

GARDE D'ENFANT ET AUTORITE PARENTALE

06/04/2021

Le droit du divorce n'est pas harmonisé au niveau international comme européen et il existe de fortes divergences entre les États. Plusieurs lois sont potentiellement applicables et plusieurs juges pourraient être compétents (voir notre note pratique sur le [divorce](#)).

Il existe une différence entre le divorce en tant que rupture du lien matrimonial et les conséquences de celui-ci : il se peut que le juge français soit compétent pour prononcer le divorce mais qu'une autre juridiction étrangère soit désignée pour la garde de l'enfant ou inversement.

L'ASFE revient sur les décisions relatives à l'enfant dans le cas d'un divorce impliquant plusieurs pays, c'est à dire l'octroi de l'autorité parentale, de la garde de l'enfant et les droits de visite associés.

JURIDICTION COMPÉTENTE

C'est la loi du tribunal saisi par les parties qui détermine quel juge est compétent ou non pour prononcer ce type de mesures. Chaque État a donc des règles différentes qui peuvent être régies par :

- Des conventions internationales, ici il s'agit de la Convention de la Haye de 1996 ratifiée par plus de 50 États*
- Des conventions bilatérales, par exemple la convention franco-polonaise en matière de divorce de 1967, en matière de respect du droit de garde et de visite de l'enfant, la France a également signé 19 conventions bilatérales**
- Des règlements européens si l'État dont le tribunal est saisi est membre de l'Union européenne, dans le cadre du droit de garde et de l'autorité parentale, il s'agit du règlement Bruxelles II bis qu'ont ratifié tous les États membres de l'UE sauf le Danemark.
- Les propres lois nationales du juge saisi, si l'État n'est signataire d'aucune convention ou règlement européen comme le Japon et la Chine.

**États ayant signé la Convention de la Haye de 1996 : la liste des États signataires est disponible au lien suivant <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=70>*

***États avec lesquels la France a signé une convention bilatérale avec la France en matière de garde d'enfant et/ou de responsabilité parentale notamment pour prévenir le rapt parental : Algérie, Autriche, Bénin, Brésil, Canada, Congo, Djibouti, Égypte, Hongrie, Liban, Maroc, Niger, Portugal, République Tchèque, Sénégal, Slovaquie, Tchad, Togo, Tunisie.*

Règle de conflit de juridiction

- Si l'enfant a sa résidence dans un des États membres de l'UE, le règlement Bruxelles II bis est applicable ;
- Si l'enfant n'a pas sa résidence dans un Etat membre de l'UE, mais dans un Etat qui a ratifié la Convention de la Haye de 1996, le juge doit appliquer cette convention ;
- Si l'enfant n'a pas sa résidence dans un Etat membre de l'UE ou un Etat qui a ratifié la Convention de la Haye, le juge applique ses propres règles de conflit de juridiction sauf s'il existe une convention bilatérale.

Juge compétent

Bruxelles II bis

L'article 8 du règlement prévoit que le tribunal compétent est celui de la résidence principale de l'enfant au moment de la saisine.

L'article 12 du règlement prévoit la possibilité de soumettre au juge saisi du divorce les questions relatives à l'organisation de la vie de l'enfant. Il convient toutefois que les deux parents soient d'accord sur cette prorogation et que celle-ci soit estimée conforme à l'intérêt de l'enfant.

À l'article 9, il est prévu qu'en cas de déménagement licite, la juridiction du pays d'origine de l'enfant reste compétente dans les trois mois suivant le déménagement. S'il est intervenu illicitement, la juridiction du pays d'origine de l'enfant demeure compétente et le parent dispose d'un an pour la saisir.

S'il est impossible de déterminer la résidence de l'enfant, l'article 13 prévoit que la juridiction compétente est celle de l'Etat membre de l'Union européenne où il se trouve et à défaut, deux solutions s'offrent au juge : se déclarer compétent ou désigner la juridiction d'un pays dont il estime qu'il entretient les liens les plus étroits avec l'enfant.

Convention de la Haye de 1996

La Convention considère en son articles 5 que le tribunal compétent est celui de la résidence habituelle de l'enfant.

Il existe une exception prévue à l'article 8 dans le cas où le tribunal de la résidence de l'enfant considèrerait qu'une autre juridiction étrangère serait mieux à même d'apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant. Il peut s'agir : du pays de nationalité de l'enfant, de l'État dans lequel se situent ses biens, de l'État dont une autorité est saisie d'une demande de divorce des parents de l'enfant et enfin de l'État avec lequel l'enfant présenterait un lien étroit.

