



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

BANQUE DES MEMOIRES

**Master de Droit international privé et du commerce
international**

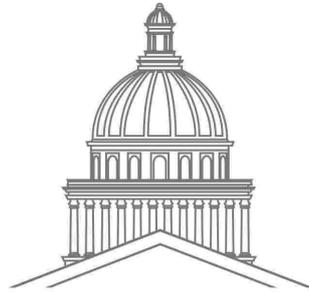
**Dirigé par Monsieur le Professeur Louis d'AVOUT
2022**

***Les enlèvements internationaux d'enfants
dans un contexte migratoire***

Enora LECHAUX

Sous la direction de Madame le Professeur Sabine CORNELOUP

Université Paris Panthéon-Assas



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

**Les enlèvements internationaux d'enfants
dans un contexte migratoire**

Présenté par Enora LECHAUX

*Pour le diplôme de Master 2 Droit international privé et du commerce
international*

Sous la direction de Mme le Professeur Sabine CORNELOUP

2021 – 2022

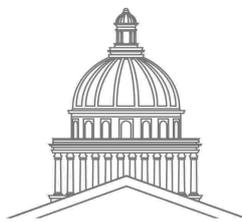
MÉMOIRE DE RECHERCHE

rédigé par
Enora LECHAUX

sous la direction de
Mme le Professeur Sabine CORNELOUP

Les enlèvements internationaux d'enfants dans un contexte migratoire

Master 2 Droit international privé et du commerce international



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

AVERTISSEMENT

L'université Paris 2 Panthéon-Assas n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	7
---------------------------	---

CHAPITRE INTRODUCTIF – Les difficultés d'application du droit international privé dans un contexte migratoire

12

- **Section 1** : Difficultés d'ordre général12
 - §1 : Du point de vue du statut personnel du migrant13
 - A. *La preuve du statut personnel*13
 - B. *Le contenu du statut personnel*15
 - C. *Le cas particulier du réfugié*17
 - §2 : Du point de vue de l'application du droit étranger18

- **Section 2** : Difficultés dans le cadre particulier des enlèvements internationaux d'enfants20
 - §1 : Les difficultés de détermination de la résidence habituelle de l'enfant dans un contexte migratoire22

 - §2 : L'articulation problématique des règlements *Bruxelles II bis* et *Dublin III* en droit de l'Union européenne26

 - §3 : Les difficultés suscitées par une demande d'asile connexe à une demande de retour de l'enfant dans l'État d'origine du parent ravisseur, demandeur d'asile30

CHAPITRE I – Les finalités contradictoires des conventions de La Haye de 1980 et de Genève de 1951, sources de difficultés d'articulation

34

- **Section 1** : Les contradictions d'ordre substantiel34
 - §1 : Le principe du retour immédiat de l'enfant34

 - §2 : Le principe de non-refoulement36

- **Section 2** : Les contradictions d'ordre procédural39
 - §1 : L'impératif de célérité dans la procédure de retour de l'enfant enlevé39
 - A. Du point de vue de la coopération entre autorités centrales40
 - B. Du point de vue de la décision des autorités de l'État de refuge41
 - §2 : Les impératifs de durée et de confidentialité dans la procédure d'asile43
 - A. La longévité de la procédure d'asile43
 - B. Le principe de confidentialité dans la procédure d'asile45

CHAPITRE II – La nécessité d'un fonctionnement harmonieux des procédures de la Convention de La Haye de 1980 et de la Convention de Genève de 1951
50

- **Section 1** : La nécessaire hiérarchisation des politiques en présence51
 - §1 : L'absence de mise en échec des procédures respectives51
 - §2 : La primauté de la politique de protection des réfugiés sur la politique de retour de l'enfant enlevé55
 - A. Les justifications55
 - B. Les conséquences58
 - §3 : L'imposition d'un sursis à statuer aux autorités en charge du retour de l'enfant enlevé59
 - A. En cas de demande d'asile parallèle en cours de détermination60
 - B. En cas de décision définitive relative au statut de réfugié de l'enfant enlevé62
- **Section 2** : La nécessaire coordination des procédures63
 - §1 : Nécessité d'une évolution des pratiques63
 - A. En amont64
 - 1) Dans les rapports verticaux64
 - 2) Dans les rapports horizontaux66

<i>B. En cours de procédure</i>	69
1) La matérialisation procédurale du principe de primauté de la politique de protection des réfugiés	69
<i>a. Rejet de l'appréciation du risque de persécution sous l'angle des exceptions de la Convention de 1980</i>	
<i>b. Les modalités du sursis à statuer s'imposant aux autorités en charge du retour de l'enfant enlevé</i>	
2) La jonction des procédures parallèles	74
<i>a. Du point de vue des parties à la procédure</i>	
<i>b. Du point de vue de la divulgation des informations</i>	
3) L'accélération et la priorisation du traitement des demandes parallèles	79
<i>C. Modalités formelles de coordination des procédures</i>	82
1) Par voie de recommandations	82
2) Par voie jurisprudentielle	83
3) Par voie textuelle	84
 §2 : La possible création d'un cadre juridique autonome	 85
 Conclusion	 90
 Bibliographie	 92

Introduction

La montée en puissance du phénomène migratoire conduit sans cesse à l'émergence de problématiques inédites d'une complexité sans précédent. Ces difficultés se constatent tout particulièrement en droit international privé, notamment à l'égard de l'effectivité de ses instruments dont la mise en œuvre se trouve parfois remise en cause dans un contexte migratoire.

La mondialisation des échanges et la mobilité accrue des individus ont conduit à une banalisation du franchissement des frontières, ayant corrélativement engendré la multiplication des situations internationales, autrefois tout à fait marginales. Le développement des relations internationales a conduit à l'émergence de situations complexes, nécessitant l'articulation de plusieurs législations nationales, tant dans le domaine du droit public que celui du droit privé. À l'échelle internationale, deux thématiques, auxquelles nous limiterons nos analyses, ont notamment fait l'objet d'une attention particulière et d'un encadrement de la part des États.

D'une part, la multiplication des relations privées internationales a conduit les États au développement d'une politique de protection de l'enfant à l'échelle internationale. La multiplication des familles et des couples plurinationaux a en effet eu pour conséquence une internationalisation du contentieux relatif à la protection de l'enfance. L'existence d'un consensus entre États quant à certains principes protecteurs de portée universelle a alors conduit ces derniers à l'adoption d'instruments internationaux destinés à assurer une telle protection et guidés par la promotion de l'intérêt supérieur de l'enfant et de l'harmonie internationale des solutions. De tels instruments, principalement adoptés dans le cadre de la Conférence de La Haye et caractérisés par la mise en place de systèmes de coopération et de procédures spécifiques, poursuivent une approche pragmatique, chacun étant fondé sur une matière spécifique du droit international privé de la famille, par exemple en matière d'adoption internationale¹, d'enlèvements internationaux d'enfants² ou encore de protection des mineurs³. Cette politique se trouve encore assurée au niveau régional, notamment au niveau de l'Union européenne, laquelle a été amenée à se saisir de telles questions dans le but d'assurer aux citoyens européens l'exercice sans entrave de leurs libertés. Elle se trouve

1 Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.

2 Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

3 Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs.

enfin garantie par les États au niveau interne de par l'adoption de règles de droit international privé propres à assurer une protection effective des enfants dans le cadre de relations internationales.

Compte tenu de l'absence de consensus entre États quant aux critères de détermination de la responsabilité parentale, les risques de décisions contradictoires et de déplacements illicites d'enfants (c'est-à-dire de déplacement d'un enfant d'un État à un autre par son parent, parent « *ravisneur* », en violation du droit de garde effectivement exercé par l'autre parent, parent « *délaissé* ») en présence de séparations internationales ont notamment conduit les États à l'adoption d'un instrument destiné à lutter contre les enlèvements internationaux d'enfants par un mécanisme de coopération entre autorités nationales. À ce titre, la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants constitue un instrument efficace, largement ratifié, instituant une obligation de retour immédiat de l'enfant dans son pays de résidence habituelle⁴ sans préjuger du procès au fond quant à l'attribution du droit de garde. Cette politique, fondée sur la présomption selon laquelle il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant de ne pas faire l'objet d'un déplacement illicite et d'être renvoyé dans son pays d'origine, s'est vue renforcée au fur et à mesure de la multiplication et de la complexification du contentieux. L'Union européenne renforce à ce titre par son règlement *Bruxelles II bis*⁵ les garanties d'un retour immédiat de l'enfant dans son État d'origine lorsque le déplacement illicite s'opère au départ d'un État membre et à destination d'un autre État membre de l'Union européenne.

D'autre part, la multiplication des déplacements d'individus ou de populations d'un pays à un autre pour des raisons économiques, politiques ou culturelles a poussé les États à se saisir de la question du phénomène migratoire dès l'après-guerre. Cet aspect des relations internationales, davantage centré sur la souveraineté des États, concerne aussi bien la politique de régulation des flux migratoires de chaque État que le statut des personnes étrangères bénéficiant sur leur territoire d'une protection internationale. Bien qu'il n'existe actuellement aucun système de gouvernance des migrations internationales, ce que déplorent certains auteurs⁶, de nombreux instruments internationaux, régionaux et internes ont été adoptés afin de régler le droit d'asile⁷ et le statut

4 L'article 1er dispose à ce titre que « La présente Convention a pour objet : a) d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout État contractant ».

5 Règl. (CE) n°2201/2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale.

6 V. sur ce point H. Van Loon, « Vers un nouveau modèle de gouvernance multilatéral de la migration internationale », in H. Gaudemet-Tallon, *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz (2008) et S. Corneloup, « Can Private International Law Contribute to Global Migration Governance ? », in H. Muir Watt and D. P. Fernandez Arroyo, *Private International Law and Global Governance*, Oxford University Press (2014), p. 301-317, en faveur d'un système de gouvernance mondiale des migrations.

7 L'asile désignant dans son sens large la protection d'une personne ou d'un groupe de personnes offerte en un lieu déterminé.

des personnes réfugiées ayant quitté leur pays d'origine pour craintes de persécutions en raison de leur race, de leur religion, de leur nationalité, de leur appartenance à un certain groupe social ou de leurs opinions politiques.

L'émergence de ces problématiques a notamment conduit à l'adoption par de nombreux États de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés qui constitue encore aujourd'hui « la pierre angulaire du droit des réfugiés »⁸, et de son Protocole du 4 octobre 1967, ayant donné à la Convention de Genève une vocation universelle par la suppression de sa double limite territoriale et temporelle⁹. Ce système « Genève », fonctionnant sous la surveillance du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) mis en place en 1950, a pour finalité de déterminer le statut juridique du réfugié en instituant au niveau international une protection minimale de ce dernier par l'octroi de différents droits, dont l'étendue varie selon le niveau d'intégration du réfugié dans l'État d'accueil. Le passage d'une Europe purement économique à un projet européen politique a en outre conduit l'Union européenne à se saisir de la question migratoire à travers l'adoption d'un ensemble de textes, notamment du Règlement *Dublin III* du 26 juin 2013¹⁰, dont l'objet réside dans la détermination de l'État membre responsable du traitement de la demande d'asile lorsque celle-ci est présentée par un ressortissant de pays tiers dans un État membre de l'Union. Ces textes européens, lesquels se superposent au régime mis en place par la Convention de Genève, sont destinés à renforcer les droits des personnes réfugiées et à compléter certains d'entre eux dans le cadre européen.

Ces deux disciplines, que l'on distinguera sous les appellations respectives de droit international privé et de droit international des réfugiés, sont toutefois appréhendées de manière cloisonnée (le Professeur Vincent Chetail évoque à ce sujet une tendance au « repli disciplinaire »¹¹). Un tel cloisonnement des disciplines tient à l'objet spécifique de chacune d'elle, le droit international privé ayant pour objet l'étude des relations entre personnes privées présentant un élément d'extranéité, tandis que l'objet du droit international des réfugiés réside dans l'étude des relations entre l'individu réfugié et l'État de refuge. Ce cloisonnement, renvoyant à la distinction classique du droit international privé et public, se matérialise par l'adoption d'instruments distincts

8 T. Fleury Graff et A. Marie, *Droit de l'asile*, PUF, 2021, n° 11.

9 La Convention de Genève se trouvait initialement limitée aux événements survenus après le 1er janvier 1951 et offrait la possibilité aux États de réserver son application aux seules personnes originaires d'Europe.

10 Règl. (UE) n°604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride. Ce règlement fait suite au règlement *Dublin II* du 18 février 2003, faisant lui-même suite à la Convention de Dublin du 15 juin 1990.

11 V. Chetail, « Les relations entre droit international privé et droit international des réfugiés : histoire d'une brève rencontre », *JDI* 2014, p. 3.

et par l'absence d'instrument englobant les questions migratoires et de droit international privé. Le débat ne réside pas ici dans la question de l'autonomie ou de l'interdépendance de ces disciplines mais dans celle de leur articulation pratique. Ces disciplines se trouvent en effet confrontées à de nombreuses interactions au sujet desquelles l'on peut regretter l'absence d'études approfondies¹². Outre le fait que le droit international des réfugiés ait contribué à l'essor du droit international privé, et que ce dernier a servi de source d'inspiration au droit international des réfugiés¹³, la présence de réfugiés sur le territoire des États pose en effet des questions évidentes de droit international privé, notamment du point de vue de leur statut personnel. Or, l'absence de prise en considération du phénomène migratoire par les instruments classiques de droit international privé conduit en pratique à des difficultés d'articulation et à la confrontation d'objectifs contradictoires, qui ne cesseront de croître compte tenu de la crise migratoire issue de la guerre en Ukraine ayant débuté en février 2022.

Les juges nationaux se trouvent notamment de plus en plus confrontés à de telles difficultés dans le cadre spécifique des enlèvements internationaux d'enfants. En effet, l'on constate depuis plusieurs années un nombre croissant de demandes de retour d'enfants enlevés au sein de familles de demandeurs d'asile¹⁴. Les juridictions anglaises, canadiennes, américaines et suisses ont à ce titre mis en lumière les diverses difficultés de mise en œuvre de la politique de retour immédiat de l'enfant dans son pays d'origine dans un contexte migratoire. Cette articulation particulièrement problématique a récemment trouvé écho devant la Cour suprême du Royaume-Uni¹⁵, dans une situation où, parallèlement à la demande de retour de l'enfant dans son pays d'origine, une demande d'asile était présentée par le parent ravisseur dans l'État de refuge. Un conflit de logique apparaît en effet lorsque l'enfant encourt ou prétend encourir dans son pays de résidence des risques de persécution au sens du droit international des réfugiés.

Compte tenu de l'absence d'étude de cette problématique spécifique, laquelle a récemment été mise en lumière par le Professeur Sabine Corneloup¹⁶, et de son émergence¹⁷, il convient dans

12 A. Fiorini souligne à ce titre et selon notre traduction que « l'interface entre les droits de l'homme et le droit international privé a fait l'objet d'analyses universitaires, mais leur interaction avec les questions de migration n'a pas toujours été prise en compte », in *The Protection of Best Interests of Migrant Children Through Private International Law and Habitual Residence in Migrant Children : Challenges for Public and Private International Law*, 2016, p. 4.

13 V. Chetail, « Les relations entre droit international privé et droit international des réfugiés : histoire d'une brève rencontre », *art. préc.* (note 11), p. 4 et 10.

14 S. Corneloup, « Demande de retour d'un enfant enlevé et principe de non-refoulement des réfugiés : lorsque la Convention de La Haye de 1980 rencontre la Convention de Genève de 1951 », *Revue crit. DIP* 2021, p. 773.

15 Cour suprême du Royaume-Uni, 19 mars 2021, *G (Appellant) v G (Respondent)*, [2021] UKSC 9. Décision consultable sur <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2020-0191-judgment.pdf>.

16 S. Corneloup, *art. préc.* (note 14), p. 773 s.

17 Outre les juridictions anglaises, les juridictions françaises ont notamment été saisies de cette question dans une ordonnance récente du TJ de Strasbourg du 29 octobre 2021, n° RG 21/06323.

une perspective de droit comparé de se poser une question essentielle : *Le retour d'un enfant vers son pays d'origine peut-il être ordonné sur le fondement de la Convention de La Haye de 1980 lorsque celui-ci a le statut de réfugié ou de demandeur d'asile dans le pays de refuge ? Dans une telle situation, comment articuler Convention de Genève de 1951 et Convention de La Haye de 1980 ?*

Pour répondre à cette question inédite, il convient, après avoir dressé les principaux enjeux et les principales difficultés engendrées par l'application du droit international privé dans un contexte migratoire (chapitre introductif), d'envisager les difficultés d'articulation des conventions de Genève de 1951 et de La Haye de 1980 compte tenu de leurs finalités contradictoires (chapitre I) afin de démontrer la nécessité d'un fonctionnement harmonieux de ces instruments en présence d'une demande d'asile parallèle à une demande de retour de l'enfant enlevé (chapitre II).

CHAPITRE INTRODUCTIF

Les difficultés d'application du droit international privé dans un contexte migratoire

Dominés par l'idée selon laquelle le statut des migrants relève du droit international public, les instruments classiques de droit international privé n'ont pas été pensés pour leur mise en œuvre dans un contexte migratoire. Hormis l'appréhension par certains de ces instruments d'aspects spécifiques du droit des migrations, l'on constate en effet l'absence d'approche globale de ces disciplines. Or les migrants, adultes comme enfants, se trouvent bel et bien soumis au droit international privé en tant que sujets de droit¹⁸, du moins en ce qui concerne leur statut personnel et familial en présence d'un élément d'extranéité suffisant. L'application des instruments de droit international privé aux migrants, et notamment aux réfugiés, conduit dès lors à des difficultés d'ordre général (section 1) ainsi dans le cadre plus particulier des enlèvements internationaux d'enfants (section 2).

Section 1 : Difficultés d'ordre général

Malgré les études lacunaires de la question de l'interaction du droit international privé et du droit d'asile et de la migration¹⁹, une prise de conscience quant aux difficultés qu'elle suscite tend progressivement à voir le jour, tant dans l'esprit des auteurs que dans celui des institutions, notamment européennes. En témoigne notamment l'étude de la Commission des affaires juridiques pour le Parlement européen de 2017²⁰ sur les défis contemporains auxquels fait face le droit international privé dans un contexte migratoire toujours accru, destinée à améliorer l'interaction de ces disciplines dans le cadre de l'Union européenne et dont il est possible de s'inspirer à l'échelle internationale. Ce rapport, faisant suite aux observations du Groupe européen de droit international privé (GEDIP), ainsi que certaines analyses doctrinales, mettent en lumière les difficultés générales suscitées par l'interaction de ces disciplines tant sur le plan du statut personnel du migrant (§1) que

18 A. Fiorini soutient à ce titre que les migrants sont susceptibles de relever du champ d'application du droit international privé en analysant les migrations internationales comme une mobilité transfrontière, dont les conséquences juridiques se trouvent appréhendées par le droit international privé, *art. préc.* (note 12), p. 5.

19 V. Chetail souligne à ce titre que « Bien que l'interaction entre droit international privé et droit international des réfugiés n'ait guère retenu l'attention de la doctrine, leur relation dense et complexe met en lumière leurs nombreux points de convergence et les spécificités propres à chaque discipline », *art. préc.* (note 11), p. 1.

20 S. Corneloup, F. Jault-Seseke et J. Verhellen, *Private international law in a context of increasing international mobility : challenges and potential*, étude pour le Parlement européen (Commission des affaires juridiques), 2017.

sur celui de l'appréciation du droit étranger par les autorités judiciaires et administratives de l'État d'accueil (§2).

§1 : Du point de vue du statut personnel des migrants

Au carrefour des politiques juridiques de droit international privé et de droit des migrations, le statut personnel des migrants pose de nombreuses difficultés auxquelles sont actuellement confrontés les migrants ukrainiens. Le statut personnel, par opposition au statut réel, désigne en droit international privé une catégorie de rattachement et fait référence à la doctrine statutaire classique²¹. Ayant reçu un premier exposé systématique en 1851 par Mancini²², le statut personnel désigne l'identité personnelle de l'individu, notamment les questions d'état civil et de capacité, ainsi que ses relations familiales, notamment les questions de mariage, de filiation, de responsabilité parentale etc. Fondé sur l'idée de permanence et de stabilité, le statut personnel se trouve régi par la loi personnelle de l'intéressé dont l'appréciation varie selon les systèmes juridiques nationaux. Dans les systèmes de Common Law, la loi personnelle désigne la loi du domicile de l'intéressé, tandis que dans les pays de tradition civiliste comme la France, elle désigne la loi nationale de celui-ci. Dans un contexte migratoire, l'octroi d'une protection internationale (englobant le statut de réfugié et la protection subsidiaire instituée dans le cadre de l'Union européenne) varie selon le statut personnel du migrant. Ainsi par exemple, le droit à la réunification familiale ne bénéficie qu'aux membres de la famille du bénéficiaire d'une protection internationale²³ tout comme les mineurs bénéficient d'un régime particulier de protection. Le contexte factuel rend néanmoins plus délicate la reconnaissance du statut personnel en raison des difficultés pour les migrants à rapporter la preuve de leur statut personnel (A), des difficultés d'appréhension du droit étranger par les autorités de l'État d'accueil (B) et enfin compte tenu des difficultés d'interprétation suscitées par les règles de droit international privé propres au statut personnel des réfugiés (C).

A. La preuve du statut personnel

Comme évoqué précédemment, la reconnaissance du statut personnel acquis à l'étranger constitue souvent en droit international privé une condition préalable à la reconnaissance du statut de réfugié ou de migrant. À titre d'illustration, l'existence d'un mariage peut avoir une incidence sur

21 Apparue dans l'Italie du Moyen-Âge et ayant progressivement gagné les différents pays d'Europe continentale jusqu'au 19ème siècle.

22 Juriste et homme d'État italien (1817-1888).

23 V. en droit français de l'asile art. L.561-2 Ceseda.

l'octroi d'un titre de séjour. La première difficulté concerne ici l'aspect probatoire : le migrant se trouvant sur le territoire de l'État d'accueil se trouvera dans la plupart du temps dans l'impossibilité de rapporter la preuve de son statut personnel. Cette impossibilité peut découler de l'absence de délivrance de documents authentiques par l'État d'origine de la personne concernée, de la perte de ces documents au cours de son périple migratoire ou de la politique de suspicion de fraude aux documents possiblement poursuivie par l'État d'accueil.

Ces difficultés se rencontrent encore au sein même du droit de l'asile. La reconnaissance du statut de réfugié, tout comme l'octroi de la protection subsidiaire, suppose la vérification de plusieurs conditions cumulatives : le rattachement du demandeur d'asile à un pays de nationalité (ou, à défaut, de résidence habituelle), l'absence de protection du demandeur dans le pays de rattachement et enfin l'existence de craintes réelles, actuelles et personnelles de subir des traitements d'une certaine gravité. La vérification de ces conditions suppose donc pour les autorités de l'asile de déterminer la nationalité du demandeur d'asile, ou à défaut sa résidence habituelle, sur la base des éléments rapportés par ce dernier. Or de tels éléments sont rarement rapportés par le demandeur d'asile et ceci pour les mêmes raisons.

Ces difficultés probatoires ne sont pas sans conséquences. L'absence de reconnaissance du statut personnel du demandeur d'asile, et plus largement du migrant, peut en effet conduire à l'absence de protection de ce dernier sur le territoire de l'État de refuge et donc à le priver de l'exercice de certains droits. Ces difficultés peuvent encore conduire à des pratiques divergentes au sein des États, sources d'imprévisibilité, d'insécurité juridique et portant parfois atteinte à l'intérêt supérieur du demandeur d'asile, notamment lorsqu'il s'agit d'un enfant.

Cette problématique, faisant parfois obstacle à l'effectivité des instruments tant de droit international privé que de droit de l'asile et des migrations, n'est toutefois pas ignorée. Elle a d'abord été mise en avant par certains auteurs dans le cadre d'analyses de droit comparé. À titre d'illustration, Lisa Shamseldin²⁴, chercheuse néerlandaise dans le domaine des droits de l'enfant, relève notamment des difficultés tenant à la détermination de l'âge des enfants demandeurs d'asile, souvent dépourvus de tout document administratif, pour pointer les différentes lacunes de la Convention des Nations Unies sur les Droits de l'enfant de 1989 dans la prise en charge et la protection des enfants demandeurs d'asile non accompagnés. Les professeurs Thibaut Fleury Graff

24 L. Shamseldin, « Implementation of the United Nations Convention on the Rights of the Child 1989 in the Care and Protection of Unaccompanied Asylum Seeking Children : Findings from Empirical Research in England, Ireland and Sweden », *International Journal of Children's Rights*, 2012.

et Alexis Marie²⁵ pointent également ces difficultés dans le cadre particulier du droit de l'asile. Elle fût ensuite mise en avant de façon générale par certaines institutions, notamment par la Commission des affaires juridiques de l'Union européenne²⁶, laquelle propose à ce titre la mise en place d'un système de coopération entre les autorités nationales responsables des questions de droit civil et les autorités en charge des migrations pour la preuve des documents de statut personnel au niveau européen.

L'interaction pratique qu'implique l'enregistrement et la preuve des faits et documents relatifs au statut personnel des migrants entre le droit international privé et des migrations et les difficultés non négligeables qu'elle suscite mettent en exergue la nécessité d'une coordination des autorités nationales quant à la preuve du statut personnel des migrants et des réfugiés. L'on pourrait à ce titre penser à la mise en place à l'échelle internationale, et non pas seulement européenne, d'un système de registre public international, alimenté par les autorités en charge des migrations et par les autorités judiciaires des pays d'origine et d'accueil des migrants et des réfugiés, respectueux du principe de confidentialité. Outre les difficultés probatoires qu'implique la reconnaissance du statut personnel des migrants, celui-ci peut encore s'avérer problématique d'un point de vue substantiel.

B. Le contenu du statut personnel

La reconnaissance par l'État d'accueil des faits et documents relatifs au statut personnel acquis à l'étranger par le migrant laisse encore subsister des difficultés d'ordre culturel. L'absence d'harmonisation du droit interne des personnes et de la famille entre États conduit à une conception culturelle des relations personnelles et familiales, propre à l'identité de chaque État. Dans un contexte migratoire, la pluralité des ordres juridiques impliqués (d'origine, de transit et de destination) peut dès lors susciter des conflits de cultures, désignant la situation dans laquelle « la relation internationale se déroule à la frontière d'ordres juridiques appartenant à des entités culturelles différentes »²⁷. De tels conflits aboutissent le plus souvent à une mobilisation par les États des instruments dérogatoires de droit international privé, notamment à la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international.

L'exception d'ordre public international peut se définir comme « une notion fonctionnelle, permettant de sauvegarder l'harmonie de l'ordre interne menacée par l'application d'une loi étrangère

25 T. Fleury Graff et A. Marie, *Droit de l'asile, op. cit.* (note 8), n° 246.

26 *V. supra* note 20.

27 L. Gannagé, *Les méthodes de droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures*, RCADI, Vol. 357, n°8.

par trop éloignée des conceptions locales »²⁸. Ayant son pendant dans le domaine des conflits de juridictions, l'exception d'ordre public international constitue donc un mécanisme d'éviction de la loi normalement compétente en vertu de la règle de conflit de lois lorsque son application au cas concret heurte sensiblement les conceptions de l'ordre juridique du for. Cet outil traditionnel et général, prévu par les textes internationaux, européens et par le droit international privé commun des États, se trouve particulièrement mobilisé en matière personnelle et familiale en raison de la sensibilité des matières en présence. Quand bien même le mariage du demandeur d'asile serait valable en vertu du droit étranger, sa reconnaissance peut par exemple être refusée par l'ordre juridique d'accueil pour contrariété à son ordre public. De tels refus se constatent tout particulièrement en présence de mariages polygames célébrés à l'étranger ou encore de mariages de mineurs, souvent perçus comme des mariages forcés.

Dans le cas particulier des réfugiés au sens de la Convention de Genève en vigueur dans un nombre important d'États, l'article 12 de la Convention pose un principe de reconnaissance des droits précédemment acquis à l'étranger par le réfugié et dispose que « Les droits, précédemment acquis par le réfugié et découlant du statut personnel, notamment ceux qui résultent du mariage, seront respectés par tout État Contractant ... »²⁹. Ce principe trouve néanmoins lui aussi sa limite dans la possibilité pour les États parties de mobiliser l'exception d'ordre public international de par la réserve faite par l'article à « ... l'accomplissement des formalités prévues par la législation dudit État ».

L'absence de reconnaissance du statut personnel acquis à l'étranger produit encore une fois des conséquences dommageables du point de vue migratoire, privant parfois les migrants de toute protection sur le territoire de l'État d'accueil ou conduisant à les priver de certains droits (par exemple entre États membres de l'Union européenne, le mariage polygame est exclu du droit au regroupement familial³⁰). Il conviendrait sur ce point d'encourager les États à l'adoption d'une approche plus tolérante de l'ordre public international dans un contexte migratoire en tenant compte de la situation particulière des migrants, lesquels se trouvent parfois contraints à des pratiques incompatibles avec les conceptions de l'ordre juridique du for, et notamment de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le but d'assurer sa protection sur le territoire de l'État d'accueil. Il convient enfin d'envisager les difficultés suscitées par les questions de statut personnel dans un contexte migratoire dans le cas particulier du réfugié.

