

Une dispense d'*exequatur* et une possibilité d'exécution de plein droit sont prévues en matière de droit de visite et de retour d'enfant<sup>17</sup>.

#### 4. Assistance judiciaire

L'article 50 prévoit que si le requérant a bénéficié, dans l'Etat d'origine, d'une forme quelconque d'assistance judiciaire ou d'une exemption de frais et de dépens, il en bénéficie également dans l'Etat où l'exécution est demandée.

Cette présentation n'a pu aborder toutes les questions que posera la mise en œuvre de ce règlement. Il s'agit d'un premier regard, que compléteront d'autres publications et que la pratique enrichira. Les prochaines années verront les normes européennes se multiplier. Il faudra s'y accoutumer, mais surtout s'en réjouir à l'heure où les relations s'internationalisent et où les familles se composent et se décomposent au travers des frontières. Cette réalité appelle à une harmonisation et une coopération entre Etats, dont ces premiers textes sont l'avant-garde.

Sylvie SAROLÉA  
Avocate au Barreau de Nivelles  
Assistante à l'U.C.L.

---

## *Jurisprudence*

### **Convention de La Haye de 1980 – Non-retour des enfants – Résidence habituelle – Négociations entre parties – Acquiescement au non-retour – Article 13b de la Convention de La Haye – Situation intolérable pour l'enfant – Appréciation du danger dans l'Etat d'origine – Jurisprudence internationale – Interprétation restrictive de l'article 13b – Article 20 de la Convention de La Haye – Droits de l'Homme – Saisine limitée**

*Refuser de renvoyer les enfants, après l'exercice d'un droit d'hébergement secondaire, en leur résidence habituelle correspond à une situation de non-retour illicite au regard de l'article 3 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, situation qui entraîne l'obligation d'ordonner le retour immédiat des enfants.*

L'existence de négociations entre les parents ne peut être retenue pour un acquiescement au non-retour par le parent victime du non-retour.

L'exception au retour immédiat prévue à l'article 13b de la Convention ne peut être retenue dès lors que rien ne laisse supposer que le tribunal naturellement compétent pour statuer sur l'intérêt des

enfants, soit celui du lieu de la résidence habituelle des enfants, ne serait pas en mesure de garantir l'intérêt supérieur des enfants et leur sécurité.

Lorsque rien n'indique que l'Etat requérant n'est pas capable de préserver les droits garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme s'il est saisi des questions relatives à l'autorité parentale et à l'hébergement de l'enfant, il n'y a pas lieu de faire application de l'article 20 de la Convention de La Haye.

Civ. Bruxelles (réf.), 17 avril 2003

(...)

#### **Antécédents**

M. M. a la double nationalité belge et canadienne tandis que Mme L. est israélienne.

Ils se sont mariés à Ixelles, le 5 mai 1998 et ont eu deux enfants de leur union, N., né le 16 juillet 1998 et S., né le 4 septembre 2000.

Après avoir séjourné en Belgique, ils se sont installés dans un kibboutz en Israël en juillet 1999, où leur second enfant est né.

Ils se sont cependant séparés en septembre 2002, en raison de la mésentente conjugale. Mme L. s'est dès lors installée dans un kibboutz voisin Nir-Oz.

---

17. Bruxelles IIbis, art. 40 à 42.

Les époux ont maintenu leur domicile officiel à la même adresse et se sont entendus à l'amiable pour se partager l'hébergement des enfants.

Dans le cadre de leurs négociations en vue de leur divorce, les parties ont pris conscience d'un risque pour M. M. d'être expulsé du pays lorsque leur séparation sera officialisée.

Les époux se sont rendus en Belgique le 12 février 2003. Mme L. est cependant rentrée en Israël le 17 février 2003, laissant M. M. avec les enfants.

M. M. a immédiatement demandé sa domiciliation à Uccle.

Après avoir obtenu le 25 février 2003 une ordonnance abrégative des délais de citer, M. M. a lancé citation le 26 février au fond devant le tribunal de la jeunesse et en référé devant le président du tribunal de première instance, aux fins d'entendre statuer sur les modalités d'hébergement des enfants communs.

Le 12 mars 2003, Mme L. a saisi l'autorité centrale de son pays laquelle a saisi l'autorité centrale belge en vertu de la convention de La Haye du 25 octobre 1980 relative aux aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, en vue d'entendre ordonner le retour immédiat des enfants en Israël.

Mme L. est ensuite revenue en Belgique où se trouvaient toujours ses enfants.

Le 17 mars 2003, à l'audience des référés, M. M. a formulé une demande nouvelle tendant, à entendre interdire à Mme L. de quitter le pays avec les enfants, en attendant l'issue des procédures en cours, tandis que Mme L. demandait "à titre provisoire" d'être autorisée à rentrer en Israël avec les enfants.

Par ordonnance du même jour, le tribunal des référés a déclaré ces demandes non fondées.

M. M. a interjeté appel de cette décision par requête déposée le 24 mars 2003.

La procédure devant le tribunal de la jeunesse a été renvoyée au rôle lors de l'audience d'introduction.

