l'objectif de protection des enfants contre les effets néfastes de l'enlèvement international d'enfants et conduirait à la question consécutive à laquelle je viens de faire référence.

117. Il est évident qu'un tel pouvoir doit être utilisé avec beaucoup de précautions afin qu'il ne permette pas d'obtenir un déménagement effectif sans enquête sociale concomitante. Il ne doit être utilisé que lorsqu'il permet, en fait, d'obtenir le retour de l'enfant. L'exemple le plus évident est celui du retour de l'enfant auprès de la personne qui s'occupe de lui. Un autre exemple pourrait être celui où, comme dans ce cas sur la détermination de la résidence habituelle par le juge, la famille a déménagé dans un nouvel État mais n'y a pas encore sa résidence habituelle.

118. En ce qui concerne les facteurs pertinents, je souscris aux facteurs mentionnés par M. Hames dans ses observations (au paragraphe 54 ci-dessus), que je ne me propose pas de répéter. (...)

54. M. Hames a dressé une liste de facteurs qui, selon lui, peuvent aider le tribunal à décider s'il y a lieu de rendre une décision de retour dans un État tiers. Ces facteurs sont les suivants si un tel retour serait conforme aux objectifs de la Convention de La Haye de 1980 qui sont conçus pour servir l'intérêt supérieur des enfants qui ont été déplacés ou retenus illicitement ; tout accord parental ou toute intention parentale concernant l'éducation de leurs enfants, en particulier en ce qui concerne les dispositions relatives à leur lieu de résidence ; les liens sociaux et familiaux significatifs et les connexions des enfants avec l'État de résidence habituelle et l'État tiers ; l'aspect pratique d'un retour, y compris la capacité des parents à agir en justice ; toute question de compétence découlant d'un tel retour, y compris toute compétence résiduelle de l'État de résidence habituelle de l'enfant ; la question de savoir si une décision de retour dans un État tiers est compatible ou non avec une décision de protection sociale d'une juridiction compétente au premier chef ; tout autre facteur relatif au forum conveniens ; et la disponibilité et l'efficacité des mesures de protection disponibles lors d'un retour dans un État tiers ou avant celui-ci, en particulier les mesures relatives à la compétence.

119. En ce qui concerne les faits de l'espèce, si une décision de retour ne peut être rendue que dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant à la date pertinente, la conséquence de la conclusion du juge quant à la résidence habituelle serait que le tribunal pourrait ordonner le retour de

*B en Australie. En effet, si la mère n'établit pas l'une des exceptions prévues par la Convention de 1980, le tribunal serait tenu de rendre une telle décision, comme indiqué ci-dessus. Il n'est pas difficile de comprendre qu'une telle décision serait absurde et pourquoi le père n'a pas demandé une telle décision. La famille n'a pas de liens substantiels continus avec l'Australie. De même, si l'on considère un autre objectif de la Convention, on ne peut raisonnablement suggérer qu'il serait approprié d'exiger des parents qu'ils plaident en Australie, soit en s'y installant, soit en cherchant à le faire à distance à partir de leur lieu de résidence actuel » (Re B (A Child) (Abduction: Habitual Residence) [2020] EWCA Civ 1187, **prod. n°5**)*

CONCLUSION

7.-

Au regard de ces décisions, se dégage une tendance jurisprudentielle en droit comparé tendant à considérer que, d'une part, le retour de l'enfant peut être ordonné vers un Etat tiers et que, d'autre part, le retour vers un Etat tiers doit être ordonné lorsqu'il permet de rétablir les liens entre un enfant et son parent dont il a été éloigné unilatéralement par l'autre parent.

*

PAR CES MOTIFS, l'association intervenante conclut à ce qu'il plaise à la Cour de cassation :

- **DECLARER RECEVABLE** son intervention ;
- **CASSER ET ANNULER** l'arrêt attaqué.

Productions :

1. Order of US District Court Southern District of NY, 8th of January 2024 et sa traduction de courtoisie
2. Opinion, Tereshchenko v. Karimi, 24-172 (2d Cir. 2024) et sa traduction de courtoisie
3. Cour of Family Matters – Beersheva, 25 avril 2007 et sa traduction de courtoisie française
4. O v O (Abduction: Return to Third Country) [2014] 1 FLR 1406 et sa traduction de courtoisie
5. Re B (A Child) (Abduction: Habitual Residence) [2020] EWCA Civ 1187 et sa traduction de courtoisie
6. Statuts de l'association IAFL et traduction libre des articles pertinents
7. Pouvoir de son représentant dans la présente procédure et traduction libre

Meier-Bourdeau Lécuyer et associés

Société d'avocats au Conseil d'Etat
et à la Cour de cassation

Signature Avocat



Signature avocat pour son confrère empêché



Signature huissier