28 B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, LGDJ 2018, p. 333.

29 Convention de Genève du 28 juillet 1951, art. 12 (2).

30 Dir. 2003/86/CE du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial.

C. Le cas particulier du réfugié

Le statut personnel du réfugié se trouve spécialement appréhendé par l'article 12 de la Convention de Genève de 1951 intitulé « *statut personnel* », disposant que « le statut personnel de tout réfugié sera régi par la loi du pays de son domicile ou, à défaut de domicile, par la loi du pays de sa résidence ». Cet article pose donc une règle particulière de conflit de lois favorisant l'intégration du réfugié dans l'État d'accueil en soustrayant les questions de statut personnel à la loi du pays de sa nationalité. Bien que son originalité soit aujourd'hui dépassée en raison du déclin du critère de la nationalité comme critère de rattachement en matière de statut personnel, cette règle de droit international privé édictée par un instrument de droit international des réfugiés n'en pose pas moins de difficultés. Celles-ci témoignent de l'inconfort du droit international des réfugiés à se saisir des mécanismes de droit international privé et exacerbe le cloisonnement rigide de ces disciplines. La première difficulté concerne en effet l'interprétation de l'article 12 compte tenu de l'absence de définition expresse de ses termes dans le texte de la Convention et de l'absence de toute institution spécialement habilitée pour donner une interprétation uniforme des dispositions de la Convention dans tous les États parties. Plusieurs questions se posent alors : le terme de « réfugié » englobe-t-il les seuls réfugiés au sens de l'article 1-A de la Convention de Genève ou s'étend-il aux bénéficiaires d'une protection subsidiaire dans le cadre de l'Union européenne ? Le « statut personnel » doit-il être interprété de façon étroite ou large ? Que faut-il entendre par le terme de « domicile » et de « résidence » et ces termes sont-ils différents de ceux généralement employés en droit international privé ? La règle de conflit de lois de l'article 12 a-t-elle un caractère obligatoire pour les États parties ? Qu'advient-il du principe de respect des droits acquis en cas de conflit mobile ?

Ces questionnements ont d'ores et déjà été mis en lumière par certains auteurs³¹ et dans le cadre de l'Union européenne et mettent en avant de nombreuses divergences entre États. À titre d'exemple, s'agissant de la notion de « statut personnel », la Commission des affaires juridiques dans son rapport pour le Parlement européen de 2017³² met en avant l'opposition existant entre une conception large de la notion retenue par certains États membres (notamment la France, lesquels incluent dans le statut personnel toutes les questions soumises en droit international privé interne à la loi nationale, par exemple la capacité, le mariage, les successions etc) et une conception étroite de la notion retenue par d'autres (n'incluant dans le statut personnel que les questions de droit familial

31 Notamment V. Chetail, « Les relations entre droit international privé et droit international des réfugiés : histoire d'une brève rencontre », *art. préc.* (note 11), p. 12 et s.

32 *Rapp. préc.* (note 20), p. 36.

et de droit des successions).

Bien que la pratique de certains États converge en faveur d'une approche unitaire de l'article 12 de la Convention, l'absence de définition uniforme des dispositions de la Convention et des caractères de celles-ci conduit à des divergences entre États, aboutissant à une application casuistique de la Convention en fonction des conceptions de chaque ordre juridique et, par conséquent, à l'absence d'uniformité du statut personnel du réfugié à travers les frontières. Il conviendrait donc, dans un souci d'effectivité de l'article 12 de la Convention de Genève, d'y intégrer une définition autonome des termes employés, adaptée à la situation particulière du réfugié (en retenant par exemple une conception plus flexible de la notion de domicile). Il conviendrait également de préciser expressément dans le corps de l'article 12 de la Convention son champ d'application temporel et son caractère obligatoire, dérogeant aux règles de conflit de lois de chaque État partie en ce qu'elle permet une intégration du réfugié dans son pays d'accueil en évinçant la loi nationale de ce dernier.

En conclusion, la question du statut personnel des migrants, incluant demandeurs d'asile et réfugiés, pose des questions évidentes de droit international privé auxquelles ce dernier ne répond pas de manière satisfaisante. Ces difficultés, tant probatoires, culturelles, qu'interprétatives illustrent la nécessité d'adapter les instruments classiques de droit international privé lorsque leur application se fait dans un contexte migratoire afin d'assurer aux migrants une protection effective et adaptée à leurs besoins particuliers. De telles difficultés se trouvent en outre renforcées par la nécessité pour les autorités nationales du pays d'accueil d'appliquer un droit étranger.

§2 : Du point de vue de l'application du droit étranger

Les autorités nationales de l'État d'accueil des migrants, tant judiciaires qu'administratives, se trouvent fréquemment confrontées à l'application du droit étranger dans le traitement de leur statut. Le statut personnel étant traditionnellement soumis à la loi personnelle de l'intéressé (loi du domicile ou loi nationale de ce dernier selon les conceptions de chaque ordre juridique), son appréhension conduit souvent en pratique à l'application d'un droit étranger. Tel est le cas devant les autorités judiciaires du pays d'accueil, lorsque celles-ci sont amenées à connaître de litiges de droit privé impliquant un migrant, mais aussi et en premier lieu devant les autorités de l'asile et des migrations. Dès leur arrivée sur le territoire de l'État d'accueil, les migrants sont en effet pris en charge par des autorités administratives spécialisées (il s'agit en France pour les réfugiés de l'Office

français de protection des réfugiés et des apatrides, OFPRA) et se trouvent dans un premier temps confrontés à la question de leur statut personnel. Les autorités nationales de l'État de refuge se trouvent alors investies de l'application d'un droit étranger dont elles n'ont pas parfaite connaissance et dont l'importance est pourtant cruciale puisque de l'application du droit étranger dépendra le statut personnel du migrant sur le territoire d'accueil, et donc les conditions effectives de sa protection sur ce territoire.

De manière générale en droit international privé, le caractère neutre et bilatéral de la règle de conflit de lois peut conduire en pratique à la désignation d'un droit étranger, lequel devra être appliqué par le juge du for. La question se pose alors de l'élucidation du contenu du droit étranger et du caractère obligatoire de son application par les autorités du for. Dès les années 1960, plusieurs travaux ont été initiés sur cette question compte tenu de la multiplication des contentieux privés internationaux. L'on peut citer à ce titre la Convention de Londres de 1968³³ ou encore le Réseau Judiciaire Européen dans le cadre de l'Union européenne, favorisant l'accès par les États parties au contenu du droit positif étranger des autres États parties en matière civile et commerciale.

Dans le contexte particulier des migrations, aucun travail n'a cependant été initié sur ce point. Il conviendrait donc à ce titre, et compte tenu des difficultés auxquelles sont confrontées les autorités en charge des migrations quant à l'application du droit étranger, de développer au niveau mondial et toutes matières confondues un système d'accès au droit étranger de chaque État et d'amélioration de son traitement par les autorités administratives et judiciaires de chacun d'eux. Un tel projet pourrait reposer sur la mise en contact de professionnels agréés dans chaque État quant à l'état du droit positif de chacun d'eux à l'échelle mondiale. Bien que les travaux les plus récents oeuvrent dans une telle direction³⁴, il s'agirait d'un travail d'ampleur nécessitant des moyens considérables, dont on peut douter d'une effectivité à brève échéance. Il convient en outre de relativiser cette difficulté dans le cadre particulier du droit international des réfugiés et du droit international privé de l'Union européenne. Ces derniers sont en effet marqués par une montée en puissance du critère du domicile ou de la résidence comme critère de rattachement en matière de statut personnel, oeuvrant ainsi en faveur d'une intégration des migrants sur le territoire de l'État d'accueil et à l'absence de mise en œuvre du droit étranger par ses autorités nationales, source de simplification.

33 Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger, conclue à Londres le 7 juin 1968.

34 V. dans le cadre de l'Union européenne *rapp. préc.* (note 20), p. 30-35.

Pour conclure de manière générale, l'interaction pratique du droit international privé et du droit des migrations pose des difficultés tant sur le plan du statut personnel des migrants que sur celui de l'application du droit étranger par les autorités en charge de l'asile et des migrations. L'accroissement de telles problématiques et leur mise en lumière de plus en plus récurrente par les auteurs devraient conduire à une adaptation des règles traditionnelles de droit international privé dans un contexte migratoire. Cette adaptation s'avère particulièrement essentielle dans le domaine des déplacements illicites d'enfants compte tenu des objectifs primordiaux et difficilement conciliables poursuivis par ces deux disciplines.

Section 2 : Difficultés dans le cadre particulier des enlèvements internationaux d'enfants

La politique de protection de l'enfant dans un contexte international a, dès le XX^{ème} siècle, suscité l'intervention de nombreux acteurs internationaux. La Conférence de La Haye en droit international privé, conférence internationale ayant pour objectif l'harmonisation des règles de droit international privé au niveau mondial, joue à ce titre un rôle fondamental. Plusieurs conventions internationales spécifiquement dédiées à la protection de l'enfant à l'échelle internationale furent en effet adoptées en son sein, tout particulièrement la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. Cette convention a pour objectif de protéger les enfants des conséquences dommageables d'un déplacement illicite, lequel peut être défini dans un contexte international comme le déplacement d'un enfant d'un État à un autre ayant lieu « en violation d'un droit de garde, attribué 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 » et à condition que ce droit ait été « exercé de façon effective seul ou conjointement au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eut été si de tels évènements n'étaient survenus »³⁵. Un tel cas de figure se présente fréquemment en pratique en cas de séparation d'un couple plurinational, lorsque l'un des parents retourne dans son pays d'origine avec l'enfant et y demeure en l'absence de consentement de l'autre parent également titulaire du droit de garde de celui-ci.

D'un point de vue historique, cette Convention doit son origine à la proposition faite en 1976 par le Canada d'adopter une convention internationale propre à ce qu'il dénommait « *legal*

35 Art. 2, Convention de La Haye du 25 octobre 1980.

kidnapping ». L'existence d'un consensus entre États quant à la nécessité de lutter contre de telles pratiques illicites a conduit ces derniers à l'adoption de la Convention de La Haye de 1980. Celle-ci a pour objectif d'assurer le retour immédiat de l'enfant dans son pays de résidence habituelle dès la détection de l'illicéité d'un enlèvement international, sous réserve de quelques exceptions limitativement énumérées et d'interprétation stricte. Cette finalité se trouve à la fois fondée sur la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, notamment en ce qui concerne son droit à entretenir des relations stables et continues avec ses deux parents, et sur le principe de proximité, lequel postule que les autorités du pays de résidence habituelle de l'enfant sont les mieux à même d'apprécier la situation de celui-ci.

Cet instrument se trouve fondé sur des techniques juridiques spécifiques, dérogeant aux outils traditionnels de droit international privé. En effet, dans l'optique d'assurer un *prompt* retour de l'enfant dans son pays de dernière résidence habituelle et de dissuader les parents de telles pratiques illicites, la Convention met en place un système de coopération entre autorités nationales, dénommées « autorités centrales » et désignées par chacun des États parties³⁶. Le retour de l'enfant est alors assuré grâce à la coopération des autorités de l'État de sa dernière résidence habituelle (dénommé État requérant) et des autorités de l'État de refuge sur le territoire duquel l'enfant a été déplacé (dénommé État requis), investies d'obligations de communication d'informations et d'assistance les unes envers les autres, ainsi que de la saisine des juridictions de l'État requis. Cette action en remise de l'enfant, intentée dans la plupart des cas par le parent délaissé, présente néanmoins un caractère possessoire : elle vise uniquement à organiser la procédure de retour de l'enfant sans préjuger de l'attribution du droit de garde de celui-ci³⁷, en faveur du rétablissement du statut *quo ante* de l'enfant. La Convention foisonne également de règles matérielles internationales, en rupture avec la méthode conflictuelle classique de droit international privé.

Cette politique de lutte contre les déplacements illicites d'enfants à l'échelle internationale se trouve en outre renforcée par divers instruments internationaux, en particulier par la Convention des Nations Unies des Droits de l'enfant de 1989, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950 (Convention EDH) ou encore par la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des mineurs. A l'échelle régionale, cette politique se trouve également renforcée par le règlement européen *Bruxelles II bis*³⁸, lequel renforce les garanties d'un retour

36 L'article 6 de la Convention dispose à ce titre que « Chaque État contractant désigne une Autorité centrale chargée de satisfaire aux obligations qui lui sont imposées par la Convention ».

37 L'article 19 de la Convention dispose en effet que « Une décision sur le retour de l'enfant rendue dans le cadre de la Convention n'affecte pas le fond du droit de garde ».

38 Règl. (CE) n°2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions

immédiat de l'enfant en cas de déplacement illicite d'un État membre vers un autre, lequel sera remplacé dès le 1er août 2022 par le règlement *Bruxelles II ter*³⁹.

Bien que le mécanisme mis en place par la Convention de La Haye de 1980 s'avère satisfaisant, tant du point de vue du nombre d'États parties que du point de vue de l'effectivité de la procédure de retour immédiat de l'enfant, la multiplication et la complexification du contentieux des enlèvements internationaux d'enfants posent néanmoins certaines difficultés. Les évolutions contemporaines, et notamment migratoires, mettent en effet en avant le caractère inadapté de la Convention dans certains contextes. La politique de retour immédiat de l'enfant se trouve notamment de plus en plus confrontée à la question migratoire. En effet, en présence de demandes d'asile parallèles à une demande de retour de l'enfant enlevé, certaines juridictions nationales ont pu être confrontées à l'articulation pratique de ces politiques distinctes. L'effectivité de la Convention de 1980 se trouve parfois remise en cause dans un contexte migratoire du point de vue de l'établissement de la résidence habituelle de l'enfant (§1). Dans le cadre plus particulier de l'Union européenne, des difficultés se posent quant à l'articulation pratique des règlements *Bruxelles II bis* et *Dublin III* (§2). Enfin, lorsque le retour de l'enfant est demandé dans le pays tiers d'origine du parent ravisseur ayant parallèlement présenté une demande d'asile dans l'État de refuge, l'articulation des Conventions de La Haye et de Genève fait apparaître un conflit de logiques non dénué de conséquences (§3).

§1 : Les difficultés de détermination de la résidence habituelle de l'enfant dans un contexte migratoire

Le premier point de rencontre du contentieux des enlèvements internationaux d'enfants et des problématiques relatives à l'asile réside dans la détermination de la résidence habituelle de l'enfant enlevé. En effet, dans son préambule, la Convention de La Haye de 1980 met en avant l'objectif « de garantir le retour immédiat de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle ». Un tel rattachement à la résidence habituelle de l'enfant, purement procédural et non relatif au droit applicable, matérialise la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ce concept flou, consacré pour la première fois à l'échelle internationale par la Convention des Nations Unies du 10 novembre 1989⁴⁰, implique dès lors, selon la Convention, un retour de l'enfant dans son pays de

en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale.

39 Règl. (UE) 2019/111 du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfant.

40 Dont l'article 3 dispose que « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des

dernière résidence habituelle, justifié par des raisons de bonne administration de la justice (notamment en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives à la protection de l'enfant qui y seront rendues), de proximité (les autorités du pays de résidence habituelle ayant en leur possession tous les éléments propres à apprécier la situation sociale et matérielle de l'enfant) et de vie privée de l'enfant (ce dernier ayant grandi et développé des liens tant personnels que familiaux dans le pays de sa résidence habituelle). Ce principe s'explique également par les questions incidentes de responsabilité parentale, pour lesquelles les instruments internationaux prévoient la compétence de principe des autorités du pays de résidence habituelle de l'enfant comme étant les plus appropriées pour statuer sur le droit de garde de celui-ci. Cette notion fonctionnelle, fondée sur la prise en considération d'éléments factuels et facilement malléable, constitue à *priori* un point d'implantation stable de l'enfant vers lequel celui-ci a intérêt à être retourné en cas de déplacement illicite.

Néanmoins, la mobilité permanente des familles de migrants, et notamment de demandeurs d'asile, rend plus délicate la détermination de la résidence habituelle de l'enfant. Dans la perspective d'obtenir une protection internationale, les demandeurs d'asile multiplient en effet souvent leur demande de protection en se rendant successivement dans différents États, sans que l'on puisse conclure à l'intégration prépondérante du demandeur d'asile dans un État déterminé. Ces difficultés se trouvent en outre renforcées par l'absence de définition de la notion de résidence habituelle dans les instruments internationaux y faisant référence, tant dans la Convention de La Haye de 1980 que dans le règlement *Bruxelles II bis*. Bien que cette absence de définition soit avantageuse en ce qu'elle permet une détermination concrète de la résidence habituelle en fonction des circonstances de l'espèce, adaptée à la situation concrète de l'enfant, elle n'aboutit pas moins à des approches divergentes entre États, sources de complexité et d'imprévisibilité juridique, rendant incertain le lieu de retour de l'enfant déplacé. De telles divergences sont perceptibles entre juridictions nationales (par exemple quant au rôle attribué à l'intention des parents dans la détermination de la résidence habituelle de l'enfant) mais aussi au sein même des juridictions supranationales (la CJUE a pu rendre des décisions contradictoires sur le fondement du règlement *Bruxelles II bis*, retenant tantôt une approche factuelle de la notion appréciée selon les circonstances de l'espèce⁴¹, tantôt une approche plus conceptuelle, davantage fondée sur la volonté des parents de l'enfant⁴²).

Bien que l'articulation de ces disciplines soit encore rare en jurisprudence, les juridictions suisses ont pu être confrontées à cette problématique en 2018⁴³. Dans les faits, six mois après avoir

institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

41 CJUE, 2 avril 2009, aff. C-523/07.

42 CJUE, 22 décembre 2010, *Mercredi*, aff. C-497/10.

43 T. féd. Suisse, IIe Cour de droit civil, 23 mai 2018, *C. c/A., B.*, aff. n°5A_121/2018.

donné naissance à un enfant en Grèce, la famille de l'enfant se rend en Finlande où elle présente des demandes de statut de réfugié. Après rejet de leur demande, les membres de la famille se rendent en Suède pendant une semaine puis en Norvège. Sans l'accord du père de l'enfant, la mère se rend enfin en Suisse avec son enfant et y présente une demande d'asile en cours d'examen. Les juridictions suisses de l'État requis sont parallèlement saisies d'une demande de retour de l'enfant en Grèce présentée par le parent délaissé sur le fondement de la Convention de La Haye de 1980. Un conflit apparaît alors quant à la détermination de la résidence habituelle de l'enfant, celui-ci ayant été successivement déplacé dans différents États sans rester plus de six mois dans chacun d'eux. Dans le cadre d'une approche pragmatique, après avoir rappelé que la notion autonome de résidence habituelle de l'enfant se détermine d'après « le centre effectif de sa propre vie et de ses attaches ainsi que par d'autres facteurs susceptibles de faire apparaître que cette présence n'a nullement un caractère temporel ou occasionnel », les juridictions suisses retiennent en l'espèce que la dernière résidence habituelle de l'enfant déplacé se situe en Grèce au motif que l'enfant y dispose d'un statut de réfugié et d'un titre de séjour valable. Pour des raisons évidentes de simplicité et de sécurité juridique, le juge considère donc que la simple volonté des parents de l'enfant de faire d'un pays sa résidence habituelle ne suffit pas et qu'en présence d'un déplacement de l'enfant dans plusieurs États successifs, le centre de ses intérêts devait être caractérisé dans l'État dans lequel ce dernier disposait de droits prépondérants, notamment du statut de réfugié ou d'un titre de séjour valable.

Outre la pluralité d'États impliqués dans un contexte migratoire, la difficulté tient également à la détermination du rôle d'une demande de statut de réfugié sur la résidence habituelle de l'enfant. La présentation d'une demande d'asile ou la reconnaissance du statut de réfugié dans un État a-t-elle pour conséquence l'établissement d'une nouvelle résidence habituelle du demandeur d'asile ou du réfugié dans cet État ? Outre les juridictions suisses, lesquelles semblent accorder une importance à la reconnaissance du statut de réfugié de l'enfant dans un pays pour y établir sa résidence habituelle, une étude de droit comparé a pu être menée en 2017 dans le cadre de l'IAFL⁴⁴, relative aux effets d'une demande de statut de réfugié connexe sur la détermination de la résidence habituelle en vertu de la Convention de La Haye⁴⁵. Malgré l'absence de consensus, cette étude met en avant des pratiques majoritaires et opère une distinction fondée sur la volonté des parents de l'enfant. En effet, lorsque la demande de statut de réfugié est demandée par un seul parent au nom de l'enfant sans que l'autre parent en soit informé ou que la demande est présentée par le parent ravisseur durant le déplacement illicite, les juridictions concluent à l'absence d'effet sur la résidence habituelle de

44 International Academy of Family Lawyers.

45 V. C. Harnois, « Leaving on a Jet plane – Asylum and the Hague », *International Academy of Family Lawyers, 2017 Annual Meeting*, 15 sept. 2017, Reykjavik.

l'enfant, qui demeure dans l'État d'origine⁴⁶. En revanche, lorsque les deux parents ont présenté une demande de statut de réfugié pour l'enfant dans un État, leur volonté commune suffirait à entraîner un changement de résidence habituelle de l'enfant dans l'État de refuge, quand bien même la demande ne serait pas suivie d'effets⁴⁷.

La détermination de la résidence habituelle de l'enfant enlevé afin d'ordonner son retour immédiat en vertu de la Convention de La Haye s'avère donc complexe dans un contexte migratoire, compte tenu de la mobilité permanente de l'enfant demandeur d'asile et des effets d'une telle demande sur la localisation de sa résidence habituelle. Or, « l'instabilité de la résidence des familles de réfugiés ... rend l'application de la Convention de La Haye de 1980 particulièrement difficile, faute de pouvoir identifier le pays vers lequel l'enfant doit être retourné »⁴⁸. C'est pourquoi des solutions doivent être apportées à cette problématique afin de restaurer la pleine efficacité du mécanisme de la Convention de La Haye. L'on pourrait à ce titre envisager plusieurs solutions, dont aucune ne s'impose avec force et pour lesquelles aucun travail d'ampleur n'a pour le moment été réalisé. La première tiendrait à l'intégration dans le corps de la Convention de la définition de la notion de résidence habituelle, faisant référence au centre des intérêts de l'enfant du point de vue de sa vie personnelle et familiale, et de sa déclinaison dans le cas particulier du contexte migratoire (par exemple il pourrait être prévu qu'en cas de demande d'asile connexe, l'octroi du statut de réfugié reste sans incidence sur la résidence habituelle de l'enfant). Une telle consécration serait néanmoins attentatoire à l'adaptabilité de la notion de résidence habituelle relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond. L'on pourrait alors encourager les juridictions nationales à une approche unitaire de la résidence habituelle de l'enfant lorsque ce dernier a le statut de demandeur d'asile ou de réfugié, tout en laissant une marge d'appréciation aux juges pour adapter une telle notion au cas d'espèce dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans le cadre de l'Union européenne, l'on pourrait envisager de saisir la Cour de Justice de l'Union européenne par voie préjudicielle, afin que celle-ci uniformise la notion au niveau des États membres et précise son appréciation dans le contexte particulier des familles de demandeurs d'asile.

Outre les difficultés d'établissement de la résidence habituelle de l'enfant, auxquelles nous ne consacrerons pas d'étude approfondie compte tenu de sa dépendance de situations purement factuelles, l'appréciation des exceptions au retour de l'enfant constitue également un terrain

46 *Solem v Solem*, 2013 ONSC 1097 (CanLII) Superior Court of Justice of Ontario ; *Miltiadous v Tetervak*, 2010, United States District Court of the Eastern District of Texas.

47 *Csoke v Fustos*, 2013 ONSC 2417, Superior Court of Justice of Ontario.

48 S. Corneloup, « Demande de retour d'un enfant enlevé et principe de non-refoulement des réfugiés : lorsque la Convention de La Haye de 1980 rencontre la Convention de Genève de 1951 », *art. préc.* (note 14), p.775.

important d'interaction du contentieux des enlèvements internationaux d'enfants et des problématiques de droit d'asile, tant à l'échelle européenne qu'internationale⁴⁹.

§2 : L'articulation problématique des règlements *Bruxelles II bis* et *Dublin III* en droit de l'Union européenne

La diversification progressive des compétences législatives de l'Union européenne l'a conduite à appréhender différents pans des relations internationales, privées comme publiques. Cet interventionnisme européen par voie normative et jurisprudentielle se trouve justifié par les principes de libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux, par le principe de confiance mutuelle entre États membres et par le principe d'équivalence de leur législation interne.

Dans le contentieux des déplacements illicites d'enfants, le règlement *Bruxelles II bis* traduit la volonté du législateur européen de renforcer les mécanismes mis en place par la Convention de La Haye de 1980 liant tous les États membres, sans se substituer à ceux-ci, lorsque l'enfant déplacé illicitement dans un État membre avait sa résidence habituelle dans un autre État membre de l'Union⁵⁰. Le règlement prévoit à ce titre une accélération de la procédure de retour de l'enfant, en prévoyant un délai contraignant de six semaines⁵¹, purement indicatif dans le cadre de la Convention de 1980. Il limite en outre les exceptions au retour de l'enfant posées par la Convention de La Haye, notamment par son article 13§1 (b), lequel prévoit la faculté pour les autorités de l'État de refuge de refuser d'ordonner le retour de l'enfant lorsqu'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 ». A titre d'illustration, le règlement fait obstacle au refus du retour de l'enfant sur le fondement de l'article 13 lorsque des mesures adéquates de protection de l'enfant ont été prises dans l'État de sa résidence habituelle⁵². Enfin, il met en place une procédure dite de « *fast-track* » ayant pour finalité de donner plein effet au caractère possessoire de la procédure de retour de l'enfant. Elle permet à ce titre à l'État d'origine de l'enfant (c'est-à-dire de sa dernière résidence habituelle) d'ordonner le retour de celui-ci quand bien même les juridictions de l'État de refuge

49 C. Harnois, « Courts seized with Hague applications have taken into consideration refugee claims or grants mainly for the determination of the habitual residence of the child as well as when assessing the exceptions to the return », « Leaving on a Jet plane – Asylum and the Hague » *art. préc.* (note 45), p. 5.

50 Art. 11§1, Règl. *Bruxelles II bis*.

51 Art. 11§3 ali. 2, Règl. *Bruxelles II bis*.

52 Art. 11§4, Règl. *Bruxelles II bis*.

auraient rendu une décision de non-retour sur le fondement de la Convention de La Haye⁵³.

Dans le contentieux du droit d'asile et du statut des réfugiés, le règlement *Dublin III* de 2013 met en place un système de répartition des compétences entre États membres pour connaître des demandes d'asile présentées par des ressortissants de pays tiers dans un État membre selon différents critères⁵⁴. Fondé sur un mécanisme similaire à celui adopté par la Conférence de La Haye, il vise à assurer le transfert du demandeur d'asile vers l'État membre responsable de son traitement sans préjuger du traitement au fond de la demande d'asile. Cet instrument permet ainsi de lutter contre le *forum shopping*⁵⁵ et la fraude en matière de droit d'asile en permettant à l'État ayant le plus intérêt à réglementer son statut de traiter de la demande. Ainsi, si le demandeur d'asile présente une demande de protection dans un État membre non-responsable de son traitement, ce dernier doit, après transmission et acceptation de la requête par l'État membre requis, rendre une décision de transfert du demandeur dans l'État membre responsable devant être exécutée dans un délai de six mois. Ce règlement se trouve en outre accompagné de quatre directives (les directives « Accueil »⁵⁶, « Procédures »⁵⁷, « Qualifications »⁵⁸ et « Retour »⁵⁹) transposées dans le droit interne de chaque État membre⁶⁰. Cet ensemble de textes, unifiant les procédures et les notions relatives au droit d'asile dans les États membres, a vocation à régir le statut des personnes protégées sur le territoire d'un État membre en reprenant les principes de la Convention de Genève et en les complétant, par exemple par la création du statut de la protection subsidiaire bénéficiant aux personnes craignant dans leur pays d'origine des risques de persécution mais ne relevant pas de la définition du réfugié au sens de la Convention de Genève⁶¹.

53 Art. 11§8, Règl. *Bruxelles II bis*.

54 Art. 1er, Règl. *Dublin III*.

55 P. de Vareilles-Sommières le définit comme « une pratique se rencontrant en contentieux international, et par laquelle un plaideur procède au choix d'un tribunal pour y porter son procès », « Le forum shopping devant les juridictions françaises », in *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, 14ème année, 1998-2000, pp. 49-82.

56 Dir. 2013/33/UE du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale.

57 Dir. 2013/32/UE du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale.

58 Dir. 2011/95/UE du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection.

59 Dir. 2008/115/CE du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

60 Transposées en droit français dans le CESEDA.

61 Art. 2(f), dir. *Qualifications*.

Bien que la finalité de chacun de ces instruments apparaisse à *priori* distincte, la question de leur articulation tend néanmoins à émerger en jurisprudence en présence d'une demande d'asile parallèle à une demande de retour de l'enfant enlevé. Deux difficultés se posent alors.