Dans l'intervalle, Mme L. a repris les enfants par un coup de force chez M. M. le 20 mars 2003, suite à quoi M. M. a obtenu par requête unilatérale une ordonnance d'extrême urgence du 21 mars 2003 faisant interdiction à Mme L. de quitter le pays avec les enfants.

Mme L. a été interceptée le 28 mars 2003 à l'aéroport de Zurich et M. M. a ramené les enfants en Belgique le 29 mars 2003.

Le 30 mars 2003, le Procureur du Roi a saisi le juge de la jeunesse d'une demande de placement des enfants afin de les mettre à l'abri de toute nouvelle voie de fait d'enlèvement ou de contre-enlèvement parental. Les enfants ont dès lors été placés chez la sœur de M. M., en attendant l'issue de la présente procédure.

### **Objet de la demande**

Le Procureur du Roi, en sa qualité d'Autorité centrale, a déposé une requête basée sur les articles 1322*bis* à *octies* du Code judiciaire, datée du 19 mars 2003 tendant à entendre ordonner le retour immédiat des enfants dans l'Etat de leur résidence habituelle, sur base de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

### **Discussion**

(...)

#### *Au fond*

1. Selon le droit israélien, les parents exercent conjointement l'autorité parentale sur leurs enfants et décident donc ensemble du lieu de résidence de ceux-ci.

Les parties vivaient avec leurs enfants en Israël et depuis leur séparation en septembre 2002, se partageaient à l'amiable l'hébergement des enfants, et ce jusqu'à leur séjour en Belgique en février 2003.

Il apparaît des pièces et des débats que les époux ne s'étaient pas mis d'accord pour déplacer le domicile habituel des enfants en Belgique et que, même si Mme L. est rentrée en Israël le 17 février 2003 en laissant M. M. en Belgique avec les enfants, son intention était bien de voir les enfants revenir en Israël avec leur père quelques jours plus tard.

En effet, la réservation de l'agence de voyage prévoyait le retour de M. M. le 19 février 2003. M. M. avait prévenu la crèche des enfants d'un retour aux alentours du premier mars 2003. Enfin, c'est de façon totalement inattendue que M. M. a donné sa démission à son employeur en Israël, alors que son séjour en Belgique était en principe arrangé dans le

cadre de ses congés et était payé par son employeur en marque d'appréciation de services accomplis (pièces de la chemise E du dossier de Mme L.).

M. M. reconnaît d'ailleurs lui-même que, dans le cadre des discussions amiables menées avec son épouse, c'est lui qui espérait la convaincre d'accepter de venir vivre en Belgique pour qu'ils puissent vivre tous deux proches de leurs enfants dans un pays en paix. Il n'y a cependant jamais eu d'accord sur la question. Or, l'existence de négociations entre les parents ne peut être tenu pour un acquiescement au non-retour par le parent victime du non-retour (M. FALLON et O. LHOEST, "La convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. Entrée en vigueur d'un instrument éprouvé", *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 37).

Il est donc difficilement contestable que la décision de M. M. de ne pas rentrer en Israël avec les enfants et de saisir les juridictions belges d'une demande d'hébergement principal des enfants en Belgique entraîne une situation de "non-retour illicite" des enfants, en vertu de la convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

L'existence d'une situation de non-retour illicite des enfants entraîne l'obligation, en vertu de la convention de La Haye, d'ordonner le retour de l'enfant (article 12 de la convention). Cette décision de retour n'affecte pas le fond du droit de garde (article 19 de la convention) mais a pour but principal de reconnaître aux juridictions de l'Etat où les enfants ont leur résidence habituelle la compétence internationale pour statuer sur les arguments des parties concernant l'hébergement des enfants qui rencontrerait au mieux l'intérêt de ceux-ci.

2. M. M. s'oppose cependant au retour des enfants sur base des exceptions prévues limitativement dans la convention elle-même.

M. M. invoque en premier lieu l'article 13 a) de la convention, et prétend que Mme L. aurait acquiescé au non-retour des enfants.

Aucun élément du dossier ne pourrait laisser croire que Mme L. aurait marqué, postérieurement à son retour en Israël et au "non-retour" des enfants, son accord à ce que M. M. ne rentre pas avec les enfants.

Les démarches et procédures entreprises par Mme L. attestent du contraire.

3. M. M. invoque ensuite l'article 13 b) de la convention en soutenant que la situation de l'Etat d'Israël sur le plan de la sécurité met les enfants dans une situation de danger physique et/ou psychique ou les place dans une situation intolérable

L'examen de la jurisprudence internationale révèle que, dans de très rares cas, des juridictions ont refusé le retour d'enfants en Israël sur base de la situation de violence et de guerre dans ce pays. Une majorité de décisions, tant d'instance que d'appel, ont cependant considéré que l'Etat d'Israël présentait certes une situation politique délicate depuis de nombreuses années mais que cela n'empêchait pas aux citoyens de mener une vie tout à fait normale, aux écoles et aux commerces de fonctionner normalement, aux citoyens d'entrer et de sortir (pièces dans la chemise F du dossier de Mme L.).