Le droit commun français`

En France, si le juge ne peut appliquer ni le règlement Bruxelles II bis, ni la Convention de la Haye de 1996, il appliquera l'article 1070 du code de procédure civile et à titre subsidiaire, les articles 14 et 15 du Code civil.

L'article 1070 du code civil donne compétence aux juridictions de la résidence de la famille, si les parents sont déjà séparés il s'agira alors hiérarchiquement :

- du juge du lieu de résidence du parent avec lequel résident habituellement les enfants mineurs en cas d'exercice en commun de l'autorité parentale
- du juge du lieu de résidence du parent qui exerce seul cette autorité
- du juge du lieu de résidence de celui qui n'a pas pris l'initiative du divorce.

L'article 14 et 15 du Code civil permettent, dès lors que l'un des parents est de nationalité française, de désigner le juge français comme compétent mais dans le cadre de la coopération internationale en matière de justice civile, il est rare que le juge français fonde sa compétence sur ces articles.

LOI APPLICABLE

Règle de conflit de loi

Le règlement Bruxelles II bis ne contient pas de règle quant à la loi applicable à la responsabilité parentale et à la garde de l'enfant.

Si la juridiction compétente est celle d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un Etat signataire de la Convention de la Haye de 1996, celle-ci s'applique.

Si la juridiction compétente est celle d'un Etat qui n'a pas ratifié la Convention de la Haye, elle appliquera ses propres règles de conflit de lois ou celles d'une éventuelle convention bilatérale.

Convention de la Haye de 1996

L'article 16 de la Convention dispose que la loi applicable est celle de la résidence habituelle de l'enfant, le juge compétent applique donc en principe sa propre loi.

Toutefois, si la protection de l'enfant ou de ses biens le requiert, le juge peut exceptionnellement appliquer ou prendre en compte une loi étrangère avec laquelle la situation de l'enfant présente des liens étroits.

Ces dispositions valent aussi bien pour la décision de garde que pour les règles régissant son application. Si l'enfant change de résidence dans un autre Etat qui a signé la Convention, la loi de cet autre Etat régit, à partir du déménagement, l'application des mesures décidées par la juridiction de l'Etat où l'enfant résidait précédemment.

RECONNAISSANCE ET EXECUTION DES JUGEMENTS DANS D'AUTRES PAYS

Si la décision émane d'un tribunal de l'Union européenne

Le Règlement Bruxelles II bis, en son article 21, pose le principe de la reconnaissance de plein droit des jugements rendus par la juridiction d'un Etat membre dans un autre sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure.

Concernant l'exécution des jugements étrangers en matière de garde et de responsabilité parentale, le règlement prévoit une procédure d'exequatur simplifiée. La juridiction qui a rendu la décision délivre un certificat lequel permet d'obtenir, dans l'Etat d'exécution, une déclaration de force exécutoire.

Cet exequatur n'est pas nécessaire pour les décisions portant sur le droit de visite et celles qui ordonnent le retour d'un enfant illégalement déplacé.

L'article 23 conserve la possibilité pour les Etats membres de refuser la reconnaissance ou l'exécution d'une décision :

L'exception d'ordre public qui doit être interprétée dans l'intérêt supérieur de l'enfant ;

Si l'enfant n'a pas été entendu dans la procédure d'origine ;

Si la décision fait obstacle à l'exercice de la responsabilité parentale de l'un des parents et que celui-ci n'a pas été entendu.

Si la décision émane d'un pays signataire de la Convention de la Haye de 1996

La Convention pose également le principe de la reconnaissance de plein droit des jugements. Sur le terrain de l'exécution, la procédure d'exequatur est toujours nécessaire et sur ce point, la Convention renvoie aux droits des États concernés.

La Convention pose les mêmes motifs de refus de reconnaissance et d'exequatur que le règlement Bruxelles II bis, elle y ajoute cependant une condition supplémentaire : le contrôle de la compétence indirecte. Il faut que la décision ait été rendue par un juge compétent selon les règles de compétence de la Convention pour que sa décision puisse être reconnue.

Si la décision émane d'un pays tiers

Les règles classiques de reconnaissance des jugements étrangers et d'exequatur s'appliquent.