D'abord, l'appréciation de l'illicéité du déplacement de l'enfant lorsque celui-ci se trouve déplacé en vertu d'une décision de transfert sur le fondement du règlement *Dublin III*. Cette problématique a pu se présenter devant la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) dans un arrêt récent du 2 août 2021⁶² dans lequel la Cour a eu à se prononcer pour la première fois sur la question de l'articulation des règlements *Bruxelles II bis* et *Dublin III*. En l'espèce, un couple de nationalité iranienne, résidant initialement en Finlande et s'étant par la suite installé en Suède, a donné naissance à un enfant en 2019 en Suède où l'enfant détient sa résidence habituelle. La mère, après avoir introduit une demande d'asile pour elle et son enfant en Suède, a été transférée avec son enfant par les autorités suédoises en Finlande sur le fondement du règlement *Dublin III* pour le traitement de sa demande d'asile, fondée sur des craintes de violences de la part de son mari et des membres de sa famille. Suite à un recours intenté par le père, la décision de transfert fût toutefois annulée par les autorités suédoises pour des raisons procédurales. Parallèlement, le père de l'enfant saisit les juridictions finlandaises d'une demande de retour de l'enfant en Suède au motif que le déplacement de l'enfant par sa mère en Finlande était illicite au sens de la Convention de La Haye car effectué en l'absence de consentement du père qui exerçait conjointement le droit de garde de l'enfant.

En première instance et en appel, les juridictions finlandaises rejettent la demande de retour de l'enfant sur le fondement du règlement *Bruxelles II bis* pour absence d'illicéité du déplacement. La Cour suprême de Finlande pose néanmoins une question préjudicielle à la CJUE sur cette problématique inédite. Dans sa décision, la CJUE conclut à l'absence de déplacement illicite au motif que le déplacement de l'enfant n'avait eu lieu qu'en conséquence de la décision de transfert et ce même en cas d'annulation postérieure de la demande de transfert dès lors que l'État de résidence (en l'espèce la Suède) n'avait pas pris une décision de reprise en charge de la mère et de l'enfant et ne les avait pas autorisés à séjourner sur leur territoire. Cette décision pose cependant difficulté du point de vue de la politique de retour immédiat de l'enfant. En effet, quand bien même le déplacement de l'enfant était consécutif à une décision de transfert, ce déplacement a bien eu lieu en violation du droit de garde effectivement exercé par le père, caractérisant ainsi un déplacement illicite au sens de la Convention de La Haye et du règlement *Bruxelles II bis* et imposant en principe un retour immédiat de l'enfant dans son pays de résidence. La CJUE refuse dès lors un traitement

62 CJUE, 2 août 2021, *A. c/ B*, aff. C-262/21 PPU.

distinct des procédures et fait prévaloir la politique migratoire en faveur de l'effectivité du règlement *Dublin III*.

Ensuite, la seconde difficulté mise en avant par l'articulation de ces instruments réside dans la protection des droits fondamentaux de l'enfant. Le retour de l'enfant dans son pays de résidence habituelle, tout comme le transfert du demandeur d'asile dans l'État membre responsable du traitement de sa demande, peut l'exposer à une violation de ses droits fondamentaux. La difficulté tient alors à l'approche différenciée de la CJUE selon la matière en cause. En effet, en matière de droit d'asile, la CJUE considère que l'État membre non-responsable ne peut pas transférer le demandeur d'asile lorsque ce dernier encourt dans l'État membre responsable un risque de torture ou de traitements ou peines inhumains et dégradants⁶³ (cette solution pouvant s'apparenter à une déclinaison du principe de non-refoulement garanti par le droit de l'asile). En cas d'enlèvements illicites, la CJUE se montre néanmoins plus stricte et considère qu'un État membre ne peut pas refuser d'ordonner le retour de l'enfant dans son pays de résidence habituelle au motif d'une violation des droits fondamentaux sur le fondement du règlement *Bruxelles II bis*⁶⁴. Lorsqu'un enfant demandeur d'asile, sujet de la demande de retour, est transféré dans son État de résidence habituelle dans lequel il est exposé à une violation de ses droits fondamentaux, la question se pose alors de savoir quel intérêt faire prévaloir. Il semblerait dans ce cas que la CJUE fasse primer le régime public de l'asile sur la politique de retour de l'enfant compte tenu de sa décision de 2021, mais l'absence de certitude quant à la protection effective des droits fondamentaux de l'enfant pose difficulté.

En conclusion, cette articulation des règlements *Bruxelles II bis* et *Dublin III* met en lumière l'inadaptation des instruments de droit international privé dans un contexte migratoire et la nécessité de leur fonctionnement harmonieux, sans remise en cause de l'effectivité de l'un en faveur de l'autre. Une amélioration du contentieux pourrait résider dans une approche distincte des deux procédures, en appréciant les conditions de chacune d'elle. Notamment dans sa décision de 2021⁶⁵, la CJUE aurait pu caractériser l'illicéité du déplacement de l'enfant mais faire exception à son retour sur le fondement de l'exécution d'une décision de transfert ou imposer à l'État de résidence habituelle une reprise en charge de la famille sur le terrain du droit d'asile et admettre parallèlement le retour de l'enfant. En terme de protection des droits de l'Homme, l'une des propositions pourrait tenir à la consécration dans les textes des règlements d'une exception au retour, tant de l'enfant que du

63 CJUE, 21 décembre 2011, *N.S. et M.E.*, aff. C-411/10 et C-493/10,.

64 CJUE, 22 décembre 2010, *Aguirre*, aff. C-491/10 PPU.

65 *V. supra* (note 62).

demandeur d'asile transféré, lorsque celui-ci craint dans son pays d'origine une violation de ses droits fondamentaux.

Il convient néanmoins de relativiser cette problématique propre à l'articulation des instruments de droit de l'Union européenne. La plupart des États membres de l'Union européenne bénéficient en effet d'une présomption de respect des droits fondamentaux⁶⁶, rendant peu probable le transfert d'un demandeur d'asile dans un État membre dans lequel il encourt une violation de ses droits fondamentaux. De plus, d'un point de vue statistique, le mécanisme de transfert mis en place par le règlement *Dublin III* est en pratique très peu effectif⁶⁷, ce qui rend le contentieux de son articulation avec le règlement *Bruxelles II bis* extrêmement rare en pratique. C'est pourquoi l'étude de cette articulation ne fera pas l'objet de développements approfondis.

Plus problématique apparaît en revanche l'articulation des conventions de La Haye de 1980 et de Genève de 1951 lorsque le retour de l'enfant enlevé est demandé dans l'État tiers d'origine du parent ravisseur, demandeur d'asile dans l'État de refuge.

§3 : Les difficultés suscitées par une demande d'asile connexe à une demande de retour de l'enfant dans l'État d'origine du parent ravisseur, demandeur d'asile

Lorsque le parent délaissé demande le retour de l'enfant enlevé sur le fondement de la Convention de La Haye de 1980 vers son pays de résidence, également pays tiers d'origine du parent auteur du déplacement, des problématiques d'une importance particulière apparaissent lorsque le parent ravisseur présente une demande de statut de réfugié dans l'État de refuge sur le territoire duquel se trouve l'enfant enlevé. Cette situation ne pose pas de difficulté lorsque le contexte factuel constitue à la fois un motif justifiant une protection internationale de l'enfant et une exception au retour de celui-ci dans son pays de résidence. Ainsi, lorsque l'enfant s'est vu reconnaître le statut de réfugié sur le territoire de l'État de refuge sur le fondement de la Convention de Genève, c'est-à-dire lorsque celui-ci craint avec raison d'y être persécuté en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques⁶⁸, une telle crainte constituera la plupart du temps un risque grave pour l'enfant au sens de l'article 13 de la Convention de La Haye ou une violation de ses droits fondamentaux au sens de

66 CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus*, n°45036/98.

67 T. Fleury Graff et A. Marie constatent qu'en 2019, seuls 11% des requêtes de transfert ont abouti sur le fondement du règlement *Dublin III*, *Droit de l'asile, op. cit.* (note 8), n° 138.

68 Art. 1-A, Convention de Genève de 1951.

son article 20⁶⁹, faisant ainsi échec au retour de l'enfant dans son pays de résidence habituelle.

Cependant, lorsque les craintes de persécution alléguées par l'enfant dans son pays d'origine sont en cours de détermination dans l'État de refuge et que ce dernier n'est pas directement demandeur d'asile ni encore reconnu comme étant réfugié, la demande de retour de celui-ci dans le pays tiers d'origine du parent ravisseur également demandeur d'asile pose des difficultés inédites. Le cloisonnement des deux disciplines fait en effet apparaître des logiques contradictoires, préjudiciables tant du point de vue de l'effectivité des instruments internationaux les concernant que du point de vue de la protection de l'enfant sujet de la demande de retour, récemment mises en lumière par le Professeur Sabine Corneloup⁷⁰. Cette problématique, à laquelle nous limiterons nos prochains développements, s'est récemment présentée devant les juridictions anglaises, plus précisément dans une décision « *G v G* » de la Cour suprême du Royaume-Uni rendue le 19 mars 2021⁷¹, qui servira de point de référence à nos futurs développements et ayant permis la mise en lumière des points litigieux suscités par cette problématique.

Dans les faits, un enfant est né en Afrique du Sud en 2012 de l'union d'un père de nationalité autrichienne et d'une mère de nationalité sud-africaine. Après le prononcé du divorce du couple en 2018 pour cause d'abus sexuels reprochés au mari, la mère se rend d'abord seule au Royaume-Uni pour y trouver un emploi. Après être retournée brièvement en Afrique du Sud en 2020, la mère s'est à nouveau rendue au Royaume-Uni avec son enfant sans le consentement du père qui s'était vu attribué, conjointement avec la mère, le droit de garde de l'enfant. Sur le fondement d'une coopération entre autorités centrales des pays de résidence de l'enfant (Afrique du Sud, non membre de l'Union européenne⁷²) et de refuge de celui-ci (Royaume-Uni), le père saisit les juridictions anglaises d'une demande de retour de l'enfant sur le fondement de la Convention de La Haye. Parallèlement à cette demande, la mère, auteur du déplacement illicite, forme une demande de statut de réfugié au Royaume-Uni en son nom et en désignant l'enfant comme personne à charge, fondée sur une crainte de persécutions par les membres de sa famille en Afrique du Sud du fait de son orientation sexuelle⁷³. La mère invoque alors le risque grave subi par l'enfant en cas de retour dans

69 Lequel 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 ».

70 S. Corneloup, « Demande de retour d'un enfant enlevé et principe de non-refoulement : lorsque la Convention de La Haye de 1980 rencontre la Convention de Genève de 1951 », *Revue critique de DIP*, 2021, p. 773 s.

71 Cour suprême du Royaume-Uni, 19 mars 2021, *G (Appellant) v G (Respondent)*, [2021] UKSC 9. Décision consultable sur <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2020-0191-judgment.pdf>.

72 Excluant ainsi l'applicabilité du règlement *Bruxelles II bis*.

73 Au point 23 de l'arrêt, la mère met en avant dans ses déclarations qu'après avoir avoué son homosexualité à sa sœur, elle aurait été menacée par les membres de sa famille et soumise à une cérémonie de « purification » douloureuse au sein de sa famille. Elle indique craindre que ces menaces se répercutent sur son enfant et l'exposent à des violences domestiques (*notre traduction*).

son pays d'origine ainsi que son opposition à son retour sur le fondement des articles 13§1 (b) et 13§2 de la Convention de La Haye⁷⁴ pour s'opposer au retour de l'enfant.

Le caractère illicite du déplacement tout comme la détermination de la résidence habituelle de l'enfant ne posaient pas de difficulté. En première instance, la *High Court* suspend la demande de retour de l'enfant dans l'attente de la détermination de la demande d'asile de celui-ci par le *Home Office* (autorité en charge de l'asile au Royaume-Uni). En appel, la *Court of Appeal* ordonne néanmoins l'exécution de l'ordre de retour de l'enfant au motif que celui-ci n'a pas présenté de demande d'asile en son nom mais a simplement été désigné comme personne à charge dans la demande faite par le parent ravisseur. Saisie d'un pourvoi, la Cour suprême fait quant à elle droit à la demande de la mère et considère qu'un enfant désigné comme personne à charge dans la demande d'asile de son parent, pouvant être objectivement considéré comme ayant fait une demande de protection internationale, bénéficie d'une protection contre le refoulement dans l'attente de la détermination de cette demande de sorte que, jusque là, une décision de retour dans le cadre de la procédure de la Convention de La Haye de 1980 ne peut pas être exécutée⁷⁵.

Ce cas de figure a pu récemment émerger devant les juridictions françaises, notamment devant le Tribunal judiciaire de Strasbourg en 2021⁷⁶. Dans les faits, un couple donne naissance à un enfant en 2013 en Biélorussie, où se situe sa résidence habituelle. En 2021, la mère s'est rendue en France avec son enfant sans le consentement du père et a refusé de le ramener en Biélorussie. Les juridictions françaises sont saisies d'une demande de retour de l'enfant par le père mais, parallèlement, la mère de l'enfant présente en France une demande de statut de réfugié pour elle et son enfant, indiquant craindre des persécutions politiques du fait des autorités biélorusses, et s'opposant à ce titre au retour de l'enfant en Biélorussie. Bien que la présente affaire ait été principalement appréhendée sous l'angle des relations entre le père et l'enfant, les juridictions françaises ayant considéré que l'absence de dispositions adéquates prises pour assurer la protection et les besoins essentiels de l'enfant en cas de retour en Biélorussie exposait ce dernier à un danger psychique avéré au sens de l'article 13§1 (b) de la Convention de La Haye, le tribunal appréhende néanmoins la question migratoire. Afin de refuser le retour de l'enfant, il se fonde en outre sur la demande d'asile présentée par la mère en attente de détermination en France pour conclure que le retour de l'enfant dans l'attente de la détermination de la demande d'asile n'est pas envisageable. Le

74 Prévoyant la faculté pour l'autorité saisie de refuser d'ordonner le retour de l'enfant en cas de risque grave que celui-ci ne l'expose à un danger physique ou psychique ou ne le place dans une situation intolérable ainsi qu'en cas d'opposition de l'enfant intégré dans son nouvel environnement et ayant une maturité imposant de tenir compte de son point de vue.

75 Pt 178.

76 TJ Strasbourg, 29 octobre 2021, n° RG 21/06323.

Tribunal judiciaire semble donc adopter une solution similaire à la Cour suprême du Royaume-Uni, bien que sa décision soit moins remarquable en ce qu'elle ne traite pas de manière centrale et étayée de cette question.

Le contexte factuel de ces deux affaires font dès lors apparaître une question essentielle, dont la réponse constituera le point central de nos futurs développements : *Le retour d'un enfant vers son pays d'origine peut-il être ordonné sur le fondement de la Convention de La Haye de 1980 lorsque celui-ci a le statut de réfugié ou de demandeur d'asile dans le pays de refuge ? Dans une telle situation, comment articuler Convention de Genève de 1951 et Convention de La Haye de 1980 ?*

Comme indiqué dans le cadre de l'introduction, nous répondrons à cette question en mettant en avant les finalités contradictoires des procédures d'asile et de retour de l'enfant en vertu de ces instruments internationaux (chapitre I) afin d'envisager plusieurs propositions de coordination de ces procédures pour assurer leur fonctionnement harmonieux (chapitre II).

CHAPITRE I

Les finalités contradictoires des conventions de La Haye de 1980 et de Genève de 1951, sources de difficultés d'articulation

Dans le cadre d'une demande de retour de l'enfant enlevé dans le pays tiers d'origine du parent ravisseur demandeur d'asile, l'articulation des Conventions de La Haye et de Genève met en exergue la poursuite d'objectifs antagonistes, dont la mise en œuvre additionnelle risque d'aboutir à la neutralisation de l'une par l'autre. Leur interaction fait en effet apparaître des contradictions d'ordre substantiel (section I) et d'ordre procédural (section II).

Section 1 : Les contradictions d'ordre substantiel

D'un point de vue matériel, l'antinomie résulte, d'une part, de l'objectif de retour immédiat de l'enfant poursuivi par la Convention de La Haye de 1980 (§1) et, d'autre part, de l'objectif de protection de celui-ci contre le refoulement poursuivi par la Convention de Genève dans le cadre de la procédure d'asile (§2).

§1 : Le principe du retour immédiat de l'enfant

Lorsque les conditions d'application de la Convention de La Haye de 1980 sont réunies, son objectif est d'assurer le retour de l'enfant dans son pays de résidence habituelle. Plus encore, ce retour se doit d'être « immédiat » dès lors que le déplacement illicite dure depuis moins d'un an. À ce titre, l'article 12 de la Convention dispose que « Lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement au sens de l'article 3 et qu'une période de moins d'un an s'est écoulée à partir du déplacement ou du non-retour au moment de l'introduction de la demande devant l'autorité judiciaire ou administrative de l'État contractant où se trouve l'enfant, *l'autorité saisie ordonne son retour immédiat* ». Les auteurs de la Convention ne laissent donc pas, à *priori*, de marge de manœuvre aux autorités saisies de l'action en remise de l'enfant, qui se devront de le retourner promptement dans son pays de résidence habituelle.

Cet objectif se justifie par les arguments qui sous-tendent l'adoption de cet instrument. Le retour immédiat de l'enfant permet en effet de lutter contre les enlèvements internationaux d'enfants en mettant le plus rapidement possible fin à une telle voie de fait et en restituant le *statut quo* de l'enfant dans son intérêt supérieur. Il permet en outre d'aboutir à une attribution rapide du droit de garde de l'enfant dans son pays d'origine, mettant ainsi fin à l'incertitude dans laquelle il se trouve. Enfin, un tel retour permet de dissuader les parents du déplacement illicite de leurs enfants en leur empêchant de tirer profit d'une telle pratique, notamment de modifier unilatéralement les règles de compétence relatives à la responsabilité parentale.

La Convention fait néanmoins exception à ce principe de retour immédiat dans certains cas énumérés aux articles 13 et 20, dont les principaux tiennent généralement à l'intégration de l'enfant dans son nouvel environnement, à l'existence d'un risque grave que ce retour ne l'expose à un danger physique ou psychique ou ne le place dans une situation intolérable ou encore à la violation des droits fondamentaux protégés par l'État de refuge, et fondés sur l'intérêt de l'enfant apprécié concrètement, eu égard aux circonstances de l'espèce. Pour assurer l'efficacité de la politique de retour immédiat, ces exceptions font néanmoins l'objet d'une interprétation stricte⁷⁷, et au regard d'une appréciation succincte de la situation concrète de l'enfant⁷⁸, rendant rares en pratique les décisions de non-retour de celui-ci. Les autorités en charge du contentieux des enlèvements se trouvent donc dans une situation inconfortable, tiraillées entre le souhait d'assurer l'effectivité de la politique poursuivie par la Convention de La Haye et par une appréciation concrète des effets du retour de l'enfant sur sa situation.

Outre la remise en cause de cet objectif de retour immédiat par le phénomène de fondamentalisation du contentieux de l'enlèvement international d'enfants⁷⁹, il se peut néanmoins que cet objectif entre en conflit avec ceux poursuivis par le droit de l'asile, notamment avec le principe de non-refoulement.

77 A titre d'illustration en droit français, depuis un arrêt Cass, civ. 1ère, 25 janvier 2005, n°02-17.411, la Cour de cassation retient une conception restrictive de la notion de « danger » au sens de l'article 13§1 b de la Convention et considère qu'il ne peut résulter de la seule séparation de l'enfant d'avec son parent ravisseur dans l'État de refuge.

78 Le T. féd. Suisse, IIe Cour de droit civil, 23 mai 2018, aff. n°5A_121/2018, C. c/A. B., retient par exemple à ce titre que « dans le cadre du mécanisme de la ClH80, il n'y a pas lieu de procéder à un examen approfondi de la situation complète pour rendre une décision sur le fond de la cause : il suffit que les juridictions nationales examinent et motivent succinctement les éléments plaidant en faveur du retour de l'enfant dans le pays de provenance ... ».

79 V. à titre d'illustration CEDH, 16 juillet 2010, n°41615/07, *Neulinger et Schuruk c. Suisse*, imposant une application de la Convention de La Haye dans le respect des droits fondamentaux et concluant à la violation de l'article 8 de la Conv. EDH par la Suisse, ayant ordonné le retour de l'enfant dans son pays d'origine malgré son intégration et la création d'une vie familiale dans l'État de refuge.

§2 : Le principe de non-refoulement

En droit international des réfugiés, l'une des conséquences de la reconnaissance du statut de réfugié consiste dans le droit pour ce dernier de se maintenir sur le territoire de l'État d'accueil et dans sa protection contre le refoulement. Le principe de non-refoulement désigne de manière générale l'interdiction pour un État de renvoyer une personne réfugiée sur le territoire d'un pays dans lequel sa vie ou sa liberté y serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques. Protégé au niveau international par l'article 33 de la Convention de Genève⁸⁰ auquel aucune réserve ne peut être faite par les États parties⁸¹ et garanti par de nombreux autres textes nationaux, européens et internationaux, le principe de non-refoulement s'est vu reconnaître une valeur coutumière par le HCR⁸², lui donnant ainsi une portée extraterritoriale. Il traduit ainsi la responsabilité de chaque État quant à la protection minimale des personnes internationalement protégées sur son territoire. Largement entendu, ce principe bénéficie non seulement aux personnes réfugiées mais aussi aux demandeurs d'asile⁸³, c'est-à-dire aux personnes n'ayant pas encore été reconnues réfugiées mais ayant présenté une demande de protection internationale en cours de détermination devant les autorités compétentes.

La difficulté tient néanmoins à la circonscription de ses bénéficiaires, notamment en présence d'enfants. Transposable dans le cadre des enlèvements internationaux d'enfants lorsque l'enfant sujet de la procédure d'asile fait également l'objet d'une demande de retour dans son pays d'origine, la question se pose de savoir si l'enfant d'un demandeur d'asile ou d'une personne reconnue comme réfugiée bénéficie également d'une protection contre le refoulement. Une telle question ne pose pas de difficulté lorsque l'enfant lui-même a présenté une demande d'asile indépendante ou qu'une décision définitive lui reconnaissant ou lui refusant expressément le statut de réfugié a été rendue dans l'État d'accueil. La situation s'avère cependant plus complexe lorsque l'enfant n'a pas présenté de demande indépendante et se trouve simplement désigné comme personne à charge dans la demande d'asile de son parent. Tel était notamment le cas dans l'affaire *G v G*⁸⁴ de 2021 dans laquelle l'enfant dont le retour est demandé en Afrique du Sud par le parent

80 L'article 33§1 de la Convention dispose que « Aucun des États Contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ».

81 Art. 42, Convention de Genève de 1951.

82 UNHCR, *Advisory opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 convention relating to the Status of Refugees and its 1967 protocol*, 26 janvier 2007, §5.

83 Comité exécutif du Programme du Haut-Commissaire, *Non-refoulement*, n°6 (XXVIII), 12 oct. 1977.

84 *V. supra* (note 71).

délaissé était désigné comme personne à charge dans la demande d'asile présentée au Royaume-Uni par sa mère, auteur du déplacement illicite. La question se posait alors de savoir si l'enfant bénéficiait du principe de non-refoulement, faisant obstacle à son retour en Afrique du Sud où il pourrait craindre des violences par extension du fait de l'homosexualité de sa mère.

Du point de vue des bénéficiaires du principe de non-refoulement, les pratiques nationales sont divergentes. À titre de comparaison, en droit français de l'asile, les enfants désignés comme personnes à charge dans la demande principale de leur parent sont assimilés à des demandeurs d'asile en vertu de la jurisprudence⁸⁵ et du Ceseda⁸⁶. Ils bénéficient également par extension du statut de réfugié lorsque celui-ci est reconnu à leur parent en vertu du principe d'unité de famille⁸⁷, fondé depuis 2013 non seulement sur l'idée d'une communauté de vie entre les membres de la famille mais aussi sur celle d'une communauté de risques entre eux⁸⁸ (l'on parle dans ce cas de « *réfugiés sans craintes* ») et bénéficient à ce titre du principe de non-refoulement. Au Canada, les juridictions nationales considèrent quant à elles que le principe de non-refoulement ne bénéficie qu'au demandeur principal et ne s'applique que dans la procédure d'asile⁸⁹. Au Royaume-Uni, les autorités nationales sont divergentes, étant tantôt favorables à l'extension du principe à l'enfant désigné à charge, tantôt favorables à sa circonscription au demandeur principal. De telles divergences ont pu être mises en lumière dans l'affaire *G v G* dans laquelle la cour d'appel avait considéré que l'enfant désigné à charge dans la demande d'asile de son parent n'était pas un demandeur d'asile et ne bénéficiait donc pas du principe de non-refoulement, alors que l'autorité en charge de l'asile avait retenu le contraire. La Cour suprême conclut finalement à l'extension du principe de non-refoulement à l'enfant désigné à charge dans la demande d'asile de son parent et retient selon notre traduction qu'une « demande de protection internationale faite par un demandeur principal désignant un enfant comme personne à charge est également une demande de l'enfant »⁹⁰.

De telles divergences ont néanmoins des conséquences pratiques considérables dans le contentieux des déplacements illicites : en l'absence de protection contre le refoulement, l'enfant pourra être retourné dans son pays d'origine dans lequel son parent ravisseur craint des persécutions

85 CE, 27 janvier 2021, *Ofii c/ Mme Abdonlahor*, n°445958.

86 Art. L.521-3, Ceseda.

87 CE, ass., 2 décembre 1994, *Mme Agyepong*, n°112842, ayant considéré que « les principes généraux du droit applicables aux réfugiés, résultant notamment des stipulations de la Convention de Genève, imposent, en vue d'assurer pleinement au réfugié la protection prévue par ladite Convention, que la même qualité soit reconnue ... aux enfants mineurs de ce réfugié ».

88 CE, avis, 20 novembre 2013, *Leb*, n°368676.

89 *Kovacs v Kovacs*, 2002, 49485(ON SC) (Ontario Superior Court of Justice).

90 Pt 117 de l'arrêt.

au détriment de la politique de protection contre le refoulement. Dans le cas contraire, le principe de non-refoulement s'opposera au retour de l'enfant, au détriment de la politique de retour immédiat de celui-ci, traduisant un conflit de logique entre les objectifs substantiels poursuivis par chacun des instruments et eu égard aux seules circonstances de l'espèce.

Du point de vue de la durée de la protection, il semble néanmoins admis que la protection contre le refoulement perdure tout au long de la procédure d'asile jusqu'à épuisement des voies de recours (ce qui a pu notamment être affirmé dans l'affaire *G v G*⁹¹ ainsi que par le Tribunal judiciaire de Strasbourg dans son ordonnance de 2021⁹²) et tant que la personne se voit reconnaître le statut de réfugié.

Il convient selon nous d'admettre **l'extension du statut de demandeur d'asile et donc du principe de non-refoulement à l'enfant désigné comme personne à charge dans la demande d'asile de son parent** dans l'attente de la détermination de celle-ci, sans qu'il apparaisse nécessaire de formuler une demande d'asile distincte. En effet, l'enfant mineur se trouve dans la dépendance de son parent et partage indirectement les craintes subies par ce dernier en raison de son jeune âge et de sa proximité de vie avec son parent et se doit donc d'être protégé contre tout risque de persécution, même éventuel. De surcroît, le principe de non-refoulement se voit aujourd'hui attribuer une portée universelle au-delà du seul droit international des réfugiés au titre du droit international des droits de l'Homme⁹³ et du droit au respect de la vie privée et familiale⁹⁴. Il doit ainsi bénéficier à toute personne le justifiant même en l'absence de statut de réfugié, d'autant plus lorsque l'enfant dont il est question a un lien de proximité indéniable avec le demandeur d'asile principal. Les arguments avancés en ce sens par certaines institutions⁹⁵, juridictions nationales et par certains auteurs s'avèrent en outre pertinents et permettent de conforter nos propos. Le Professeur Sabine Corneloup souligne notamment, et à juste titre, que « la présomption d'une communauté de risques ... appelle une protection de l'enfant contre le refoulement »⁹⁶.

91 Pts 134 et 140.

92 *V. supra*, note 76.

93 Notamment au titre des articles 3§1 de la Convention des Nations Unies de 1989 et 3 de la CEDH, érigeant un principe fondamental d'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants.

94 Art. 8, Conv. EDH.

95 *V. en ce sens* dans l'affaire *G v G* les avis de la SBS et du HCR, pts 54 et 55 de l'arrêt.

96 S. Corneloup, « Demande de retour d'un enfant enlevé et principe de non-refoulement des réfugiés : lorsque la Convention de La Haye de 1980 rencontre la Convention de Genève de 1951 », *Revue critique de DIP*, 2021, n°4, p. 779.