M. M. relève que la situation actuelle en avril 2003 est fort différente de celle qui prévalait en 1999 lorsque les parties se sont installées en Israël et fait observer que la jurisprudence déposée est antérieure à 2002.

M. M. nous dresse un tableau de la situation générale en Israël et met en avant la dégradation de la situation et les attentats terroristes qui se multiplieraient en Israël. Il explique que les enfants ont même été entraînés au maniement du masque à gaz dans les crèches dans le cadre des préparatifs de la guerre menée par les Etats-Unis contre l'Irak.

Les arguments de M. M. ne portent pas sur un danger précis, physique ou psychique, qui concerne ses propres enfants, mais sur un contexte général dans lequel vit la population civile.

L'on remarquera également que les citoyens israéliens ne sont pas partis, en masse, sur les routes de l'exil, dans la crainte d'événements violents et dangereux liés aux tensions et guerre américano-arabes des derniers mois.

Le tribunal belge, qui peut difficilement apprécier la réalité du risque d'une situation retransmise chez nous par l'œil grossissant des médias, constate que Mme L. est dans une position où elle doit savoir quel risque elle fait courir à ses enfants, alors qu'elle a, elle, contrairement à beaucoup de ses compatriotes, la possibilité de choisir de quitter le pays avec ses enfants, puisqu'il semble bien, *prima facie*, qu'en Belgique, elle pourrait être admise au séjour, si ses enfants y résidaient. Il appartient aussi à la mère de veiller à la protection physique de ses enfants en Israël et de tirer les conclusions si un danger réel se présentait.

Il reste enfin et surtout que rien ne peut laisser supposer que le tribunal naturellement compétent pour statuer sur l'intérêt des enfants, soit la juridiction israélienne, ne serait pas en mesure d'apprécier, mieux que nous, la réalité du danger couru par les enfants en Israël et de prendre en considération, au regard de leur intérêt supérieur, l'opportunité qu'ont les enfants des parties de vivre dans un autre pays qui connaît une situation politique plus stable.

L'exception de l'article 13 b) ne peut donc être retenue, dès lors qu'il n'est pas établi que les autorités israéliennes ne seraient pas en mesure de garantir la sécurité physique des enfants et surtout que les tribunaux de cet Etat ne veilleraient pas à garantir le meilleur intérêt de ceux-ci.

4. M. M. invoque enfin le fait que l'officialisation de la séparation des parties aura pour conséquence qu'il sera vraisemblablement expulsé du pays par les autorités israéliennes, eu égard à la politique d'immigration menée par celles-ci.

Il explique qu'il n'a, en Israël, qu'un statut de résident temporaire, et que le renouvellement de son titre de séjour est conditionné par la continuité du lien matrimonial. C'est la raison pour laquelle les parties avaient, jusqu'à présent, maintenu leur domicile officiel à la même adresse, malgré leur séparation de fait.

Il apparaît des pièces déposées que l'Etat d'Israël a déjà considéré que l'intérêt des enfants au maintien d'un lien étroit parent-enfant devait laisser le pas aux intérêts de la nation telles "la sécurité de l'Etat, la paix publique, le maintien de l'ordre public, la préservation des caractéristiques et de la culture de l'Etat, de son identité en tant qu'Etat juif et démocratique sur le territoire" et qu'en conséquence, un parent non-juif peut être expulsé du pays, dès lors, qu'il s'est séparé de son conjoint ressortissant ou résident permanent de l'Etat d'Israël (pièce 13 de M. M.).

M. M. invoque, face à cette situation, l'article 20 de la convention qui dispose que "*le retour de l'enfant conformément aux dispositions de l'article 12 peut être refusé quand il ne serait pas permis par les principes fondamentaux de l'Etat requis sur la sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*".

Mme L. objecte de ce que M. M. a un titre de séjour et permis de travail valable jusqu'en janvier 2004 et que l'Etat d'Israël a confirmé qu'il n'était pas question de révoquer ce titre dans l'état actuel des choses.

M. M. demande la réouverture des débats sur une pièce nouvelle qui tendrait à établir la réalité du risque dont il fait état.

Cependant, même si M. M. devait réellement être empêché de séjourner en Israël à plus ou moins brève échéance, cela encore ne permet pas de croire que le tribunal des affaires familiales compétent en Israël, saisi de la demande concernant les modalités d'hébergement des enfants des parties, ne pourrait pas tenir compte des arguments que M. M. ne manquera pas de développer concernant l'intérêt supérieur de ses enfants et notamment le fait que ceux-ci pourraient vivre proches de leurs deux parents dans un autre état qu'Israël.

Rien ne peut nous laisser présager de ce que le pouvoir judiciaire en matière familiale ne serait pas attentif au respect de la convention des droits de l'enfant et aux arguments de M. M. concernant l'intérêt des enfants et ses droits parentaux.