Dès lors, et pour conclure, la protection de l'enfant demandeur d'asile contre le refoulement s'oppose en principe au retour de celui-ci dans son pays d'origine lorsque la demande d'asile du parent ravisseur, y craignant des risques de persécution, est en cours de détermination dans l'État de refuge sur le territoire duquel se trouve l'enfant. Bien que certaines voix considèrent que le retour de l'enfant ordonné sur le fondement de la Convention de La Haye ne constitue pas une mesure de refoulement⁹⁷, il s'agit bien d'une mesure d'éloignement de l'enfant vers son pays d'origine où il pourrait craindre avec raison des risques de menaces, contraire au principe de non-refoulement. Bien que les objectifs respectifs de *prompt* retour de l'enfant et de protection de celui-ci contre le refoulement soient louables, ils n'en restent pas moins contradictoires et incitent à une logique de hiérarchisation dont l'appréciation relève du pouvoir exclusif des autorités nationales, source d'imprévisibilité et d'incohérence. C'est pourquoi il apparaît fondamental de traiter de façon cohérente ces demandes parallèles basées sur un même contexte factuel afin d'éviter des décisions contradictoires. Les modalités procédurales du traitement de chacune de ces demandes y fait néanmoins obstacle.

Section 2 : Les contradictions d'ordre procédural

Il résulte de ce qui a été envisagé précédemment que les contradictions substantielles auxquelles aboutit le traitement isolé de chacune des demandes encouragent à leur traitement coordonné. Néanmoins, l'exigence de célérité qui gouverne la procédure de retour immédiat de l'enfant (§1) apparaît difficilement conciliable avec la complexité de la procédure d'asile (§2).

§1 : L'impératif de célérité dans la procédure de retour de l'enfant enlevé

Le mécanisme de retour immédiat de l'enfant mis en place par la Convention de La Haye de 1980 ne peut aboutir qu'en vertu des impératifs de célérité et d'effectivité⁹⁸. Un tel mécanisme a en effet pour finalité de retourner l'enfant dans son pays d'origine sans qu'il soit statué au fond sur l'attribution du droit de garde de celui-ci. L'on comprend ainsi que la rapidité de la procédure se justifie par la volonté de ne pas permettre une consolidation d'un comportement illicite dans l'État de refuge ni une intégration de l'enfant dans son nouvel environnement. Dans ce dernier cas,

97 V. en ce sens la position du *Reunite International Child Abduction Centre* dans l'affaire *G v G* (pt 53) qui considère que l'ordonnance de retour de l'enfant n'est pas une forme de refoulement (*notre traduction*).

98 E. Galant retient à ce titre que « tel objectif de célérité est absolument indispensable dans le mécanisme de retour immédiat », « Règlement Bruxelles II bis : compétence, reconnaissance et exécution en matières matrimoniale et de responsabilité parentale », *Répertoire de droit international*, 2021, pt 193.

l'implantation stable et durable de l'enfant dans l'État de refuge et son épanouissement social et personnel rendent plus difficile son retour, d'abord du point de vue des dispositions mêmes de la Convention, dont l'article 12§2 exige le retour immédiat de l'enfant lorsque plus d'un an s'est écoulé depuis le déplacement de l'enfant « à moins qu'il ne soit établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu », mais aussi du point de vue des droits fondamentaux de l'enfant. La CEDH considère en effet que la création d'une vie familiale stable et ayant duré plusieurs années justifie le refus d'ordonner le retour de l'enfant dans son pays d'origine dans le but de garantir le droit au respect de sa vie privée et familiale⁹⁹. C'est pourquoi l'exigence de célérité imprègne les dispositions de la Convention tout au long de la procédure de retour de l'enfant, tant au stade de la coopération entre autorités centrales (A) qu'au stade de la décision des autorités judiciaires ou administratives de l'État de refuge (B).

A. Du point de vue de la coopération entre autorités centrales

Pour obtenir le retour de l'enfant, le parent délaissé peut saisir à son choix l'autorité centrale du pays d'origine (État requérant) ou de refuge de l'enfant (État requis). L'exigence de célérité pèse donc en premier lieu sur le demandeur, qui a tout intérêt à présenter sa demande moins d'un an après le déplacement de l'enfant pour éviter que l'intégration de ce dernier fasse obstacle à sa demande de retour en vertu des articles 12§2 et 13 de la Convention de 1980.

Une fois saisie, l'autorité centrale a quant à elle une obligation d'assistance, d'échange d'informations et de coopération auxquelles il peut être fait exception dans le seul cas où il apparaît manifeste que les conditions de la Convention ne sont pas réunies ou que la demande n'est pas fondée¹⁰⁰. En cas d'échec à parvenir à une remise volontaire de l'enfant, l'autorité centrale doit tout faire pour assurer « le retour *immédiat* » de celui-ci¹⁰¹. Cette obligation induit celle de saisir rapidement les autorités judiciaires ou administratives de l'État de refuge de l'enfant, seules compétentes pour statuer sur son retour. En droit français par exemple, lorsque l'autorité centrale est saisie du retour de l'enfant et que ce dernier se trouve en France, la demande doit être transmise sans délai au parquet général de la cour d'appel dans le ressort de laquelle se trouve l'enfant, qui transmettra ensuite la demande au Procureur général du Tribunal judiciaire dans le ressort duquel se trouve l'enfant, qui saisira à son tour le juge aux affaires familiales du Tribunal judiciaire

99 CEDH, 16 juillet 2010, *Neulinger et Schuruk c. Suisse*, n°41615/07.

100 CE, sect., 30 juin 1999, *M. Guichard*.

101 Art. 7, Convention de La Haye de 1980.

spécialement désigné¹⁰².

Le texte de la Convention ne prévoit cependant aucun délai de transmission de la demande par les autorités centrales. Il est toutefois aisé d'en déduire que ce délai doit être le plus bref possible en ce que chaque autorité centrale doit faire tout ce qui est en son pouvoir pour « satisfaire aux obligations qui lui sont imposées par la Convention »¹⁰³, notamment assurer le retour immédiat de l'enfant. Il est également possible de le déduire de l'article 9 de la Convention en vertu duquel l'autorité centrale, dans le cas particulier où l'enfant se trouve sur un territoire autre que celui des États requérant et requis, se doit de transmettre la demande de retour à cet État « *directement et sans délai* ». Cette exigence se retrouve dans les droits nationaux ayant transposé les exigences de la Convention de La Haye. Au Royaume-Uni par exemple, l'exigence de célérité est reprise par une loi de 1985¹⁰⁴. En droit français, la transmission tardive par l'autorité centrale des informations relatives à la situation de l'enfant aux autorités de l'État de refuge et ayant conduit à une décision de non-retour de l'enfant rendue par le juge étranger engage la responsabilité de l'autorité centrale, dont l'action relève de la compétence exclusive du juge administratif¹⁰⁵.

Une fois la demande de retour de l'enfant transmise par l'autorité centrale, l'exigence de célérité s'impose encore dans la phase juridictionnelle.

B. Du point de vue de la décision des autorités de l'État de refuge

Une fois saisie, l'autorité judiciaire ou administrative de l'État de refuge est tenue de statuer sur le retour de l'enfant dans un « délai de 6 semaines à compter de sa saisine », à défaut de quoi une « déclaration sur les raisons de ce retard » pourra être exigée par l'autorité centrale du pays de refuge de l'enfant ou par le demandeur lui-même¹⁰⁶. Bien que ce délai soit rarement respecté en pratique car formulé de manière simplement indicative, certains efforts sont faits en vue d'assurer son respect (dans le cadre de l'Union européenne par exemple, cette exigence est formulée de manière impérative¹⁰⁷).

102 C. pr. civ., art. 1210-5 – COJ, art. L.211-12.

103 Art. 6.

104 Pt 57, *G v G*.

105 S. Corneloup, « Le contentieux de la coopération des autorités centrales dans le cadre des conventions de La Haye : Compétence administrative ou judiciaire ? », *Revue crit. DIP*, 2000, pt 31.

106 Art. 11 ali. 2, Convention de La Haye de 1980.

107 Art. 11§3 ali. 2, règl. *Bruxelles II bis*.

Du point de vue de la nature de la procédure de retour de l'enfant, l'impératif de célérité se traduit par l'obligation pour les États contractants d'user de leurs procédures d'urgence¹⁰⁸, dont les formes varient selon les systèmes juridiques. La France a par exemple fait le choix de la procédure de référé contradictoire¹⁰⁹. Bien que rapides, les États prévoient néanmoins l'intervention de toutes les parties intéressées (parent ravisseur, parent délaissé et enfant enlevé) dans le respect du principe du contradictoire. Tel est notamment le cas au Royaume-Uni, ce dont peut témoigner l'affaire *G v G* dans laquelle toutes les parties avaient été entendues en audience¹¹⁰.

L'exigence de rapidité est en outre assurée compte tenu de l'objet même de la procédure, les autorités compétentes de l'État de refuge ne devant statuer que sur la question du retour de l'enfant et non sur le fond¹¹¹. Cet objet purement possessoire justifie un examen plus sommaire et rapide de la situation de l'enfant, sans entretien de ce dernier (sauf dans le cadre de l'Union européenne¹¹²) et selon le seul critère de la violation du droit de garde effectivement exercé par le parent délaissé au moment du déplacement de l'enfant. À ce titre, sont seules prises en considération les éventuelles décisions relatives à l'attribution du droit de garde de l'enfant rendues dans son pays d'origine et les informations relatives à l'identité des parties transmises par le demandeur¹¹³, sans qu'une importance de premier plan ne soit accordée à la situation concrète de l'enfant, tant dans son pays d'origine que dans l'État de refuge, sauf dans les cas exceptionnels des articles 13 et 20 de la Convention, ni à ses relations avec son parent ravisseur.

Un phénomène récent consiste également dans la spécialisation des autorités nationales en charge du contentieux des enlèvements internationaux d'enfants au service de l'exigence de célérité¹¹⁴. Les autorités spécialisées en matière familiale sont en effet plus sensibilisées aux problématiques en présence et sont plus à même d'apprécier globalement et rapidement la situation familiale de l'enfant. Le droit anglais s'est notamment engagé dans ce processus de spécialisation en attribuant ce contentieux à la connaissance exclusive de la *Family Division* de la *High Court*, tout comme le droit français en vertu duquel le contentieux des enlèvements d'enfants relève de la compétence exclusive du juge aux affaires familiales.

108 Art. 11 ali. 1, Convention de La Haye de 1980.

109 Art. 1210-6, C. pr. civ.

110 Pts 15 à 27 de la décision.

111 Art. 17, Convention de La Haye de 1980.

112 Art. 11§2, Règlement *Bruxelles II bis*.

113 Art. 8, Convention de La Haye 1980.

114 A. Devers, I. Rein-Lescastereyres, R. Nato-Kalfane relèvent à juste titre que la spécialisation des magistrats est en la matière gage de célérité et d'effectivité, « Principe du retour immédiat de l'enfant », in *Enlèvements internationaux d'enfants*, Dalloz, 2020-2021, 535.41 à 535.82.

Enfin, cette exigence se trouve assurée au stade de l'exécution de la décision de retour, laquelle ne peut pas être remise en cause trop facilement, notamment dans le cadre de l'Union européenne. La décision de retour bénéficie en principe d'une exécution provisoire de plein droit (notamment en droit français¹¹⁵). À défaut d'exécution volontaire de la décision de retour, les États se voient en outre reconnaître le droit de procéder à l'exécution forcée d'une telle décision à condition de trouver un juste équilibre entre les intérêts en présence¹¹⁶. Enfin, les recours intentés contre de telles décisions font l'objet d'un délai plus court, notamment en droit français¹¹⁷.

En conclusion, les dispositions de la Convention de La Haye sont fondées sur l'objectif d'assurer le retour immédiat de l'enfant via une procédure accélérée, permettant de dissuader de telles pratiques illicites et de replacer l'enfant rapidement dans son environnement d'origine. Aussi louable soit-il, ce principe pose néanmoins difficulté lorsque l'enfant sujet de la demande de retour fait l'objet d'une demande d'asile parallèle en attente de détermination dans l'État de refuge. En effet, si l'on envisage les deux demandes parallèles et la dépendance d'une procédure par rapport à l'autre, l'impossibilité d'exécuter l'ordre de retour de l'enfant dans l'attente de la détermination de sa demande d'asile et jusqu'à épuisement des voies de recours en vertu du principe de non-refoulement conduirait à un allongement considérable de la procédure. La procédure d'asile requière en effet un examen approfondi de la situation du demandeur d'asile et donc un délai relativement long, durant lequel l'exigence de confidentialité s'oppose à la coordination de la procédure avec celle relative au retour de l'enfant.

§2 : Les impératifs de durée et de confidentialité dans la procédure d'asile

Aux antipodes de la procédure de retour de l'enfant fondée sur l'impératif de célérité et sur une coopération entre autorités nationales, la procédure d'asile induit par sa complexité un examen long et approfondi de la situation du demandeur d'asile (A) et se trouve dominée par le principe de confidentialité, compte tenu de la sensibilité des allégations en cause (B).

A. La longévité de la procédure d'asile

Bien que l'exigence de célérité soit également à l'ordre du jour dans la procédure d'asile, et

115 Art. 492-1, C. pr. civ.

116 CEDH, 6 déc. 2007, *Maumousseau et Washington c/ France*, req. n°39388/05.

117 Art. 1210-12, C. pr. Civ., prévoyant un délai de 15 jours pour le pourvoi en cassation.

ceci pour mettre fin le plus rapidement possible à la situation transitoire et incertaine dans laquelle se trouve le demandeur d'asile, elle se trouve en pratique relativisée par la complexité de la situation à examiner et par les nombreuses garanties procédurales qui l'entourent.

Le contentieux de l'asile se trouve confié à des autorités administratives spécialisées, dotées d'une expertise dans le domaine du droit des réfugiés. Bien que ce ne soit pas systématique, la procédure d'asile se déroule la plupart du temps en deux phases. La première consiste dans la phase administrative d'examen de la demande d'asile par une autorité administrative spécialisée (il s'agit par exemple en France de l'Ofpra, au Royaume-Uni du *Home Office* ou encore au Canada de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié). Cette première phase se trouve en pratique enfermée dans des délais particulièrement longs, variant selon le type de procédure, ordinaire, accélérée ou prioritaire, et durant généralement plusieurs mois. En France par exemple, l'Ofpra dispose d'un délai de six mois pour statuer à compter de l'enregistrement de la demande d'asile en procédure normale¹¹⁸. La seconde, laquelle n'est pas systématique, consiste dans la phase juridictionnelle en cas de recours formé contre la décision rendue par l'autorité administrative, confiée en France à la Cour nationale du droit d'asile (CNDA). Dans ce cadre, les juridictions administratives examinent à nouveau la situation du demandeur d'asile de manière approfondie. De tels recours, fréquents en pratique¹¹⁹ en raison des enjeux qu'implique une telle demande de protection, rallongent de façon considérable la durée de la procédure d'asile, pouvant parfois durer plusieurs années.

Bien que ces délais apparaissent de prime abord contestables, ils se doivent d'être approuvés. En effet, cette longueur de la procédure trouve d'abord sa justification dans les différentes garanties procédurales qui l'entourent. Dans la phase administrative, les autorités de l'asile sont tenues à un examen individuel de chaque demande d'asile qui leur est soumise ainsi qu'à un entretien individuel du demandeur d'asile, qui requièrera la plupart du temps la présence d'un interprète, source de ralentissement de la procédure. Dans la phase juridictionnelle, la procédure se veut écrite, contradictoire et inquisitoire, ce qui implique la communication de pièces entre les parties, bien que la phase orale conserve une importance non négligeable. Cette longévité se trouve d'autre part justifiée par l'office des autorités d'asile, lesquelles doivent, sur la base d'une coopération avec le demandeur d'asile et les éventuelles autorités nationales pertinentes, vérifier que les conditions de

118 Article R.531-6, Cesda.

119 T. Fleury Graff et A. Marie mentionnent à titre d'illustration qu'en France en 2019 85% des décisions de l'Ofpra ont fait l'objet d'un recours devant la CNDA, *Droit de l'asile, op. cit.* (note 8), n° 139.

reconnaissance du statut de réfugié se trouvent réunies conformément à la Convention de Genève¹²⁰. Les autorités de l'asile doivent donc vérifier méticuleusement que le demandeur d'asile a effectivement la nationalité ou sa résidence établie dans l'État d'origine et qu'il y craint personnellement des menaces réelles et actuelles de persécutions en raison de sa race, de sa nationalité, de sa religion, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques. La longueur de la procédure se trouve en dernier lieu justifiée par la montée en puissance du phénomène migratoire¹²¹, les demandes d'asile ne cessant de croître notamment dans les pays européens, ce qui se constate d'autant plus à l'heure actuelle des conflits armés en Ukraine.

À titre d'illustration, dans l'affaire *G v G* les autorités anglaises en charge de l'asile devaient apprécier si le parent ravisseur demandeur d'asile craignait avec raison des violences de la part des membres de sa famille en Afrique du Sud en raison de son orientation sexuelle (et donc de son appartenance à un certain groupe social) ainsi que leurs répercussions sur l'enfant désigné à charge. Dans l'affaire présentée au TJ de Strasbourg en 2021¹²², les autorités françaises de l'asile devaient apprécier l'existence et la réalité des violences alléguées par le parent ravisseur et son enfant, demandeurs d'asile, en Biélorussie en raison de leurs opinions politiques.

L'on comprend ainsi que la mise en cause des droits fondamentaux du demandeur d'asile et que le danger subi par celui-ci en cas de retour dans son pays d'origine justifient un examen approfondi de sa situation individuelle, nécessitant l'appréciation de la réalité des faits allégués dans le pays d'origine de celui-ci. Un tel constat apparaît problématique dans sa mise en perspective avec la procédure de retour de l'enfant sur le fondement de la Convention de La Haye. Le délai de six semaines imposé aux autorités en charge du retour de l'enfant apparaît en effet difficilement conciliable avec les mois nécessaires à l'examen de la situation de l'enfant demandeur d'asile. Ces difficultés se trouvent en outre renforcées par l'exigence de confidentialité gouvernant la procédure d'asile.

B. Le principe de confidentialité dans la procédure d'asile

L'un des piliers de la procédure d'asile réside dans le principe de confidentialité, lequel implique que l'existence et les informations contenues dans la demande de protection internationale

120 Art. 1-A.

121 Le nombre de migrants est passé de 82 millions à 200 millions entre 1970 et 2005, GCIM, *Migration in an International World : New Directions*, n°1 à 83.

122 *V. supra*, note n°76.

du demandeur d'asile restent strictement confidentielles et ne soient pas divulguées en dehors de la procédure d'asile. Un tel principe se justifie par la volonté d'instaurer un climat de confiance entre les autorités de l'asile et le demandeur d'asile, afin de l'inciter à exposer les craintes qui justifient selon lui son besoin de protection sur le territoire du pays d'accueil. Il se justifie encore par la protection de l'intégrité physique et psychique du demandeur d'asile en évitant d'éventuelles pressions supplémentaires de la part de l'auteur présumé des persécutions si ce dernier avait connaissance de l'existence et du contenu de la demande d'asile.

Bien qu'il ne soit pas expressément garanti par le texte de la Convention de Genève, le principe de confidentialité se voit attribuer une place de premier plan dans tous les États et tout au long de la procédure d'asile, dans sa phase administrative comme juridictionnelle. Le HCR en fait notamment un « principe vital dans la procédure d'asile » et le place parmi l'un des principes directeurs sur la protection internationale en vertu de la Convention de Genève¹²³. Dans le cadre de l'Union européenne, la directive *Procédures* pose également expressément l'exigence de confidentialité dans la procédure d'examen des demandes de protection internationale¹²⁴. Le principe de confidentialité se trouve donc appliqué en pratique et de manière rigoureuse par tous les États parties à la Convention de Genève, qu'ils soient ou non membres de l'Union européenne. En droit français par exemple, l'importance de ce principe est telle que le Conseil constitutionnel lui a attribué valeur constitutionnelle et le qualifie de « garantie essentielle du droit d'asile, principe de valeur constitutionnelle qui implique notamment que les demandeurs du statut de réfugié bénéficient d'une protection particulière »¹²⁵. Le Conseil d'État en fait quant à lui une exigence découlant directement de la Convention de Genève¹²⁶.

Ce principe n'a toutefois pas valeur absolue et se trouve relativisé au sein même de la procédure d'asile, notamment par les pouvoirs d'instruction reconnus aux autorités en charge de l'asile qui, dans le cadre de l'examen de la demande, sont tenues d'apprécier la situation du demandeur d'asile et sont à ce titre amenées à justifier leurs demandes d'informations. Malgré tout, l'exigence de confidentialité interdit dans tous les cas la divulgation de l'existence et du contenu de

123 UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, avril 2019, p. 44, pt 200.

124 L'article 48 de la directive dispose que « les États membres veillent à ce que les autorités chargées de mettre en œuvre la présente directive soient liées par le principe de confidentialité, tel que défini dans le droit national, pour les informations qu'elles obtiendraient dans le cadre de leur travail ».

125 CC, 22 avril 1997, n°97-389.

126 CE, sect., 1er octobre 2014, n°349560.

la demande d'asile aux auteurs présumés des persécutions alléguées par le demandeur d'asile¹²⁷, qu'il s'agisse d'autorités politiques étrangères ou de membres de l'environnement proche du demandeur d'asile (membres de la famille, mari, parents etc).

La difficulté intervient néanmoins lorsque l'enfant demandeur d'asile fait l'objet d'une demande parallèle de retour dans son pays d'origine sur le fondement de la Convention de La Haye, et ceci à deux titres. D'abord du point de vue du parent délaissé, auteur de la demande de retour de l'enfant, qui peut s'avérer être l'auteur présumé des persécutions alléguées dans l'État de refuge par l'enfant demandeur d'asile. Tel était notamment le cas dans l'affaire *G v G* dans laquelle la mère, auteur de la demande d'asile désignant l'enfant comme personne à charge, invoquait la crainte de violences dans son pays d'origine en raison de son orientation sexuelle de la part des membres de sa famille, dont le père de l'enfant, auteur de la demande de retour, fait partie. Tel était également indirectement le cas dans l'affaire présentée au TJ de Strasbourg dans laquelle les autorités politiques biélorusses étaient présumées auteurs des persécutions en raison des opinions politiques du parent ravisseur et dans laquelle la mère indiquait craindre que le père de l'enfant, auteur de la demande de retour de l'enfant, ne dénonce ses opinions politiques auprès des autorités biélorusses. Le principe de confidentialité s'oppose donc à *priori* à la possibilité de joindre le parent délaissé à la procédure d'asile connexe à la demande de retour et s'oppose de manière plus globale à l'informer de l'existence de la demande d'asile présentée par son enfant dans le pays de refuge. Cette situation apparaît contestable du point de vue des droits du parent délaissé qui ne sera pas informé de l'existence de la demande d'asile et restera dans l'incompréhension d'un allongement éventuel de la procédure de retour de l'enfant si les autorités judiciaires attendent que l'autorité d'asile statue sur la demande de protection de l'enfant.

Les difficultés apparaissent encore du point de vue de la coopération entre autorités nationales à laquelle le principe de confidentialité s'oppose frontalement¹²⁸. Ce principe s'oppose en effet à ce que les autorités civiles en charge de la procédure de retour de l'enfant soient informées de l'avancée de la procédure d'asile parallèle qui pourrait faire obstacle au retour de celui-ci sur le fondement des exceptions prévues par la Convention de La Haye. Il s'oppose encore à toute divulgation d'informations concernant la procédure d'asile aux autorités de l'État requérant, État d'origine de l'enfant. Les autorités d'asile de l'État de refuge ne pourraient donc pas justifier le non-retour de l'enfant pendant l'examen de sa demande d'asile en ce que cela impliquerait la révélation

127 V. notamment en droit français art. L.531-9 Ceseda.

128 S. Corneloup relève à ce titre que « La confidentialité vis-à-vis des autorités de l'État d'origine est ainsi à l'opposé de l'esprit animant la Convention de 1980 », in « Demande de retour d'un enfant enlevé et principe de non-refoulement : lorsque la Convention de La Haye de 1980 rencontre la Convention de Genève de 1951 », *art. préc.* (note 96), p. 785.

de l'existence de la demande d'asile et de son contenu aux autorités de l'État dans lequel l'enfant craint potentiellement des risques de persécution. Les modalités procédurales contradictoires de l'examen d'une demande de retour de l'enfant enlevé et d'une demande d'asile connexe dans l'État de refuge complexifient donc encore davantage leur traitement parallèle.

Pour conclure, il résulte de toutes ces observations que l'articulation des conventions de La Haye et de Genève pose des difficultés inédites dont les conséquences apparaissent considérables. Lorsque le retour d'un enfant enlevé est demandé dans le pays tiers d'origine de celui-ci et de son parent ravisseur et que l'enfant a en outre le statut de demandeur d'asile dans l'État de refuge, ces deux demandes font l'objet de procédures distinctes, guidées par des finalités substantielles et procédurales antagonistes et confiées à des autorités spécialisées n'ayant que peu d'expertise dans les domaines voisins (les autorités en charge de l'asile sont sensibilisées aux seules problématiques migratoires tandis que les autorités en charge du retour de l'enfant sont sensibilisées aux seules problématiques relatives à la matière familiale).

Bien que le traitement isolé de chacune des demandes, même parallèles, se justifie par le fondement distinct de chacune des disciplines en cause (la procédure de retour étant fondée sur l'intérêt supérieur de l'enfant apprécié abstraitement tandis que la procédure d'asile se trouve avant tout fondée sur la souveraineté des États quant à l'accueil des étrangers sur leur territoire et sur la gestion des flux migratoires), il n'en résulte pas moins des conséquences dommageables.

En premier lieu, ce cloisonnement du traitement des demandes risque d'aboutir à des décisions contradictoires, sources d'imprévisibilité et d'insécurité juridique. Les autorités en charge du retour de l'enfant pourraient par exemple conclure à l'absence d'exception au retour de l'enfant dans son pays d'origine et ordonner son retour immédiat, tandis que les autorités de l'asile pourraient postérieurement reconnaître à l'enfant le statut de réfugié, lui conférant ainsi le droit de se maintenir sur le territoire de l'État d'accueil.

En second lieu, leur appréciation distincte conduit en pratique à l'ineffectivité de l'un des instruments internationaux en présence selon l'appréciation souveraine des autorités nationales et en fonction des seules circonstances de l'espèce¹²⁹. Dans certains cas, les autorités nationales en charge

129 C. Harnois relève à ce titre et selon notre traduction que le poids accordé à une demande d'asile ou à l'octroi du statut de réfugié dans une procédure de retour de l'enfant et le poids accordé à une décision de retour de l'enfant dans une procédure d'asile varient selon les circonstances de l'espèce, « Leaving on a Jet Plane – Asylum & The Hague », *art. préc.* (note 45), p. 22.

des déplacements illicites d'enfants s'opposent au retour de l'enfant sur le fondement du principe de non-refoulement, au détriment de la politique de retour immédiat de l'enfant poursuivie par la Convention de La Haye, dans d'autres cas elles ordonneront le retour immédiat de l'enfant sans tenir compte de son statut de demandeur d'asile dans l'État de refuge, au détriment de la politique de non-refoulement poursuivie par la Convention de Genève.

Ces deux instruments révèlent néanmoins un point commun : le souci de protection du sujet de droit concerné, en l'espèce de l'enfant demandeur d'asile. Leur objet consiste de part et d'autre dans la protection de ce dernier contre les conséquences néfastes d'un déplacement illicite ainsi que de celles qui résulteraient de son retour dans son pays d'origine lorsque des risques de persécution à son encontre y sont avérés. Il est possible, au départ de ce constat, et même nécessaire compte tenu de l'interaction croissante de ces disciplines et des difficultés soulevées par les juridictions nationales et mises en lumière par la doctrine, d'envisager un fonctionnement harmonieux et coordonné de ces procédures lorsqu'une demande d'asile est formée parallèlement à la demande de retour de l'enfant enlevé, à la fois dans le but de restaurer l'effectivité à chacun de ces instruments et donc d'assurer le respect par les autorités nationales de leurs engagements internationaux, mais aussi dans celui d'assurer une protection satisfaisante de l'enfant du point de vue de ses droits fondamentaux.

CHAPITRE II

La nécessité d'un fonctionnement harmonieux des procédures de la Convention de La Haye de 1980 et de la Convention de Genève de 1951

Le cloisonnement des disciplines de droit international des réfugiés et de droit international des enlèvements d'enfants et l'opposition de leurs objectifs matériels et procéduraux n'empêchent toutefois pas leur interaction pratique croissante. Compte tenu de l'importance des enjeux en cause dans chacune de ces disciplines et des conséquences plus que néfastes qui découlent de leur affrontement, un travail se doit d'être mené pour résorber ces difficultés et redonner à chacune d'elle sa pleine effectivité.

Bien que la problématique particulière de la demande de retour de l'enfant enlevé dans son pays d'origine parallèle à la demande d'asile formée pour celui-ci dans le pays d'accueil ne se soit pas fréquemment présentée devant les juridictions nationales et qu'elle n'ait pas suscité l'engouement de la doctrine, sa récurrence pourrait croître compte tenu de la montée en puissance du phénomène migratoire et ce y compris devant les juridictions françaises. Appréhender une telle problématique et émettre des propositions en faveur du fonctionnement harmonieux et coordonné des conventions de La Haye et de Genève permettrait donc d'anticiper les difficultés qui pourraient à terme se poser devant la plupart des juridictions nationales.

C'est notamment sur ce terrain que la décision *G v G* de la Cour suprême du Royaume-Uni de 2021¹³⁰ s'avère particulièrement riche d'enseignements. Outre la solution rendue par la Cour, selon laquelle un ordre de retour de l'enfant enlevé sur le fondement de la Convention de 1980 ne peut pas être exécuté dans l'attente de la détermination de la demande d'asile présentée par le parent ravisseur dans l'État de refuge et désignant l'enfant comme personne à charge, la Cour propose également de manière novatrice et pédagogique plusieurs solutions de coordination des procédures¹³¹. Dans les futurs développements, l'on se fondera principalement sur les enseignements de cette décision, dont certains peuvent constituer de véritables sources d'inspiration tandis que

130 *V. supra*, note 71.

131 La Cour suprême propose à ce titre diverses mesures pratiques pour que ces Conventions fonctionnent « main dans la main », pt 165 (*notre traduction*).

d'autres apparaissent plus critiquables. Bien que la situation se soit aussi présentée devant les juridictions françaises¹³², la question de la demande d'asile parallèle n'a pas retenu l'attention centrale des juges. L'absence de propositions particulières sur ce point ne permet donc pas de tirer des enseignements au-delà de la seule solution rendue par les tribunaux français.

Pour permettre un fonctionnement harmonieux de la procédure de retour de l'enfant enlevé et de la procédure d'asile connexe, il apparaît selon nous nécessaire d'accorder dans un premier temps la prévalence à l'une des deux politiques (section 1) dans la mesure où leur application cumulative s'avère en pratique impossible. La protection de l'enfant demandeur d'asile contre le refoulement s'oppose en effet à son retour dans son pays d'origine en qualité d'enfant illicitement déplacé, tout comme le maintien de l'enfant enlevé demandeur d'asile dans son pays d'accueil s'oppose à la politique de retour immédiat poursuivie par la Convention de 1980. Une fois cette hiérarchie établie, nous exploiterons différentes pistes et présenterons différentes propositions pour faciliter une coordination de ces procédures (section 2). Bien qu'il s'agisse de simples propositions, leur mise en lumière pourrait constituer le point de départ de réflexions sur le sujet et inciter à des travaux à l'échelle nationale ou internationale, de source jurisprudentielle, législative ou doctrinale.

Section 1 : La nécessaire hiérarchisation des politiques en présence

La coordination des procédures ne peut fonctionner qu'au moyen d'une hiérarchisation des objectifs qu'elles poursuivent, permettant ainsi de donner priorité à l'une d'elles pour organiser ensuite leur coordination pratique. Sans pour autant tenir en échec la procédure de retour de l'enfant enlevé (§1), il apparaît selon nous nécessaire d'accorder la priorité à la politique migratoire de protection du demandeur d'asile contre le refoulement (§2) à travers l'imposition d'un sursis à statuer aux autorités en charge du retour de l'enfant (§3).

§1 : L'absence de mise en échec des procédures respectives

L'inconciliabilité apparente des finalités de chacune des procédures d'asile et de retour de l'enfant conduit à se poser la question de savoir si, dans le contexte précité, la priorité accordée à l'une des procédures doit entraîner l'anéantissement de l'autre. Dans l'affirmative, cela reviendrait à considérer que la primauté du retour immédiat de l'enfant dans son pays d'origine a pour effet la

132 *V. supra*, note 76.

mise à exécution de l'ordre de retour sans tenir compte du statut de demandeur d'asile ou de réfugié de l'enfant enlevé dans l'État d'accueil. Si en revanche la primauté est accordée à la protection des demandeurs d'asile contre le refoulement, la détermination de la demande d'asile de l'enfant enlevé ferait obstacle au déroulement de la procédure de la Convention de La Haye. Ce raisonnement alternatif pose en réalité la question sous-jacente de l'autorité la mieux placée pour apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant de manière globale, au regard de sa portée universelle.

L'on pourrait ainsi revendiquer que les autorités en charge de la procédure de retour de l'enfant et investies par la Convention de La Haye sont les mieux placées à cet égard. Elles sont en effet dotées d'une expérience en matière sociale et familiale, et sont les mieux à même d'apprécier si le retour de l'enfant dans son pays d'origine lui sera bénéfique en raison de l'importance cruciale pour celui-ci de grandir auprès de ses deux parents et dans le milieu social dans lequel il a évolué jusqu'alors. Ces autorités prennent en outre en considération la situation et les allégations de toutes les parties intéressées, à savoir du parent délaissé, du parent auteur du déplacement de l'enfant et de l'enfant enlevé. L'on pourrait au contraire soutenir, comme la *High Court* dans l'affaire *G v G*¹³³, que les autorités de l'asile sont les mieux placées, notamment au regard de l'examen approfondi qu'elles effectuent de la situation de l'enfant demandeur d'asile au moyen d'un entretien individuel de celui-ci et d'une phase orale d'importance cruciale.

Toutefois, plusieurs observations permettent de conclure à la nécessité du maintien du déroulement parallèle de ces deux procédures. D'une part en effet, chacune des deux procédures connaît des limites pratiques dans l'appréciation satisfaisante de l'intérêt supérieur de l'enfant. À titre d'illustration, la procédure de retour de l'enfant est marquée par l'exigence de célérité, ce qui conduit à un examen minimaliste de la situation de l'enfant compte tenu de la politique de faveur au retour immédiat de l'enfant dans son pays d'origine, sans entretien individuel et approfondi de sa situation. La procédure d'asile quant à elle, bien qu'elle présente les mérites d'un examen approfondi de la situation de l'enfant demandeur d'asile grâce à sa phase orale, connaît elle aussi des limites, dont l'une tiendrait notamment à l'absence de prise en considération des allégations du parent délaissé. L'exclusivité de cette procédure pourrait donc encourager à des manœuvres de la part du parent ravisseur, qui pourrait tenter de tirer profit du déplacement illicite de l'enfant en alléguant des faits qui ne pourraient pas être démentis par le parent délaissé. La phase orale de la procédure d'asile connaît en outre des limites, par exemple en droit français le demandeur d'asile ne dispose pas d'un droit à être entendu par la CNDA dans la phase juridictionnelle, devant laquelle l'audience

133 Pt 30.

pourra donc être menée à bien même en l'absence du demandeur d'asile¹³⁴.

D'autre part, les procédures en présence ont un objet distinct, ce dont témoigne notamment la spécialisation des autorités en charge de chacune d'elles. Les autorités investies par la Convention de La Haye apprécient la situation de l'enfant eu égard au droit de garde de celui-ci. Elles se doivent ainsi de caractériser une violation du droit de garde effectivement exercé par le parent délaissé avant le déplacement illicite et de tout mettre en œuvre pour assurer dans ce cas le retour de l'enfant dans son pays de résidence habituelle. Si l'enfant enlevé s'est intégré socialement dans l'État de refuge¹³⁵, qu'il s'oppose à son retour lorsqu'il dispose d'une maturité suffisante¹³⁶, que son retour dans le pays d'origine risque de l'exposer à un danger physique ou psychique¹³⁷ ou encore si son retour s'avère incompatible avec les droits et libertés fondamentaux protégés par l'État de refuge¹³⁸, elles peuvent faire exception au retour de l'enfant sur la base des informations communiquées par les autorités nationales de l'État de sa résidence habituelle. À titre d'illustration dans l'arrêt *G v G*, les juges de la *Family Division* de la *High Court* se devaient d'établir la violation par la mère du droit de garde de l'enfant effectivement exercé par son père en Afrique du Sud avant le déplacement de l'enfant au Royaume-Uni et l'absence d'exceptions à son retour.

Les autorités de l'asile quant à elles se voient investies de l'appréciation de la situation de l'enfant demandeur d'asile au-delà de sa seule situation familiale et en phase avec la politique migratoire poursuivie par l'État d'accueil. Elles devront ainsi apprécier si les conditions requises par la Convention de Genève pour reconnaître à l'enfant le statut de réfugié sont réunies. Ainsi devront-elles établir l'existence de persécutions menaçant le parent ravisseur dans son pays d'origine et leurs répercussions avérées sur l'enfant désigné à charge dans la demande d'asile principale sur la base des allégations et documents fournis par le demandeur d'asile ainsi que des informations librement accessibles relatives au contexte culturel, social, politique et géopolitique du pays d'origine. Dans l'affaire *G v G*, les autorités anglaises en charge de l'asile devaient par exemple apprécier, au regard des différents entretiens de la mère auteur de la demande d'asile, si les menaces qu'elle subissait en raison de son homosexualité de la part des membres de sa famille en Afrique du Sud constituaient un risque de persécution au sens de l'article 1-A de la Convention de Genève¹³⁹ et si de telles

134 V. en droit de l'UE, CJUE, 26 juillet 2017, *Moussa Sacko*, aff. C-348/16.

135 Art. 12§2, Convention de La Haye de 1980.

136 Art. 13§2, Convention de La Haye de 1980.

137 Art. 13§1 (b), Convention de La Haye de 1980.

138 Art. 20, Convention de La Haye de 1980.

139 Un tel risque de persécution pourrait être établi au regard de la jurisprudence qui a pu reconnaître le statut de réfugié à certains demandeurs pour risque de persécution en raison de leur appartenance à un certain groupe social, notamment en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre (voir à ce titre dans le cadre de l'Union européenne CJUE, GC, 2 décembre 2014, *A. B. et C.*, C-149/13, C-150/13).

persécutions menaçaient également l'enfant dans le but de faire pression sur son parent ravisseur. Dans l'affaire présentée au Tribunal judiciaire de Strasbourg en 2021, les autorités françaises de l'asile devaient quant à elles apprécier si les craintes alléguées par le parent ravisseur de menaces en Biélorussie du fait de ses opinions politiques constituaient un risque de persécution et si de telles menaces faisaient également peser sur l'enfant un risque de persécution au sens du système Genève.

Chacune des autorités mises en place respectivement par les conventions de La Haye et de Genève pour assurer le retour de l'enfant ou la protection des personnes réfugiées se trouve donc investie d'une expertise particulière propre à mettre à exécution les objectifs poursuivis par chacun de ces instruments internationaux.

Il résulte donc de tous ces éléments qu'en présence d'une demande d'asile connexe à une demande de retour de l'enfant enlevé dans son pays d'origine, la mise en œuvre de la procédure d'asile ne devrait pas faire obstacle à la procédure de retour de l'enfant, tout comme la procédure de retour de l'enfant ne devrait pas faire obstacle à la procédure d'asile en cours d'instance. Certains aspects de la procédure de la Convention de 1980 peuvent en effet être appréciés indépendamment de toute demande de statut de réfugié. Par exemple, l'absence d'exercice effectif du droit de garde de l'enfant par l'auteur de la demande de retour, faisant obstacle au retour immédiat de l'enfant, peut être caractérisée sans que le statut de demandeur d'asile ou de réfugié de l'enfant prétendument enlevé n'ait d'incidence quelconque. L'absence d'expertise des autorités en charge de chacune de ces procédures dans les autres domaines conduit également à la nécessité de maintenir leur pleine effectivité. En effet, les seules autorités de l'asile ne sauraient apprécier de manière satisfaisante les besoins de l'enfant du point de vue de sa vie familiale et sociale, tout comme les autorités en charge du retour de l'enfant ne sauraient détecter de manière satisfaisante un risque de persécution subi par l'enfant dans son pays d'origine au sens du droit international des réfugiés et en dehors de son cercle familial.

Nos propos se trouvent en outre confortés par la jurisprudence et par la doctrine majoritaire. À titre d'illustration, les juridictions anglaises¹⁴⁰, canadiennes¹⁴¹ et américaines¹⁴² considèrent que les autorités judiciaires du pays de refuge de l'enfant enlevé peuvent traiter de la demande de retour de celui-ci quand bien même une demande d'asile connexe est en cours de détermination. Dans l'arrêt *G v G*, la Cour suprême du Royaume-Uni considère notamment que la demande d'asile connexe présentée au nom de l'enfant enlevé n'empêche pas aux juridictions anglaises de statuer sur la

140 EWCA, 2002, *Re S*, Civ. 843.

141 CA Ontario, 2011, *A.M.R.I. v. K.E.R.*, 417.

142 USCA, 2014, *Sanchez v. Hernandez*, 761 F.3d 495.

demande de retour de l'enfant ni de rendre une décision de retour de celui-ci dans son pays d'origine. Du côté de la doctrine, le Professeur Sabine Corneloup considère que l'absence d'expertise des autorités de l'asile en matière familiale ne devrait pas conduire à un blocage de la procédure de retour de l'enfant enlevé¹⁴³.

Le caractère distinct des procédures d'asile et de retour de l'enfant enlevé implique donc selon nous le maintien de ces deux procédures, en ce que chacune contribue à la pleine effectivité des conventions de Genève et de La Haye. Plus que leur maintien, l'on devrait plutôt mettre en avant leur complémentarité, chacune s'avérant absolument nécessaire à la sauvegarde des intérêts de l'enfant enlevé demandeur d'asile. L'appréciation de son intérêt supérieur du double point de vue de sa vie sociale et familiale et des risques de persécution qu'il encourt présente en effet de solides garanties quant au respect de ses droits fondamentaux, qui se doivent d'être maintenues. La demande d'asile connexe de l'enfant enlevé ne devrait donc pas empêcher aux autorités judiciaires ou administratives de l'État de refuge de statuer sur la demande de retour de celui-ci. Néanmoins, l'atteinte que porterait l'exécution d'une décision de retour de l'enfant dans son pays d'origine au principe fondamental de non-refoulement doit selon nous conduire à conférer à la politique de protection des réfugiés une priorité sur le retour de l'enfant enlevé.

§2 : La primauté de la politique de protection des réfugiés sur la politique de retour de l'enfant enlevé

Il résulte de la diversité des arguments en faveur de la priorité du principe de non-refoulement sur le principe de retour immédiat de l'enfant (A) la nécessité d'articuler les points de vue nationaux quant à la non-exécution de l'ordre de retour de l'enfant enlevé dans l'attente de la décision relative à sa demande d'asile parallèle (B).

A. Les justifications

En partant du postulat selon lequel l'enfant enlevé et désigné comme personne à charge dans la demande d'asile principale de son parent ravisseur a le statut de demandeur d'asile dans l'État d'accueil¹⁴⁴, sa protection au titre du principe de non-refoulement doit être assurée prioritairement à

143 S. Corneloup, « Demande de retour d'un enfant enlevé et principe de non-refoulement des réfugiés : lorsque la Convention de La Haye de 1980 rencontre la Convention de Genève de 1951 », *art. préc.* (note 96), p. 781.

144 *V. supra*, développements relatifs au principe de non-refoulement, p. 36 et s.

son retour immédiat dans son pays de résidence habituelle. Les conséquences qu'engendrerait le retour de l'enfant demandeur d'asile dans son pays d'origine au titre de la Convention de La Haye s'avèrent en effet plus dommageables à son égard que son maintien sur le territoire d'accueil au titre de la Convention de Genève.

Il apparaît en effet que la politique relative au droit de l'asile présente une envergure telle qu'elle s'impose face à la politique de retour immédiat de l'enfant. La politique du droit d'asile, incluant la protection des réfugiés et demandeurs d'asile contre le refoulement, tient compte non seulement des intérêts de l'État de refuge quant à la gestion de l'entrée sur son territoire des personnes étrangères, faisant ainsi référence à l'intérêt général, mais aussi des intérêts particuliers des personnes ayant le statut de réfugié ou de demandeur d'asile en interdisant tout retour forcé de ces derniers sur le territoire d'un pays dans lequel leur vie et leur sécurité serait en danger en raison de risques de persécution. La politique de retour immédiat de l'enfant, bien qu'elle poursuive également un but d'intérêt général en permettant une coordination des points de vues nationaux quant à l'autorité la mieux placée pour apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant, a pour finalité essentielle la satisfaction des seuls intérêts privés de l'enfant enlevé et aux seules vues de ses relations intrafamiliales.

La protection de l'enfant demandeur d'asile contre le refoulement, et de manière plus générale, contre les risques de torture ou de traitements dégradants qu'il encourerait dans son pays d'origine, présente une importance primordiale et se doit de l'emporter sur la protection de l'enfant enlevé des conséquences néfastes qui découleraient de sa séparation d'avec l'un de ses parents. La protection contre le refoulement met en effet matériellement en jeu l'intégrité physique et psychique de l'enfant tandis que la politique de retour immédiat, bien que fondée sur le droit fondamental de tout enfant d'entretenir des relations stables avec ses deux parents¹⁴⁵, présente une importance moindre dans une société contemporaine où les familles monoparentales ne cessent de se multiplier et où le pluralisme des modèles familiaux se trouve pleinement assumé par les systèmes occidentaux. La primauté de la protection de l'enfant contre le refoulement s'avère à ce titre conforme aux droits fondamentaux d'origine supranationale. La CEDH impose en effet la mise en œuvre de la Convention de La Haye dans le respect des droits fondamentaux¹⁴⁶, et notamment dans le respect de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme imposant, selon

145 L'article 9§1 de la Convention des Nations-Unies du 20 novembre 1989 dispose notamment que « Les Etats parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré ... ».

146 *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, v. *supra* (note 99).

l'interprétation de la CEDH¹⁴⁷, à tous les États parties le principe de prohibition de toute forme de torture et autres peines ou traitements inhumains et dégradants. Or précisément, le retour de l'enfant dans son pays d'origine pourrait exposer ce dernier à des tortures ou traitements inhumains et dégradants si les risques de persécution subis par son parent ravisseur pèsent également sur lui.

Exécuter l'ordre de retour de l'enfant enlevé dans son pays d'origine pourrait en outre avoir des conséquences dommageables quant à l'issue de la demande de protection internationale formée par celui-ci. En effet, les autorités de l'État de refuge pourraient rejeter sa demande de protection¹⁴⁸ ou lui retirer le statut de réfugié¹⁴⁹ en considérant que l'enfant a volontairement recouvré la protection de son pays de nationalité ou, à défaut, de son pays de résidence, alors même que la demande aurait été fondée en vertu de la Convention de Genève. L'on perçoit ainsi de manière évidente que le retour de l'enfant dans son pays de résidence l'expose à d'importants dangers, bien que ceux-ci puissent n'être à ce stade qu'éventuels.

La primauté de la protection des réfugiés contre le refoulement se justifie encore par la compétence exclusive des autorités de l'asile dans l'appréciation du bien-fondé de la demande de protection internationale¹⁵⁰. Or l'absence de toute hiérarchie entre la procédure de retour de l'enfant et de la procédure d'asile parallèle permettrait aux autorités en charge du retour de l'enfant d'apprécier les éventuels risques de persécutions que subirait l'enfant dans son pays de résidence au titre des risques graves de l'article 13§1 (b) ou de la violation du principe de prohibition de la torture en vertu de l'article 20 de la Convention de La Haye. Il en découlerait alors un risque d'empiètement sur la compétence exclusive des autorités de l'asile, alors même que les autorités en charge du retour de l'enfant ne disposent pas de connaissances suffisantes pour apprécier l'existence d'un risque de persécution.

Il découle donc de tous ces constats que la politique de protection de l'enfant demandeur d'asile contre le refoulement doit prévaloir sur la politique de retour immédiat de celui-ci dans son pays de résidence. Une telle affirmation a d'ailleurs été soutenue par la jurisprudence et par la doctrine. À titre d'illustration, Lisa Shamseldin a pu mettre en avant dans le cadre particulier de la

147 CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, n°14038/88.

148 Art. 1-D et 1-E, Convention de Genève de 1951.

149 Art. 1-C, Convention de Genève de 1951.

150 Voir en ce sens l'analyse de M. Payne dans l'affaire *G v G*, lequel soutient que la mise en œuvre d'une décision de retour dans l'attente d'une demande d'asile de l'enfant dans le pays de refuge empièterait sur la responsabilité exclusive des autorités de l'asile de décider si le bien-fondé de la demande d'asile exige le maintien du requérant sur le territoire d'accueil dans l'attente de la détermination de sa demande, point 145 (*notre traduction*).

protection des enfants demandeurs d'asile non accompagnés, et selon une approche de droit comparé, que la politique de contrôle de l'immigration (incluant le principe de non-refoulement) devait prévaloir sur la protection et les soins des enfants demandeurs d'asile¹⁵¹. Dans le même sens, la cour d'appel de l'Ontario dans une décision de 2011¹⁵² a pu considérer que la Convention de La Haye ne prétend pas élever sa politique de retour immédiat de l'enfant au-delà du principe de non-refoulement et que celle-ci doit au contraire permettre sa mise en œuvre effective.

B. Les conséquences

Il découle de cette hiérarchisation des objectifs poursuivis par chacune des conventions de La Haye et de Genève, lorsque l'enfant enlevé sujet de la procédure de retour voit sa demande de statut de réfugié en cours de détermination dans l'État de refuge, que la décision de retour de l'enfant qui serait prise par les autorités de l'État de refuge ne pourra pas être exécutée et ceci jusqu'à épuisement des voies de recours contre les décisions relatives au statut de réfugié conformément au droit à un recours effectif. Telle est notamment la position adoptée par la Cour suprême du Royaume-Uni dans son arrêt *G v G*¹⁵³ ainsi que par le Tribunal judiciaire de Strasbourg dans son ordonnance de 2021. Lorsque le statut de réfugié a en revanche d'ores et déjà été reconnu à l'enfant objet de la demande de retour, sa protection contre le refoulement devrait s'opposer dans tous les cas à l'exécution de la décision de retour dans son pays d'origine tant qu'il bénéficie de la protection internationale de l'État de refuge.

Toutefois, cette primauté n'est pas toujours garantie par les autorités nationales en ce qu'elle relève pour l'heure de leur appréciation souveraine. Bien que certaines juridictions s'opposent à l'exécution de l'ordre de retour de l'enfant en faveur du principe de non-refoulement, certaines juridictions¹⁵⁴ et organismes¹⁵⁵ considèrent quant à eux qu'un tel principe ne fait pas obstacle au retour effectif de l'enfant dans son pays d'origine, faisant ainsi abstraction totale des principes du droit de l'asile. Ils fondent une telle position sur le fait que la demande d'asile est souvent présentée par le parent ravisseur et que les risques de persécution ne pèseraient donc pas sur l'enfant ainsi que sur l'objectif de célérité poursuivi par la Convention de 1980.

151 L. Shamseldin relève à ce titre « The confusion of laws in each state had produced a hierarchy of law suggesting that defence of the « realm » ; immigration controls should override the care and protection of UASC in the three states », *art. préc.* (note 24), p. 24.

152 *A.M.R.I. v. K.E.R.*, v. *supra* (note 141).

153 Points 134 et 140.

154 En ce sens, v. *supra* (notes 141 et 142).

155 Telle était notamment la position de l'IAFL (International Academy of Family Lawyers) dans l'affaire *G v G*, pt 56.

Il apparaît donc nécessaire de rétablir une coordination des points de vue nationaux dans un but de cohérence, de prévisibilité et de sécurité juridique. Une telle coordination devant être organisée autour du principe de priorité de la politique de protection de l'enfant contre le refoulement, elle implique d'imposer aux autorités en charge du retour de l'enfant le respect de toute décision prise par les autorités en charge de la demande d'asile connexe.

§3 : L'imposition d'un sursis à statuer aux autorités en charge du retour de l'enfant enlevé

La prévalence théorique de la politique de protection contre le refoulement doit encore se matérialiser d'un point de vue procédural. Il serait ainsi recommandé de lier les autorités en charge du retour de l'enfant à la décision relative à la demande d'asile parallèle.

Certaines juridictions s'y opposent néanmoins et considèrent que la protection de l'enfant enlevé contre le refoulement peut être appréhendée à travers les exceptions des articles 13§1 (b) et 20 de la Convention de La Haye¹⁵⁶. Le risque grave que le retour de l'enfant dans son pays de résidence l'expose à un danger physique ou psychique serait en effet avéré s'il y craint avec raison des risques de persécution au sens du droit international des réfugiés, tout comme son retour heurterait le principe fondamental de protection des individus contre les traitements inhumains et dégradants défendu par la plupart des États de refuge. Une telle approche consistant à appréhender les risques de persécution sous l'angle des exceptions de la Convention de La Haye se doit néanmoins d'être désapprouvée pour deux raisons. D'une part, les moyens de défense invoqués par le parent ravisseur pour s'opposer au retour de l'enfant sur le fondement des articles 13 et 20 de la Convention de La Haye constituent fréquemment le fondement des moyens invoqués à l'appui de la demande de protection internationale dans l'État de refuge. Ce contexte factuel commun pourrait donc conduire les autorités en charge du retour de l'enfant à apprécier l'existence d'un risque de persécution dans son pays de résidence, empiétant ainsi sur le pouvoir exclusif des autorités de l'asile quant à l'appréciation du bien-fondé de la demande de protection parallèle. D'autre part, l'absence de coopération entre autorités risque de conduire à des décisions contradictoires, sources d'insécurité et d'imprévisibilité juridique, mettant ainsi à mal la politique de protection de l'enfant enlevé contre le refoulement. Les autorités en charge du retour de l'enfant, n'ayant pas de compétences particulières dans le domaine du droit des réfugiés et ne disposant pas de toutes les

156 Notamment les juridictions anglaises, canadiennes et américaines. V. sur ce point C. Harnois, « Leaving on a Jet Plane – Asylum & The Hague », *art préc.* (note n°45), p. 8 s.

informations nécessaires à l'appréciation des risques de persécution, pourraient conclure à l'absence de risque grave et donc à l'exécution de l'ordre de retour de l'enfant dans son pays d'origine, alors même que les autorités de l'asile pourraient caractériser un risque de persécution s'opposant au refoulement de l'enfant vers son pays de résidence.

Il apparaît donc fondamental de lier les autorités en charge du retour de l'enfant à la décision rendue par les autorités en charge de la demande d'asile parallèle afin d'assurer la mise en œuvre effective du principe de non-refoulement. Il convient à ce titre de distinguer selon l'état d'avancement de la procédure d'asile connexe, selon que la décision relative au statut de réfugié de l'enfant enlevé est en cours de détermination (A) ou définitivement rendue (B).

A. En cas de demande d'asile parallèle en cours de détermination

Lorsque la demande d'asile réputée faite au nom de l'enfant enlevé est en cours d'instruction dans l'État de refuge, les autorités en charge du retour de l'enfant devraient surseoir à statuer dans l'attente de la décision des autorités en charge de la demande d'asile connexe. Dans l'affaire *G v G*, la *High Court* avait notamment sursis à statuer dans l'attente de la décision des autorités de l'asile au motif qu'en cas de décision favorable à la demande de statut de réfugié l'enfant ne pourrait pas être retourné dans son pays de résidence, que les autorités anglaises de l'asile étaient mieux placées que les autorités de la Convention de La Haye pour examiner les questions de fait et que sa décision relative au retour de l'enfant constituerait une sorte d'examen préliminaire du bien-fondé de la demande d'asile¹⁵⁷. La Cour suprême retient quant à elle dans la même affaire la possibilité d'un sursis à statuer mais selon des modalités différentes, et notamment selon l'appréciation souveraine des juridictions en charge de la procédure de retour de l'enfant¹⁵⁸.

L'imposition d'un sursis à statuer serait en outre conforme à l'esprit des textes relatifs aux déplacements illicites d'enfants, notamment à l'article 7 de la Convention de La Haye de 1980 faisant peser sur les autorités centrales en charge du retour de l'enfant l'obligation de prendre toute mesure appropriée afin de « prévenir de nouveaux dangers pour l'enfant ou des préjudices pour les parties concernées, en prenant ou faisant prendre des mesures provisoires »¹⁵⁹ ou encore pour «

157 Pt 30 (*notre traduction*).

158 Elle retient ainsi, conformément à la décision rendue par la cour d'appel, que le tribunal en charge de la procédure de retour de l'enfant dispose du pouvoir discrétionnaire de suspendre la procédure dans l'attente de la décision des autorités en charge de la demande d'asile parallèle (point 160) (*notre traduction*).

159 Art. 7(b).

assurer, sur le plan administratif, si nécessaire et opportun, le retour sans danger de l'enfant »¹⁶⁰. Or précisément, le fait de surseoir à statuer dans l'attente de la détermination du statut de réfugié de l'enfant enlevé et de refuser l'exécution de l'ordre de retour en cas d'octroi du statut assure la protection de l'enfant contre tout risque de traitement inhumain et dégradant dans son pays de résidence et a ainsi pour objet de le protéger de tout danger ou risque de préjudice qui serait lié à l'exécution de son retour dans son pays d'origine. Dans le cadre de l'Union européenne, auquel les présents développements ne sont pas spécifiquement consacrés, l'imposition du sursis à statuer serait également conforme au futur article 56§4 du règlement *Bruxelles II ter*, lequel succèdera au règlement *Bruxelles II bis* à compter du 1er août 2022. Cet article rompt en effet avec les conceptions strictes du règlement *Bruxelles II bis* quant aux exceptions au retour immédiat de l'enfant, et prévoit à ce titre dans des cas exceptionnels la possibilité pour les autorités judiciaires de l'État de refuge d'ordonner la suspension de la décision de retour de l'enfant en cas de risque grave que celui-ci ne l'expose à un danger physique ou psychique.