L'esprit de confiance mutuelle entre les Etats qui a prévalu dans l'adoption de la convention de La Haye, impose cette conclusion.

La pièce nouvelle produite en annexe de la requête en réouverture des débats n'est donc pas capitale pour déterminer la décision qui nous incombe sur le terrain de l'application de la convention de La Haye sur l'enlèvement international d'enfants.

En effet, le retour des enfants vers l'Etat d'Israël afin qu'il soit statué devant les juridictions de cet Etat concernant les modalités d'hébergement des enfants n'entraîne pas, en soi, une violation des droits des enfants concernés ni des droits parentaux de M. M.

Il n'y a donc pas lieu d'appliquer l'exception au retour visée par l'article 20 de la convention ni de soustraire le litige aux juridictions naturellement compétentes sur le plan du droit international.

Le retour immédiat des enfants doit être ordonné.

La demande étant en réalité introduite à la requête du Procureur du Roi, en vue du retour immédiat des enfants, les demandes connexes formulées par Mme L. (astreinte et remise des passeport) ne sont pas recevables dans le cadre de notre saisine fondée sur la convention relative aux aspects civils de l'enlèvement international d'enfants faite à La Haye le 25 octobre 1980.

PAR CES MOTIFS,

(...)

Déclarons la requête en réouverture des débats recevable mais non fondée,

Déclarons la demande recevable et fondée dans la mesure ci-après.

Ordonnons le retour immédiat des enfants N., né le 16 juillet 1998 et S., né le 4 septembre 2000 vers l'Etat d'Israël.

Déboutons pour le surplus des demandes

Civ. Bruxelles, 17 avril 2003

Siég.: Mme M. de Hemptinne, juge, Mme Germeys, substitut du Procureur du Roi

Plaid.: M<sup>es</sup> Q. Fisher et M. Blitz, M<sup>es</sup> D. Carré et M. Van Dieren

### Note

La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants approuvée en Belgique par une loi du 10 août 1998<sup>1</sup> (*M.B.*, 24 avril 1999), semble trouver progressivement sa place au sein de notre arsenal judiciaire<sup>2</sup>.

Le principe sous-jacent de la Convention, actuellement communément partagé en Europe<sup>3</sup> ou dans le cadre de la Conférence de La Haye, considère que les personnes les mieux à même de

statuer dans le cadre des litiges concernant l'autorité parentale et l'hébergement d'un enfant sont les autorités compétentes du lieu de la résidence habituelle de ce dernier<sup>4</sup>.

Avant d'entrer dans une analyse plus systématique de la décision rendue le 17 avril 2003 par le Président du Tribunal de 1<sup>re</sup> Instance de Bruxelles, il est intéressant de souligner une spécificité procédurale qui a été mise en évidence par la décision: la saisine du Tribunal sur base de la Convention de La Haye est strictement limitée afin de garantir la rapidité et l'efficacité de la procédure<sup>5</sup>.

Le droit judiciaire belge prévoit donc expressément l'impossibilité, pour le défendeur, de former une demande reconventionnelle (article 1322octies du Code judiciaire).

Dans ce contexte, le tribunal de 1<sup>re</sup> instance de Bruxelles siégeant en référé a déclaré, dans sa décision du 17 avril 2003, irrecevables les demandes d'astreintes et de remises des passeports introduites par la mère des enfants qui sollicitait le retour de ceux-ci en Israël.

La décision rendue le 17 avril 2003 aborde essentiellement trois problématiques:

- La question de l'acquiescement au déplacement ou non-retour de l'enfant (article 13a de la Convention);
- La question du danger physique et/ou psychique auquel risque d'être confronté l'enfant lors de son retour (article 13b);

1. Pour une analyse générale des conditions d'applications, voyez notamment: M. FALLON et O. LHOEST, "La convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, entrée en vigueur d'un instrument éprouvé", *Rev. trim. dr. fam.*, 1/1999, pp. 7 et s.
2. Pour une analyse récente de la problématique de l'enlèvement international d'enfants par l'un des parents, voyez notamment: M. VERHEYDE, "Internationale parentale ontvoeringen", in *N.J.W.*, 2003, n° 43, pp. 990-995.
3. Nous renvoyons notamment au dernier règlement du conseil européen, Bruxelles IIbis, qui entrera en vigueur en 2005, "Règlement du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000". La mise en pratique de la Convention de La Haye est toutefois encore difficile, ainsi, la Cour de cassation française a permis de tenir en échec la demande de retour immédiat en acceptant que le titulaire d'un droit de visite obtienne, durant la durée de l'exercice de celui-ci, une décision modifiant la résidence habituelle de l'enfant, voy. Cass., (1<sup>re</sup> ch.), 19 mars 2002, *Juris-Data*, n° 2002-013590 et la note de M. FARGE, "Un legal kidnapping consacré par la Cour de cassation", *Juris-Classeur*, nov. 2002, pp. 31 et 32.
4. "Il convient de préciser que si le juge est amené à faire application de la Convention de La Haye, c'est pour faire cesser une voie de fait (...) et non pour se prononcer sur la question du fond du droit de garde". Projet de loi portant assentiment à la Convention sur les aspects de l'enlèvement international d'enfants, faite à La Haye le 25 octobre 1980, abrogeant les articles 2 et 3 de la loi du 1<sup>er</sup> août 1985 portant approbation de la Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants, faite à Luxembourg le 20 mai 1980 et modifiant le Code judiciaire, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1997-1998, séance du 14 avril 1998, n° 1-952/1, *Pasin.*, 1997-1998, p. 16.
5. Notons qu'il est parfois utile d'agir parallèlement en référé lorsque le conflit éclate pour saisir les passeports et obtenir une interdiction de quitter le territoire afin d'éviter au maximum les risques d'un nouveau déplacement illicite. Saisir les passeports des enfants est indispensable depuis la suppression des frontières au sein de l'U.E. pour limiter les risques de départ par la voie des airs. Voy. notamment la Cour d'appel de Liège (1<sup>re</sup> ch.), 13 mai 2003, *J.L.M.B.*, 2003/31, p. 1375.