Une fois la décision relative au statut de réfugié de l'enfant enlevé rendue, et jusqu'à épuisement des voies de recours en cas de refus d'octroi du statut de réfugié ou de demande de réexamen, il convient de distinguer selon l'issue positive ou négative de celle-ci. En cas de décision reconnaissant à l'enfant objet de la procédure de retour le statut de réfugié, les autorités civiles en charge de la procédure de retour devraient reprendre la procédure et rendre une décision de non-retour de l'enfant fondée sur les risques de persécution tels qu'appréciés par les autorités de l'asile. En cas de décision refusant le statut de réfugié, les autorités en charge du retour pourraient dans ce cas reprendre le cours de l'instance et statuer sur la totalité de la demande de retour en appréciant l'intégralité de la situation de l'enfant enlevé et éventuellement ordonner et mettre à exécution l'ordre de retour de l'enfant.

Si les autorités en charge du retour de l'enfant refusent de tenir compte de la demande de protection internationale parallèle, les autorités en charge de la demande d'asile disposeraient en outre d'instruments afin de garantir la primauté de la politique de non-refoulement. En droit français par exemple, l'article L.542-6 du Cesda permet aux autorités en charge de la procédure d'asile (notamment à la CNDA) de suspendre l'exécution de certaines mesures d'éloignement qui seraient prises contre le demandeur d'asile. Bien qu'une telle possibilité soit destinée à éviter le risque de décisions contradictoires entre juridictions administratives et limitée à certains cas exceptionnels, son esprit la rend transposable aux décisions de retour qui seraient prises par l'État de refuge, en ce

160 Art. 7(h).

qu'elles sont assimilables à des mesures d'éloignement de l'enfant enlevé.

B. En cas de décision définitive relative au statut de réfugié de l'enfant enlevé

Dans le second cas de figure, lorsque la décision relative à la demande de statut de réfugié de l'enfant enlevé a été rendue et est devenue définitive, ce qui s'avèrera rare en pratique compte tenu de la longueur et de la complexité de la procédure d'asile, la solution consisterait dans le caractère obligatoire de ladite décision vis-à-vis des autorités en charge de la procédure de retour de l'enfant. La reconnaissance du statut de réfugié à l'enfant enlevé devrait ainsi conduire à une décision de non-retour de celui-ci pour risque grave au sens de l'article 13§1 (b) de la Convention de La Haye sur le fondement des seules appréciations souveraines des autorités de l'asile. Une telle solution a pu être pratiquée par certaines juridictions étrangères, notamment les juridictions américaines, anglaises et canadiennes, lesquelles considèrent que l'octroi du statut de réfugié à l'enfant enlevé par les autorités de l'asile constitue une présomption de risque grave au sens de l'article 13 de la Convention de La Haye¹⁶¹. Ces pratiques jurisprudentielles s'avèrent néanmoins insatisfaisantes en ce qu'elles retiennent une présomption simplement réfragable, laissant ainsi aux autorités en charge du retour de l'enfant la possibilité de mettre à exécution une décision de retour de celui-ci dans son pays de résidence. Une telle présomption devrait en effet s'avérer irréfragable et faire obstacle dans tous les cas à l'exécution d'un ordre de retour de l'enfant réfugié.

En cas de refus de reconnaissance du statut de réfugié, les autorités en charge de la procédure de retour pourraient néanmoins statuer sur la demande de retour et éventuellement ordonner le retour de l'enfant enlevé. Une telle décision ne devrait toutefois pas empêcher la caractérisation d'exceptions au retour immédiat de l'enfant dans son pays de résidence en vertu des articles 12 et suivants de la Convention de La Haye¹⁶². En effet, si les risques de persécution présentent un risque grave de danger psychique ou physique pour l'enfant en cas de retour dans son pays d'origine, ils ne sont pas les seuls à pouvoir faire obstacle à son retour immédiat. L'enfant pourrait par exemple s'être intégré dans son nouveau milieu et ainsi ne pas être retourné dans son pays de résidence quand bien même il n'y subirait pas des risques de persécution. Les autorités pourraient également considérer qu'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant de ne pas être séparé de

161 C. Harnois, *The presumption of risk of persecution or other serious harm arising from a judgment granting the child refugee status*, art. préc. (note 45), p. 10 s.

162 A titre d'illustration, dans une décision *Kovacs v Kovacs* (Ontario superior Court of Justice, 2002, n°49485), les juridictions canadiennes ont pu approuver la décision de non-retour de l'enfant enlevé pour cause de risque grave que le retour ne l'expose à un danger psychologique alors même que les autorités de l'asile avaient refusé à l'enfant le statut de réfugié pour absence de risques de persécution dans son pays d'origine.

son parent ravisseur lorsque le parent délaissé n'entretient que de faibles liens avec lui et compte tenu de son jeune âge¹⁶³.

En conclusion, il apparaît essentiel d'organiser la coordination des procédures de retour de l'enfant enlevé et d'asile connexe autour de la primauté du principe de protection de l'enfant contre le refoulement, impliquant ainsi la subordination de la procédure de retour de l'enfant à la décision des autorités en charge de la demande d'asile parallèle. Si cette coordination se matérialise par un sursis à statuer s'imposant aux autorités en charge de la procédure de retour, il convient encore d'en préciser les modalités pratiques. Plus encore, le fonctionnement harmonieux des procédures ne peut s'opérer convenablement qu'en envisageant des solutions de coopération et de coordination à tous les stades des procédures parallèles.

Section 2 : La nécessaire coordination des procédures

Afin d'assurer le fonctionnement harmonieux de la procédure d'asile parallèle à la procédure de retour de l'enfant enlevé et de restaurer à chacune des conventions de Genève et de La Haye sa pleine effectivité, il apparaît nécessaire de faire évoluer les pratiques actuelles (§1). Nous proposerons à ce titre plusieurs solutions qui permettraient dans ce contexte si singulier aux autorités en charge de ces deux procédures d'assurer leur fonctionnement « main dans la main »¹⁶⁴. Les implications techniques de ces solutions et les possibles difficultés de leur mise en œuvre nous conduirons en outre à envisager la création d'un cadre autonome pour le traitement de cette problématique spécifique (§2).

§1 : Nécessité d'une évolution des pratiques

L'absence d'harmonisation des pratiques en présence d'une demande d'asile parallèle à la demande de retour d'un enfant enlevé et l'absence de coordination des procédures des conventions de Genève et de La Haye conduisent en pratique à des conséquences néfastes, affaiblissant l'effectivité respective de ces instruments internationaux. Compte tenu de l'émergence de cette

163 Tel était notamment le cas dans l'affaire présentée devant le Tribunal judiciaire de Strasbourg en 2021 (*v. supra*, note 76), dans laquelle les juridictions françaises refusent le retour de l'enfant enlevé en vertu de la Convention de La Haye en raison de l'absence de lien entre le père délaissé et l'enfant enlevé et de l'absence de dispositions adéquates prises pour assurer la protection et les besoins essentiels de l'enfant après son éventuel retour en Biélorussie, indépendamment de la demande d'asile parallèle en cours d'instruction.

164 L. Stephens dans l'affaire *G v G* retient à ce titre que « les deux conventions ne sont pas indépendantes l'une de l'autre, mais doivent plutôt fonctionner main dans la main », pt 134 (*notre traduction*).

problématique et du manque de travaux jurisprudentiels et doctrinaux effectués sur ce point, il nous apparaît nécessaire d'envisager plusieurs propositions dans l'optique de coordonner ces procédures et de modifier ainsi l'appréhension actuelle de leur déroulement parallèle par les autorités nationales compétentes. Tout en exploitant les différentes voies par lesquelles de telles évolutions pourraient être insufflées aux autorités en charge de chacune des procédures parallèles (C), il convient avant toute chose de mettre en place un contexte propice à la détection de la connexité des deux demandes parallèles (A) afin d'assurer ensuite leur traitement coordonné tout au long de la procédure (B).

A. En amont

La coordination procédurale des demandes parallèles ne peut avoir lieu que si les autorités en charge de chacune des procédures de retour de l'enfant et d'asile parallèle sont informées de leur existence respective. Or le traitement cloisonné de ces demandes dans le cadre de procédures distinctes et prises en charge par des autorités spécialisées distinctes s'oppose à tout échange d'informations quant à l'existence de demandes connexes. Bien que la Cour suprême du Royaume-Uni dans sa décision *G v G* n'ait pas envisagé de coordination des demandes en dehors du cadre juridictionnel, il convient dans un premier temps d'envisager plusieurs solutions afin de permettre à chacune de ces autorités d'identifier l'existence de demandes connexes par la mise en place d'une obligation d'information et de coopération, tant à la charge des parties intéressées (1) que des autorités en cause (2).

1) Dans les rapports verticaux

Les rapports verticaux désignent les rapports entre les parties aux procédures parallèles et les autorités en charge de celles-ci. Chacune des parties à ces procédures parallèles (parent ravisseur, parent délaissé et enfant enlevé) ayant intérêt à leur déroulement coordonné, il apparaît essentiel de faire peser sur celles-ci une obligation de coopération dans la mesure où elles s'avèrent être les mieux placées pour détecter l'existence de demandes parallèles. Leur imposer une obligation d'information et de coopération dans le but d'identifier l'existence de demandes parallèles en amont d'une coordination procédurale de ces demandes se fonderait ainsi sur les principes généraux de bonne foi et de loyauté procédurale.

Cette obligation devrait notamment peser sur le demandeur d'asile, c'est-à-dire sur le parent ravisseur ayant déplacé l'enfant et ayant présenté une demande d'asile dans le pays de refuge en

désignant l'enfant enlevé comme personne à charge¹⁶⁵. Le parent ravisseur a en effet tout intérêt au traitement coordonné des demandes parallèles dans la mesure où la suspension de l'ordre de retour de l'enfant dans l'attente de la détermination de la demande d'asile assurerait la protection de l'enfant contre le refoulement et permettrait ainsi au parent ravisseur de maintenir ses relations familiales avec son enfant dans l'État de refuge. Dans ce contexte particulier, cette obligation pourrait trouver son fondement en droit français dans l'article L.531-5 alinéa 1 du Ceseda, obligeant le demandeur d'asile à fournir aux autorités de l'asile toute information nécessaire à l'appréciation de sa demande de protection¹⁶⁶. Ainsi l'on pourrait soutenir l'obligation pour le parent ravisseur d'informer les autorités de l'asile de l'État de refuge de sa situation familiale et de celle de son enfant dès l'introduction de sa demande de protection. Lorsque la demande de retour n'a pas encore été présentée par le parent délaissé, le demandeur d'asile devrait ainsi les informer de ce qu'il a dû quitter son pays d'origine avec son enfant en raison d'un risque de persécution mais également que ce déplacement s'est fait en violation du droit de garde de l'autre parent et sans son consentement. Une telle information permettrait aux autorités de l'asile d'appréhender une éventuelle demande postérieure de retour de l'enfant dans l'État de refuge et d'anticiper l'existence de demandes parallèles. Si, en revanche, la demande de retour de l'enfant enlevé a déjà été présentée par le parent délaissé devant les juridictions de l'État de refuge, ce qui se présentera le plus souvent en pratique compte tenu de la rapidité avec laquelle le parent délaissé exerce généralement une telle action, le parent ravisseur demandeur d'asile devrait dans ce cas informer les autorités de l'asile de l'existence de cette demande parallèle dans la mesure où, étant partie à une telle procédure, il en a nécessairement connaissance au jour de l'introduction de la demande d'asile. Réciproquement, les autorités en charge de la demande d'asile devraient également informer le demandeur de l'existence d'une demande parallèle de retour de l'enfant enlevé lorsqu'elles en ont connaissance¹⁶⁷. Une telle pratique permettrait dans ce cas aux autorités de l'asile de prendre acte de cette demande connexe, ce qui favorisera dans un second temps la coopération des autorités en charge de chacune des procédures.

Une telle obligation d'information ne pourrait toutefois pas peser sur le parent délaissé, auteur de la demande de retour de l'enfant enlevé. En effet, ce dernier ne peut avoir connaissance de

165 La minorité et la vulnérabilité de l'enfant à charge, réputé demandeur d'asile, s'opposent en effet à faire peser une telle obligation directement sur l'enfant enlevé.

166 L'article dispose à ce titre qu'« Il appartient au demandeur de présenter, aussi rapidement que possible, tous les éléments nécessaires pour étayer sa demande d'asile. Ces éléments sont constitués par ses déclarations et par tous les documents dont il dispose concernant son âge, son histoire personnelle, *y compris celle de sa famille*, son identité, sa ou ses nationalités ses titres de voyage, les pays ainsi que les lieux où il a résidé auparavant, ses demandes d'asile antérieures, son itinéraire *ainsi que les raisons justifiant sa demande* ».

167 Une telle pratique pourrait être fondée en droit français de l'asile sur l'article L.521-13 du Ceseda.

la demande d'asile présentée au nom de l'enfant, celui-ci n'étant pas partie à la procédure d'asile parallèle. Réciproquement, les autorités en charge de la demande de statut de réfugié parallèle ne devraient pas l'informer de l'existence de la demande d'asile parallèle, ou du moins de son contenu, en raison du principe de confidentialité dans la procédure d'asile.

Faire peser sur le demandeur d'asile une obligation d'information relative à sa situation familiale et/ou à l'existence d'une demande de retour formulée parallèlement par le parent délaissé constituerait ainsi un moyen pour les autorités en charge de chacune des procédures d'établir l'existence de demandes connexes. Une telle obligation de coopération devrait encore s'imposer aux autorités en charge de ces deux procédures.

2) Dans les rapports horizontaux

L'exigence de coopération entre les autorités centrales en charge de la procédure de retour de l'enfant enlevé et les autorités administratives en charge de la demande d'asile connexe apparaît primordiale. Elle constitue en effet la pièce maîtresse de la coordination des procédures de la Convention de La Haye et de la Convention de Genève en ce qu'elle permettrait aux autorités en charge du retour de l'enfant enlevé d'avoir connaissance de la demande de protection internationale présentée par l'enfant dans l'État de refuge et réciproquement. C'est ensuite sur cette base que le traitement coordonné des demandes pourra être assuré de manière satisfaisante sur le plan procédural.

Bien que cette coopération n'ait été envisagée par aucun État ni par aucun auteur, sûrement en raison de la distinction des sphères privées et publiques et de la séparation des autorités judiciaires et administratives, elle pourrait être fondée sur la lecture combinée des articles 7 de la Convention de La Haye et 35 de la Convention de Genève. Le premier fait en effet peser sur les autorités centrales du pays de résidence habituelle de l'enfant et du pays de refuge de celui-ci une obligation de coopération et de collaboration, impliquant une obligation réciproque d'assistance et d'échange d'informations sur la situation de l'enfant enlevé. Une telle obligation a pour finalité d'assurer « le retour immédiat de l'enfant et réaliser les autres objectifs de la présente Convention »¹⁶⁸. Le second institue quant à lui entre les États parties à la convention de Genève et le HCR, chargé de contrôler le respect de la Convention par les États parties, une obligation de coopération ayant pour finalité de veiller à la bonne application de la Convention de Genève. L'exigence de

168 Art. 7, Convention de La Haye de 1980.

coopération entre autorités centrales des États requérants et requis, des autorités de l'asile de l'État de refuge et du HCR dans le cas particulier d'une demande d'asile parallèle à une demande de retour de l'enfant enlevé permettrait ainsi le respect des finalités de chacune des conventions. Le traitement coordonné des demandes parallèles qui découlerait de cette coopération s'avère en effet primordial pour assurer le retour de l'enfant dans son intérêt supérieur (objectif de la Convention de La Haye) en ce qu'il permettrait aux autorités en charge du retour de l'enfant d'avoir connaissance d'un éventuel risque de persécution subi par l'enfant dans son pays de résidence. Une telle coopération s'avère en outre essentielle pour mener à bien l'application de la Convention de Genève, en ce que la non-exécution de l'ordre de retour de l'enfant dans l'attente de la détermination de sa demande d'asile où en cas de reconnaissance du statut de réfugié qui découlerait d'une telle coordination permet d'assurer le respect du principe fondamental de non-refoulement.

Cette obligation pourrait également découler des dispositions des droits nationaux de l'asile. À titre d'illustration, en droit français, l'article L.531-5 alinéa 2 du Ceseda¹⁶⁹ pourrait être analysé comme une autorisation faite aux autorités de l'asile de coopérer avec les autorités nationales pertinentes pour l'évaluation de l'ensemble des éléments de la demande d'asile. Une telle disposition permettrait ainsi aux autorités françaises en charge de la demande d'asile de l'enfant enlevé (l'Ofpra) de coopérer avec l'autorité centrale en charge du retour de l'enfant enlevé (auprès du Ministère de la Justice) lorsque celui-ci s'est réfugié en France. Tel était notamment le cas dans l'affaire présentée au TJ de Strasbourg en 2021, dans laquelle l'enfant avait été déplacé de Biélorussie vers la France.

Outre le fondement d'une telle coopération, celle-ci impliquerait également une formation plus approfondie des autorités en charge du retour de l'enfant aux problématiques migratoires, et des autorités de l'asile aux spécificités de la matière familiale. Elle faciliterait en effet la compréhension par chacune des autorités des enjeux en cause dans la procédure d'asile ou de retour parallèle et permettrait la pleine effectivité de leur coopération. Plusieurs solutions sont à cette fin envisageables. L'une consisterait dans la formation par le HCR des autorités centrales comme judiciaires en charge du retour de l'enfant enlevé aux problématiques spécifiques du droit international des réfugiés. Le HCR est en effet l'organe le mieux placé pour former les autorités nationales aux spécificités du statut de réfugié découlant de la Convention de Genève et aux droits et obligations en résultant, notamment au principe de non-refoulement. Cette solution a déjà pu être pratiquée dans certains domaines. À titre d'illustration, en Irlande, dans le but d'assurer la protection

¹⁶⁹ Lequel dispose « Il appartient à l'Office français de protection des réfugiés et apatrides d'évaluer, en coopération avec le demandeur, les éléments pertinent de la demande ».

des enfants demandeurs d'asile non accompagnés conformément à la Convention des Nations-Unies de 1989, le HCR a pu former les services en charge de la protection de l'enfance en matière d'immigration¹⁷⁰ afin de faciliter leur compréhension des spécificités de leur statut de réfugié. Cette formation devrait également comprendre la collaboration de certaines ONG spécialisées en matière d'asile¹⁷¹, en ce que leur expérience au plus près de la situation réelle des personnes réfugiées permettrait d'apprécier ces spécificités du point de vue de la personne du réfugié, plus que de la souveraineté des États concernés. Réciproquement, une formation des autorités de l'asile aux spécificités de la matière familiale par la Conférence de La Haye pourrait être envisagée en ce que la protection de l'enfance à l'échelle internationale constitue l'un de ses domaines de prédilection.

Quant à la forme de cette exigence de coopération entre autorités, deux voies sont exploitables. D'une part, la coopération pourrait résulter d'un échange spontané entre autorités en charge de chacune des procédures. Ainsi par exemple, l'autorité en charge de la demande d'asile connexe pourrait informer l'autorité centrale de l'État requis de ce que l'enfant objet de la demande de retour fait parallèlement l'objet d'une demande d'asile en cours de détermination dans l'État de refuge. Le principe de confidentialité de la procédure d'asile n'y ferait pas obstacle dans la mesure où l'autorité centrale de l'État requis tout comme l'État requis lui-même ne sont pas les auteurs présumés des persécutions alléguées par l'enfant demandeur d'asile. L'obstacle qu'il représente néanmoins du point de vue de l'État requérant, dans lequel le parent ravisseur et l'enfant craignent à *priori* des risques de persécution, devrait conduire à faire peser sur l'autorité centrale de celui-ci une obligation de non-divulgence, l'interdisant de transmettre l'information au gouvernement de l'État d'origine ainsi qu'au parent délaissé auteur de la demande de retour, se présentant souvent comme l'auteur potentiel des persécutions au sens de la Convention de Genève. Outre cette difficulté de conciliation avec le principe de confidentialité, une telle voie serait difficilement praticable en raison de l'absence de tout cadre permettant cet échange d'informations, pouvant ainsi conduire à une certaine lenteur voire même à l'inefficacité de la coopération.

Ces limites pourraient ainsi inciter la mise en place d'un réseau spécial de centralisation des informations relatives à chacune des procédures parallèles. Tout comme il existe au niveau international la Convention de Londres de 1968, permettant aux autorités nationales l'accès au contenu du droit étranger de chaque État partie, l'on pourrait envisager un registre spécifique facilitant l'échange d'informations entre autorités de l'asile et autorités en charge du retour de l'enfant. Dès leur saisine d'une demande d'asile ou d'une demande de retour d'un enfant, ces

170 V. L. Shamseldin, *art. préc.* (note 24), p. 26.

171 Par exemple en France de l'association « France terre d'asile ».

autorités pourraient ainsi inscrire dans ce registre la date de leur saisine, le nom de l'enfant sujet de la demande, la date de l'introduction de la demande ainsi que les informations dont elles disposent de l'enfant, concernant sa situation familiale pour les autorités en charge du retour et les risques de persécution allégués par celui-ci pour les autorités de l'asile. À moindre échelle, cet échange d'informations pourrait le cas échéant relever de la mise à disposition par chaque État partie aux conventions de La Haye et de Genève d'un registre public national spécifiquement dédié et accessible aux autorités étrangères sur demande auprès des autorités chargées de la tenue de ce registre. Le principe de confidentialité conduirait toutefois à entourer cet échange d'informations de garanties suffisantes. Le respect de ce principe pourrait être assuré par l'accès restreint du registre aux seules autorités en charge des procédures concernées ainsi que par l'interdiction pour celles-ci de divulguer ces informations en dehors de ces procédures et des autorités compétentes. Ces garanties pourraient en outre prendre la forme d'un agrément délivré par chaque État aux autorités concernées, notamment aux autorités centrales investies par la Convention de 1980, comme l'exige notamment la Convention de La Haye de 1993 en matière d'adoption internationale.

En conclusion, la mise en place d'une coopération verticale et horizontale entre le demandeur d'asile et les autorités de l'asile ainsi qu'entre les autorités de l'asile et de retour de l'enfant enlevé permettrait en définitive d'identifier l'existence de demandes parallèles pour assurer dans un second temps leur traitement procédural coordonné.

B. En cours de procédure

Une fois les demandes parallèles de retour de l'enfant enlevé et d'asile en cours de traitement devant les autorités compétentes, le fonctionnement harmonieux des procédures et la pleine effectivité de chacune des conventions internationales rendent nécessaire une coordination à tous les stades de la procédure, dont certains aspects ont notamment pu être mis en lumière par la Cour suprême du Royaume-Uni dans l'affaire *G v G*. Il nous apparaît à ce titre opportun d'envisager une mise en commun de certains aspects des procédures parallèles (2) dans le respect du principe de primauté de la politique migratoire (1) et de l'impératif de célérité (3).

1) La matérialisation procédurale du principe de primauté de la politique de protection des réfugiés

Comme il a été vu précédemment, la coordination des procédures devrait nécessairement

s'effectuer autour du principe de primauté de la protection des réfugiés, et notamment de la protection contre le refoulement, compte tenu des enjeux qui en découlent. D'un point de vue procédural, une telle affirmation suppose donc de donner priorité aux autorités de l'asile pour apprécier le risque de persécution éventuellement subi par l'enfant dans son pays d'origine, qui s'opposerait ainsi à son refoulement. Autrement dit, elle s'oppose à l'appréciation du risque de persécution sous l'angle des exceptions de la Convention de 1980 (a) et devrait conduire à imposer aux autorités civiles en charge du retour de l'enfant un sursis à statuer dont les modalités procédurales se doivent d'être précisées (b).

a. Rejet de l'appréciation du risque de persécution sous l'angle des exceptions de la Convention de 1980

La prise en considération de la demande d'asile parallèle de l'enfant enlevé pourrait s'envisager à travers les exceptions au retour immédiat de celui-ci prévues par la Convention de La Haye de 1980. Ainsi, les juridictions de l'État de refuge pourraient par exemple s'opposer au retour de l'enfant dans son pays de résidence sur le fondement de l'article 12 alinéa 2 lorsque celui-ci a le statut de réfugié dans le pays de refuge, en considérant que l'octroi de ce statut est un facteur pertinent d'appréciation de l'intégration de l'enfant dans son nouveau milieu¹⁷². L'octroi du statut de réfugié permet en effet à celui-ci de jouir de nombreux droits, notamment sociaux, et favorise ainsi son intégration dans le pays d'accueil.

Elles pourraient également refuser son retour sur le fondement de l'article 13§1 (b) en raison de l'existence d'un risque de persécution menaçant l'enfant dans son pays d'origine sur la base des documents produits en défense par le parent ravisseur et des informations communiquées par les autorités centrales des États requis et requérant, caractérisant 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 »¹⁷³. Elles pourraient également le refuser sur le fondement de l'article 20 de la Convention, en considérant que le risque de persécution subi par l'enfant dans son pays d'origine s'oppose à son refoulement et donc à la violation du principe fondamental de prohibition des traitements inhumains et dégradants garanti par l'article 3 de la Convention EDH qui résulterait du retour de l'enfant dans son pays de résidence. Dans le sens inverse, elles pourraient conclure à l'absence de risque de persécution et donc à l'absence de risque grave au sens de l'article 13, et

172 V. en ce sens les juridictions canadiennes et notamment Supreme Court of British Columbia, 2008, *Kubera v Kubera*, BCSC, 1340.

173 V. en ce sens *A.M.R.I. v. K.E.R.* (note 130).

ordonner ainsi le retour de l'enfant dans son pays de résidence habituelle.

Une telle pratique paraît de prime abord satisfaisante en ce que l'appréciation par les autorités civiles du retour de l'enfant tient compte de son statut de demandeur d'asile ou de réfugié dans le pays d'accueil. Cette technique de coordination des demandes parallèles se doit cependant d'être désavouée. En effet, les autorités en charge du retour de l'enfant ne sont pas spécialisées dans le domaine spécifique du droit international des réfugiés. Or l'appréciation du risque de persécution s'avère en pratique complexe et suscite un examen complet de la situation de l'enfant demandeur d'asile dans son pays d'origine, se conciliant mal avec le caractère rapide et succinct de la procédure de retour de l'enfant enlevé.

En outre, une telle pratique risquerait d'empiéter sur le pouvoir exclusif des autorités de l'asile quant à l'appréciation du bien-fondé de la demande de protection internationale. Bien que les juridictions de l'État de refuge ne statuent pas directement sur la demande de statut de réfugié de l'enfant mais sur la demande de retour immédiat dans son pays d'origine, leur décision est susceptible d'influencer celle des autorités de l'asile. Ainsi par exemple, la décision de retour fondée sur l'absence de risque grave subi par l'enfant pourrait jouer sur l'attitude des autorités en charge de la demande d'asile parallèle, qui seront inconsciemment plus enclines à refuser le statut de réfugié pour absence de risque de persécution, alors même que le risque grave au sens de l'article 13 ne recouvre pas les mêmes réalités, et tient davantage à la situation familiale de l'enfant qu'à sa situation globale dans son pays d'origine. Une décision postérieure de reconnaissance du statut de réfugié supposerait en outre une révision de la décision de retour de l'enfant, dont le principe n'est pas admis dans tous les droits nationaux. En sens contraire, une décision de non-retour fondée sur la présence d'un risque grave de danger au sens de l'article 13 de la Convention pourrait influencer les autorités de l'asile en faveur de la reconnaissance à l'enfant du statut de réfugié. Or le risque grave ne signifie pas nécessairement risque de persécution et a un sens bien plus large que le risque visé par la Convention de Genève.

Une autre limite consiste dans le caractère discrétionnaire de l'appréciation des exceptions par les juridictions de l'État de refuge. Bien qu'il soit dans l'esprit de la Convention de 1980 et de sa politique de retour immédiat de retenir une interprétation stricte de ces exceptions, celle-ci ne pose aucune directive expresse quant à leur mise en œuvre pratique. Laisser les autorités en charge du retour de l'enfant apprécier le risque de persécution à travers les articles 13 et 20 risquerait donc de conduire à des décisions divergentes entre États, selon la politique migratoire plus ou moins

restrictive de l'État de refuge et le bon-vouloir des juridictions de celui-ci, source d'imprévisibilité et d'insécurité juridique.

Enfin, l'appréhension du risque de persécution sous l'angle des exception de la Convention de La Haye porterait atteinte à la finalité même de la Convention de 1980. En effet, l'appréciation du risque de persécution suppose une appréciation globale de la situation de l'enfant, non pas seulement au regard de sa situation sociale et familiale mais aussi au regard de ses opinions politiques, de sa race, de sa nationalité, de sa religion ou encore de son appartenance à un certain groupe social ainsi qu'à celles de son parent ravisseur. Or admettre une telle possibilité reviendrait à conférer aux juridictions de l'État de refuge le pouvoir d'apprécier de manière générale l'intérêt supérieur de l'enfant au regard des circonstances de l'espèce, alors même que la Convention de La Haye confère cette compétence de principe à l'État d'origine de l'enfant enlevé.