- Le respect des principes fondamentaux et plus particulièrement de l'article 8 de la Convention Européenne de sauvegarde des droits et libertés fondamentales de l'Homme (article 20).

Nous allons donc passer en revue ces trois points en nous référant essentiellement à la jurisprudence internationale qui pourra nous guider dans l'interprétation des critères prévus par la Convention pour décider d'un retour ou non de l'enfant dans l'Etat requérant. En effet, si l'application au cas par cas de cette Convention est faite par les autorités nationales, pour éviter des incohérences entre les pratiques étatiques, il convient de donner une interprétation autonome aux dispositions de la Convention par rapport au droit national<sup>6</sup>.

### 1. L'acquiescement au déplacement de l'enfant ou à son non-retour

L'article 13a de la Convention prévoit deux motifs, pour l'autorité saisie d'une demande en rapatriement, de refuser d'ordonner le retour de l'enfant. L'acquiescement, par le parent qui réclame l'application de la Convention de La Haye pour obtenir un rapatriement immédiat, au déplacement de l'enfant ou au non-retour de celui-ci est l'une de ces deux exceptions.

Il s'agit d'une obligation de bonne foi dans le chef du parent réclamant le rapatriement de son enfant: s'il a marqué son accord pour l'installation de l'enfant à un endroit déterminé, il ne peut ensuite se présenter devant les autorités pour obtenir le rapatriement de cet enfant. Changer d'avis ou se rétracter n'est pas admis.

Encore faut-il que l'acquiescement soit correctement démontré. Par sa décision du 17 avril 2003, le Président du Tribunal de 1<sup>re</sup> instance a rappelé que, lorsqu'un désaccord subsiste entre les parties

quant au choix du lieu de résidence habituelle des enfants, l'existence de négociations entre les parents ne peut être interprétée comme un acquiescement à la voie de fait.

Cet acquiescement peut être prouvé par toutes voies de droit par le parent qui s'en prévaut<sup>7</sup>. Un accord provisoire, conclu dans le cadre de négociations, ne peut pas être interprété comme un acquiescement<sup>8</sup>. L'acquiescement doit être manifeste lorsqu'on procède à un examen objectif de tous les éléments pertinents.

Pour apprécier l'existence d'un acquiescement à la voie de fait, la connaissance des droits et obligations prévus par la Convention de La Haye doit également être appréciée dans le chef du parent victime du déplacement ou du non-retour.

Ainsi, lorsque le parent victime a eu toutes les informations utiles, notamment en consultant deux avocats différents et qu'il a marqué son accord quant au non-retour des enfants pour ensuite se rétracter, l'on est en droit de considérer que le requérant avait valablement consenti au déplacement des enfants et ne pouvait donc en solliciter le rapatriement<sup>9</sup>.

L'acquiescement peut également être prouvé par la rédaction d'un courrier clair et précis au parent responsable de la voie de fait<sup>10</sup>.

L'acquiescement peut également se déduire de l'inaction du parent séparé de l'enfant durant un temps suffisamment long<sup>11</sup>. L'évaluation de cette période d'inaction doit bien entendu s'apprécier selon le cas d'espèce et compte tenu du délai d'un an à respecter, délai qui court entre la voie de fait et la saisine de la juridiction de l'Etat requis.

L'acquiescement implicite doit toutefois s'apprécier avec beaucoup de prudence. Pour constituer

6. Ceci justifie la mise en œuvre d'une banque de données dont l'accès est gratuit et qui recense les décisions rendues au sein de chaque état membre sur base de la convention (INCADAT, [www.incadat.com](http://www.incadat.com)).