Pour ces raisons, il apparaît fondamental d'imposer un sursis à statuer aux autorités en charge du retour de l'enfant afin d'assurer la primauté de la protection de l'enfant réfugié, conférant ainsi priorité à la décision des autorités de l'asile.

b. Les modalités du sursis à statuer s'imposant aux autorités en charge du retour de l'enfant enlevé

Bien que nous ayons d'ores et déjà envisagé l'imposition d'un sursis à statuer dans son principe, il convient à présent d'en spécifier les modalités pratiques. Si le sursis à statuer dans l'attente de la détermination de la demande d'asile de l'enfant enlevé et jusqu'à épuisement des voies de recours se justifie par la protection de celui-ci contre le refoulement, il faut encore en préciser l'objet et la mise en œuvre pratique.

Du point de vue de l'objet, la question se pose de savoir s'il est préférable pour les juridictions en charge du retour de l'enfant enlevé de prononcer un sursis à statuer sur la totalité de la procédure ou seulement sur certains points, notamment ceux qui se trouvent au carrefour des deux disciplines. Dans l'affaire *G v G*, en première instance, la *High Court* avait envisagé un sursis à statuer sur l'ensemble de la procédure de retour dans l'attente de la décision de l'autorité de l'asile¹⁷⁴. En appel, la *Court of appeal* réfute cependant une telle pratique, considérant que l'enfant désigné comme personne à charge n'avait pas la qualité de demandeur d'asile et ordonnant ainsi

174 Pt 30.

l'exécution de l'ordre de retour de l'enfant, sans considération de la demande d'asile parallèle¹⁷⁵. La Cour suprême retient quant à elle l'assimilation de l'enfant désigné à charge à un demandeur d'asile, et reprend à ce titre la position de la cour d'appel, considérant que la demande d'asile parallèle en cours d'instruction fait simplement obstacle à l'exécution de la décision de retour, sans que cela n'empêche aux juridictions de l'État de refuge de statuer sur toutes les conditions de la Convention de La Haye, y compris sur les exceptions des articles 13 et 20 de celle-ci¹⁷⁶.

Plusieurs propositions sont sur ce point envisageables. L'on pourrait d'abord envisager un sursis à statuer portant sur l'entière procédure de retour de l'enfant, faisant ainsi obstacle à ce que les juridictions de l'État de refuge statuent sur la demande de retour en présence d'une demande d'asile connexe. Bien qu'une telle pratique soit appréciable en ce qu'elle évite tout risque d'empiètement sur les compétences exclusives des autorités de l'asile et assure ainsi la pleine effectivité de la politique de protection de l'enfant réfugié, elle serait néanmoins contraire aux principes de célérité et de bonne administration de la justice, d'autant plus que certains points de la procédure restent vérifiables par les juridictions de l'État de refuge sans que cela n'impacte la procédure d'asile parallèle et réciproquement. De surcroît, à défaut d'octroi du statut de réfugié la procédure de retour de l'enfant pourrait reprendre son cours sans qu'il soit nécessaire d'instruire la procédure dans son intégralité.

L'on pourrait sinon adopter la position de la Cour suprême du Royaume-Uni et ordonner aux autorités en charge du retour un sursis à statuer relatif à la simple exécution de la décision de retour ou de non-retour dans l'attente de la décision des autorités de l'asile. Il convient néanmoins de désapprouver cette pratique en ce qu'elle impliquerait l'appréciation par les juridictions en charge du retour de l'enfant des exceptions des articles 13 et 20 de la Convention, fréquemment fondées sur le même contexte factuel que celui relatif à la demande d'asile, c'est-à-dire sur l'appréciation du risque de préjudice subi par l'enfant en cas de retour dans son pays d'origine.

Ainsi devrait-on envisager un sursis à statuer sur les seuls points de la procédure de retour susceptibles de relever de l'appréciation de la demande d'asile parallèle. Comme le soutient notamment le Professeur Sabine Corneloup, les juridictions civiles pourraient à ce titre statuer sur les conditions de retour de l'enfant à l'exception des articles 13§1 (b) et 20 de la Convention de La Haye dans l'attente de la décision relative à la demande d'asile connexe, ce qui pose néanmoins difficulté du point de vue de l'impératif de célérité dans la procédure de retour de l'enfant.

175 Pt 44.

176 Elle considère en effet que rien n'empêche aux juridictions de l'Etat de refuge d'examiner si une défense au titre de l'article 13§1 (b) de la Convention de La Haye est établie en ce que les constatations simplement factuelles concernant les éléments constitutifs du risque de refoulement ne porteraient pas atteinte aux pouvoirs exclusifs des autorités en charge de l'asile (pt 127).

Du point de vue de la mise en œuvre d'une telle pratique, la question se pose du caractère obligatoire ou non du sursis à statuer et de son relevé d'office par le juge civil. La position de la Cour suprême du Royaume-Uni dans l'affaire *G v G* apparaît critiquable sur ce point. Cette dernière retient en effet que la suspension de la procédure de retour relève du pouvoir discrétionnaire des juridictions en charge du retour de l'enfant¹⁷⁷, tout comme l'avait retenu la cour d'appel¹⁷⁸. Le caractère arbitraire d'une telle pratique de coordination ferait néanmoins obstacle à son efficacité. Le sursis à statuer devrait donc présenter un caractère obligatoire pour le juge civil et être relevé d'office par ce dernier dans le respect du principe du contradictoire pour des raisons évidentes de sécurité juridique et de cohérence des solutions.

Une fois la décision relative à la demande d'asile de l'enfant enlevé définitivement rendue, celle-ci devrait lier les juridictions en charge du retour de l'enfant. En cas d'octroi du statut de réfugié, la décision devrait être analysée en une présomption irréfragable¹⁷⁹ de risque de persécution subi par l'enfant en cas de retour dans son pays d'origine, caractérisant un risque grave au sens de l'article 13§1 (b) de la Convention de 1980, et s'opposant dans tous les cas au retour de l'enfant. L'appréciation du risque de persécution sous l'angle des exceptions de la Convention de La Haye ne serait donc envisageable qu'à *posteriori*, c'est-à-dire postérieurement à la décision des autorités de l'asile. À défaut de reconnaissance du statut de réfugié, le juge civil pourrait ainsi reprendre le cours de la procédure de retour, ce qui n'impliquerait pas automatiquement le retour immédiat de l'enfant dans son pays d'origine, l'absence de risque de persécution ne signifiant pas pour autant absence de risque grave pour l'enfant.

Une fois la matérialisation procédurale de cette hiérarchie des procédures établie, il convient d'envisager sur certains points une jonction des procédures parallèles afin d'assurer leur traitement coordonné.

2) La jonction des procédures parallèles

Lorsque l'enfant sujet de la demande de retour fait parallèlement l'objet d'une demande d'asile indépendante ou en tant qu'enfant désigné comme personne à charge dans une demande principale, plusieurs mesures devraient être prises pour améliorer le processus de décision dans

177 Pt 160.

178 Pt 45.

179 Et non comme une présomption simplement réfragable selon la pratique des juridictions anglaises, américaines et canadiennes (v. *supra* note 161).

chacune des procédures. Le traitement coordonné des points communs aux deux procédures permettrait ainsi une prise de décision cohérente et éclairée par chacune des autorités. En se basant principalement sur les diverses propositions faites par les juridictions anglaises dans l'affaire *G v G*¹⁸⁰, il apparaît à ce titre opportun d'envisager de joindre chaque partie au déroulement de la procédure parallèle la concernant (a) ainsi que d'assurer une divulgation des informations dans chacune des procédures (b).

a. Du point de vue des parties à la procédure

La participation de chaque partie à la procédure parallèle la concernant apparaît fondamentale du point de vue du respect de leur droit à un procès équitable, garanti par l'article 6§1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Elle permettrait en outre aux autorités en charge de chacune des procédures d'apprécier globalement la situation de l'enfant sur la base des éléments invoqués par chacune des parties, en demande comme en défense. À ce titre, et conformément aux propositions faites par la Cour suprême dans l'affaire *G v G*¹⁸¹, il apparaîtrait nécessaire de joindre l'enfant demandeur d'asile en tant que partie dans la procédure de retour de la Convention de La Haye de 1980. Malgré son jeune âge et sa possible vulnérabilité, celui-ci doit en effet avoir la possibilité d'être entendu (directement ou par le biais de son représentant légal) par les autorités en charge de la procédure de retour. L'on pourrait également envisager de joindre le parent délaissé, auteur de la demande de retour, à la procédure d'asile parallèle. Si cette idée paraît défendable du point de vue du respect des droits de la défense¹⁸², elle trouvera généralement sa limite dans le principe de confidentialité. Le parent délaissé peut en effet s'avérer être l'auteur potentiel des persécutions subies par l'enfant demandeur d'asile, ce qui était notamment le cas dans l'affaire *G v G* dans laquelle le parent ravisseur craignait des violences de la part des membres de sa famille en raison de son homosexualité. Le joindre à la procédure d'asile afin d'entendre ses éventuelles objections aux allégations du parent ravisseur et de son enfant, demandeurs d'asile, risquerait dans ce cas de mettre en danger la vie et la sécurité de ces derniers. L'on pourrait toutefois envisager sa participation à la procédure d'asile dans l'unique cas où il est avéré qu'il n'est pas l'auteur présumé des persécutions alléguées par l'enfant et le parent ravisseur. Tel sera par exemple

180 La Cour suprême a à ce titre invité diverses parties en tant que parties intervenantes dans le but de proposer diverses mesures visant à assurer le fonctionnement harmonieux des conventions de La Haye et de Genève en présence de demandes parallèles.

181 Pt 167.

182 Dans l'affaire *G v G*, l'intervenant « Reunite » relève à ce titre l'inéquité de la procédure d'asile à laquelle le parent délaissé n'a pas le droit de participer, s'opposant ainsi à la possibilité pour celui-ci de voir et de contester les preuves soumises dans le cadre de la procédure d'asile (pt 52) (*notre traduction*).

le cas lorsque ces derniers craignent des risques de persécution du fait des autorités politiques de leur pays d'origine, ce qui permettrait au parent délaissé de s'exprimer sur la réalité de ces faits mais également d'avoir connaissance du motif du déplacement de l'enfant par le parent ravisseur en dépit de son consentement.

Outre les parties demanderesse et défenderesse aux procédures parallèles, une telle jonction devrait également être envisagée du point de vue des autorités. Ainsi, le juge civil en charge de la procédure de retour pourrait joindre à la procédure l'autorité en charge de la demande d'asile connexe par voie de notification, sur le fondement de sa connaissance en amont de l'existence de la demande d'asile parallèle. Cette pratique, notamment évoquée dans l'affaire *G v G*¹⁸³, permettrait aux autorités de l'asile d'obtenir de plus amples informations sur la situation de l'enfant, notamment du point de vue familial, et ceci du point de vue du parent ravisseur, de l'enfant mais aussi du parent délaissé. Les autorités de l'asile seraient dans ce cas plus à même de rendre une décision éclairée de reconnaissance ou de non-reconnaissance du statut de réfugié à l'enfant demandeur d'asile, sans pour autant être liées par la décision des autorités en charge de la procédure de retour. L'on pourrait également envisager de joindre les autorités en charge de la procédure de retour à la procédure d'asile. Deux arguments s'y opposent néanmoins. D'une part, elles n'auraient pas besoin de prendre connaissance des éléments fondant la demande de protection de l'enfant en ce qu'elles n'ont pas pour mission d'apprécier le risque de persécution que celui-ci subirait, mais simplement de tirer les conséquences juridiques de la décision finale des autorités de l'asile sur le fondement des outils de la Convention de La Haye. D'autre part, le principe de confidentialité de la procédure d'asile leur interdirait de divulguer toute information relative au contenu de la demande d'asile au parent délaissé ainsi qu'aux autorités politiques de l'État d'origine lorsqu'ils sont susceptibles d'être les auteurs potentiels des persécutions.

Enfin, dans un but d'effectivité et de simplification des procédures parallèles, l'une des solutions pourrait être pour l'enfant demandeur d'asile, ou pour son parent ravisseur selon les cas, de disposer d'un seul et unique représentant légal (c'est-à-dire d'un avocat) dans la procédure de retour comme dans la procédure d'asile. Le représentant de l'enfant serait ainsi plus à même de défendre ses droits de manière satisfaisante sur la base d'une connaissance d'ensemble des deux procédures dont fait l'objet l'enfant enlevé demandeur d'asile. Cette solution a pu être défendue par la Cour suprême dans l'affaire *G v G*¹⁸⁴ sur la base des observations formulées par les parties intervenantes.

183 Pt 166.

184 Annexe 2, pt 1.

Elle défend en effet la communication par le demandeur d'asile au tribunal en charge de la demande de retour du nom et des coordonnées du représentant légal engagé dans le cadre de la procédure d'asile. Elle propose ainsi que le demandeur d'asile assiste, en présence de son représentant légal, à toutes les audiences dans le cadre de la procédure de retour et réciproquement. La coordination des procédures parallèles suppose également une divulgation des informations relatives à chaque procédure.

b. Du point de vue de la divulgation des informations

Le traitement coordonné des procédures parallèles repose essentiellement sur un échange d'informations, en amont comme au stade décisionnel. Les informations propres à chacune des procédures permettraient ainsi à chacune des autorités une meilleure prise de décision et assurerait en outre des solutions cohérentes, sources de sécurité et de stabilité. La divulgation de ces informations ne serait réalisable que par le canal des autorités en charge des procédures respectives et s'apparenterait ainsi à une obligation de coopération et de collaboration entre autorités au stade décisionnel. Elle supposerait à ce titre une formation plus approfondie des autorités en charge du retour de l'enfant aux problématiques de droit des réfugiés et des autorités de l'asile aux problématiques relatives à la matière familiale. Les perspectives de divulgation d'informations dans un contexte migratoire ont déjà pu être envisagées, entre autorités de la Convention de 1980 et autorités de l'asile dans l'affaire *G v G*, ou encore entre autorités de l'asile et services sociaux en charge de la protection de l'enfance par l'auteur Lisa Shamseldin¹⁸⁵.

Une telle obligation ne poserait pas de difficulté du point de vue des autorités en charge de la procédure de la Convention de La Haye de 1980. Elles pourraient en effet, et y auraient tout intérêt du point de vue de l'impératif de célérité, transmettre aux autorités de l'asile toutes les informations en leur possession relatives à la situation de l'enfant enlevé dans son pays de résidence et dans le pays de refuge sur la base des éléments fournis par les autorités centrales, par le parent délaissé et par le parent ravisseur. Cela contribuerait à l'accélération du traitement par les autorités de l'asile de la demande d'asile de l'enfant enlevé ainsi qu'à une prise de décision éclairée. Une telle divulgation ne se heurterait en outre à aucun obstacle en ce que les informations en cause ne sont pas sensibles et ne se trouvent pas couvertes par la confidentialité dans la procédure de retour. Les pratiques nationales ont de surcroît pu démontrer la faisabilité d'une coopération entre autorités administratives de l'asile et autorités judiciaires en charge de procédures distinctes. À titre

185 L. Shamseldin, *art. préc.* (note 24), p. 24.

d'illustration, en droit français de l'asile, l'article L.513-6 du Ceseda impose aux autorités judiciaires de communiquer, sur demande ou d'office, à l'Ofpra ou à la CNDA « tout élément recueilli au cours d'une instance civile ou d'une information correctionnelle, y compris lorsque celle-ci s'est terminée par un non-lieu » qui serait « de nature à faire suspecter » qu'une personne soit exclue de la qualité de réfugié. Un tel raisonnement pourrait être emprunté par analogie, imposant aux autorités judiciaires en charge de la procédure de retour de communiquer aux autorités de l'asile toute information relative à l'enfant objet de la demande d'asile parallèle. Il poursuivrait ainsi une finalité différente : celle d'éviter des décisions contradictoires et d'assurer une harmonie internationale des solutions.

Plus problématique s'avère en revanche la question de la divulgation par les autorités de l'asile des informations relatives à la procédure d'asile dans le cadre de la procédure de retour parallèle compte tenu du principe de confidentialité de la procédure d'asile, couvrant les sources mais aussi les éléments contenus dans la demande d'asile de l'enfant. Afin de contourner cet obstacle, les juges ont pu soutenir dans l'affaire *G v G* le conditionnement de la divulgation de ces informations au test de « la mise en balance »¹⁸⁶. Ainsi les documents de la procédure d'asile pourraient être communiqués dans la procédure de retour à condition de s'assurer que le parent auteur de la demande de retour ne soit pas l'auteur des persécutions alléguées par l'enfant demandeur d'asile. Bien que la divulgation de ces informations soit envisageable en ce que le principe de confidentialité n'a pas valeur absolue et présente ici un intérêt pour le demandeur d'asile, ce test de la mise en balance ne se trouve pas entouré de garanties suffisantes. En effet, les persécutions menaçant l'enfant demandeur d'asile peuvent être d'origine domestique ou familiale mais aussi politique et émaner des autorités mêmes de son État d'origine. Il faudrait dans ce cas s'assurer, outre le fait que le parent demandeur ne soit pas l'auteur présumé des persécutions (ce qui s'avèrera rare en pratique), que ces informations ne soient pas transmises aux autorités politiques de l'État requérant lorsqu'il est l'auteur présumé des persécutions¹⁸⁷. Ce dernier cas pourrait être garanti par une obligation de confidentialité des informations au sein de la procédure de retour, à la charge de toutes les autorités administratives et judiciaires des pays de refuge et d'origine de l'enfant demandeur d'asile.

186 Pt 170 et dont on doit l'origine à Peter Jackson, Baker, Philips LJ, [2020] EWCA 1001, 29 juill. 2020, *In the matter of H (Achid) (Disclosure of Asylum Documents)*.

187 Tel était par exemple le cas dans l'affaire du TJ de Strasbourg (*v. supra*, note 76) dans laquelle le parent ravisseur et son enfant craignaient d'être persécutés par les autorités biélorusses du fait de leurs opinions politiques.

Ensuite, la désignation d'une autorité supérieure, dotée d'un pouvoir de coordination des procédures parallèles et d'encadrement de la divulgation des informations de chacune d'elles permettrait la mise en place d'une stratégie cohérente dans le traitement des demandes parallèles. L'un des apports de la décision *G v G* consistait sur ce point à conférer aux juridictions civiles de première instance en charge de la procédure de retour de l'enfant (au Royaume-Uni la *High Court*) un droit de regard et un pouvoir de coordination des procédures parallèles jusqu'à leur clôture¹⁸⁸. Le juge civil est en effet le mieux placé pour coordonner les procédures parallèles, dans la mesure où il est à l'origine du sursis à statuer en faveur des autorités de l'asile et pourrait ainsi superviser la coordination des procédures jusqu'à leur terme.

Enfin, la collaboration et la coopération entre autorités de l'asile et autorités en charge de la procédure de retour devrait prospérer après la clôture de chacune des procédures. Ainsi par exemple, quand bien même les autorités de l'asile rejetteraient la demande de statut de réfugié de l'enfant et que les autorités en charge de son retour ordonneraient son retour immédiat dans son pays de résidence, les autorités en charge de chacune de ces procédures devrait s'assurer du retour en sécurité de l'enfant dans son pays d'origine, sur la base d'une communication des informations en leur possession.

Si ces propositions s'avèrent satisfaisantes du point de vue de la coordination des procédures parallèles, faut-il encore s'assurer du respect de l'impératif de célérité gouvernant chacune des deux procédures.

3) L'accélération et la priorisation du traitement des demandes parallèles

Si la coordination des procédures parallèles apparaît nécessaire au fonctionnement harmonieux des conventions de La Haye et de Genève, elle n'engendre pas moins un rallongement corrélatif des procédures en cause. Plus particulièrement, la suspension de la procédure de retour dans l'attente de la décision relative à la demande d'asile parallèle engendre indubitablement un rallongement de la procédure de retour de l'enfant enlevé, alors même que celle-ci devrait être conduite dans un délai maximal de six semaines¹⁸⁹. À titre d'illustration dans l'affaire *G v G*, au moment où statue la Cour suprême, plus d'un an s'était écoulé depuis l'introduction de la demande de retour par le père délaissé, sans qu'aucune décision définitive n'ait été rendue¹⁹⁰. Il apparaît alors

188 Pt 177.

189 Art. 11, Convention de La Haye de 1980.

190 La demande de retour de l'enfant enlevé avait été introduite le 11 mars 2020 et la décision de la Cour suprême

essentiel d'envisager des mesures propres à assurer une accélération des procédures parallèles compte tenu du caractère impératif de l'exigence de célérité. Une telle accélération devrait notamment concerner le traitement de la demande d'asile parallèle de l'enfant enlevé afin que la suspension de la procédure de retour ne soit pas trop longue. Plusieurs solutions sont à ce titre envisageables.

D'abord, du point de vue des délais de traitement de la demande d'asile connexe et des recours éventuels contre les décisions relatives à celle-ci. L'on pourrait à ce titre placer la demande d'asile en procédure accélérée, répondant à des délais raccourcis de traitement de la demande et des recours contre les décisions de refus du statut de réfugié. Cette pratique serait en outre conforme à la politique d'accélération et de rationalisation des demandes d'asile poursuivie par certains droits nationaux en matière d'immigration, notamment par le droit français¹⁹¹. À titre d'illustration, les articles L.531-24 et L.531-27 du Ceseda, introduits en 2015, prévoient le recours obligatoire ou facultatif à la procédure accélérée dans certains cas limitatifs (par exemple lorsque le demandeur présente une menace grave pour l'ordre public). Une telle procédure se traduit en France par la mise en place de délais drastiquement raccourcis : 15 jours pour l'Ofpra et 5 semaines pour la CNDA (contre 5 mois en procédure normale). Le traitement accéléré de la demande d'asile connexe permettrait ainsi une accélération corrélative de la procédure de retour de l'enfant et assurerait le respect de l'exigence de célérité. Bien qu'une telle solution ait pu être défendue par les juridictions anglaises dans l'affaire *G v G*¹⁹², plusieurs limites la rendent néanmoins critiquable. En effet, le traitement rapide de la demande de statut de réfugié conduira à un examen moins approfondi et moins consciencieux de la situation du demandeur d'asile, ce qui jouera la plupart du temps en sa défaveur. Plus le délai de traitement de la demande est court, moins le demandeur d'asile aura de chance de se voir reconnaître le statut de réfugié dans la mesure où les autorités de l'asile réduiront l'ampleur de l'instruction de la demande. Certains auteurs ont pu souligner sur ce point, et à juste titre, que « l'accélération et la rationalisation sont à double tranchant. Elles privent souvent les demandeurs du temps nécessaire à la préparation de leur dossier et risquent ce faisant de transformer l'interminable attente d'une décision de protection en certitude d'une prompté décision de rejet »¹⁹³. La mise en place d'une procédure accélérée pour traiter de la demande d'asile connexe serait donc défavorable à l'enfant demandeur d'asile et contraire à son intérêt supérieur.

rendue le 19 mars 2021.

191 T. Fleury Graff et A. Marie, *Droit de l'asile, op. cit.* (note 8), pt 65.

192 La Cour suprême soutient un processus accéléré de détermination des demandes d'asile parallèles à la procédure de retour de la Convention de La Haye, pt 174.

193 T. Fleury Graff et A. Marie, *Droit de l'asile, op. cit.* (note 8), pt 67.

Plus favorable apparaîtrait en revanche la mise en place d'une procédure prioritaire de traitement de la demande d'asile connexe et des recours la concernant. La procédure prioritaire se distingue de la procédure accélérée en ce qu'elle ne modifie pas les délais de traitement effectif de la demande mais induit simplement un traitement prioritaire de celle-ci par rapport aux autres demandes, peu importe leur ancienneté. Une telle procédure se justifierait ici par la situation de vulnérabilité de l'enfant demandeur d'asile, dans la mesure où l'issue du traitement de sa demande conditionne son retour dans son pays d'origine¹⁹⁴. Cette pratique, notamment défendue par la Cour suprême du Royaume-Uni¹⁹⁵, permettrait ainsi une accélération de la procédure sans préjudicier l'enfant demandeur d'asile. L'accélération du traitement global des demandes parallèles serait néanmoins relativisée en pratique. Bien que la demande d'asile connexe soit traitée en priorité, les délais de traitement ne seraient pas modifiés. Or le traitement des demandes d'asile avoisine les 6 mois, ce qui ferait obstacle dans tous les cas à ce que les autorités en charge de la procédure de retour statuent effectivement dans un délai de six semaines. L'autre limite tient également au caractère simplement indicatif du délai de six semaines imposé par la Convention de 1980, lequel n'est que rarement respecté en pratique. Il résulte du cumul de ces constats que le traitement des procédures parallèles ne sera jamais inférieur à six mois en pratique.

Toujours du point de vue des délais, une autre solution pourrait consister dans l'admission d'une exception aux délais des procédures respectives en cas de demandes parallèles. Ainsi pourrait-on envisager expressément un rallongement des procédures, tant de retour de l'enfant que d'asile connexe, lorsque celles-ci sont liées, par voie jurisprudentielle ou législative. Une telle exception permettrait une appréciation satisfaisante et approfondie de la situation de l'enfant qui en fait l'objet tout en ne portant pas atteinte à l'impératif de célérité. Elle présenterait néanmoins certains désagréments du point de vue de l'enfant, celui-ci n'ayant pas intérêt à être maintenu indéfiniment dans cette situation incertaine dont dépend son épanouissement personnel et familial. Enfin, dans un but d'accélération des procédures parallèles, la décision de suspension de la procédure de retour de l'enfant par le juge civil devrait être insusceptible de recours afin d'éviter tout rallongement supplémentaire des procédures.

Ensuite, outre la mise en place d'une procédure prioritaire, des mesures sont également envisageables du point de vue des autorités en charge du traitement de la demande d'asile connexe.

194 En droit français par exemple, les articles L.522-1 à L.522-5 du Ceseda permettent à l'Offi de décider de la mise en œuvre d'une procédure prioritaire sur le fondement de la détection de situations particulières de vulnérabilité, notamment « des parents isolés accompagnés d'enfants mineurs ».

195 Annexe 2, pt 4.

Ainsi la détermination de cette demande pourrait-elle être confiée à une équipe spécialisée et autonome, composée à la fois d'autorités judiciaires spécialisées en droit de la famille et d'autorités administratives spécialisées en droit international des réfugiés, sous le contrôle des juridictions civiles et administratives en charge de chacune des procédures. Telle était notamment la proposition faite par la Cour suprême¹⁹⁶. Le rassemblement d'une expertise en matière familiale et migratoire au sein d'une même autorité serait ainsi gage de rapidité et d'effectivité.

Si plusieurs mesures sont envisageables pour assurer le traitement coordonné des procédures parallèles, en amont comme en aval, il convient à présent d'envisager les moyens par lesquels de telles mesures pourraient être mises en place.

C. Modalités formelles de coordination des procédures

Les propositions théoriques précédemment évoquées devraient encore être mises en œuvre d'un point de vue pratique. Dans le souci d'assurer une approche unitaire du traitement coordonné des demandes parallèles entre ordres juridiques nationaux, plusieurs voies pourraient être envisagées afin d'imposer aux autorités en charge de chacune des procédures une telle coordination procédurale, sans modification quant au fond du droit. L'harmonisation des pratiques procédurales pourrait ainsi être assurée par voie de recommandations (1), par voie jurisprudentielle (2) ou encore par voie textuelle (3).

1) Par voie de recommandations

La coordination des procédures parallèles pourrait d'abord être envisagée par voie de recommandations à destination des autorités en charge de chacune des procédures de retour et d'asile parallèle. Il apparaîtrait dans ce cas opportun d'envisager l'adoption de recommandations par le HCR de concert avec la Conférence de La Haye à destination de tous les États parties aux conventions de Genève et de La Haye ainsi qu'à leurs autorités. À titre d'illustration, l'imposition d'un sursis à statuer au juge civil en charge de la procédure de la Convention de La Haye pourrait être recommandée par la Conférence de La Haye, en coopération avec le HCR. Bien que de telles recommandations favorisent une pratique uniforme à l'échelle internationale, la limite réside néanmoins dans leur caractère non contraignant. Chaque État partie, et a *fortiori* leurs autorités en

¹⁹⁶ Laquelle envisageait de confier le traitement des demandes d'asile connexes à une équipe spécifique, chargée de traiter la demande de manière accélérée.

charge de chacune des procédures parallèles, resterait libre de suivre ou non ces recommandations, ce qui pourrait faire échec à toute coordination effective des procédures parallèles, ce dont témoigne notamment les pratiques nationales divergentes quant aux bénéficiaires du principe de non-refoulement en dépit des recommandations adoptées sur ce point par le HCR.