7. Ainsi, l'Angleterre qui a exigé le respect de procédures propres au droit interne est revenue sur sa jurisprudence, notamment par un arrêt de la Chambre des Lords le 10 avril 1997. Il convient de signaler que par un souci de pragmatisme, la Chambre a rendu sa décision ordonnant le retour des enfants en Israël le 11 novembre 1996 avant d'exposer ses motifs le 10 avril 1997. House of Lords Re H. and Others (Minors) (Abduction: Acquiescence) [1998 AC 72 in INCADAT HC/E/UKe 46.

8. HC/E/FR 65 [16/07/1992; Première Chambre civile de la Cour de Cassation (France); Juridiction suprême]; H. c. H., Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, Bull. Civ., 1992, I, n° 91, Gaz. Pal., 18-19 nov. 1992, p. 24, D., 1993, 570, note J. MASSIP.

9. Court of Appeal (Angleterre), Re S. (Abduction: Acquiescence), 26.11.97 [1998] 2 FLR 115, in INCADAT HC/E/UKe 49.

10. Court of Appeal (Angleterre), Re A. (A Minor) (abduction: Custody Right), 12.02.92 Fam Law 106, in INCADAT HC/E/UKe 48; l'intérêt de cette décision se situe notamment dans l'opinion dissidente d'un des trois magistrats statuant sur l'affaire: il considère que les exceptions prévues à l'article 13 de la Convention de La Haye sont conçues dans l'intérêt des enfants et non celui des parents. En conséquence, les termes d'une lettre isolée ne suffisent pas pour statuer sur la question de l'acquiescement qui ne peut correspondre qu'à l'acceptation éclairée de la violation de certains droits.

11. Court of Appeal (Angleterre), Re F. (A Minor) (child abduction), 31.07.91 [1992] Fam Law 195 in INCADAT HC/E/UKe.

un acquiescement, le non-recours aux procédures judiciaires doit être révélateur d'un état d'esprit et non par exemple consécutif à des tentatives de réconciliation, de négociation.

## 2. Existence d'un risque grave pour l'enfant s'il est rapatrié

L'article 13b de la Convention est probablement l'une des dispositions les plus utilisées pour s'opposer au retour de l'enfant par le parent responsable du déplacement ou du non-retour de ce dernier.

Cette disposition permet à l'Etat requis d'apprécier l'opportunité de prononcer ou non le retour de l'enfant en vérifiant, au moment où il statue, 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".

Pour évaluer l'existence d'un risque grave de danger physique ou psychologique, il convient, selon la jurisprudence, de rechercher s'il existe bien un risque de danger et, ensuite, une fois ce risque déterminé, d'apprécier, en fonction des éléments invoqués, si les conséquences qui en résultent sont appropriées au regard de l'ensemble de l'article, en vérifiant que le risque est d'une ampleur telle que le retour pour l'enfant pourrait être vu comme conduisant à le placer dans une situation intolérable<sup>12</sup>.

L'interprétation de cette exception au rapatriement de l'enfant doit être restrictive sous peine de vider la Convention de toute efficacité. Les termes de la disposition doivent donc garder leur sens littéral<sup>13</sup>. En conséquence, même si le retour de l'enfant devait apparaître comme contraire à son bien-être, les juridictions doivent veiller à n'admettre l'application de l'exception que dans des cas exceptionnels, soutenus par de sérieux éléments de preuve<sup>14</sup>.

Cette interprétation restrictive est également guidée par la confiance que doivent s'accorder mutuellement les Etats membres à cette convention, confiance indispensable ainsi que le rappelle la décision du 17 avril 2003.

Le Président du tribunal a considéré que la situation politique actuelle en Israël n'était pas une situation de guerre qui mettrait les enfants dans une situation intolérable. Ce faisant, il a adopté la jurisprudence récente partagée majoritairement par les Etats membres à la Convention.

Sur base des décisions rendues dans des affaires similaires, nous pouvons constater que certains critères semblent progressivement se dégager pour évaluer *in specie* l'exception visée par l'article 13b lorsque la situation politique est troublée au sein de l'Etat requérant. Concrètement, si l'Etat requérant peut être défini comme zone de guerre ou de famine, l'exception prévue à l'article 13b devrait s'appliquer<sup>15</sup>.

- C'est ainsi que l'Etat d'Israël ne serait pas une zone de guerre car les écoles sont ouvertes, les commerces fonctionnent et les habitants peuvent quitter le territoire sans trop de difficultés<sup>16</sup>.
- Même si les éléments de preuve de faits de violence apportés par le parent requérant sont relatifs à un climat général de violence qui affecte tous les résidents de l'Etat d'Israël, cela ne suffit pas pour établir l'existence d'une zone de guerre susceptible d'exposer les enfants à un risque grave de danger physique ou psychologique<sup>17</sup>. Nous pouvons relever que ce raisonnement est identique à celui suivi par le Tribunal de 1<sup>re</sup> instance de Bruxelles le 17 avril 2003 qui a en outre soulevé le problème de la neutralité et du manque de fiabilité de l'information qui nous arrive par le biais des médias.

12. HC/E/Uke 469 [03/07/2002; court of Appeal (Angleterre, 2e Instance)], Re S (A child, Abduction: grave risk of harm, 2002, 3 FCR 43).