2) Par voie jurisprudentielle

De telles mesures pourraient également être imposées par les juridictions nationales de chaque État partie, sous le contrôle des juridictions suprêmes de chaque ordre juridique. À titre d'illustration en France, ces pratiques pourraient être imposées par la Cour de cassation s'agissant des points de coordination s'imposant aux autorités en charge de la procédure de retour de l'enfant et par la CNDA pour ceux s'imposant aux autorités en charge de la demande d'asile parallèle. La sanction de leur non-respect pourrait ainsi être assurée par la censure des décisions rendues par les juridictions inférieures statuant sur les demandes parallèles. À titre d'illustration, les juridictions civiles pourraient imposer aux autorités nationales une interprétation uniforme en vertu de laquelle tout risque de persécution établi par les autorités de l'asile s'oppose au retour de l'enfant sur le fondement de l'article 13§1 (b) de la Convention de 1980. Les juridictions nationales pourraient à cette fin appeler différentes parties, et notamment les professionnels en charge de chacun des contentieux parallèles, à formuler leurs observations afin de proposer des mesures de coordination des deux procédures, comme le pratique notamment le Royaume-Uni.

Cette modalité d'évolution des pratiques actuelles présente néanmoins certaines limites. D'abord, le caractère purement national de telle pratiques jurisprudentielles. Il n'existe en effet aucune institution internationale dotée d'un pouvoir d'interprétation uniforme de chacune des conventions de Genève et de La Haye. La coordination des procédures relèverait ainsi du pouvoir discrétionnaire des juridictions nationales de chaque État partie et son adoption effective par celles-ci ne lierait que les seules autorités civiles et administratives de l'État dont elles émanent. Ensuite, la séparation des autorités administratives et judiciaires dominant la plupart des systèmes juridiques nationaux complexifie la mise en place d'une telle coordination par voie jurisprudentielle et conduirait à l'adoption de solutions propres à chacune des procédures parallèles, au détriment d'une approche d'ensemble des procédures. Enfin, le juge n'a pas pour mission l'élaboration de la loi mais son application. L'élaboration de règles de coordination, même purement procédurales, dépasserait donc son office. La sensibilité des problématiques en jeu ainsi que la dimension internationale de la situation appellent donc à une réforme d'ampleur, ne pouvant être menée à bien par les juridictions

nationales.

3) Par voie textuelle

L'imposition des mesures de coopération procédurale par voie de réformes textuelles apparaît la plus appropriée compte tenu de la prévisibilité juridique qu'elle confère ainsi que de son caractère obligatoire pour les autorités de chaque État partie. Deux cas de figure sont à ce titre envisageables.

D'une part, le traitement coordonné des procédures parallèles pourrait résulter d'une modification des textes internationaux. L'on pourrait ainsi envisager une modification de l'article 33 de la Convention de Genève afin d'y introduire l'extension expresse du principe de non-refoulement aux demandeurs d'asile et plus particulièrement aux personnes désignées à charge dans la demande d'asile principale, tout comme l'on pourrait envisager une modification de l'article 13 de la Convention de La Haye de 1980 afin d'y introduire l'obligation pour les autorités de l'État de refuge de surseoir à statuer sur ce point en présence d'une demande d'asile connexe en cours de détermination. L'on pourrait également envisager une modification de l'article 11 de la Convention de La Haye en prévoyant une exception au délai de six semaines en présence d'une demande d'asile connexe. Cette modification des conventions de Genève et de La Haye ne devrait toutefois pas porter atteinte à la distinction des deux procédures et aux pouvoirs exclusifs des autorités qui en découlent. Ainsi il ne serait pas envisageable par exemple d'introduire dans l'article 13 de la Convention de 1980 l'appréciation par les autorités en charge du retour de l'enfant du risque de persécution subi par celui-ci dans son pays d'origine pour s'opposer à son retour immédiat, ni même de prévoir le déplacement illicite d'enfants comme cause d'exclusion d'une protection internationale en vertu de l'article 1-F de la Convention de Genève. Chaque procédure doit en effet conserver son caractère distinct, et aucune des dispositions des conventions ne doit empiéter sur les pouvoirs des autorités spécialisées dans chacun de ces domaines. De telles modifications ne devraient donc être envisagées que d'un point de vue procédural et non substantiel. Une telle modalité d'imposition des mesures de coordination des procédures présente néanmoins de nombreuses limites. La première tient à la difficile révision des traités internationaux, nécessitant l'assentiment de tous les États parties à chacune des conventions et l'adoption de protocoles additionnels source de dispositions éparses. La seconde tient au caractère disproportionné que revêtait cette modification au regard de la rareté du contentieux spécifique d'une demande d'asile parallèle à une demande de retour de l'enfant enlevé. Enfin, cette voie aurait pour conséquence la modification de textes d'envergure

mondiale, alors même que ceux-ci n'ont pas été pensés pour s'appliquer dans un tel contexte.

D'autre part, la coordination des procédures parallèles pourrait résulter de réformes législatives à l'initiative de chacun des États parties et sur la base des recommandations du HCR et de la Conférence de La Haye. Chaque législateur pourrait à ce titre insérer les dispositions spéciales proposées, propres à la coordination procédurale des demandes parallèles dans les lois nationales de transposition de chacune de ces conventions. Telle était notamment la proposition de la Cour suprême du Royaume-Uni dans l'affaire *G v G*, laquelle soutient la nécessité d'une intervention du législateur afin d'assurer le déroulement satisfaisant de la procédure de retour de l'enfant enlevé lorsqu'une demande d'asile est formée parallèlement¹⁹⁷, ce qui semble davantage réalisable.

En conclusion, différentes solutions apparaissent envisageables afin d'assurer le fonctionnement harmonieux des conventions de Genève et de La Haye en présence d'une demande d'asile connexe à une demande de retour de l'enfant enlevé. Il ne s'agit pas par ces propositions de prétendre à un déroulement parfaitement harmonieux des procédures parallèles mais simplement à une amélioration de leur traitement afin de restaurer l'efficacité de chacune des conventions internationales et ceci dans l'intérêt supérieur de l'enfant qui en est le sujet. Il s'agit alors de faire œuvre de compromis pour respecter les finalités primordiales de chacune de ces disciplines distinctes, ce qui s'avère parfois insatisfaisant, sur le fond comme sur la forme. Cette dichotomie procédurale s'oppose toutefois à une appréciation uniforme de l'intérêt supérieur de l'enfant et invite ainsi à dépasser ce cloisonnement des disciplines en faveur d'un cadre juridique autonome.

§2 : La possible création d'un cadre juridique autonome

Le dépassement de la distinction du droit international des réfugiés et du droit international privé dans le contexte particulier d'une demande d'asile parallèle à une demande de retour de l'enfant enlevé par l'adoption d'un instrument international propre au traitement de cette problématique serait en dernier lieu une solution envisageable. L'adoption d'une convention de droit international privé autonome, ayant pour objet le traitement coordonné de ces demandes parallèles, permettrait ainsi une coordination entre États en faveur d'une harmonie internationale des solutions.

Si une approche globale du droit international privé se conçoit à l'échelle internationale, tel n'est cependant pas le cas du phénomène migratoire, lié à la souveraineté des États. Il se traduit par

197 Pt 152.

la mise en œuvre unilatérale des politiques publiques poursuivies par chacun d'eux, pouvant ainsi faire obstacle à l'adoption d'instruments internationaux relatifs à la gestion des migrations internationales. Des travaux ont néanmoins été envisagés quant à l'élaboration d'une gouvernance mondiale des migrations internationales¹⁹⁸ et encouragés par certains auteurs, notamment les Professeurs Hans Van Loon¹⁹⁹ et Sabine Corneloup²⁰⁰. Une telle approche se justifie par la nécessité d'une coordination entre États en matière de politique migratoire et par l'effectivité des politiques migratoires nationales qu'elle induirait. L'absence d'approche globale des migrations internationales ne ferait toutefois pas obstacle à l'adoption d'un instrument international propre au traitement des demandes d'asile connexes aux demandes de retour d'un enfant enlevé dans la mesure où il se cantonnerait à la seule question du statut des personnes réfugiées, faisant d'ores et déjà l'objet d'une réglementation multilatérale contraignante à travers la Convention de Genève de 1951 et son Protocole de 1967. L'adoption d'un tel instrument réunissant droit international privé des déplacements illicites d'enfants et droit international des réfugiés se justifierait en outre par les liens indéniables existant entre ces disciplines, à la fois autonomes et interdépendantes²⁰¹. Comme le souligne à juste titre le Professeur Sabine Corneloup, certains États adoptent une conception large du droit international privé, y incluant certaines questions de condition des étrangers et de nationalité, tout comme les questions migratoires induisent des questions relatives au statut juridique des individus dans le cadre de relations internationales²⁰². De telles interactions ont notamment pu se matérialiser dans les différentes affaires précitées, dans lesquelles les juridictions nationales ont pu être confrontées à de nombreuses reprises à la résolution de problématiques de droit international privé dans un contexte migratoire. Il n'y aurait donc aucune incohérence à envisager une appréhension d'ensemble de ces matières à travers l'adoption d'un instrument unique. Les questions se posent néanmoins de la forme, de la méthode, de l'autorité compétente et du contenu d'un tel instrument.

Du point de vue formel, les conventions de droit international privé peuvent avoir un caractère contraignant d'harmonisation des droits nationaux ou avoir pour objet la mise en œuvre

198 Certaines discussions et initiatives ont notamment vu le jour dans le cadre de la Commission mondiale sur les migrations internationales, du HCR ou encore de l'Assemblée générale des Nations Unies.

199 H. Van Loon, « Vers un nouveau modèle de gouvernance multilatérale de la migration internationale : réflexions à partir de certaines techniques de coopération développées au sein de la Conférence de La Haye », in H. Gaudemet-Tallon, *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz (2008), p. 418-439.

200 S. Corneloup, « Can Private International Law Contribute to Global Migration Governance », in H. Muir Watt and P. Fernandez Aroyo, *Private International Law and Global Governance*, Oxford University Press, 2014, p. 301-317.

201 V. Chetail souligne à ce titre que « Les relations entre droit international privé et droit international des réfugiés sont plus denses et complexes qu'elles n'y paraissent. Leur interaction oscille constamment entre autonomie et interdépendance », « Les relations entre droit international privé et droit international des réfugiés : histoire d'une brève rencontre », *art. préc.* (note 11), p. 20.

202 S. Corneloup, *art. préc.* (note 200), p. 302.

d'une simple coordination des pratiques nationales sans harmonisation du droit substantiel. La première voie ne serait pas envisageable pour traiter des enlèvements internationaux d'enfants dans un contexte migratoire. D'une part, en effet, les problématiques en présence mettent en cause l'attribution du droit de garde de l'enfant et le droit de l'asile. Or il n'existe aucun consensus entre États à l'échelle internationale quant aux critères d'attribution du droit de garde ni quant aux causes et conséquences des migrations internationales. D'autre part, les questions migratoires et notamment d'attribution du statut de réfugié mettent en cause la souveraineté étatique, rendant ainsi impraticable toute harmonisation du droit substantiel et toute création d'un cadre institutionnalisé contraignant en la matière. En témoigne notamment l'absence de consensus entre États quant à la création d'un régime multilatéral institutionnalisé de coopération en matière de migrations, qui avait été envisagée à la fin des années 1990. Il apparaît donc préférable de privilégier l'adoption d'une convention internationale ayant pour objet la coordination de la diversité des points de vue nationaux sur cette problématique spécifique à travers une coopération entre autorités nationales²⁰³.

Du point de vue méthodologique, la solution consisterait dans une approche spécialisée, propre à certains aspects du droit international privé et du droit des migrations. Il s'agirait en effet d'instituer une coopération entre États sur les problématiques de droit international des enlèvements d'enfants et de droit d'asile, dans l'hypothèse spécifique d'une demande d'asile connexe à une demande de retour de l'enfant enlevé sur le fondement des conventions de Genève et de La Haye. Le déclenchement de l'applicabilité d'un instrument autonome correspondrait dans ce cas au principe de priorité d'un régime spécial sur un régime général. Une telle approche serait en outre conforme au phénomène contemporain de spécialisation de la règle de droit, y compris à l'échelle internationale.

Du point de vue de l'organisation internationale la mieux placée pour l'adoption d'un tel instrument, comme le soutenait les auteurs précités en matière de gouvernance mondiale des migrations internationales²⁰⁴, la Conférence de La Haye de droit international privé semblerait être l'autorité la plus appropriée. La Conférence dispose en effet d'une expertise en droit international privé, et plus particulièrement en matière de protection de l'enfance, ainsi que d'une capacité d'appréhension de certains aspects du phénomène migratoire. En témoigne à titre d'illustration la mise en place par la Convention de 1993 d'un agrément des autorités centrales en matière d'adoption internationale, destiné à lutter contre le trafic d'enfants pouvant résulter des migrations

203 AVM Struyeken, « private international law can mean co-ordination and co-operation in respectful disagreement », *Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement*, RCADI, 2009, p. 311.

204 H. Van Loon, *art. préc.* (note 199) et S. Corneloup, *art. préc.* (note 200).

internationales. De surcroît, le phénomène de coopération entre autorités nationales, outil de droit international privé et transposable à la gouvernance des migrations internationales²⁰⁵, doit son origine à la Conférence de La Haye, laquelle apparaît à ce titre la mieux placée pour mettre en place un tel mécanisme de façon satisfaisante.

Enfin, du point de vue de son contenu, le traitement coordonné des demandes parallèles pourrait être assuré en amont par la création d'autorités centrales spécifiques au sein de chaque État partie. Indépendamment des autorités centrales en charge de la Convention de 1980 et des perspectives de création d'autorités centrales spécialisées en matière migratoire²⁰⁶, il incomberait ainsi aux États de désigner des autorités indépendantes, spécialisées dans les domaines des enlèvements internationaux d'enfants et de l'asile. Les autorités des pays d'origine et de refuge de l'enfant seraient ainsi investies d'obligations d'informations, de communication et d'assistance en vue de traiter du retour de l'enfant enlevé lorsque le statut de réfugié lui a été reconnu ou est en cours de détermination. Cela permettrait ainsi d'éviter une surcharge des autorités centrales en charge de la Convention de 1980 et surtout de contourner les obstacles liés aux incompatibilités substantielles et procédurales des procédures parallèles. En aval, un tel traitement pourrait être assuré par l'obligation pour chaque État partie de mettre en place en son sein une autorité spécifique, en dehors des juridictions judiciaires et administratives, agréée par l'État partie dont elle émane et spécialisée dans les problématiques de droit de la famille et de droit international des réfugiés, compétente pour statuer sur la demande de retour de l'enfant enlevé en présence d'une demande d'asile connexe, détectée en amont par les autorités centrales.

La mise en place d'un tel cadre juridique autonome présenterait de nombreux avantages. Il instituerait en effet une concentration des pouvoirs des autorités de l'asile et des autorités en charge de la procédure de retour de l'enfant au sein d'une institution unique, au service d'une coordination entre États, évitant ainsi tout risque de décision contradictoire. Le traitement global des demandes parallèles serait ainsi gage de rapidité et d'effectivité par l'absence de sursis à statuer et de coordination entre deux procédures distinctes. L'appréciation unitaire de l'intérêt supérieur de l'enfant et le traitement rapide des demandes parallèles au sein d'une procédure unique en tenant compte des spécificités de chacune des disciplines serait donc gage d'économie procédurale et permettrait de restituer à chacune d'elle sa pleine effectivité, sans porter atteinte à l'intégrité des conventions de La Haye et de Genève.

205 Selon H. Van Loon et S. Corneloup, *supra*.

206 S. Corneloup soutient à ce titre que les autorités centrales pourraient également adopter ces rôles d'information, de communication et d'assistance dans le domaine de la migration, *art. préc.* (note 200), p. 314.

Bien que cette approche paraisse à *priori* la plus satisfaisante, elle n'en reste pas moins illusoire. L'adoption d'un instrument international autonome nécessite en effet une mobilisation d'ampleur des États et leur disposition à la ratification d'un tel instrument, ce dont il est possible de douter en raison de la sensibilité des problématiques en cause. Un autre obstacle, et de loin le plus important, consiste également dans le manque de moyens des États quant à la mise en place d'autorités centrales et de procédures spécialisées, ce dont témoigne d'ores et déjà la mise en œuvre pratique de la Convention de La Haye de 1980²⁰⁷.

Bien que moins satisfaisante en ce qu'elle reste une œuvre de compromis, la seule solution envisageable résiderait donc dans une coordination des procédures parallèles par l'incitation à une rectification des pratiques actuelles par voie de réformes législatives au sein de chaque État partie.

207 W. Duncan met à ce titre en avant les difficultés de mise en œuvre de la Convention de La Haye de 1980 compte tenu du phénomène de mondialisation et soulève notamment le manque de moyens des États parties, toujours plus nombreux, quant à la mise en place de la procédure exigée par la convention, « Les conventions de La Haye relatives à la protection de l'enfant », in H. Fulchiron (dir.), *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Bruylant, 2004, p. 5.

Conclusion

Face au nombre de plus en plus élevé de demandes de retour d'un enfant enlevé formées au sein de familles de demandeurs d'asile, les finalités substantielles et procédurales contradictoires des conventions de La Haye de 1980 et de Genève de 1951 apparaissent particulièrement problématiques et exposent l'enfant qui en est le sujet à de nombreux risques. Parmi eux, un risque de contradiction entre une éventuelle décision de retour immédiat et une décision de reconnaissance du statut de réfugié, impliquant un maintien de l'enfant sur le territoire d'accueil. Un risque de refoulement de celui-ci vers son pays d'origine, en dépit du respect de ses droits les plus fondamentaux. Ou encore un risque de non-retour dans son pays d'origine, pouvant être contraire à son épanouissement social et familial.

Sans qu'une logique de hiérarchisation des intérêts en présence ne conduise pour autant à la négation du déroulement de l'une des procédures instituées par ces conventions internationales, la prévalence des droits et libertés d'origine supra-nationales et de la protection de l'intégrité physique et psychologique des individus sur la protection de leurs relations familiales incite à donner priorité à la politique de protection de l'enfant demandeur d'asile. Il convient sur ce fondement de répondre à la problématique initiale : lorsqu'un enfant fait l'objet d'une demande de retour sur le fondement de la Convention de La Haye de 1980 et que ce dernier a le statut de demandeur d'asile ou de réfugié dans l'État de refuge en vertu de la Convention de Genève, il ne devrait pas être retourné dans son pays d'origine en raison de l'importance primordiale du principe de non-refoulement dont il bénéficie. Les subtilités du droit international des réfugiés conduisent néanmoins à distinguer différents cas de figure. En présence d'un enfant demandeur d'asile, son retour ne pourrait pas être ordonné tant qu'aucune décision relative à sa demande d'asile n'a été rendue et jusqu'à épuisement des voies de recours contre celle-ci. Si l'enfant bénéficie effectivement du statut de réfugié dans le pays d'accueil, il ne devrait dans tous les cas pas être retourné dans son pays d'origine.

Pour assurer une telle protection de l'enfant enlevé demandeur d'asile, l'absence de prise en considération de l'articulation pratique du droit international privé et du droit international des réfugiés rend en outre nécessaire la mise en place de mesures de coordination des procédures parallèles. Une telle coordination devrait être articulée autour du principe de primauté de la politique de protection des réfugiés et dans le respect des pouvoirs exclusifs des autorités en charge de chacune de ces procédures, en amont comme en cours de procédure. La complexité que suscite

une telle coordination, tant sur le plan substantiel que formel, pourrait en outre conduire à une réflexion d'ampleur sur la mise en place d'un instrument autonome, spécifique au traitement d'une demande d'asile parallèle à une demande de retour de l'enfant enlevé, présentant néanmoins certaines limites pratiques.

Force est de constater, à la suite de ces développements, qu'aucune solution ne s'impose avec force et valeur absolue. La coordination des procédures parallèles ainsi proposée reste pour l'heure purement théorique, prenant la forme de simples propositions face à l'émergence de cette problématique inédite mise en lumière par certaines juridictions étrangères mais aussi françaises et par certains auteurs de doctrine. Les finalités différentes poursuivies par chacune des conventions de Genève et de La Haye ne peut aboutir qu'à des solutions de compromis, dont aucune ne s'avèrera jamais pleinement satisfaisante. Il s'agit simplement par la prise en considération des objectifs de chacune des procédures d'améliorer leur fonctionnement parallèle afin de sauvegarder l'intérêt supérieur de l'enfant tout en assurant l'effectivité de ces instruments internationaux.

Au-delà des problématiques spécifiques aux enlèvements internationaux d'enfants et au droit international des réfugiés, passionnantes par la diversité des enjeux qu'elles impliquent, ces développements permettent de mettre en lumière la nécessité absolue d'envisager les instruments traditionnels du droit international privé dans un contexte migratoire, moyennant adaptation et flexibilisation. Dans un monde où le phénomène migratoire ne cesse de croître, le législateur contemporain de droit international privé ne peut désormais plus ignorer son incidence sur l'effectivité des instruments qu'il adopte. Ainsi, pour l'avenir, faudra-t-il être « conscient de la nécessité éventuelle d'adapter les méthodes du droit international privé lorsqu'on les utilise dans le contexte des migrations »²⁰⁸.

208 S. Corneloup, « Can Private International Law Contribute to Global Migration Governance ? », in H. Muir Watt and D.P. Fernandez Arroyo (eds), *Private International Law and Global Governance*, Oxford University Press, 2014, p. 311 (notre traduction).

BIBLIOGRAPHIE

I) Manuels et thèses

- B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, LGDJ, 2018.
- P. Beaumont et E. McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford University Press, 1999.
- P. Beaumont, *The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction*, Recueil des cours de l'Académie de La Haye, 2009, vol. 335.
- A. Bucher, *L'enfant en droit international privé*, LGDJ, 2003.
- D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé Partie générale*, Tome 1, PUF, 2021.
- D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé Partie spéciale*, Tome 2, PUF, 2021.
- J.-Y. Carlier, *Droit d'asile et des réfugiés : de la protection aux droits*, Recueil des cours de l'Académie de La Haye, 2007, t. 332.
- T. Fleury Graff et A. Marie, *Droit de l'asile*, PUF, 2021.
- H. Fulchiron (dir.), *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Bruylant, 2004.
- H. Fulchiron, *La famille du migrant*, LGDJ, 2020.
- E. Gallant, *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*, Defrénois, 2004.
- L. Gannagé, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures*, Recueil des cours de l'Académie de La Haye, 2013, Vol. 357.
- B. Gardey de Soos, C. Roth et E. Viganotti, *Guide du droit international des français de l'étranger*, LexisNexis, 22/23.
- L. Silberman, *Co-Operative efforts in Private International Law on Behalf of Children : The Hague Children's Conventions*, Recueil des cours de l'Académie de La Haye, 2006, Vol. 323.

II) Articles

- V. Chetail, « Les relations entre droit international privé et droit international des réfugiés », *JDI* 2014, p. 447 et s.
- S. Corneloup, « Le contentieux de la coopération des autorités centrales dans le cadre des conventions de La Haye. Compétence administrative ou judiciaire ? », *Revue crit. DIP*, n°4, 2000,

pp. 641-680.

S. Corneloup, « Can Private International Law Contribute to Global Migration Governance ? », in H. Muir Watt and D. P. Fernandez Arroyo, *Private International Law and Global Governance*, Oxford University Press, 2014, pp. 301-317.

S. Corneloup, « Demande de retour d'un enfant enlevé et principe de non refoulement des réfugiés : lorsque la Convention de La Haye de 1980 rencontre la Convention de Genève de 1951 », *Revue crit. DIP*, n°4, 2021, p. 773 et s.

A. Devers, I. Rein-Lescastereyres, R. Nato-Kalfane, « Principe du retour immédiat de l'enfant », in *Enlèvements internationaux d'enfants*, Dalloz, 2020-2021, pt 535.41 à 535.82.

A. Fiorini, « The protection of the Best Interests of Migrant Children Through Private International Law », in G. Biagoni et F. Ippolito (eds), *Migrant Children in the XXI Century*, Editoriale Scientifica, 2016, p. 379 et s.

A. Fiorini, « Enlèvements internationaux d'enfants – solutions internationales et responsabilités étatiques », in *McGill Law Journal*, 2006.

E. Galant, « Compétence des autorités de l'État de refuge », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2021, pp. 191-200.

C. Harnois, « Leaving on a Jet Plane – Asylum & The Hague », *International Academy of Family Lawyers, 2017 Annual Meeting*, 15 septembre 2017, Reykjavik.

L. Shamseldin, « Implementation of the United Nations Convention on the Rights of the Child 1989 in the Care and Protection of Unaccompanied Asylum Seeking Children : Findings from Empirical Research in England, Ireland and Sweden », *International Journal of Children's Rights*, janvier 2012.

H. Van Loon, « Vers un nouveau modèle de gouvernance multilatéral de la migration internationale. Réflexions à partir de certaines méthodes de coopération développées au sein de la Conférence de La Haye », in H. Gaudemet-Tallon (ed.), *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, pp. 418-439.

H. Van Loon, « Protecting Children across Borders : the Interaction between the CRC and the Hague Children's Conventions », *United Nations Convention on the Rights of the Child : taking stock after 25 years and lookin ahead*, 2017, pp. 31-46.

III) Jurisprudence

- Jurisprudence française

CE, ass., 2 décembre 1994, *Mme Agyepong*, n°112842.

Cons. Constitutionnel, 22 avril 1997, n°97-389.

CE, sect., 30 juin 1999, *M. Guinchard*.

Cass., civ. 1ère, 25 janvier 2005, n°02-17-411.
CE, Avis, 20 novembre 2013, *Leb*, n°368676.
CE, sect., 1er octobre 2014, n°349560.
CE, 27 janvier 2021, *Ofii c/ Mme Abdonlahor*, n°445958.
TJ Strasbourg, 29 octobre 2021, n° RG 21/06323.

- Jurisprudence étrangère

Royaume-Uni

England and Wales Court of Appeal, 2002, *Re S*, EWCA, civ. 843.
Supreme Court of the United Kingdom, 19 mars 2021, *G (Appellant) v G (Respondent)*, [2021] UKSC 9 (<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2020-0191-judgment.pdf>).

Suisse

T. féd. Suisse, IIe Cour de droit civil, 23 mai 2018, *C. c/ A. B.*, aff. n°5A_121/2018.

Canada

Ontario Superior Court of Justice, 2002, *Kovacs v Kovacs*, ONSC 49485.
Court of Appeal for Ontario, 2011, *A.M.R.I. v. K.E.R.*, 417.
Ontario Superior Court of Justice, 2013, *Csoke v Fustos*, ONSC 2417.
Ontario Superior Court of Justice, 2013, *Solem v Solem*, ONSC 1097.

États-Unis

United States District Court of the Eastern District of Texas, 2010, *Miltiadous v Tetervak*.
U.S. Court of Appeals, 2014, *Sanchez v Hernandez*, 761 F.3d 495.

- Jurisprudence européenne

CEDH

CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, n°14038/88.
CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus*, n°45036/98.
CEDH, 6 décembre 2007, *Maumousseau et Washington c/ France*, n°39388/05.
CEDH, 16 juillet 2010, *Neulinger et Schuruk c/ Suisse*, n°41615/07.

CJUE

CJUE, 2 avril 2009, aff. C-523/07.

CJUE, 22 décembre 2010, *Aguirre*, aff. C-491/10 PPU.

CJUE, 22 décembre 2010, *Mercredi*, aff. C-497/10.

CJUE, 21 décembre 2011, *N.S. et M.E.*, aff. C-411/10 et C-493/10.

CJUE, GC, 2 décembre 2014, *A.B. et C.*, aff. C-149/13 et C-150/13.

CJUE, 2 août 2021, *A. c/ B.*, aff. C-262/21 PPU.

IV) Textes internationaux, européens et autres

- Textes internationaux et européens

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950.

Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés.

Protocole du 4 octobre 1967 relatif au statut des réfugiés.

Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfant.

Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989.

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.

Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial.
Règlement (CE) n°2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 (*Bruxelles II bis*) relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale.

Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 (*Retour*) relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 (*Qualifications*) concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection.

Règlement (UE) n°604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 (*Dublin III*) établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride.

Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 (*Procédures*) relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale.

Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 (*Accueil*) établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale.

Règlement (UE) 2019/111 du Conseil du 25 juin 2019 (*Bruxelles II ter*) relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfant.

- Autres

Comité exécutif du Programme du Haut-Commissaire, *Non-refoulement*, n°6, 12 octobre 1977.

Rapport explicatif de la Convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, Elisa Perez-Vera, 1981.

UNHCR, *Advisory opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 convention relating to the Status of Refugees and its 1967 protocol*, 26 janvier 2007.

Communication de la Commission européenne au Parlement européen et au Conseil, *La protection des enfants dans le cadre des migrations*, avril 2017.

Étude pour le Parlement européen (Commission des affaires juridiques), S. Corneloup, F. Jault-Seseke et J. Verhellen, *Private international law in a context of increasing international mobility : challenges and potential*, juin 2017.

Étude pour le Parlement européen, S. Corneloup, B. Heiderhoff, C. Honorati, F. Jault-Seseke, T. Kruger, C. Rupp, H. Van Loon, J. Verhellen, *Children on The Move : A Private International Law Perspective*, juin 2017.

UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, avril 2019.