13. Voy. à ce sujet le rapport explicatif de la Convention rédigé par E. PEREZ-VERA, n° 34.

14. HC/E/Uke 469, *ibid.*

15. Signalons que la jurisprudence utilise les mêmes critères pour répondre à un risque de danger physique ou psychologique dans ce type de situation. L'évaluation est bien entendu très différente si le risque invoqué concerne le milieu proche dans lequel l'enfant devrait être renvoyé.

16. HC/E/USf 133 [ 04/10/1996; US District Court for Eastern District of Michigan; 1<sup>re</sup> instance], *Freier v. Freier*, 969 F. Supp. 436. Cette décision est également intéressante car elle aborde la question de la "résidence habituelle alternée", ce qui devrait faire l'objet d'un autre commentaire tant la notion de résidence habituelle peut être source d'interprétations différentes et de difficultés dans sa détermination.

17. HC/E/USf 530 [05/08/2003; United States Court of Appeals for 8th circuit; 2e instance] *Silverman v. Silverman*, 338 F. 3d 886.

- Lorsque le risque grave pour l'enfant est démontré, encore faut-il vérifier la capacité des juridictions de l'Etat de résidence habituelle de l'enfant à assurer la protection suffisante et adéquate pour ce dernier. Ce ne serait qu'au cas où, non seulement le risque est bien présent mais qu'en outre, les autorités compétentes ne peuvent pas, ou ne veulent pas, prendre les mesures appropriées pour protéger l'enfant, que l'exception trouverait à l'appliquer<sup>18</sup>.

La jurisprudence minoritaire qui a décrit l'Etat d'Israël comme un pays en guerre et par conséquent, considérerait qu'il y avait bien matière à appliquer l'exception prévue à l'article 13b de la Convention a utilisé les arguments suivants:

- Le risque que représentent les attentats suicides qui frappent de façon arbitraire et non contrôlée les civils, adultes et enfants, indistinctement<sup>19</sup>.
- L'exposition des enfants à un risque grave de danger physique. La Cour d'appel de Sydney a ainsi fondé sa décision sur une note rédigée par le Département des affaires étrangères et du commerce (DFAT) à l'attention des voyageurs australiens en direction de l'Etat d'Israël en leur conseillant notamment de différer leur voyage et d'éviter de se rendre dans certaines régions<sup>20</sup>. Cette décision est toutefois frappée d'un recours et a fait l'objet d'une opinion dissidente par l'un des magistrats qui se basait sur le fait que la région d'où étaient originaires les enfants n'avait pas connu d'attentat depuis 25 ans et qu'il importait de faire preuve de prudence quant à l'utilisation de la note du DFAT, cette note ayant été rédigée pour les touristes et ne suffisant pas à démontrer un risque grave de danger qui contraindrait les ressortissants d'Israël à éviter de rentrer chez eux.

La position majoritaire actuelle, nonobstant la montée en puissance des attentats en Israël, semble donc considérer qu'il n'y a pas de risque grave, au sens

de l'article 13b, qui justifie un refus de rapatriement des enfants au sein de leur résidence habituelle.

### **3. Le respect des principes fondamentaux et la sauvegarde des droits de l'Homme**

Dans le cas qui nous préoccupe, le père des enfants, Monsieur M., a souhaité s'installer en Belgique avec ses enfants car il affirme risquer d'être expulsé d'Israël dès que son divorce interviendrait vu sa nationalité étrangère. La mère des enfants, Madame L., reconnaît également l'existence de ce risque. Elle a néanmoins démontré que Monsieur M. disposait des documents nécessaires pour pouvoir continuer à travailler ne serait-ce que jusqu'en janvier 2004, le non-retour illicite datant de février 2003.

Le président du tribunal, tout en recevant ces différents arguments, a considéré que les tribunaux israéliens appelés à statuer quant à la garde des enfants et à leur lieu de vie, devront prendre leur décision dans le plus grand intérêt des enfants. C'est la confiance mutuelle qui doit régner entre les Etats membres quant à leur capacité de prise en compte de l'intérêt de l'enfant qui a guidé la décision du Président.

Rien ne semblait indiquer, pour les juges belges, que tant la Convention internationale des droits de l'enfant que la Convention européenne de sauvegarde des droits et libertés fondamentales de l'Homme, ne seraient pas respectées<sup>21</sup>.

Le Président du tribunal de 1<sup>re</sup> instance a donc considéré que les arguments de Monsieur M., qui souhaite élever ses enfants en Belgique, devraient être exposés devant les juridictions compétentes du lieu de résidence habituelle des enfants.

L'article 20 a toutefois déjà été invoqué avec succès par certains parents responsables d'un déplacement illicite ou d'un non-retour. Ainsi, toujours dans un litige impliquant l'Etat d'Israël, le juge de l'Etat requis, statuant en degré d'appel le 21 avril 1997, a considéré que l'article 20 trouvait à s'appliquer car

18. HC/E/USf 82 [13/03/1996; US District Court of Appeals, 2<sup>e</sup> instance] *Friedrich v. Friedrich*, 78 F. 3d 1060.

19. HC/E/USf 481 [09/05/2002; US District Court for the District of Minnesota] *Silverman v. Silverman*, 2002. En première instance, le tribunal refusa le renvoi des enfants en Israël car ils n'y avaient pas leur résidence habituelle au moment du non-retour. Il a examiné en outre l'opportunité d'appliquer l'exception prévue à l'article 13b et estima que l'Israël était bien une zone de guerre. En degré d'appel la décision fut confirmée. Toutefois, les juges n'examinèrent pas la question de l'application de l'article 13b vu que la première condition de résidence habituelle n'était pas remplie. Il convient de préciser que le juge minoritaire a toutefois souhaité s'exprimer sur ce point et a rejeté vivement l'application de l'article 13b qu'il estimait utilisé à tort en première instance.

20. HC/E/AU 458 [27/05/2002; Full Court of the Family Court of Australia; 2<sup>e</sup> instance].

21. Convention Internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989, article 8.1. "*Les Etats parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale*".

il ne serait tenu aucun compte de l'intérêt supérieur de l'enfant par la juridiction rabbinique.

En l'espèce, le père avait obtenu, d'une juridiction rabbinique israélienne, la garde permanente et exclusive de l'enfant suite au départ de son ex-épouse pour l'Espagne avec l'enfant. Le père avait également obtenu que la mère soit déclarée "*Moredet*", ce qui, selon la loi juive, correspond au statut d' "épouse rebelle".

La mère de l'enfant, pour être punie de son départ, était ainsi séparée de son enfant. Tant en 1<sup>re</sup> instance qu'en degré d'appel, le magistrat considéra que l'intérêt supérieur de l'enfant n'était pas respecté par une telle prise de décision. Cette décision revenait à nier les droits de la mère envers son enfant, mais également au sein de la communauté israélienne<sup>22</sup>.

La décision prise par le Président ce 17 avril 2003 n'a pas été facile. Nous avons tous en mémoire les images en provenance des attentats qui sévissent dans cette région tourmentée du globe.

Toutefois, pour pouvoir donner à la Convention de La Haye une application efficace, il convient, pour chaque magistrat saisi, de dépasser les clichés et de se rappeler la ratiologie de ce texte qui repose sur l'idée que l'intérêt de l'enfant n'est, *a priori*, jamais respecté en cas de non-retour ou de déplacement illicite. L'intérêt de l'enfant exige par conséquent des prises de décisions bien délicates.

Nous sommes conscients de la difficulté que peut représenter pareille procédure. Il est parfois impossible d'éviter le recours à la force publique pour que la Belgique respecte ses obligations internationales et puisse ainsi exiger des autres Etats membres la réciprocité<sup>23</sup>.

Les enfants doivent pouvoir grandir entre leurs deux parents. Priver l'enfant du contact avec l'un des deux parents, sauf situation extrême, est une violation grave tant de la Convention internationale des droits de l'enfant, que de la Convention européenne de sauvegarde des droits et libertés fondamentales de l'Homme qui oblige les autorités compétentes à faire cesser cette violation.

Bénédicte Jacobs

---

## Informations pratiques

### PRIX DE LA COMMISSION BARREAU-NOTARIAT DE LIÈGE

Dans le but d'harmoniser les relations entre les professions de notaire et d'avocat et d'inciter à une collaboration effective entre jeunes notaires et jeunes avocats, la Commission Barreau – Notariat de Liège a créé un prix destiné à récompenser, en principe tous les trois ans, une étude effectuée conjointement par un notaire ou un licencié en notariat et un avocat exerçant en Belgique et âgés chacun de moins de 40 ans.

#### Règlement

Article 1: Objet du prix

Le prix est destiné à récompenser, tous les trois ans ou à titre exceptionnel, une étude effectuée conjointement par un notaire ou un licencié en notariat et un avocat exerçant en Belgique.

Il est réservé aux candidats âgés chacun de moins de 40 ans au 1<sup>er</sup> janvier de l'année d'attribution.

---

22. HC/E/ES 244 [21/04/1997; Audiencia Provincial Barcelona, 2<sup>e</sup> instance]

23. La Cour européenne des Droits de l'Homme est intervenue récemment en renforçant la responsabilité des autorités nationales par une décision du 25 janvier 2000 relative à la question de l'exécution d'une décision de retour immédiat des enfants rendue sur base de la Convention de La Haye (req. N° 31679/96, *aff. Ignaccolo-Zenide c/ Roumanie*). En l'espèce, la Roumanie a été condamnée pour ne pas avoir exécuté la décision judiciaire qui ordonnait le retour des enfants. Voy. notamment à ce sujet S. GRATALOUP, "L'interprétation de la CEDH à la Lumière de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur l'enlèvement international d'enfants", in *Juris-Classeur*, janv. 2002, pp. 11 et s.